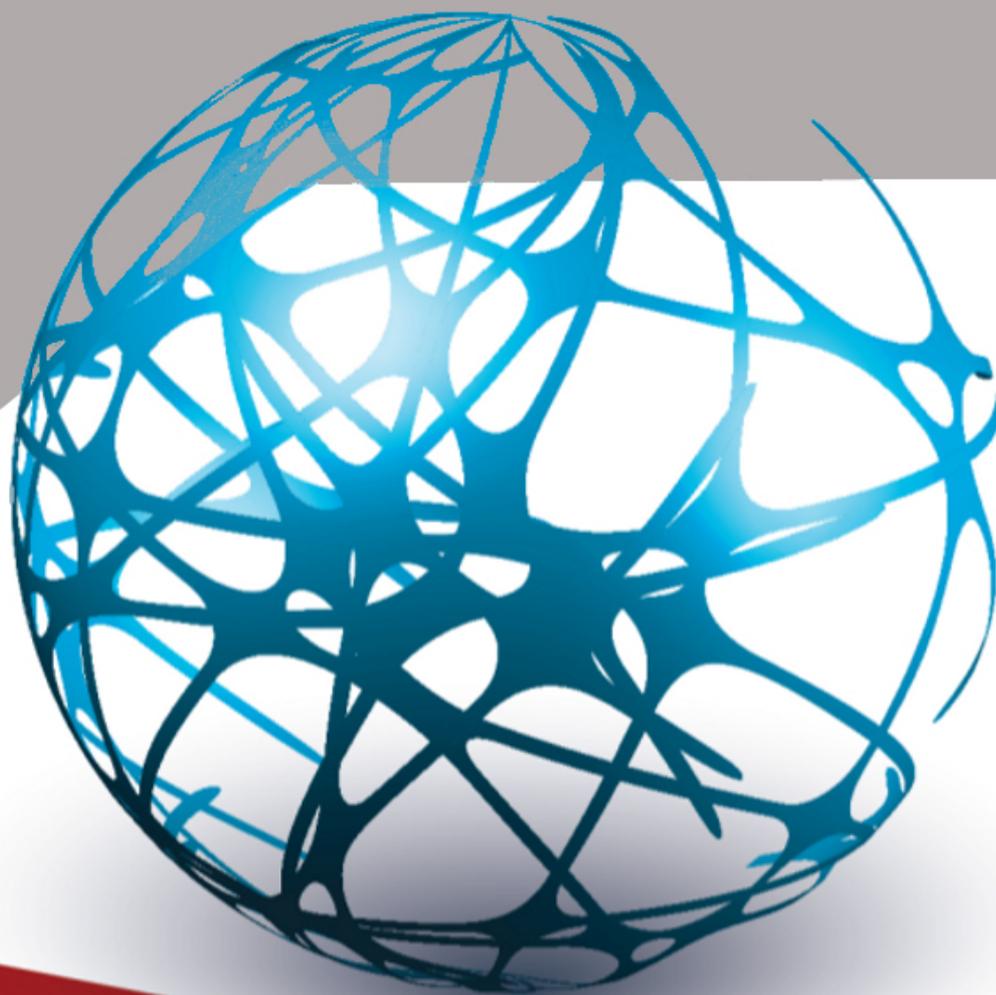


RESPONSABILIDADE DO ESTADO I



VIII
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA

VIVIANNE RIGOLDI

FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID

©2018 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Dirceu Pereira Siqueira, Vivianne Rigoldi & Fernanda de Matos Lima Madrid
(Orgs.)

Vladimir Brega Filho
(Editor)

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

Comissão Científica do VIII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)
Prof. Dr. Gustavo Preussler (UFGD)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Responsabilidade do Estado I / Dirceu Pereira Siqueira, Vivianne Rigoldi & Fernanda de Matos Lima Madrid, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2018. (Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-72-2

1. Responsabilidade do Estado I / Dirceu Pereira Siqueira, Vivianne Rigoldi & Fernanda de Matos Lima Madrid

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Responsabilidade do Estado I.
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.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A INCLUSÃO SOCIAL NO BRASIL POR MEIO DA REFORMULAÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA À LUZ DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	5
José Wilson REIS FILHO	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA MOROSIDADE JUDICIAL DURANTE O PROCESSO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO	22
Carla BERTONCINI	
Mariana Delminda Bernardes UTIYAMA	
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ANÁLISE CRÍTICA DE SUA OPERACIONALIZAÇÃO	37
Gabriela Marassi CAVALCANTE	
Pablo Eduardo Pocay ANANIAS	
DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS MEDIOS PROBATORIOS	57
Lucas Octávio Noya dos SANTOS	
Juan Marcelino González GARCETE	
DO CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS. BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	73
Mariane MIGUEL	
Vivianne RIGOLDI	
ENSAIOS DA JUSTIÇA TRANSICIONAL E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO FORMA DE GARANTIR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	86
Gabriel d'Arce Pinheiro DIB	
Jasminie Serrano MARTINELLI	
GARANTIAS PROCESSUAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO	98
Maria Eduarda de Toledo Pennacchi Tibiriça AMARAL	
Livia de Assis BATISTA	
O CÓDIGO DE DEFESA DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: DISCURSO RETÓRICO OU PRESSUPOSTO DE EMPODERAMENTO?	114
Rodrigo RIBEIRO	
Rafael Santana FRIZON	
O DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO MUNICÍPIO POR MEIO DE UMA POLÍTICA DE GOVERNO ESTÁVEL E CONTÍNUA	135
Luana Caroline Santos FONSECA	
OS DESAFIOS DA SEGURANÇA SOB OS ASPECTOS DA PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA	155

Francisco Lozzi da COSTA
Diogo Ramos Cerbelera NETO

O DEVER CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DOS ANIMAIS 171
Thiago Cesar GIAZZI
Helen PAGLIARI

**O PODER PÚBLICO E SUA OBRIGAÇÃO DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO
INCORPORADOS AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: ANÁLISE DO RECURSO
ESPECIAL 1.657.156/RJ** 191
Eduardo CAMBI
Mateus Vargas FOGAÇA

**O PROTAGONISMO DO ESTADO NA CONDUÇÃO DA POLÍTICA DE INOVAÇÃO À
LUZ DOS ARTIGOS 218 E 219 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL** 210
Luiz Otávio BENEDITO
Daniela Ramos Marinho GOMES

A INCLUSÃO SOCIAL NO BRASIL POR MEIO DA REFORMULAÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA À LUZ DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

José Wilson REIS FILHO¹

RESUMO

A abordagem tratou da inclusão social no Brasil por meio da reformulação da linguagem jurídica à luz do novo constitucionalismo latino-americano. Historicamente, a linguagem jurídica (aliás, o próprio Direito em si) tem servido como meio de apartação social e reforço de uma classe social mais abastada. No entanto, tal contexto há de ser reformulado, ainda mais com a atual efervescência proporcionada pelo novo constitucionalismo latino-americano, viés comprometido com a quebra de antigos paradigmas. É a partir do método dedutivo e crítico, calcado em balizada doutrina e outros estudos a respeito, que se propôs uma viragem no contexto mencionado.

PALAVRAS-CHAVE: Inclusão social. Novo constitucionalismo latino-americano. Reformulação da linguagem jurídica.

ABSTRACT

The approach addressed social inclusion in Brazil through the reformulation of legal language in light of the new latin american constitutionalism. Historically, legal language (in fact, Law itself) has served as a means of social apparition and reinforcement of a more affluent social class. However, this context has to be reformulated, especially with the current effervescence provided by the new latin american constitutionalism, a bias committed to breaking old paradigms. It is from the deductive and critical method, based on well-known doctrine and other studies on respect, which proposed a turning in the mentioned context.

KEY WORDS: New latin american constitutionalism. Reformulation of legal language. Social inclusion.

1. INTRODUÇÃO

A história do Brasil carrega em seu bojo um verdadeiro compilado de explorações e negações/exclusões que apenas serviram para potencializar as desigualdades sociais e reafirmar grupos dominantes no poder, tolhendo até os dias de hoje o atingimento da justiça social – assim como ocorre em outros países da América Latina que serviram tão unicamente como colônias de exploração no passado colonial. O algar da colonialidade continua a arrebatar dos brasileiros um futuro promissor e mais igualitário.

E nas escarpadas veredas da história brasileira vale destaque a contribuição do Direito no processo de exclusão social no país. A complexidade da sua linguagem rebuscada em um país especialmente marcado por uma educação extremamente precária acaba por servir e contribuir

¹ Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná ? UENP. Especialista em Direito do Estado e em Direito Tributário. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES); e do História, Direitos Humanos e Doutrina Social Católica ? ambos da UENP.

praticamente apenas a uma classe bastante seleta e elitizada – servindo de relevantíssimo aparato de dominação social. Afinal, linguagem é poder.

Já há um certo tempo que esse papel excludente da linguagem jurídica vem sendo evidenciado e denunciado, emergindo daí reclamos por uma maior acessibilidade por meio da simplificação da linguagem jurídica – o que permitiria a inclusão social da maior parte da população, então relegada a um segundo plano e apartada de qualquer poder de deliberação efetivo.

É aí que incide a presente tratativa, fazendo-se um paralelo com o atual viés do novo constitucionalismo latino-americano, também chamado de constitucionalismo pluralista ou indígena; empenhado na quebra dos paradigmas legados da Modernidade – dentre eles, a própria colonialidade – e na busca pela justiça social na salvaguarda das minorias historicamente excluídas.

Dentro deste panorama constitucional em que se pretende por um novo pacto social no qual se respeite as mais diversas pluralidades, há toda uma preocupação com uma democracia substancial e participativa. E para tanto, procura-se por novos contornos inclusive para o próprio Direito e sua complexa e excludente linguagem: o “juridiquês”.

Nota-se, aqui, a pertinência de um paralelo do histórico brasileiro (ainda vivenciado) com o novo fenômeno constitucionalista (atualmente em efervescência), isso com vistas a uma maior e significativa inclusão social a partir da reformulação da linguagem jurídica.

Para se atingir o proposto, é utilizado o método dedutivo e crítico com doutrina e outros estudos adequados à oportunidade, examinando-se os percalços históricos brasileiros até a atualidade (destacando-se a relação entre poder/dominação, Direito e sua linguagem jurídica rebuscada) para, após, fazer a correlação com novo constitucionalismo latino-americano e propor uma inclusão social a partir deste novo fenômeno.

2. O CONTRIBUTO DO DIREITO E SUA LINGUAGEM JURÍDICA À EXCLUSÃO SOCIAL

De um modo geral, a linguagem não possui a única função de transmissão de informações. Mais do que isso, no processo comunicativo ela permite ao ouvinte identificar a posição que ocupa o falante ou que ele pelo menos acredita ocupar em dada sociedade. Não só para serem ouvidas, as pessoas também usam a linguagem para serem respeitadas ou, ainda, para exercerem influência naquele determinado ambiente no qual praticam os atos linguísticos (GNERRE *apud* SOUSA, 2008).

A linguagem aparece como valiosíssimo instrumento de dominação de uma classe e ideologias dominantes. Como explanado por Sousa (2008), há uma relação bastante intensa entre poder e língua, ocorrendo num sentido de poder e prestígio de um grupo dominante que estabelece

qual variedade linguística seria correta e qual marcaria as diferenças dentro de uma dada sociedade; sendo que, a seu turno, o valor intrínseco de dada língua serviria de fortíssimo fator de dominação e justificação de prestígio. Daí o fato de que ao longo da história a linguagem sempre apareceu como meio de segregação, segmentação de discursos, diferenciação, dominação, inclusão, exclusão, etc.

“Uma variedade linguística ‘vale’ o que ‘valem’ na sociedade os seus falantes, isto é, vale como reflexo do poder e da autoridade que eles têm nas relações econômicas e sociais” (GNERRE *apud* SOUSA, 2008, p. 29).

São os indivíduos das classes dominantes e/ou suas classes auxiliares que produzirão, reproduzirão e determinarão a acessibilidade à língua-padrão e sua valoração; passa a ser ela a língua tida como a “correta”, a “superior”, a “bela” ou até mesmo “a língua” e não uma de suas formas (VIANA, 2009).

Paulo Freire (1985), fazendo um paralelo entre realidade brasileira com a questão do poder e sua relação com a linguagem – destoantes –, critica a sabendas:

Eu acho inviável compreender o problema da linguagem sem um corte de classe. Não é possível compreender o problema da linguagem sem uma referência ao poder, e o poder é o poder de classe, evidentemente. No caso brasileiro, a distância entre esta nossa linguagem sofisticada, esta linguagem conceitualizada, esta linguagem que opera ou que funciona em termos de descrição dos conceitos e não em termos de descrição do concreto, como é a sintaxe popular. [...] Ora, entre nós, quando a gente pensa no chamado padrão culto, a primeira pergunta que a gente faria seria: quem disse que este é o culto? E aí tu chegas à questão do poder: só quem em poder define, só quem tem poder descreve, só quem tem poder perfila e por isso é que o opressor perfila o oprimido, por isso é que o opressor dá nome à terra do oprimido. Veja o seguinte, a história da colonização é esta, os colonizadores chegam e dão nome diferente. Agora, quem disse que este é o padrão certo? E tem mais, se diz, ainda que este é o único padrão linguístico que é correto e que é o único que é bonito, que tem bom gosto e que é o único que tem uma gramática regendo as regras. Então, tu vê a relação entre gramática e poder também. (p. 48-49)

Aproveitando o ensejo, é interessante proceder a uma reflexão histórica acerca do papel determinante da linguagem (especialmente a jurídica) junto a um determinado povo ou grupo vencedor/dominante, sendo utilizada para apartar a grande massa de questões deliberativas significativas quanto ao destino do próprio Estado no qual inserta.

A título de exemplo, não há como olvidar da ocasião da Magna Carta de 1215, na qual os bispos e baronato ingleses impuseram limites às arbitrariedades do rei João Sem-Terra com vistas à salvaguarda de privilégios aos nobres, relegando a um segundo plano a população em relação aos direitos contidos no pacto; e para fins da presente tratativa, vale destacar que a língua constante em referido documento era o latim, linguagem esta alheia à massa inglesa.

Ainda, para não se distanciar do objeto da presente tratativa, merecem ser destacados na história brasileira alguns dos vários episódios que incluem direta ou indiretamente a exclusão social por meio da linguagem (ainda mais em se tratando da área jurídica) e a elitização dominante dos

processos deliberativos do Estado.

Já de início, vale lembrar do processo assimilacionista com a chegada dos portugueses ao solo brasileiro em 1500, momento no qual foi imposta já de início a língua portuguesa aos colonizados; a cultura indígena e suas respectivas línguas foram simplesmente apartadas, excluídas, em favor da hegemonia do colonizador europeu – conduta típica da racionalidade moderna na negação e exploração do Outro. Pouco depois, com a vinda dos africanos ao Brasil para servirem à escravidão, os mais variados dialetos africanos lhes acompanharam. E para possibilitar a dominação, a grande sacada portuguesa foi justamente instituir a língua portuguesa como a oficial. E como discorre Sousa (2008), isso até mesmo para se criar uma espécie de identidade nacional. A dinâmica, segundo o autor, seria simples:

[...]a administração local passava a utilizar apenas o idioma do colonizador, bem como as instituições implantadas, como tribunais e escolas. Assim, os colonizadores promoviam um processo de seleção linguística por meio de decretos, ações políticas e do sistema escolar (Viana, 2004). Nas capitânicas, aos domingos, durante os sermões, caso houvesse um só cristão que desconhecesse o tupi, o sermão realizava-se em português, ainda que boa parte dos presentes não compreendesse essa língua. Quando necessário, a imposição do novo idioma se deu até mesmo por meio da força, principalmente a partir de 1757, quando o Marquês de Pombal determinou o uso obrigatório da língua portuguesa no Brasil (SOUSA, 2008, p. 17-18)

Neste contexto, o colonialismo, no plano linguístico, segundo pondera Calvet (2004 *apud* SOUSA, 2008), procede a uma exclusão de duplo gatilho, haja vista que haveria uma exclusão da língua dominada das esferas do poder e ao mesmo tempo uma exclusão dos não falantes da língua dominante destas esferas (que não aprenderam a falá-la).

Embute-se, aqui, o importante papel que o Direito teve (e ainda tem, diga-se de passagem) na delimitação e exclusão de grupos sociais – afinal, a linguagem, escrita ou falada, é elemento integrante do Direito e meio pelo qual este é expressado. A linguagem absorta na ciência jurídica é tipicamente uma linguagem rebuscada e elitizada direcionada não à grande massa, mas a um grupo bastante seletivo e predominantemente elitizado. Basta um olhar ao passado para se ter uma clara ilação.

Com base na tratativa de Wolkmer (2002) acerca do Direito no Brasil, verifica-se que desde o período colonial ele sempre esteve a cargo de elites e burocratas; o ensino do Direito era relegado ao além-mar, isto é, em Portugal, precisamente em Coimbra. Os cargos profissionais na Justiça eram ocupados pela pequena nobreza (filhos de fidalgos) e funcionalismo (filhos de fiscais, inspetores ou tabeliães), além de filhos e netos de letrados. Consoante assevera o autor, “Havia restrições aos descendentes de comerciantes ou negociantes, bem como aos cristãos novos e aos ‘impuros de sangue’, como os mestiços, mulatos, judeus e outros” (2002, p. 64-65). O formato do Direito era o formato da racionalidade moderna europeia, no modelo homogeneizado de Estado-

nação, alienígena frente à tamanha pluralidade de povos, culturas e línguas existentes no território.

O operador do Direito, mesmo posteriormente, após a criação das faculdades de Direito de Recife e de São Paulo continuou a espelhar valores e modelos europeus.

Sérgio Adorno (1988), em minucioso estudo de caso sobre a Faculdade de Direito de São Paulo no período de 1827 a 1883 (pré-República), no que diz respeito ao processo de formação cultural e profissional dos bacharéis em São Paulo, bem expôs como o ensino jurídico contribuiu para a manutenção do ideal liberal individualista (com a cisão em relação à democracia), da burocracia e dos interesses das classes dominantes. Como revela, “Os resultados indicaram que a formação dos bacharéis, em São Paulo, no período considerado nesta investigação sociológica, não residiu no processo de ensino-aprendizagem” (p. 26).

De fato, essa formação jurídica (que leva em seu bojo a linguagem tecnicista e rebuscada do Direito) e que reproduz os contornos europeus e seu monismo jurídico totalmente alheio à realidade social, numa toada de exclusão, acabou sendo bastante notável no Congresso Constituinte que implicou a Constituição brasileira republicana de 1891. Margarida Maria Lacombe Camargo (*apud* LEITE, 2003), em sua pesquisa, identificou quanto à proveniência e formação profissional dos primeiros republicanos que dentre os 223 membros, 53 eram militares, sendo que dos 170 membros restantes, 103 tiveram formação nas Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife; e 37 nas de Medicina da Bahia e do Rio de Janeiro.

Ou seja, pelos números da Constituinte já se pode vislumbrar qual a diretriz adotada pelos formados em Direito (embora a faculdade de Recife tivesse um ensino diferenciado em relação à paulista – formando juristas e não especialmente burocratas); sendo certo que o povo propriamente dito passou longe de qualquer participação/deliberação acerca do rumo do Estado, o qual ficou a cargo de elites e grupos dominantes e de prestígio – todos representantes da “sempre perfeita e culta” língua-padrão. Nesse cenário republicano, ainda, vale ressaltar o papel dos os militares, os quais balizaram o processo legislativo, como demonstrado por Leite (2003):

[...] o processo que culminou com a queda da monarquia não representou um movimento popular, também não o deveria ser (ao menos não necessariamente) a condução do processo de mudança do regime. Assim, fosse por um rito democrático, fosse por qualquer outro meio, certo é que os fautores da derrubada da monarquia, avocando a si a legitimidade decorrente desta condição, teriam participação decisiva neste processo. (p. 47)

Pelos exemplos acima, é possível reparar que o Direito (e seu “juridiquês”) tradicionalmente não esteve ao lado ou efetivamente a serviço da população; mas, sim, funcionou como meio de dominação histórico de determinados grupos frente às demais classes sociais, o que implica prejuízo tanto à democracia em si quanto ao próprio exercício da cidadania ou acesso à justiça pela população. A linguagem rebuscada que acompanha o Direito, até mesmo mais

complicada do que a “simples” língua-padrão, acaba por criar ilhas separando a sociedade civil (já não dominadora plena da língua “cultura”) dos operadores do Direito.

Aliás, a linguagem jurídica representa no processo de exclusão social apenas um dentre os elementos do conjunto que a reforçam. Deveras,

[...] consoante o aludido autor [CARVALHO], o uso de vestes talaras nos tribunais, as formalidades excessivas dos ritos judiciários, o tratamento de doutor - exigência obrigatória para se dirigir a qualquer membro do universo jurídico -, entre outros elementos, atuam em conjunto para reforçar sempre a ideia de que o mundo do Direito é mesmo uma realidade à parte em relação ao resto da sociedade. Além do mais, e principalmente, esses elementos contribuem de forma significativa para criar uma barreira entre o contexto do Direito e o das pessoas “comuns”, em termos de acessibilidade a uma digna prestação jurisdicional. Na opinião de Carvalho (2006), é nesse processo de violência simbólica - que “protege” parte da população do acesso ao ambiente jurídico - que a linguagem jurídica apresenta toda sua eficácia. Trata-se de uma maneira específica com a qual magistrados, advogados, promotores e outros profissionais do Direito têm utilizado a linguagem e que, a despeito de qualquer argumento a favor, mais tem servido para negar o acesso ao universo jurídico à maioria dos cidadãos brasileiros. (CARVALHO, 2006 *apud* SOUZA; ALVES; BRUTTI, 2016, p. 127)

Outro elemento que não passa despercebido – consoante lembram Souza, Alves e Brutti (2016) – é a questão do rigor indumentário, ou seja, com relação ao vestuário. Os autores lembram a crítica de Costa (2003) ao afirmar um paralelo entre os rituais das religiões tradicionais e os rituais forenses, no sentido de que o juiz em suas vestimentas se apresentaria como um sacerdote; a veste talar daria um “ar” de superioridade. É válida a crítica, também, como mencionam aqueles autores, com relação à forte ambiguidade que a linguagem jurídica normalmente carrega, isto é, como um único vocábulo podendo ostentar vários sentidos. Nesse contexto, insta refletir que se o próprio operador do Direito, não raras as vezes, vê-se confuso em meio às várias possibilidades de interpretação dos sentidos de uma palavra, o que se esperar de um cidadão comum, pertencente à maioria da população em um país de modernidade tardia e de educação extremamente precária como o Brasil?

Visualiza-se, pois, que além da linguagem jurídica rebuscada se apresentar como um aparato de segregação e de perpetuação de dominações sociais, a própria organização dos elementos comumente envolvidos ao Direito (além da linguagem exagerada, vale citar como exemplos a estrutura do Judiciário, a grande burocracia e os diversos rituais que a acompanham e um larguíssimo etcetera) se prezam a reforçar e perpetuar os paradigmas históricos que em nada beneficiam a população e ainda têm o condão de prejudicar o acesso à justiça e a cidadania, sobretudo porque a própria redação legal não raras as vezes representa um entrave à maior parte de seus destinatários, a população.

Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua (*apud* MOZDZENSKI, 2003), em sua dissertação intitulada *Terminologia Jurídica: óbice ao exercício da cidadania?*, de 2001, apura como seria a

compreensão da terminologia jurídica pelo público não-especialista e a sua relação com a cidadania. No referido estudo, identificou uma grande dificuldade da população geral na compreensão dos termos jurídicos, limitação esta que refletiu também sobre as normas fundamentais de exercício da cidadania. O autor teve como resultado que cerca de 80% da amostra da pesquisa, entre homens e mulheres de faixas etárias e níveis de escolaridade diversos, apresentaram compreensão nula ou insatisfatória da terminologia jurídica. No fim das contas, considerando-se ainda índices das respostas parcialmente satisfatórias, deparou-se com o dado de que menos de 10% do universo pesquisado respondeu satisfatoriamente ao solicitado. Daí decorre sua conclusão acerca do considerável prejuízo ao exercício da cidadania, bem como sobre a debilidade do sistema educacional brasileiro:

Ora, se uma norma visa a todos indistintamente, e se a cidadania, em seu sentido pleno, depende da compreensão e conhecimento das normas, é preciso convir que há algo gravemente inadequado nessa situação.

A primeira constatação é de que nosso sistema educacional não capacita os cidadãos e gera, por via oblíqua, um nefasto sistema de exclusão social. Faltam elementos mínimos, até para universitários, que os habilite a compreender a terminologia jurídica e exercer plenamente a sua cidadania. Tivemos oportunidade de comprovar isso de maneira mais minuciosa por ocasião de nossa análise sobre as estatísticas resultantes da pesquisa de campo.

Por outro lado, subsistem no sistema jurídico mecanismos tradicionais fortemente arraigados que poderiam e deveriam ser substituídos por uma linguagem atualizada, condizente com a dinamicidade linguística e assim refletisse melhor os padrões sociais de uso vocabular. (...) não faz sentido manter, por exemplo, expressões latinas num país em que o idioma fora abolido, enquanto disciplina, até dos cursos de Direito. Deixa entrever um certo conservadorismo.

Deve-se substituir, sempre que possível, um termo jurídico de difícil compreensão por outro mais familiar. Para tanto se pode criar, com o auxílio de terminólogos, tabelas que possibilitassem a 'desburocratização' da linguagem (...) (p. 135)

Embora não seja uma pesquisa recente, ainda assim suas conclusões são atualíssimas, pois o mesmo problema lá tratado ainda vem se perpetuando, quiçá com pequena variação àqueles dados apresentados pelo autor.

Tal situação é gravíssima, visto que uma população que vive à beira da incompreensão das normas (com sua respectiva linguagem jurídica) que lhe regem ou, ainda, apresenta-se manca em relação à própria língua-padrão, está fadada à marginalização e à dominação por grupos bastante seletos. Aliás, em tal ilação não há novidade alguma, uma vez que o modo de agir dos grupos dominantes sempre foi o mesmo, isto é, bastando solapar o meio mais preciso que leva a uma efetiva emancipação, qual seja, a educação.

No entanto, considerando-se a efervescência de um novo viés constitucional no cenário latino-americano, que inclui a quebra de antigos paradigmas excludentes, espera-se que paulatinamente se possa promover a inclusão social via a reformulação da linguagem jurídica, o que de certa forma faz parte desta nova proposta revolucionária – a qual passa a ser tratada logo mais.

3. POR UMA INCLUSÃO SOCIAL NO BRASIL A PARTIR DA REFORMULAÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA À LUZ DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A América Latina vem já há algum tempo, precisamente a partir da segunda metade do século XX, paulatinamente passando por profundas mudanças no seu campo político, social e econômico, momento em que, de um modo geral, os países latino-americanos passam a se empenharem na extirpação dos antigos paradigmas legados da racionalidade moderna europeia, tipicamente excludente quanto às minorias.

É o que se denominou de novo constitucionalismo latino-americano, perspectiva esta que basicamente busca a refundação do pacto social, porém agora com o respeito e atendimento das peculiaridades e necessidades das minorias historicamente excluídas (a exemplo do povo indígena e dos negros, além de muitos outros grupos). Busca-se uma perspectiva deveras adequada à realidade política, social e econômica dos latino-americanos, com respeito às inúmeras pluralidades ali constantes (povos, religiões, culturas, línguas) bem como uma efetiva participação popular na deliberação nos projetos do Estado. Há todo um esforço por uma inclusão social e atingimento da tão aspirada justiça social. Realmente se constitui um cenário inovador a partir de uma cosmovisão genuinamente latino-americana, do Outro.

Tal insurgência se deve, na esteira do que prega Pastor e Dalmau (2010), justamente em razão de que o “*viejo constitucionalismo*” apenas cumpriu os objetivos então ditados pelas elites, consistentes na organização do poder do Estado e na manutenção, em alguns casos, dos elementos básicos de um sistema democrático formal.

Nesse cenário marcado inclusive por profundas desigualdades, exploração e negação sociais, nele inserto uma verdadeira ausência do constitucionalismo do bem-estar social, o qual foi adjetivado por Pastor e Dalmau (2005) como o do “mal-estar latino-americano”, é que se instou a emergência do novo constitucionalismo latino-americano como um constitucionalismo *necessário* – segundo os mesmos autores.

Guinando-se ao propósito do presente estudo, neste panorama, buscando facilitar a acessibilidade da população à linguagem jurídica, a Constituição da Bolívia de 2009 simplesmente extirpou o latim (legado europeu) de ações constitucionais como o *habeas corpus* (art. 125) e o *habeas data* (art. 130), os quais passaram a ser denominados, respectivamente, de ação de liberdade e ação de proteção da privacidade. Como assinala Wolkmer e Fagundes (2011), há um destrono do “juridiquês”.

Vale notar, aqui, a harmonia do exposto com a crítica de Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua (salientada alhures), quando instiga a reflexão acerca de qual seria o sentido de se

manter expressões latinas num país em que tal idioma fora abolido, até mesmo dos cursos de Direito – mesmo que na prática ainda se presencie tais expressões perscrutadas no rebuscado “juridiquês”. Queira ou não, a persistência do latim – ainda que de forma mais branda – representa um ranço colonial europeu que agora se perpetua dentro das relações de colonialidade, legado este que representa uma verdadeira resistência do antigo paradigma de dominação frente à grande massa da população (os historicamente excluídos) que agora aspira ao protagonismo no novo viés constitucional.

Outrossim, a preocupação com a simplicidade do palavreado de modo a facilitar o efetivo acesso da população ao mundo jurídico é de suma importância e de certa forma rompe com o paradigma elitizado e dominador de uma linguagem jurídica ininteligível, facilitando a compreensão da lei e, por conseguinte, um melhor exercício da cidadania e acesso à justiça.

O Direito tem uma influência-chave na estruturação não apenas estatal, mas no próprio bojo da realidade social na qual inserto. Permitir que camadas sociais historicamente subjugadas e relegadas ao limbo possam vir a lume, compreender e participar substancialmente das deliberações do Estado por meio de novos regramentos democráticos e inclusivos é verdadeiramente um lance e tanto – e por essa diretriz segue o novo constitucionalismo latino-americano. A importância de um Direito remodelado (“remasterizado”), especialmente em sua linguagem para servir à população e não apenas a um grupo seletivo de indivíduos ou classe social é sem dúvida determinante no processo de reviravolta social. Sobre a importância desse papel, inclusive, Souza, Alves e Brutti (2016) explanam que

Uma das acepções do Direito o apresenta, por primazia, como um poder simbólico. Essa é a ótica de Lyra Filho (2006), para quem o Direito que controla a sociedade, moldando os rumos da história - é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas. Bordieu (2007) é quem, por essa perspectiva, considera que o Direito é a forma, por excelência, do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não seria demais afirmar que o Direito condiciona o mundo social, mas com a condição de não esquecer que ele próprio é consubstanciado por este. (p. 136)

Ademais, lembrando do conjunto de elementos citados no tópico anterior que conjugados à linguagem jurídica rebuscada apenas potencializam a apartação social, não há que olvidar aqui de outros pontos importantes que permeiam o novo constitucionalismo latino-americano no novo horizonte jurídico. Além de trazer à baila interessantes debates quanto à questão da interlegalidade com o direito indígena, há uma importante preocupação com a necessidade da mudança da cultura jurídica dos servidores públicos ante o reconhecimento dos novos direitos indígenas, de modo a se permitir uma prestação do serviço público com relevância cultural, linguística e de gênero, possibilitando-se, ainda, a abertura de espaços e criação de mecanismos para diálogo, a cultura e a

participação (FAJARDO. *In*: VERDUM, 2009).

Malgrado no estudo intitulado *Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanços e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina* Fajardo (2009) trate mais especificamente da questão da salvaguarda dos direitos indígenas frente aos problemas que a cercam, a autora levanta uma crítica que calhe muito bem ao cerne da presente tratativa. Critica a falta de formação profissionais, bem como de servidores públicos e juizes quanto aos direitos indígenas e multiculturalismo, asseverando também que

Tampouco há cursos que permitam o desenvolvimento de capacidades para a prestação de serviços públicos com pertinência étnico cultural de modo sistemático. Isso explica, em parte, a falta de ferramentas nas instituições públicas para organizar sua ação com base nos direitos. (2009, p. 46)

A crítica tem pertinência, igualmente, à questão da necessidade da reformulação da linguagem jurídica sobretudo porque atinge um dos pontos cruciais para que isso se dê, qual seja, a questão da formação profissional, o que implica a imprescindibilidade de se rever toda a formação jurídica no país; afinal o sistema educacional em geral é notável forma de reprodução e proliferação da dinâmica tradicional moderna de dominação, exploração e apartação social. Viana (2009), destacando o elo do sistema escolar com a língua-padrão da classe dominante, assevera:

[...] juntamente com a formação do sistema escolar, a formalização da língua através da gramática moderna e de outros instrumentos análogos, transforma definitivamente a língua da classe dominante em língua-padrão. O sistema escolar passa a realizar a imposição da língua-padrão, que é a língua utilizada nos meios burgueses e nos extratos superiores dos meios intelectuais. A família passa a ser um veículo de transmissão do “capital lingüístico” (Bourdieu & Passeron, 1982; Marcellesi e Gardin, 1975; Bernstein, 1982) e assim mantém vantagens para os indivíduos das classes sociais privilegiadas. Aqui temos a relação escola-linguagem.

A linguagem é um instrumento fundamental para a reprodução da cultura moderna, burguesa, e também está envolvida nas lutas sociais, na competição social, na busca de distinção e ascensão social. Mas a língua-padrão é apenas mais um elemento nesta luta, pois existem vários outros, como, por exemplo, a luta em torno do significado das palavras (Bakhtin, 1990), que, no entanto, não é tema do presente trabalho.

O desenvolvimento da língua-padrão é acompanhado pelo desenvolvimento das línguas especializadas. [...] (p. 33-34)

E dentro dessas línguas especializadas, que são consequência da ascensão do capitalismo, como discorre o autor, está a linguagem técnica (que inclui a jurídica), a linguagem científica (como economia, sociologia, biologia, etc.), bem como a linguagem filosófica. E essas linguagens especializadas – pondera – irão ser reproduzidas também quando da formação dos profissionais que as utilizarão, na escola. Aqui estaria a relação entre a linguagem e escola.

A escola irá “iniciar” os não-iniciados na língua especializada de sua ciência ou profissão, e somente aqueles que conseguem assimilá-la, bem ou mal, é que tem a grande possibilidade de exercício da profissão, ou de ficar no cume da hierarquia profissional, ao lado, obviamente, dos outros esquemas de reprodução dos grupos dominantes (formalismo, tecnicismo, cooptação, troca de favores, etc.).

E isto se torna ainda mais relevante para nossa discussão se lembrarmos que uma das ciências particulares produzida é a lingüística. É no interior desta ciência particular que irá

se produzir o processo de formalização da língua e o desenvolvimento da gramática. Doravante, o problema da linguagem não é mais de todos e sim dos especialistas, que é apenas mais uma face do que Weber denominou processo de racionalização e burocratização do mundo (Weber, 1987). (VIANA, 2003, p. 34)

Daí se extrai a ilação de que repensar os contornos da educação jurídica tradicional aos moldes do novo constitucionalismo latino-americano, reformulando, por conseguinte a linguagem jurídica – o que é extremamente necessário – implica uma insurreição pela descolonialidade do saber.

No novo panorama constitucional, há vozes bastante atentas à essa problemática, como as de Maria Aparecida Lucca Caovilla e Antonio Carlos Wolkmer (2014), os quais realizaram um paralelo da educação jurídica frente ao novo constitucionalismo latino-americano, reconhecendo a crise da cultura jurídica tradicional e avaliaram a possibilidade da reformulação do Direito (até então com uma prática pedagógica tecnicista, positivista e hegemônica) a fim de estabelecer uma nova cultura jurídica, com a formação de um profissional com consciência social, cidadã, comprometido com um projeto de vida e social inclusivo, coletivo, e que atenda às necessidades dos sujeitos plurais da sociedade do século XXI.

Os autores, com olhos na racionalidade moderna, lembraram do modelo epistemológico único eurocêntrico, colonialista, como se o mundo fosse monocultural; e como essa sistemática da cosmovisão eurocêntrica abafou e solapou qualquer outro tipo de conhecimento que não fosse aquele científico europeu, isto é, esta visão monocular de mundo a partir do opressor, apagando da história, ou melhor, excluindo dela os oprimidos, os quais, diluídos/subjugados em tal sistemática passam a reproduzir a sua própria opressão.

Como refletem, “[...] será o Direito, um instrumento de pacificação entre opressores e oprimidos? Ou o Direito é uma verdade imposta aos oprimidos pela racionalidade de seus opressores?” (CAOVILLA; WOLKMER, 2014, p. 04). Prosseguindo no raciocínio, também identificam o Direito como instrumento de dominação dos segmentos hegemônicos da sociedade, o qual, considerando uma hipotética sociedade composta de indivíduos *formalmente* iguais em direitos (o que é a base da segurança jurídica), em “benefício da ordem social” mantém as desigualdades *materiais* que justamente legitimam o poder opressor, da elite sobre os marginalizados. Nesse sentido, a crise do Direito seria evidente:

O modelo de ensino adotado pelos cursos de Direito, é o do ensino simbólico, com raízes profundas nas formas de dominação e colonização. Nestes termos, o ensino jurídico é descontextualizado, reducionista, tecnicista, se adequando aos moldes da educação bancária. (CAOVILLA; WOLKMER, 2014, p. 07)

No excerto acima, o que intriga e ao mesmo tempo é bastante curioso é a adjetivação “bancária” no que refere à educação jurídica. Tal qualidade vem consagrada de Paulo Freire, citado

também pelos autores, e retrata justamente essa educação reprodutora da opressão e da conformação; o educador se limitaria a comunicar, a fazer “comunicados” e depósitos que os educandos receberiam pacientemente, memorizando (guardando-os e arquivando-os) e repetindo; não havendo aí qualquer transformação, somente arquivos e reproduções. “Na visão bancária, o saber é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam nada saber, ensejando uma absolutização da ignorância, um falso saber” (*apud* CAOVIALLA; WOLKMER, 2014, p. 07). O resultado de tudo é profissionais do Direito acríticos, incapazes de pesquisar, inertes, meros espectadores da realidade, que não atuam com protagonistas sociais (CAOVILLA; WOLKMER, 2014, p. 07).

Contudo, essa crise do Direito apontada pelos autores há de ser combatida a partir de uma revolucionária *Epistemologia do Sul*.

O Sul metafórico representa o oprimido, excluído, negado, explorado, o Outro, em contraposição ao Norte dominador, detentor da racionalidade e ciência modernas, aquele que determina ou que é verdadeiro ou falso); a Epistemologia do Sul é noção vinda de Boaventura de Souza Santos (2007) que a aponta quando aborda a questão da Sociologia das Ausências.

A Sociologia das Ausências é um procedimento transgressivo, uma sociologia insurgente para tentar mostrar que o que não existe é produzido ativamente como não-existente, como uma alternativa não crível, como uma alternativa descartável, invisível à realidade hegemônica do mundo. E é isso o que produz a contradição do presente, o que diminui a riqueza do presente. (SANTOS, 2007, p. 28-29)

Busca-se transformar objetos impossíveis em possíveis, objetos ausentes em presentes (SANTOS *apud* CAOVIALLA; WOLKMER, 2014, p. 13)

Dentre as ausências identificadas por Santos (2007), inclui-se justamente a *monocultura do saber e do rigor*. O único saber rigoroso é o científico; qualquer outro não tem validade alguma. Aparta-se muita realidade por não se encontrar nos moldes científicos à moda europeia. Como pondera o autor, há um verdadeiro “epistemicídio” devido à morte de conhecimentos alternativos (como, por exemplo, do popular).

Reduz realidade porque “descredibiliza” não somente os conhecimentos alternativos mas também os povos, os grupos sociais cujas práticas são construídas nesses conhecimentos alternativos. Qual é o modo pelo qual essa cultura cria inexistência? A primeira forma de produção de inexistência, de ausência, é a ignorância. (SANTOS, 2007, p. 29)

Para combater essa ausência, Santos (2007) propõe uma ecologia de saberes, medida apontada também por Caovilla e Wolkmer (2014) e que aparece como uma esperança ao porvir latino-americano (REIS FILHO; ALVES, 2018). Isso porque essa ecologia insere-se no âmbito do pensamento pós-abissal, coadunando-se com o novo constitucionalismo latino-americano.

O pensamento pós-abissal pode ser sumariado como um aprender com o Sul usando uma epistemologia do Sul. Confronta a monocultura da ciência moderna com uma ecologia de saberes. É uma ecologia, porque se baseia no reconhecimento da pluralidade de

conhecimentos heterogêneos (sendo um deles a ciência moderna) e em interações sustentáveis e dinâmicas entre eles sem comprometer a sua autonomia. A ecologia de saberes baseia-se na ideia de que o conhecimento é interconhecimento. (SANTOS, 2009, p. 44-45)

Esse pensamento pós-abissal se insurge justamente contra a abissalidade da racionalidade moderna que se baseia numa impossibilidade co-presença daqueles que estão “deste lado da linha” (aqui está o Norte metafórico, dominador e detentor da ciência e racionalidade modernas) e o “outro lado da linha” (o Sul metafórico, o Outro, os excluídos), ocasião em que o primeiro ao mesmo tempo explora, nega e oculta o segundo; o conhecimento e o Direito modernos são as melhores representações do pensamento abissal (SANTOS,2009). Trata-se de uma relação que mais parece uma fusão de um amensalismo com um parasitismo, na medida em que o “lado de cá da linha” explora/suga o “outro da linha” (sem extingui-lo, pois dele depende), ao mesmo tempo em que procura criar meios de garantir que este último se mantenha subjugado (REIS FILHO; ALVES, 2018).

Cumprir refletir que a abissalidade é bastante evidente no cenário político, econômico e social brasileiro, o qual empenha-se na manutenção do paradigma eurocêntrico predatório.

Trazendo essa ideia à tratativa em estudo, é a pós-abissalidade (que se conecta à ética da alteridade dusseliana) absorvida no novo constitucionalismo latino-americano e sua dinâmica inclusiva de apagamento das antigas/históricas linhas invisíveis de apartação social que se permitirá um cenário emancipatório.

Pelo paralelo, já num lance valioso, tem-se como um grande passo dentro da ecologia de saberes rumo à inclusão social a reformulação mais rápida possível do Direito, num sentido lato, e, no caso, no Brasil.

Embora num primeiro momento pareça uma obviedade de implicação lógica, o que não se nega, a ideia é de que a reviravolta operaria simultaneamente em dois planos: num plano, está a reformulação da linguagem jurídica voltada imediatamente à grande massa da população com vistas a dar condições materiais para o exercício da cidadania; noutro plano, macro (que não deixa de conter o primeiro), tem-se a reformulação do Direito a partir de uma educação jurídica emancipatória e descolonializada, como mencionada por Caovilla e Wolkmer (2014), permitindo-se uma nova e genuína cultura jurídica que atinja a todos, especialmente os operadores do Direito e todos os servidores do Estado (afinal, ocupam estas posição-chave para a concretização de direitos e respeito às mais variadas pluralidades). O Direito não há de figurar mais como mero instrumento de dominação no cenário latino-americano. Os tempos são outros e torna-se imperiosa a mudança de ótica, ainda que a duras penas/conquistas (o que não é nenhuma surpresa quando se trata do Outro).

Atendo-se à inclusão social no Brasil a partir da reformulação da linguagem jurídica, além

da sua imprescindibilidade em relação ao exercício da cidadania, não há que se olvidar do próprio questionamento e rompimento com as antigas estruturas de poder e dominação.

Ainda, viabilizar materialmente o exercício da cidadania é de sua importância na essência do novo constitucionalismo latino-americano, sobretudo porque uma das principais características do fenômeno é a participação direta dos novos atores sociais – os historicamente excluídos. Uma democracia participativa que se preze, efetiva, inclui uma compreensão suficiente da população sobre linguagem jurídica, sobre as normas que a regem.

El compromiso constitucional de promover la participación a través de fórmulas directas no cuestiona la esencia del sistema de democracia representativa, ampliamente presente en todas las constituciones. La democracia participativa se configura como un complemento en la legitimidad y un avance en la democracia, pero no como una sustitución definitiva de la representación. Sin embargo, sí interrumpe la posición tradicional de los partidos políticos, que si bien se mantienen principalmente en el ámbito de los derechos políticos, su papel queda limitado por la acción directa del pueblo. Se trata, en definitiva, como ha afirmado Criado, de una absorción del Estado por lo colectivo: “se consagra constitucionalmente la escisión entre sociedad y Estado, y se reconstruyen escenarios y procedimientos para que la decisión del segundo sea influida por la primera, para reconstruir la unidad en la decisión, de manera que la voluntad única del Estado sea también voluntad de la sociedad por mecanismos distintos a los partidocráticos” (Criado en Salamanca y Viciano, 2004: 123). (PASTOR; DALMAU, 2010, p. 35)

Como a linguagem jurídica é uma linguagem especializada, mais rebuscada em relação à linguagem padrão (que já é consideravelmente difícil), a inclusão social a partir da sua reformulação envolve também uma reformulação ainda mais ampla, que é justamente a revisão da gramática da norma culta brasileira de modo a potencializar sua acessibilidade e utilidade para o povo (e não apenas para um público seletivo). Caso não haja mudança nessa seara também, a mera reformulação da linguagem jurídica pode não oferecer grandes resultados, pois nem o mínimo de compreensão, representado pela suficiente afinidade com a língua culta, existiria por parte da população.

É preciso escrever uma gramática da norma culta brasileira em termos simples (mas não simplista), claros e precisos, com um objetivo declaradamente didático-pedagógico, que sirva de ferramenta útil e prática para professores, alunos e falantes em geral. Sem essa gramática que nos descreva e explique a língua efetivamente falada pelas classes cultas, continuaremos à mercê das gramáticas normativas tradicionais, que chamam erradamente de norma culta uma modalidade de língua que não é culta, mas sim cultuada: não a norma culta como ela é, mas a norma culta como deveria ser, segundo as concepções antiquadas dos perpetuadores do preconceito lingüístico” (Bagno, 2003, p. 114-115). (BAGNO *apud* VIANA, 2003, p. 40)

Em todo caso, conquanto haja ainda muitas dificuldades e degraus que a duros passos não ainda de ser superados no processo de ascensão do novo fenômeno constitucionalista e seus novos atores sociais, a inicial reformulação da linguagem jurídica nos seus moldes, de modo a potencializar pelos ideais de sua cosmovisão genuína a inclusão social da grande massa da população que foi (e ainda vem sendo) segregada já seria de considerável impacto e causaria uma

verdadeira e significativa fissura no atual paradigma excludente notavelmente vigente no Brasil desde os tempos coloniais e que sempre beneficiou a apenas determinado “público”.

4. CONCLUSÃO

Ao que foi abordado, a reformulação da linguagem jurídica no Brasil à luz dos ideais do fenômeno do novo constitucionalismo latino-americano seria de extrema valia e proficuidade no processo de inclusão social e salvaguarda da cidadania, acesso à justiça e democracia substantiva.

Adotar-se o espírito do novo fenômeno constitucionalista implica um maior esforço no solapamento das antigas estruturas de poder, dominação e segregação que têm se perpetuado no país desde os tempos coloniais. E buscar alterar toda uma cultura jurídica por meio da reformulação da linguagem com novos reforços já representa um grande passo rumo à aproximação de fato da sociedade civil com o Direito (ainda muito distante).

A proposta não exclui obviamente a imprescindibilidade da investida em outros campos para que essas relações de dominação e segregação (que refletem uma verdadeira colonialidade) seja extirpada. A prioridade seria, ao final das contas, para mudança mais substancial na luta por uma maior justiça social, a educação – essa, sim, libertadora. Como adverte a sabendas Sousa (2008), as desigualdades em relação a ela e na formação dos cidadãos refletiria um abismo excludente em termos de acesso a determinadas variedades linguísticas. Daí decorreria uma consequência inevitável: dificulta-se o acesso a diversos conhecimentos essenciais para o ingresso num sele grupo de detentores do poder; ao passo que, também, em certa medida os próprios saberes acabariam por representar instrumentos de segregação e de legitimação na tomada de decisões coletivas.

Conquanto a educação acabe sendo sempre o melhor caminho, seu investimento é de longo prazo e preço que nenhuma estrutura de poder consolidada e que pretenda manter-se hígida quer pagar.

Logo, mesmo que a duras penas, medidas inclusivas e significativas como a reformulação da linguagem jurídica no Brasil (e da própria cultura jurídica), reforçada a partir dos ditames do novo constitucionalismo latino-americano, já representa um grande avanço na busca pela igualdade e justiça sociais, promovendo-se uma verdadeira inclusão social – o que se propôs.

O “juridiquês” há mesmo de ser destronado.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder – o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca; WOLKMER, Antonio Carlos. **A educação jurídica diante do novo constitucionalismo latino-americano**. 2014. Disponível em:

<<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=3a8d959f33298c29>>. Acesso em: 10 de julho de 2018.

COSTA, Marcelo Dolzany da. A comunicação e o acesso à Justiça. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 22, p. 13-19, jul./set. 2003. Disponível em:

<<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/558/738>>. Acesso em 27 de junho de 2018.

FAJARDO, Raquel Zonia Yrigoyen. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanços e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. *In*: VERDUM, R. (org.).

Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 09-62.

FREIRE, Paulo. Conversa com Paulo Freire: Linguagem e Poder. Entrevista concedida a Virgínia Maria de Figueiredo e Silva e Tânia Maria Piacentini. **Perspectiva**. r.CED. v.2, n.4. Florianópolis, p. 47-51, jan./dez. 1985. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/perspectiva/article/view/8828/8171>>. Acesso em 11 de julho de 2018.

LEITE, Fábio Carvalho. **1891: A Construção da Matriz Político-Institucional da República no Brasil**. 2003. 218 fls. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre pelo Programa de Pós graduação em Direito Constitucional e Teoria do Estado do Departamento de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em:

<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=3880@1>. Acesso em: 09 de junho de 2018.

MOZDZENSKI, Leonardo Pinheiro. **O juridiquês, em bom português**. 2003. Disponível em: <https://periodicos.tce.pe.gov.br/seer/ojs-2.3.6/index.php/Revista_TCE-PE/article/viewFile/968/896>. Acesso em: 09 de julho de 2018.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. *In*: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional, 2010, p. 09-44. Disponível em: <<https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

_____; _____. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Agora: revista de ciencias sociales**, n. 13, p. 55-68, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/revista/10401/A/2005>>. Acesso em: 08 de julho de 2018.

REIS FILHO, José Wilson. ALVES, Fernando de Brito. O novo constitucionalismo latino-americano do “porvir” *In*: MARTÍN, Laura Miraut; RAMOS, Emilia M^a Santana; Sánchez, Antonio Tirso Ester (directores). **Los nuevos desafíos del derecho ibero-americano**. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Las Palmas de Gran Canaria: La Casa del Abogado Librería Jurídica, 2018, p. 541-556.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Da Colonialidade à Descolonialidade. In: _____; MENESES, M. P. (orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina SA., 2009, p. 21-71.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SOUSA, Rafael Pinna. **Ambiguidades e vagezas em textos legais – uma análise da Constituição Federal Brasileira**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em letras da Puc-Rio, Rio de Janeiro, 2008.

SOUZA, Antonio Escandiel; ALVES, Carla Rosane da Silva Tavares; BRUTTI, Tiago Anderson. A elitização da linguagem jurídica e a necessidade de sua simplificação. **Signum: Estud. Ling.**, Londrina, n. 19/2, 2016, p.123-140. Disponível em: < www.uel.br/revistas/uel/index.php/signum/article/download/25125/20166 > Acesso em: 26 de junho de 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado Plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. Disponível em: < <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759> >. Acesso em: 24 de junho de 2018.

VIANA, Nildo. **Linguagem, discurso e poder – ensaios sobre linguagem e sociedade**. 1.ed. Pará de Minas: Editora Virtualbooks, 2009. Disponível em:

<<http://www.afoiceemartelo.com.br/posfsa/Autores/Viana,%20Nildo/Linguagem,%20Discurso%20e%20Poder.pdf>>. Acesso em: 10 de julho de 2018.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA MOROSIDADE JUDICIAL DURANTE O PROCESSO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO

Carla BERTONCINI¹

Mariana Delminda Bernardes UTIYAMA²

RESUMO

O presente trabalho objetiva promover o debate acerca da morosidade judicial, especialmente nos processos de destituição do poder familiar e durante o procedimento de adoção, considerando a necessidade de cumprimento ágil dos prazos, a fim de evitar a institucionalização desnecessária do infante, além da responsabilidade civil do Estado quando há demora na prestação jurisdicional. Em um primeiro momento, há brevemente o contexto histórico da adoção, tendo em vista sua presença desde os primórdios da civilização. Após, apresentam-se os dados atuais do país, mesmo com as dificuldades de mensuração exata, sendo apontadas as divergências entre as crianças e adolescentes aptos à adoção e os adotantes. Deste modo, quando há atraso no cumprimento dos prazos, o Estado deve ser penalizado. O trabalho propõe soluções à referida problemática, como, por exemplo, a criação de varas especializadas, a capacitação dos servidores, a atualização constante do CNA, além de projetos incentivadores às adoções tardias, deste modo, o Estado assegurará o Direito fundamental à família.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas; Adoção Tardia; Institucionalização; Responsabilidade Subjetiva.

ABSTRACT

This paper aims to promote the debate about judicial delays, especially in the processes of dismissal of family power and during the adoption procedure, considering the need for agile fulfillment of the deadlines, in order to avoid unnecessary institutionalization of the infant, besides the civil responsibility of the State when there is delay in the judicial service. In a first moment, there is briefly the historical context of the adoption, considering being present from the beginnings of the civilization. Afterwards, we present the current data in the country, even with the difficulties of exact measurement, pointing out the differences between the children and adolescents who are eligible for adoption and the adopters. Thus, when there is a delay in meeting deadlines, the State must be penalized. The work proposes solutions to this problem, such as the creation of specialized staff, the training of servers, the constant updating of the CNA, and incentive projects for late adoptions, in this way, the State will assure the fundamental right to the family.

KEY WORDS: Public politics; Late Adoption; Institutionalization; subjective liability.

INTRODUÇÃO

-
- 1 Advogada, Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE, Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (2001) e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (subárea de concentração Direito Civil) - PUC (2011). Professora adjunta do curso de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado) e do curso de graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho e professora de Direito Civil (Direito de Família e Sucessões) das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO).
 - 2 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Araucária (PR). Conciliadora na Justiça Federal. Estagiária voluntária do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública de Jacarezinho. E-mail: marianadbu@gmail.com

A adoção evoluiu junto com os povos e a história; inicia-se através do sentimento egoístico de perpetuar a família que se prolonga até os tempos modernos, nos quais é dada a devida relevância ao melhor interesse da criança.

Ainda assim, em muitos casos os adotantes idealizam a criança, isto é, bebês, saudáveis e de cor branca. Porém, o processo de destituição do poder familiar costuma demorar anos, desse modo, as chances de uma adoção acontecer caem drasticamente.

O Estado é o responsável por assegurar o cumprimento da Constituição Federal e respeitar os direitos fundamentais de seus cidadãos, essencialmente, os dos infantes, visto não possuem plena capacidade.

Portanto, sendo o Estado o único responsável por tais atos jurisdicionais, é sua obrigação cumprir os prazos estabelecidos, principalmente, no tocante às crianças e adolescentes que estão institucionalizados, e quando não o fizer, for penalizado.

O Brasil não possui dados exatos da quantidade de crianças e adolescentes que estão nos abrigos, nem quais estão aptas à adoção ou aguardando a destituição do poder familiar, evidenciando a falta de estrutura estatal.

O poder público acostumou-se com a lentidão de seus atos e esqueceu-se que está lidando com seres humanos que estão “encarcerados”, sendo privados da convivência familiar.

As leis existentes são referências pelo mundo, entretanto, falta efetividade e comprometimento dos órgãos jurisdicionais para executá-las.

Com a aprovação do documento *Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para crianças e adolescentes em 2009, na Resolução Conjunta do CANANDA/CNAS*, houve uma significativa mudança nas entidades de acolhimento, tornando mais individualizada a permanência dessas crianças, mas nada que possa se equiparar a um lar.

A permanência desses infantes deve sempre ser a menor possível, pois caso contrário pode haver um dano irreparável em suas vidas, restando apenas ao Estado ser responsável por eventuais descasos ou atrasos.

O presente trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, partindo de diversas experiências práticas colhidas durante a pesquisa, somando-se a esse raciocínio pesquisas bibliográficas e o histórico do instituto da adoção e da morosidade judicial no Brasil.

Dessa forma, propõe-se evidenciar que o Estado deve ser eficaz e garantir o direito à convivência familiar para todas as crianças e adolescentes, assegurando-lhes a duração razoável do processo.

1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA ADOÇÃO

A adoção é um dos institutos mais antigos da civilização, tendo em vista ser intrínseco ao ser humano o desejo de constituir uma família e possuir descendentes.

Na Antiguidade, a adoção possuía um caráter de ordem religiosa, pois a perpetuação do nome e o culto doméstico eram vistos como primordiais; e as famílias que não tivessem filhos, estariam extintas, portanto, a adoção visava o interesse dos adotantes.

No Direito Romano, além da continuidade da família e do culto doméstico, a adoção servia também para adquirir cidadania, permitindo que os plebeus tornassem patrícios.

Porém, na Idade Média, com as invasões bárbaras e a proibição da Igreja em possuir filhos que não fossem os de sangue, a adoção deixa de ser utilizada e permanece no esquecimento.

Sendo que, em 1939, o Código de Napoleão cria o instituto da “legitimação adotiva”, no qual a adoção só ocorreria se houvesse reais vantagens para o adotando.

O instituto da adoção entrou em desuso quando desapareceu a base religiosa que o incentivava, até ser reutilizado no Código Civil francês, por orientação de Napoleão, preocupado com sua sucessão, sendo acolhido pelas demais legislações modernas, com raras exceções.³

Tal concepção é adotada pelas legislações modernas, inclusive, a brasileira.

Na Legislação brasileira, a adoção é introduzida através das Ordenações Filipinas. Mas é o Código Civil de 1916 que sistematiza o instituto através de 11 artigos, sendo que, ainda era seguido o modelo Romano, ou seja, não havia preocupação com os interesses dos adotandos, permitindo-se apenas que os maiores de 50 anos e sem prole legítima ou legitimada adotassem.

Em 1957, houve um avanço ao conceito de adoção com a Lei nº 3.133, transformando-a em assistencial, objetivando melhorar a condição do adotado.

Mas o marco na legislação brasileira é a Lei 4.655/65, pois criou a legitimação adotiva, igualando os direitos entre legitimado e filho legítimo ou superveniente.

Em 1979, instituiu-se o Código de Menores, através da Lei nº 6.697, extinguiu a legitimação adotiva, manteve a adoção simples regulamentada no Código Civil de 1916 e criou a adoção plena.

Sendo que a adoção simples era revogável pela vontade das partes e não extinguiu o vínculo do adotante com a família biológica; no entanto, na adoção plena, a adoção era irrevogável e havia a cessação total do vínculo com os pais biológicos.

O principal objetivo da referida Lei era suprir a responsabilidade estatal pela desigualdade social e a pobreza, pois a falta de condições econômicas da família para garantir uma vida digna à criança caracterizava motivo satisfatório para retirá-la do convívio familiar, decretando a perda ou a suspensão do poder familiar, desse modo, havia a criminalização da infância em situação de

3 CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. Belo Horizonte: Del Rey. 2013, p. 11.

pobreza.

A partir da década de 1980, essa visão criminalizada do infante começa a ser debatida. Tanto que a Constituição Federal de 1988 extinguiu todas as diferenças entre os filhos e vedou qualquer forma de discriminação na filiação, biológica ou afetiva, ao dispor que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (art. 227, §6º), Conforme Martha de Toledo Machado:

A Constituição Federal deu conformação estrutural especial aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, criando um dever de asseguramento prioritário deles, imposto aos adultos (representados no trinômio Família-Sociedade-Estado, referindo na CF 227, caput), fazendo com que esses direitos fundamentais gerem obrigações essencialmente comissivas aos obrigados.⁴

Deste modo, é papel do Estado assegurar aos infantes o direito primordial à convivência familiar, provendo meios para que isso aconteça e objetivando o melhor interesse do infante. Portanto, foi apenas com a promulgação da nossa Carta Constitucional que a criança tornou-se titular do direito à convivência familiar. Dispõe Gonçalves:

Com a evolução do instituto da adoção, passou ela a desempenhar papel de inegável importância, transformando-se em instituto filantrópico, de caráter acentuadamente humanitário, destinado não apenas a dar filhos a casais impossibilitados pela natureza de tê-los, mas também a possibilitar que um maior número de menores desamparados, sendo adotados, pudessem ter um novo lar.⁵

Em 1990 foi promulgada a Lei nº8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo considerado um marco dentre as legislações referentes aos interesses das crianças e dos adolescentes no mundo, tendo em vista, inserir a Doutrina da Proteção Integral.

Todavia, o procedimento da adoção necessitava de uma atenção especial e em 2009 é aprovada a Lei nº 12.010, a Lei Nacional da Adoção. Além da criação dos cadastros locais de pretendentes à adoção, iniciado em São Paulo e mais tarde no Rio de Janeiro.

Em 2017, houve a aprovação da Lei 13.509, visando à redução dos prazos de adoção, a desburocratização e a atenção aos grupos mais complicados para serem adotados.

A relatora da referida Lei, Marta Suplicy, considera que:

Essas crianças que estão nos abrigos gostariam de ter um lar, mas é tanta burocracia que elas não conseguem ser adotadas. Demora tanto tempo para chegar ao cadastro nacional que aí elas crescem e muitas famílias se desinteressam desse processo. Esse projeto foca nesse gargalo para agilizar os procedimentos relacionados à destituição do poder familiar e à adoção de crianças e adolescentes.⁶

4 MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p.74.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - volume 6: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.377.

6 Da Redação. Sancionada lei que acelera processos de adoção. Senado Notícias, 24.11.2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/24/sancionada-lei-que-acelera-processos-de-adocao>> Acesso em: 17 de junho de 2018.

Na tentativa de uniformizar a adoção, o CNJ instituiu o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), para que fique disponível aos juizes os pretendentes habilitados e as crianças e adolescentes disponíveis.

Desse modo, demonstrou-se uma triste realidade: “havia uma grande demanda para determinados perfis de adotandos e pouca demanda para a grande maioria das crianças/adolescentes acolhidos institucionalmente”.⁷ Percebe-se, assim, um dos grandes desafios a serem combatidos.

2 DIVERGÊNCIA ENTRE O NÚMERO DE ADOTANTES E DE ADOTANDOS

Hodiernamente, para cada criança apta à adoção, há uma média de seis pessoas disponíveis para adotá-la, pois há mais de 44 mil crianças e adolescente em abrigos, entretanto, apenas 4.481 estão aptas a serem adotadas, conforme relatório do CNJ.⁸

Nesse viés, a discrepância entre o perfil desejado pelos adotantes e os institucionalizados gera uma aflição de ambos os lados, tendo como primordial a questão etária.

Enquanto 92,7% dos pretendentes desejam uma criança com idade entre zero e 5 anos, o CNA informa que apenas 8,8% das crianças e adolescentes aptos à adoção têm essa idade.

Além de ser mais difícil ao grupo de irmãos, o qual configura mais de sessenta por cento das crianças cadastradas para adoção, mas 65% dos adotantes desejam somente uma criança.

Ademais, somente 50,52% dos postulantes a adoção aceitam menores portadores de problemas físicos com tratamento, e aos portadores de HIV apenas 4,08%.

Deste modo, cabe frisar que os menores não adotados por conta de seus perfis, tanto de cunho racial como físico, permaneceram por um excessivo lapso temporal em abrigos ou instituições, aguardando por uma família que deseje adotá-los.

Arelada a essas problemáticas, a ineficiência do CNA é reconhecida e admitida pelos seus membros. Faltam profissionais qualificados e a manutenção devida do referido sistema, considerando que há diversos cadastros desatualizados e diversas comarcas que – incredivelmente – ainda não o utilizam, apesar de ter sido instituído há quase 10 anos.

Além disso, a falta de detalhismo do cadastro acarreta mais problemas, pois, por exemplo, a deficiência física não é delimitada, sendo inúmeras crianças enquadradas nesse mesmo perfil, visto que o mesmo adotante que aceitaria um infante cadeirante poderia recusar um deficiente visual.

7 OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção – Aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2017, p.23.

8 CNJ. Relatórios estatísticos. Cadastro Nacional da Adoção, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> Acesso: 22 de junho de 2018.

Tal obstáculo também ocorre com as deficiências mentais, pois elas são muitas, e um autista difere muito de uma criança com Síndrome de Down. Por conseguinte, são fatores que impedem determinadas crianças encontrem seus adotantes.

Desse modo, o artigo 227 da Constituição Federal e a Dignidade da Pessoa Humana são inescrupulosamente ignorados; a criança não é inserida no meio familiar e desenvolve-se sem referências básicas para o seu crescimento, sendo que, quando completa a maioridade sente-se sozinha e desamparada ao ter que enfrentar um mundo real para o qual não foi preparada.

3 A MOROSIDADE JUDICIAL

A EC nº 45/04, que é conhecida como "Reforma do Poder Judiciário", inseriu, no rol do art. 5º, o inciso LXXVIII, estabelecendo que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

No nosso ordenamento jurídico, são inúmeros artigos que garantem a razoável duração do processo, contudo, a lentidão dos julgamentos tornou-se algo corriqueiro e a sociedade procura meios alternativos para solucionar os conflitos.

Entretanto, quando há violação de direitos fundamentais e o Estado permanece omissivo, sendo que a reparação civil mostra-se como um instrumento de coagi-lo a efetivar melhorias.

É direito público subjetivo assegurado pela Constituição Federal ao cidadão de exigir do Estado a prestação jurisdicional. Portanto, é direito fundamental do indivíduo e dever do Estado.

Porém, quando se trata do infante, deve haver uma real preocupação do Ministério Público e da sociedade, considerando-o como ser em desenvolvimento, deste modo, não possuindo discernimento para requerer o seu direito no tempo determinado.

No tocante à destituição do poder familiar, a morosidade judicial mostra-se como a maior vilã, em razão da idade ser característica essencial para os postulantes à adoção. Ademais, cerca de 80% a 90% das ações de destituição do poder familiar estão relacionadas ao crack.

Acerca desse tema, Berenice Dias (2015, p.507), conceitua a triste situação das crianças e adolescentes que são penalizados pela burocracia que retarda a possibilidade de serem adotadas em tempo hábil:

A enorme burocracia que cerca adoção faz com que as crianças se tornem "inadotáveis", palavra feia, quase um palavrão, que significa crianças que ninguém que, seja porque já não são bebês, seja porque não são brancas, não são perfeitas. Pelo jeito ninguém lembra o porquê de as crianças lá estarem: ou foram abandonadas, ou pais foram destituídos do poder familiar por maus-tratos ou por abuso sexual. Nessa última hipótese, aliás, é bem mais difícil que sejam adotadas.⁹

9 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.118.

Desse modo, é demonstrado que o atraso na prestação jurisdicional prejudica irreparavelmente essas crianças e adolescentes que estão aguardando a destituição do poder familiar, mas sabem que serão filhos de ninguém, tendo em vista a dificuldade de adotantes interessados em maiores de 05 anos.

A responsabilidade estatal em torno do processo de adoção é uma regra subjetiva, sendo assim, “o magistrado, ao exercer a atividade monopolizada pelo Estado, que é a aplicação do direito ao caso concreto, age na função de agente público, devendo, portanto, se o serviço judiciário for prestado de forma danosa aos administrados, ser o Estado responsabilizado a reparar tais danos.”¹⁰

A relação entre o direito e a sociedade está estabelecida na CF/88, bem como na Lei de Adoção juntamente com o ECA que deveriam ter aplicabilidade e eficácia, visto que, sempre deve-se considerar o melhor interesse da criança, e certamente, permanecer em um abrigo não representa tal preocupação.

A morosidade judicial denuncia violações aos direitos fundamentais dos indivíduos, isto é, a demora processual acarreta um transtorno e a perda de confiança na justiça brasileira.

Direito fundamental é o mínimo necessário para a existência da vida humana, como se pode depreender do excerto abaixo. Assim, tentando construir um conceito de direitos fundamentais, poderíamos dizer, inicialmente, que os direitos fundamentais seriam os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana. Além disso, não podemos nos esquecer do princípio da dignidade humana, que como vimos deve informar a interpretação de todos os dispositivos constitucionais. Os direitos fundamentais, então, seriam os interesses jurídicos necessários para a existência da vida humana digna [...]. A partir daí, podemos dizer que os direitos fundamentais são os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna.¹¹

Nesse viés, os procedimentos negligentes violam os direitos das crianças e dos adolescentes privando-os do convívio familiar, uma vez que já estão separados do seu meio parental e necessitam de amparo.

Destarte, o Estado possui como obrigação encarregar-se de decisões adequadas para que se tenha em um curto prazo a inserção no seio familiar efetivando a celeridade do processo que é uma questão fundamental.

Cada Estado é livre para editar a sua lei de organização judiciária, dispondo acerca da criação e extinção das Varas comuns ou especializadas. Desse modo, em alguns locais, há Varas de Penas Alternativas, exclusivas para a execução de penas restritivas de direitos.

10 SILVA, Bruno - **comentário do Artigo- “Responsabilidade Civil do Estado pela Morosidade Jurisdicional”**, Disponível em: <<http://agsassociados.jusbrasil.com.br/artigos/111691687/responsabilidade-civil-do-estado-pela-morosidade-jurisdicional>> Acesso em 17 de junho de 2018.

11 FILHO, Vladimir Brega. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.66-67.

Todavia, no caso das Varas Privativas da Infância e Juventude, lamentavelmente, há várias Comarcas de médio e grande porte que ainda não as possui. Uma das Varas locais, geralmente uma criminal, possui um Anexo da infância e Juventude. Este tem sido um dos mais sérios entraves para o fiel respeito à celeridade do trâmite dos procedimentos relacionados à criança e ao adolescente.

“O juiz titular tem a tendência, em Vara cumulativa, de cuidar, em primeiro plano, do que lhe parece principal (matéria civil ou criminal), para depois dar atenção ao que o próprio Tribunal deu nome de anexo.”¹²

Alguns magistrados consideram quase que um favor cuidar do anexo, deste modo, não tutelam pela celeridade dos processos, “não visitam os abrigos da sua região, não interferem na constituição dos cadastros das crianças, adolescentes, candidatos à adoção, não participam ativamente da captação dos interessados em adotar, enfim, são maus juízes da área infanto-juvenil.”¹³

Muitos processos de destituição do poder familiar demoram mais de três anos. A Lei da Adoção abriu as possibilidades de procura de familiares da criança, antes restrita a pais e avós. Com isso, o tempo de procura ficou muito maior.

Razão pela qual se deve cessar a ideia de que é necessário a criança permanecer na família extensa, pois 80% das devoluções são feitas pelos parentes que estavam com a guarda; muitos se sentem pressionados para permanecer com o infante e depois acabam não conseguindo lidar com tantas responsabilidades e desistem.

Tal desistência agrava a situação da criança, pois ela está mais velha, passou por um processo doloroso e confuso, pois foi retirada da sua residência, passou pela casa de parentes e retornou ao abrigo.

Deste modo, é necessário um acompanhamento psicológico individual e contínuo, preparando-a para uma possível adoção sem possuir o medo da rejeição.

Não há equipe do Estado suficiente para procurar parentes que não possuem vínculos com a criança e nem desejam um filho. Atrasando cada vez mais a destituição do poder familiar e a colocação da criança no cadastro para a adoção.

À vista disso, alteraram a lei, mas não aumentaram o número de pessoas para trabalhar no processo, nem capacitaram as que já atuavam.

O ECA, mesmo sendo uma das melhores leis do mundo, ainda não é eficaz, tendo em vista a longa dilação dos prazos pelo poder público e a primazia pela filiação biológica, ainda que o STF

12 NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**, Rio de Janeiro, 2014, p.494.

13 Idem, p.496.

tenha reconhecido a filiação socioafetiva como prevalente (Tese 622)¹⁴.

Houve inúmeras alterações no ECA, com implementação de programas, órgãos, entre outros, mas não foi estabelecida a punição para os que descumprissem os prazos ou procedimentos considerados relevantes referentes as crianças.

A adoção no Brasil, segundo as referidas leis, é uma medida excepcional, isto é, só poderá ocorrer em casos de completa impossibilidade de permanência na família natural, à vista disso, a Lei da Adoção nada mais é do que uma tentativa para promover a conservação da consanguinidade. Nesse viés, dispõe Maria Berenice Dias:

O fato é que a adoção transformou-se em medida excepcional, a qual deve se recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa (ECA 39, § 1o). Assim, a chamada lei da adoção não consegue alcançar seus propósitos. Em vez de agilizar a adoção, acaba por impor mais entraves para sua concessão, tanto que onze vezes faz referência a prioridade da família natural.¹⁵

Desse modo, não conseguiremos restabelecer uma confiança entre o judiciário e a sociedade, permanecendo à mercê das adoções diretas, que são notáveis pela agilidade, não havendo participação estatal, mas que não conferem legitimidade ao adotado e ao adotante.

Ainda assim, é demasiadamente utilizada, pois aqueles que pretendem ter um filho não desejam ficar até uma década em uma lista que não é atualizada, nem para qual é dada a devida atenção pelos próprios responsáveis.

Precisa-se ter como objetivo primordial a colocação das crianças e adolescentes em uma família, logo, deve-se implementar projetos com tais intuitos, como a visitação ampla e obrigatória às instituições de abrigamento, dessa maneira há possibilidade dos adotantes expandirem seus perfis.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Nos primórdios da civilização, havia a autotutela, sendo que as partes conflitantes eram responsáveis pelas soluções dos próprios atritos, tendo como elemento caracterizador o uso da força, não havendo o Estado para deliberar.

Atualmente, o Estado é o detentor da jurisdição; desta maneira possui a prerrogativa de aplicar o direito aos conflitos da sociedade, bem como a obrigação de desempenhar a sua função em tempo razoável, sendo, portanto, a atuação estatal a protagonista no funcionamento da justiça.

A partir do momento em que a prestação jurisdicional é unicamente a do Poder Público,

14 STF, RE 898060. Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>> Acesso em: 23 de junho de 2018.

15 DIAS, Maria Berenice. **Adoção sem preconceito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-22/depender-lei-adocao-continuara-sonho>> Acesso em: 19 de junho de 2018.

considera-se como um serviço público prestado pelo Estado, portanto, deve ser de qualidade e no menor tempo possível.

Deste modo, "se a prestação jurisdicional é exclusivamente incumbida ao Poder Público, em caráter obrigatório, não podendo os particulares 'fazer justiça' de mão própria, o serviço judiciário configura inequivocamente um serviço público".¹⁶

Todavia, essa atividade jurisdicional quando omissa ou protelatória torna-se danosa ao requerente, tornando o ente estatal responsável.

Com a Lei nº13.257/16 houve a intenção do legislador de criar políticas e programas governamentais objetivando preservar o crescimento da criança através de apoio às famílias.

O artigo 14 da referida Lei preceitua §1º "Os programas que se destinam ao fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância promoverão atividades centradas na criança, focadas na família e baseadas na comunidade."

Isto é, o Estado demonstra a preocupação com a família e a criança, mas não respeita as suas próprias leis. Por isso, deve haver a sua responsabilização.

Apesar de doutrinas contrárias à responsabilização do Estado por seus atos, como a tese de absoluta independência do magistrado, não há fundamento para considerar tais argumentos, tendo em vista que os outros poderes também são independentes; entretanto, não deixam de ser responsabilizados pelos atos de seus agentes.

Há, ainda, a tese de que o Estado não pode ser responsabilizado pelos atos jurisdicionais, considerando que a Constituição Federal estatuiu a responsabilidade pessoal dos magistrados.

No entanto, o Estado e o juiz são figuras inseparáveis; assim, se o magistrado, que age na função de agente público, causar dano a alguém, é uma obrigação estatal reparar essa situação.

O STF reconheceu a possibilidade objetiva do Estado por atos judiciais no RE 841.526/RS:

"EMENTA: - Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido."

Mostra-se necessário ressaltar que o STF apenas reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado por atos jurisdicionais previstos em lei, ou seja, de forma excepcional.

16 DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: RT, 1994, p.36.

Entretanto, acreditar que a responsabilização do Estado será objetiva é um equívoco, com fulcro no art. 37, §6º, da Constituição Federal, restringiu-se essa modalidade apenas aos casos de condutas comissivas dos seus agentes.

Adiante, se houver danos causados por terceiros, a responsabilidade é do tipo subjetiva, não configurando dentro da teoria do risco administrativo. Desse modo, há a obrigatoriedade de comprovar a omissão culposa do Estado, só assim, caracterizará a obrigação de indenizar.

[...] alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Parece-me, todavia, mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considera, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica, quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa o dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo.¹⁷

Portanto, o particular que sofreu o dano devido ao ato de terceiro deverá provar que a simples atuação Estatal seria o suficiente para evitar o prejuízo, incidentando a teoria da culpa administrativa.

Assim, para responsabilizar o Estado, é preciso provar a falta do serviço, seja a sua inexistência, retardamento ou mau funcionamento, e o nexo causal entre esta e o dano sofrido.

À vista disso, o Estado é o único capaz de promover a destituição do poder familiar, bem como determinar a guarda. Dessa maneira, é evidente a necessidade de sua atuação. Além dos dados comprovarem que quanto mais velhas as crianças, menores as chances de adoção.

Na doutrina brasileira contemporânea, “a teoria subjetiva, derivada da culpa, torna admissível imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos possibilitados por sua omissão.”¹⁸

Considerando que as crianças e adolescentes sofrem grandes danos quando há demora na prestação judicial, deve-se haver a responsabilização estatal, no intuito de diminuir os danos causados e principalmente, tornar o Estado eficaz, tendo em vista o maior interesse em adotados menores.

A demora na prestação jurisdicional cai no conceito de serviço público imperfeito. Quer que ela seja por indolência do Juiz, quer que seja por o Estado não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça. E, já foi visto que a doutrina assume a defesa da responsabilidade civil do Estado pela chamada responsabilidade civil do Estado pela chamada falta anônima do serviço ou, em consequência, do não bem atuar dos seus agentes, mesmo que estes não pratiquem a omissão dolosamente.¹⁹

Contudo, é necessária a presença de três pressupostos para configurar a responsabilidade civil, conduta omissiva, dano e nexo de causalidade.

Quanto mais tempo a criança passa institucionalizada, menos chances de ser adotada,

17 BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.18.

18 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 3ª Ed., 2004, p. 36.

19 DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Revista de Processo. São Paulo, v. 40, p. 151-152, 1985.

despedaçando o sonho de ter um lar, além de não conviver com uma família, não permitindo o desenvolvimento adequado desse infante.

Deste modo, o Estado deve ser responsabilizado pelo seu descaso com a vida dessas crianças e adolescentes, que crescem em instituições de acolhimento unicamente pela morosidade judicial, que, como referido, um processo de destituição do poder familiar leva, em média, 3 anos, restringindo-se as chances o infante crescer com a devida atenção em um escopo familiar.

5 SOLUÇÕES PARA UM PROCESSO MAIS ÁGIL

Como demonstrado, mostra-se essencial uma nova atitude do Estado, a fim de agilizar o processo de destituição do poder familiar e a reinserção da criança no seio familiar.

É necessário cumprir os prazos da Lei da Adoção e do ECA, aumentar o número de profissionais e capacitá-los para assegurar a efetividade das referidas leis, além da criação de varas especializadas nos atendimentos desses procedimentos para que o processo pela procura da família biológica seja o mais rápido possível e reduzir o leque de familiares a serem procurados, pois tal insistência mostrou-se prejudicial.

As crianças e adolescentes institucionalizados apresentam um histórico de rejeição marcado por muito sofrimento, decorrente do rompimento do vínculo com sua família biológica; prolongar essa dor apenas para tentar manter a conexão sanguínea é desproporcional.

O contato físico é essencial para o desenvolvimento adequado da criança, “o apego é decorrente de um programa inato presente em todos os primatas e que tem por função aumentar as chances de proteção e de sobrevivência do recém-nascido.”²⁰ Sendo que a proteção baseia-se na proximidade física e no contato entre mãe (ou com quem ocupa essa função materna) e bebê nos primeiros anos de vida.

Essas dificuldades não são invisíveis, pois os abrigos e instituições estão cheios de histórias reais, em que não são observados os direitos a convivência familiar e o afeto restando negado a essas crianças e a esses adolescentes a possibilidade de, desde logo, obterem a filiação socioafetiva.²¹

Isabel Kahn Marin, desde 1994, na obra “Abandono e Adoção”, preceituava a necessidade de haver uma preparação para que os pais saibam lidar com os futuros filhos, entendendo a situação de abandono destes e que não há criança perfeita, assim como não há pais sem defeitos.

Muitas vezes, esses infantes podem apresentar dificuldades de relacionamento, em razão do que viveram nos abrigos e na casa dos parentes, desse modo, os adotantes precisam lidar com esses medos e inseguranças que seu filho trará, o que só é possível com uma equipe especializada.

20 BOWLBY, José. **Apego e perda**. São Paulo; Ed. Martins Fontes, 2002, p. 215.

21 BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção – Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 88.

Para vencer a ineficácia do CNA, vários Estados estão utilizando a busca ativa. Tal sistema consiste na inversão da forma como se procuram pais para uma criança, pois, parte da sua descrição, o que, frequentemente, faz com que os adotantes percebam que não a criança ideal não existe, deste modo, expandindo o seu perfil.

Infelizmente, essa mudança de perfil pode não constar no CNA, considerando que muitos cadastros não são atualizados, dado o descrédito do Cadastro, sendo um empecilho para a formação de uma família. O portal da adoção explica:

Não raro os habilitandos [...] habilitam-se para perfis bem restritos, muito próximos de "menina, branca, saudável, até 1 ano, sem irmãos".

Com o passar do tempo e o amadurecimento do desejo de adotar este perfil vai sendo alterado dentro da mente e corações dos habilitados. Todavia, a grande maioria não providencia junto as suas varas de habilitação a alteração correspondente do seu perfil.

Assim o CNA continua alimentado com um perfil que não é mais aquele realmente almejado pelos futuros adotantes. Sem ter ciência da alteração deste perfil, as varas não localizam adotantes para crianças que caberiam naqueles perfis de fato já modificados.²²

A busca ativa é realizada por meios informais, como o Facebook, o WhatsApp e o Youtube, ou qualquer outro. Tal mecanismo demonstrou sucesso e cada vez mais é adotado pelos Estados.

Deste modo, há uma ruptura de estigmas por meio desse mecanismo e deveria haver um investimento governamental para a propagação e divulgação da busca ativa. Entretanto, é realizada majoritariamente por voluntários, porém, faltam profissionais específicos e essenciais, como psicólogos e assistentes sociais, demonstrando a necessidade de apoio estatal.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas sobre os prejuízos causados devido à longa permanência de crianças e adolescentes nos abrigos; há privação da individualização, falta de afeto, além de infringir o princípio constitucional de direito a uma família, portanto, causa danos irreversíveis no desenvolvimento e na vida do infante.

Nesse viés, o Estado, como responsável pelos institucionalizados, deve promover medidas para que essas crianças permaneçam o menor tempo possível nos abrigos; não se deve alegar excesso de trabalho quando se trata de um dano irreparável àqueles que não podem requerer seus direitos.

A chances de adoção para crianças maiores de 3 anos são reduzidas, e se o processo de destituição do poder familiar demora em média esse período de tempo, mesmo quando a lei propôs algo mais ágil, deve haver a responsabilização estatal subjetiva, a morosidade judicial não é culpa do infante.

22 PORTAL DA ADOÇÃO. **O que é "busca ativa"?** Disponível em: <<http://portaldaadocao.com.br/artigos/apalavra-do-especialista/23-o-que-%C3%A9-busca-ativa>> Acesso em: 23 de junho de 2018.

Destarte, o dinheiro deverá ser revertido ao menor que foi prejudicado, para ajudá-lo em cursos, estudos, e até mesmo para quando completar a maioridade, já que a possibilidade de passar toda a sua vida “encarcerado” é alta, e não terá uma família para apoiá-lo, nem instruí-lo.

Assim, são necessárias políticas públicas eficazes, a fim de agilizar de modo consciente e responsável os processos de destituição do poder familiar e de adoção; propõe-se a criação de varas especializadas, aumento dos servidores para tais diligências, a abertura dos abrigos aos adotantes para que expandam seu perfil desejado, além do incentivo ao mecanismo da busca ativa.

As leis brasileiras, como o ECA, a Lei nº 12.010 e a recente 13.509, buscam tornar os procedimentos rápidos para garantir a convivência familiar, entretanto, são carentes de fiscalização e efetividade, dessa maneira, se houver a responsabilização estatal, acreditamos que o Estado tornará mais efetivo e providenciará meios para cumprir os prazos estabelecidos.

Ademais, não há motivos razoáveis para a insistência de que a criança permaneça na família sanguínea extensa, sendo que ela não possui vínculo com esses familiares e a devolução é algo arrasador no desenvolvimento e comportamento desse menor.

Destarte, se o Estado promover ações para que se cumpram rigorosamente os prazos fixados na legislação, não haverá culpa estatal e dará oportunidade a milhares de crianças e adolescentes institucionalizados de terem uma família e não serem mais “filhos de ninguém”.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.18.
- BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção – Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2010.
- BOWLBY, John. **Apego e perda: vol. 1**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 3ª Ed., 2002.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 3ª Ed., 2004.
- CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª Ed., 2013.
- CNJ. **Relatórios estatísticos**. Cadastro Nacional da Adoção, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> Acesso: 22 de junho 08 de 2018.
- DELGADO, José Augusto Delgado. **Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Revista de Processo. São Paulo, v. 40, 1985.
- DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: RT, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção sem preconceito**. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2009-jul-22/depender-lei-adocao-continuara-sonho>> Acesso em: 19 de junho 2018.

_____. **Manual de Direito Das Famílias**. 10^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FILHO, Vladimir Brega. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - volume 6: direito de família**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção – Aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2. ed., 2017.

PORTAL DA ADOÇÃO. **O que é "busca ativa"?** Disponível em:
<<http://portaldaadocao.com.br/artigos/apalavra-do-especialista/23-o-que-%C3%A9-busca-ativa>>
Acesso em: 23 de junho de 2018.

SENADO FEDERAL. **Sancionada lei que acelera os processos de adoção**. Disponível em:
<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/24/sancionada-lei-que-acelera-processos-de-adocao>> Acesso em: 17 de junho de 2018.

SILVA, Bruno. **Comentário do Artigo: “Responsabilidade Civil do Estado pela Morosidade Jurisdicional”**, Disponível em:
<<http://agsassociados.jusbrasil.com.br/artigos/111691687/responsabilidade-civil-do-estado-pela-morosidade-jurisdicional>> Acesso em 17 de junho de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RE 898060**. Dispõe sobre a paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>> Acesso em: 23 de junho de 2018.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ANÁLISE CRÍTICA DE SUA OPERACIONALIZAÇÃO

Gabriela Marassi CAVALCANTE¹
Pablo Eduardo Pocay ANANIAS²

RESUMO

Hodiernamente, a audiência de custódia, instituto inaugurado em diplomas internacionais que, paulatinamente, busca-se implantar no cotidiano forense brasileiro, é tema que se encontra bastante em voga, o que enseja a presente discussão. Dentro da problemática levantada, busca-se demonstrar que, embora exista previsão expressa do Conselho Nacional de Justiça regulamentando uma garantia já prevista em Tratados Internacionais ratificados, a audiência de custódia encontra óbices para sua aplicação, criados pelo próprio Poder Público. Objetiva-se, dessa forma, apontar as benesses e dificuldades na prática desse mecanismo de preservação dos direitos dos presos em situação de flagrância, garantia do acesso imediato à jurisdição e que tem contribuído no combate à crise carcerária que o país enfrenta. Em especial, almeja também o presente esmiuçar os argumentos contrários à sua implementação e, quando possível, rebatê-los. Para atingir tal finalidade, foi utilizado o método indutivo, uma vez que o estudo examinou as particularidades da audiência de custódia para obter uma conclusão acerca da complexidade de sua correta operacionalização. Ainda, utilizou-se da técnica de pesquisa documental e bibliográfica indiretas, a fim de promover um resultado lógico e trazer legitimidade ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: audiência de custódia; liberdade; garantias processuais; flagrante; direitos.

ABSTRACT

Nowadays, hearings meant to inquire on whether there is probable cause for warrantless arrests, an institute inaugurated in Brazil due to international treaties, which is slowly becoming a part of daily Brazilian law practice, is quite a notable subject, thus justifying this discussion. Within the context of the appointed problems, this papers seeks to show that, while there's express legal provision from the Conselho Nacional de Justiça (National Justice Council), which seeks to regulate a subject that already is legally provisioned in ratified international treaties, such hearings face problems created by the Public Power itself, which impedes its application. Thus, this paper aims to point out the advantages and the hardships faced in the implementation of this mechanism, which seeks to preserve the rights of those arrested without a warrant, guaranteeing immediate access to jurisdiction and contributing in the fight against the crisis in the country's prison system. Most importantly, the paper also seeks to break down the arguments against the implementation of said hearings and, when possible, rebut them. To such ends, the inductive method has been used, given that the study has examined the peculiarities of such hearings as to obtain a conclusion regarding the complexity of its correct operationalization. Other than that, the paper resorted to the technique of documental and indirect bibliographical research, as to promote a logical conclusion and bring legitimacy to the subject.

KEY WORDS: warrantless prison hearings; freedom; procedural guarantees; flagrant; rights.

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito da Alta Paulista. Advogada.

2 Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado no setor de Causas Especiais da Gabardo & Terra Advogados Associados.

INTRODUÇÃO

Tendo em mente a caótica situação dos presídios brasileiros, o presente trabalho busca abordar aspectos gerais e específicos da audiência de custódia, instituto inaugurado em diplomas internacionais já internalizados no país. Dá-se principal enfoque aos benefícios trazidos pela implementação da referida audiência, bem como as dificuldades de sua operacionalização dentro da realidade jurídica brasileira.

A escolha do tema partiu da análise dos últimos levantamentos realizados pelo sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro (INFOPEN), o qual sintetiza informações sobre a população carcerária e estabelecimentos penais.

Na pesquisa citada, foram apurados altos índices de presos sem condenação, além de superlotação nos presídios e violações a direitos humanos, em que pese a já aplicação das audiências de custódia no Brasil.

Assim, a problematização central levantada residiu na seguinte questão: Por que um instituto tão benéfico como a audiência de custódia ainda não é operacionalizado de forma eficaz no Brasil? Tendo por base os argumentos contrários ao seu implemento, muitas vezes presentes no imaginário popular ou derivados de um discurso populista, como rebatê-los no espectro jurídico?

Nesta linha, objetivou-se demonstrar que, inobstante as benesses oferecidas pela audiência de custódia, essa ainda enfrenta óbices em sua aplicação – buscando identificar as causas de tais impedimentos. As dificuldades para uma implementação eficaz do instituto advêm, principalmente, da falta de iniciativa do Poder Público, em todas suas esferas, que é mais programático do que proativo.

A pesquisa é de suma importância, tendo em vista que uma aplicação distorcida do instituto pode tornar ineficaz seus fundamentos de acesso imediato à jurisdição, tutela de direitos fundamentais e maior amplitude da cognição judicial acerca da legalidade e necessidade da manutenção da prisão.

A metodologia utilizada pautou-se no método indutivo, uma vez que o estudo analisou as particularidades da audiência de custódia para obter uma conclusão acerca da complexidade de sua correta operacionalização. Ademais, utilizou-se da pesquisa documental e bibliográfica indiretas, com consulta a doutrinas, artigos, projetos de lei, dados estatísticos e textos normativos.

1 CONCEITO E FUNDAMENTOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1 Conceito e Etimologia

Dado que se pretende discutir a audiência de custódia enquanto instituto garantidor de

direitos humanos mínimos no exercício da política criminal brasileira, é importante – antes de se aprofundar no tema – fazer uma breve digressão sobre as origens e fundamentos desta instituição.

Considerando o alerta do filósofo brasileiro Clóvis de Barros Filho (2013, p. 19), “as palavras são signos, materialidades que remetem a significados que lhe são exteriores[...]todo signo é ideológico, de modo que seu uso não é neutro, atendendo os interesses, por vezes contraditórios, daquele que dele se servem, havendo luta pela definição da palavra”, compreendemos a necessidade de entender especificamente o que significa a expressão “audiência de custódia” antes de avançarmos no estudo do tema.

Tendo em mente a proposta de investigação da etimologia do termo a se estudar, facilita e é didático cindi-lo em suas duas palavras chaves - “audiência” e “custódia”.

“Audiência” possui um significado, ao menos em matéria jurídica, bastante preciso, sendo definido pela doutrina como “um **ato processual** no qual se realiza uma sessão em que o juiz pessoalmente ouve as partes, por si ou por seus procuradores, defere seus requerimentos, profere sua decisão sobre as questões de fácil e pronta solução e pública suas sentenças” (PINTO, 1850, apud SILVA, 2000, p. 395).

Oportuno, em razão da conceituação anterior, apontar ser “ato processual” definido por Didier (2018, p. 436) como “todo aquele comportamento humano volitivo que é apto a produzir efeitos jurídicos num processo, atual ou futuro”.

Assim, tem-se que a audiência é um ato-fato humano, voluntário, fenômeno que produzirá efeitos no processo – assim entendido como ato complexo apto a produzir normas jurídicas (DIDIER, 2018, p. 35). É fenômeno, sobretudo, jurídico.

Deve, também, ser entendida enquanto gênero, sendo suas espécies muitas – audiência inaugural; audiência de conciliação; audiência de instrução; e, enfim, também a audiência de custódia.

“Custódia”, por sua vez, com origem no latim *custos* – livremente traduzido como “guardião” – é verbete assim definido nos dicionários:

1. Ato de guardar, preservar ou proteger.
2. **Estado de quem é preso pela autoridade policial, para averiguações, ou conservado sob segurança e vigilância, como medida de preservação, prevenção ou proteção.**
3. Lugar a que essa pessoa é recolhida.
4. Guarda ou detenção de coisa alheia, que se administra e conserva, até a entrega ao seu dono legítimo.
5. Residência de frade custódio. (MICHAELIS, 2018, [n.p], grifo nosso)

A conclusão lógica mais viável a qual se pode chegar, somando o que se extrai dos conceitos *supra*, é de que a audiência de custódia é: o ato jurídico mediante o qual o juiz ouvirá as partes, para decidir acerca do estado de quem é preso ou encontra-se sob a custódia da autoridade policial.

Assim, também, conclui Caio Paiva:

“O conceito de custódia se relaciona com o ato de *guardar*, de *proteger*. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma *relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal*, tratando-se, então, de uma *das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado*” (PAIVA, 2015, [n.p.]

Desta feita, embora, como se mostrará a seguir, se trate de tema relativamente novo à legislação brasileira, a audiência de custódia possui um conceito bem definido, sem margens para eventuais interpretações discrepantes.

Nada obstante, tem-se notícia de juízos que transformaram tal audiência em verdadeira antecipação da instrução, que no ato fora marcada para o mesmo dia, na qual houve a condenação, conforme reportagem publicada pelo boletim jurídico Justificando (PIMENTA, 2016). Tal fato, ora constatado apenas a título informativo, mostra uma faceta realmente preocupante do judiciário brasileiro.

1.2 Origens e Fundamentos

Averiguado o conceito da audiência de custódia, é imprescindível, para compreensão de seus efeitos na política criminal brasileira e análise crítica do instituto, assimilar sua história – especialmente como se deu sua implementação no Brasil.

Prefacialmente, nota-se que inexistente a previsão expressa da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio. A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXII, prevê tão somente que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. Tal exigência legal de comunicação, inobstante ser um enorme avanço se comparada às prisões arbitrárias comuns do regime de exceção que vigorava antes de promulgada a Constituição de 1988, não configura audiência de custódia propriamente dita, conforme conceituação anterior.

Destaca-se, também, os comentários da doutrina acerca da Lei 12.403/2011, que teve por escopo diminuir o absurdo número de presos provisórios, assim entendidos aqueles cuja sentença condenatória ainda não havia transitado em julgado:

A prisão em flagrante perdeu seu caráter de prisão provisória. Ninguém mais responde a um processo criminal por estar preso em flagrante. Em outras palavras, o sujeito é preso em razão do estado de flagrância, mas não permanece nessa condição por mais muito tempo. **Lavrado o auto, a autoridade policial deverá remetê-lo ao juiz competente no prazo máximo de vinte e quatro horas a partir da prisão.** O juiz, então, não se limitará mais a analisar a regularidade formal do flagrante, devendo justificar se é caso de convertê-lo em preventiva [...]. (CAPEZ, 2013, p. 304. Sem destaque no original.)

Conforme destacado, nota-se que a exigência máxima do ordenamento brasileiro era de que os autos fossem enviados ao juiz para análise da legalidade da prisão. Tal análise era, entretanto, totalmente documental – não havia audiência.

No atinente à eficácia daquela norma, é pertinente fazer um breve comentário. Considerando ter sido seu fim precípuo reduzir o número de presos provisórios no país, aliviando a dramática situação das penitenciárias, esta não logrou muito sucesso. De acordo com o CNJ, são em número 654.372 (seiscentos e quatro mil, trezentos e setenta e dois) os encarcerados do Brasil, dos quais 221.054 (duzentos e vinte e um mil e cinquenta e quatro) são provisórios – um assustador 34% do total da população carcerária. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017)

Isto é dizer, a alteração legislativa de 2011, embora tenha tido seus impactos, ainda não foi suficiente para alterar tal quadro. Inegavelmente, seria necessário a adoção de novas medidas e instituições, sendo que a realização de audiências de custódia surge como alternativa interessante. Mas resta a pergunta, qual é a origem do instituto?

A previsão está, na verdade, em instrumento internacional: o conhecido Pacto de San José da Costa Rica, também chamado Convenção Interamericana de Direitos Humanos, internalizada mediante o Decreto nº 678/1992.

Diz o art. 7.5 do referido instrumento:

(...) Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. Grifo nosso.

Questão de relevo é a aplicabilidade de tal norma internacional no cotidiano forense brasileiro. O doutrinador inglês Ian Brownlie (2008, p. 289) ao discorrer acerca da figura jurídica do Estado, pontua que a soberania e igualdade é considerada a pedra angular do Direito internacional, sendo que é da soberania estatal que deriva a capacidade dos estados de escreverem seus próprios ordenamentos jurídicos internos.

Para a referida doutrina, o poder legiferante do Estado é corolário ao reconhecimento de sua soberania no plano internacional:

Sovereignty is also used to describe the legal competence which states have in general, to refer to a particular function of this competence, or to provide a rationale for a particular aspect of the competence. Thus jurisdiction, including legislative competence over national territory, may be referred to in the terms of ‘sovereignty rights.’ (BROWNLIE, Ian, 2008, p. 291.)³

3 Soberania também é utilizada para descrever a competência legal que os Estados possuem em geral, para referir-se a uma função particular dessa competência, ou para fundamentar um aspecto particular dessa competência. Portanto, jurisdição, incluindo a competência legislativa sobre o território nacional, pode ser referida nos termos “soberania” ou “direitos da soberania”. (tradução livre)

Isto, somado ao fato do direito processual ser matéria eminentemente de direito interno, faz perguntar como poderia norma internacional vincular o ordenamento pátrio de tal forma, efetivamente instaurando as audiências de custódia.

Tal tema já foi, na verdade, extensamente debatido, mesmo devido ao justificado receio de que uma norma internacional pode estar em contradição com o que diz a norma interna, causando a tão indesejável existência de antinomia. Em tais casos, surge uma evidente questão *quid juris*: qual direito, o interno ou internacional, haveria de ser aplicado?

Eis que, buscando solucionar tal questão, surgiram duas teorias da mais elevada importância: o monismo e o dualismo. Em apertada síntese, o dualismo prega coexistir, simultaneamente, duas ordens jurídicas – uma interna e outra internacional -, cada qual com esfera própria de aplicação. Para os dualistas, malgrado a ratificação de um tratado internacional, para que este possa valer na ordem interna de um país deveria de haver um processo de incorporação, consubstanciado na edição de uma lei com igual teor.

A maior parte da doutrina descarta tal tese. Mazzuoli (2015, p. 96) diz que “a doutrina dualista é bastante frágil em sua construção e não pode passar imune a críticas”, destacando vários pontos frágeis da mesma, dentre os quais o absurdo que seria a diversidade de fontes e o tolerar de antinomias.

De fato, a tese que prevaleceu na doutrina internacional foi o monismo, assim explicado por Brownlie (2008, p. 32):

Monism is represented by a number of jurist whose theories diverge in significant respects. In the United Kingdom, Hersch Lauterpatch has been a forceful exponent of the doctrine. In his hands the theory has been no mere intellectual construction, and in his work monism takes the form of an assertion of the supremacy of international law even within the municipal sphere, coupled with well-developed views on the individual as a subject of international law. [...] Kelsen has developed monist principles on the basis of a formal method of analysis dependent on a theory of knowledge. According to the bases of Kelsen's thought, monism is scientifically established if international and municipal law are part of the same system of norms [...].⁴

Destaca-se que a teoria monista encontra fundamento mesmo em Kelsen, cujo trabalho sustenta grande parte da Teoria Geral do Direito hodierna. De fato, é a tese que este trabalho entende mais acertada.

Aplicando tal pensamento ao caso em debate, concluir-se-ia que a audiência de custódia é

4 O monismo é representado por uma certa quantidade de juristas cujas teorias divergem significativamente. No Reino Unido, Hersch Lauterpatch foi um forte expoente da doutrina. Em suas mãos a teoria não foi mera construção intelectual, e em seu trabalho o monismo toma a forma de uma asserção da supremacia do direito internacional mesmo dentro da esfera do direito interno, pareada com ideias bem trabalhadas acerca do indivíduo como um sujeito de direito internacional. [...] Kelsen desenvolveu princípios monistas com base num método formal de análise dependente de uma teoria do conhecimento. De acordo com as bases do pensamento de Kelsen, o monismo estaria cientificamente estabelecido se direito interno e internacional são partes de um mesmo sistema normativo [...] (tradução livre)

aplicável ao direito brasileiro, pois imposta por tratado internacional que o país assinou e ratificou. Em última instância, é o que de fato ocorre – todavia, o entendimento do STF aplica a doutrina monista de forma um pouco diferenciada.

O entendimento foi firmado em voto do Ministro Gilmar Mendes, em recurso extraordinário que discutia a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, cujo trechos passa a se apresentar:

[...] Dispensada qualquer análise pormenorizada da irreconciliável polêmica entre as teorias monistas (Kelsen) e dualista (Triepel) sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados – a qual, pelo menos no tocante ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tem-se tornado ociosa e supérflua -, é certo que qualquer discussão nesse âmbito pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição. [...] Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogado pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. (MENDES, Gilmar, *in* RE 466.343-1/SP, 2008, p. 31)

Grosso modo, é possível dizer que a posição adotada pelo ministro, que consolidou-se como entendimento firmado da jurisprudência brasileira, rejeita a premissa monista de prevalência do direito internacional sobre a norma interna, pois entende que tratado internacional não tem condão de revogar norma constitucional. Todavia, entende que a norma internacional incorpora-se imediatamente ao direito brasileiro, independentemente de qualquer processo de internalização, com o *status* de norma supralegal.

Enquanto norma supralegal, embora seu texto não possa desafiar a própria Constituição, certamente tem um efeito paralisante em relação a outras normas infraconstitucionais que são hierarquicamente inferiores a ela.

No caso em debate, quer pela aplicação da teoria monista em sua modalidade pura (Kelsen), quer pelo entendimento nela impresso pelo STF, o resultado ao qual se chega é o mesmo: ao ratificar a Convenção Americana em 1992, surgiu no *corpus iuris* brasileiro inequívoca previsão acerca da audiência de custódia, em virtude do art. 7.5 daquele diploma, outrora transcrito.

Somado ao fato supramencionado, também em 1992, o Ex-Presidente da República, Fernando Collor, promulgou o Decreto nº 592, dando publicidade ao Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos que está em vigor no Brasil desde 24 de abril de 1992. O artigo 9.3 do referido diploma prevê, de forma semelhante ao texto da Convenção Americana, *a condução do preso, sem demora, à presença de juiz*.

É esta, enfim, a origem do instrumento em nosso ordenamento. Todavia, um outro episódio

foi fundamental a sua implementação no Brasil – uma ADPF proposta pelo PSOL acerca da situação carcerária no Brasil.

Iniciando sua súplica com a célebre frase do imortal italiano Dante Alighieri (“*Abandonais toda esperança, vós que entraís*”), a qual alega poderia estar na porta de todos os presídios brasileiros, o PSOL pretendia, através do manejo de ADPF, fosse declarado o estado de coisas inconstitucional da situação carcerária brasileira.

Tal técnica da jurisdição constitucional, com origens na Corte Constitucional da Colômbia, conforme aponta a petição atravessada pelo partido, deveria ser aplicada ante os verdadeiros relatos de horror acerca da vida nos cárceres nacionais. Deve ser dito que, desde a inicial, o partido já destaca que “o quadro de superlotação é agravado em função do uso abusivo da prisão provisória”. De fato, insta ressaltar, a pressão sobre o sistema carcerário poderia ser aliviada com a adoção das audiências de custódia, que conforme ressaltado já são parte do ordenamento brasileiro desde 1992, devido a ratificação da Convenção Americana.

Consta, inclusive, do petitório da ADPF, que seja determinado que os tribunais que passem a realizar audiências de custódia.

Sem buscar se aprofundar demais acerca da interessantíssima teoria do estado de coisas constitucional, cumpre dizer que foi em tal histórica votação que o STF firmou posições corajosas acerca do caos penitenciário. Em seu voto, destacou o ministro-relator, Marco Aurélio Mello:

O segundo pleito concerne à audiência de custódia, instrumento ao qual o Ministro Ricardo Lewandowski, como Presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vem dando atenção especial, buscando torná-lo realidade concreta, no Judiciário, em diferentes unidades federativas e combatendo a cultura do encarceramento. A imposição da realização de audiências de custódia há de ser estendida a todo o Poder Judiciário do país. A medida está prevista nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já internalizados no Brasil, o que lhes confere hierarquia legal.
(MELLO, Marco Aurélio, *in* ADPF 347/DF, 2015, p. 20)

Veja-se que a posição do ministro é justamente aquela levantada por este trabalho – o instituto em comento incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro por ocasião da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica.

Por óbvio, o voto do Ministro foi no sentido de dar provimento a liminar pleiteada pelo PSOL, tendo sido este, quiçá, o momento de maior importância na implantação da audiência de custódia em solo brasileiro, vez que foi a partir daí que, fundamentada em decisão da Suprema Corte com efeito *erga omnes*, que se pode sustentar ser esta parte integrante de nosso sistema jurídico.

Portanto, demonstrado está, como objetivava este primeiro capítulo, as origens da audiência de custódia. Passar-se-á, portanto, nos próximos capítulos, a aludir os claros benefícios de

sua implementação, bem como as dificuldades que esta tem enfrentado, em especial a resistência de certos setores em positivá-la no direito infraconstitucional, como deveria ser, e inclusive a existência de projetos que pretendem impedi-la, ponto de controvérsia que este artigo pretende comentar.

2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MEIO DE GARANTIA DE DIREITOS E AMENIZAÇÃO DA CRISE CARCERÁRIA

2.1 Aplicações e Reflexos da Audiência de Custódia na Crise Carcerária

A situação do sistema penitenciário brasileiro é causa de elevada preocupação. Constatou-se pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, realizado anualmente, que o Brasil enfrenta já há alguns anos uma grave crise no sistema prisional. O colapso carcerário é devido, precipuamente, à desproporcionalidade entre o número de indivíduos encarcerados e o número de vagas disponíveis nos estabelecimentos penais.

Dados colhidos pelo INFOPEN no ano de 2016 e publicados pelo Departamento Penitenciário Nacional junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública apontaram um déficit de 358.663 (trezentos e cinquenta e oito mil, seiscientos e sessenta e três) vagas, chegando a superlotação carcerária brasileira a alcançar o 3º lugar no *ranking* mundial de países com mais pessoas presas.

Esse número elevado de pessoas privadas de liberdade vem aumentando em descompasso com o número de vagas ofertadas. Além do *déficit* já apresentado, o levantamento ainda destacou que a taxa de aprisionamento no Brasil vem aumentando rapidamente, sendo que entre 2000 e 2016 a referida taxa avultou em 157% (cento e cinquenta e sete por cento).

A partir dos elementos expostos, tem-se que a crise carcerária se dá por inúmeros fatores, os quais, conseqüentemente, suprimem direitos fundamentais dos indivíduos. A superlotação nos estabelecimentos prisionais evidencia uma tutela precária do Estado, a falta de efetividade da prevenção especial voltada ao sujeito encarcerado e o aumento do número de detentos, que aduz ser a prevenção geral, cárcere como intimidação à não delinquência, ineficaz.

Assim, é de se concluir que o sistema prisional brasileiro enfrenta uma crise apta a levar à falência do aprisionamento, visto que o sistema priva o indivíduo do direito fundamental da liberdade sem, em contrapartida, realizar os fins da pena.

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil aborda expressamente o caráter excepcional da privação da liberdade do indivíduo. Quanto à prisão, prevê que o encarcerado seja informado de seus direitos, o relaxamento “imediato” da prisão ilegal pela autoridade judiciária e, ainda, a residualidade do aprisionamento, a qual fica evidente no art. 5º,

LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

A audiência de custódia, por garantir o contato direto entre o juiz e o sujeito preso, amplia as condições do magistrado para analisar a legalidade da prisão em flagrante. Possibilita, num prazo razoável, que os direitos do flagranteado sejam preservados e que se diminua o número de prisões sem condenação, tendo em vista que a privação de liberdade deve ser realizada como *ultima ratio*, quando não couber nenhuma outra hipótese do art. 310 do CPP.

Nas palavras do autor Renato Brasileiro de Lima:

A perspectiva de uma visão multifocal sobre a (des) necessidade de manutenção da custódia cautelar proporcionada por essa dialética inicial decorrente do contato imediato entre o juiz e o flagranteado abre os horizontes da cognição judicial, enriquecendo o próprio juízo de convalidação judicial da prisão em flagrante. [...] A realização da audiência de custódia também visa à diminuição da superpopulação carcerária. Afinal, em contraposição à simples leitura de um auto de prisão em flagrante, o contato mais próximo com o preso proporcionado pela realização da audiência de custódia permite elevar o nível de cientificidade da autoridade judiciária, que terá melhores condições para fazer a triagem daqueles flagranteados que efetivamente devem ser mantidos presos. (LIMA, 2015, p. 927-928)

Além do benefício de contribuir para a diminuição do *déficit* de vagas no sistema carcerário, o instituto em apreço garante a tutela de direitos fundamentais do indivíduo preso em flagrante. A oitiva permite que o flagranteado seja indagado acerca das condições da sua detenção, permite que sejam feitos protestos e observações, bem como lhe são informados seus direitos – garantindo direitos fundamentais ao mesmo tempo em que contribui para amenizar a crise carcerária, haja vista que tem o potencial de colocar um indivíduo a menos sob custódia do Estado.

Para exemplificar, cabe citar dois casos concretos, que demonstram como se dá a aplicação prática do instituto em comento, inclusive permitindo destacar seus efeitos positivos.

Consta no *Termo de Audiência de Custódia* dos autos de nº 365-86.2017.8.26.0607 decisão que culminou na concessão de liberdade provisória do acusado com medidas cautelares diversas à prisão. Veja-se:

[...] foi aberta a **Audiência de Custódia**, nos autos do procedimento em epígrafe, em que **presente estava a representante do Ministério Público [...] e os acusados**. O(A)s atuado(a)s **declarou(aram)**, no ato de sua oitiva na esfera **policial não ter defensor constituído, então procedeu-se à nomeação** do Dr. [...] Iniciados os trabalhos, foram entrevistado(a)s o(a)s atuado(a)s, após **contato prévio com seu(s) Defensor(es)**[...] Quanto ao procedimento previsto no art. 310 do CPP, observo que a Lei n. 12.403/11 reafirmou o mandamento constitucional segundo o qual a **prisão preventiva é medida excepcional, a ultima ratio**[...] **O conduzido** Leonardo Aparecido Manganeli **afirmou que não foi agredido no momento da prisão** [...] Considerando que o conduzido Leonardo Aparecido Manganeli **é primário e mostrou intenção de colaborar com a instrução processual criminal, entendendo não preenchidos os requisitos para a segregação cautelar**, pelo que ausentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP, de forma que deixo de converter a prisão em flagrante em preventiva e **CONCEDO** a liberdade provisória [...] subordinada, porém, a medidas cautelares [...]

No caso cito, a realização de audiência de custódia permitiu ao flagranteado contato direto com defensor nomeado, que o instruiu, nisto efetivando o direito fundamental a um contraditório efetivo. Ao mesmo tempo, salvaguardou-se o direito à liberdade, vez que o Juízo, verificando a ausência de antecedentes e a prontidão do réu em colaborar com as investigações, entendeu ser incabível a prisão.

No exemplo dado, não são preservados só os direitos do preso em flagrante, como também há benefícios para a sociedade como um todo, vez que a não decretação de prisão cautelar diminui o influxo de presos no já precário sistema carcerário, poupando a coletividade das consequências negativas que o encarceramento desnecessário gera.

Para que não se diga que a realização de tais audiências sempre acarretarão na liberação do preso em flagrante, aumentando a impunidade e diminuindo a sensação de segurança (argumento que, aliás, é muito explorado por aqueles que se opõem a implementação do instituto, como melhor destacado em capítulo posterior), tem-se exemplos do mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, anteriormente citado, em que o julgador concluiu pela restrição da liberdade do conduzido. O exemplo vem dos autos nº 857-39.2018.8.26.0544:

[...] foi aberta a **Audiência de Custódia** [...] O(A) atuado(a) **declarou não ter defensor constituído, motivo pelo qual o(a) MM.(a) Juiz(a) nomeou-lhe uma das advogadas conveniadas da Defensoria Pública** [...] **entrevistado(a)(s) o(a)(s) atuado(a)(s), após contato prévio com seu(s) Defensor(es)** [...] **entendo ser o caso de manutenção da custódia cautelar.** Pelo que se constata dos autos do flagrante, o Averiguado utilizou violência contra a vítima, só não logrando consumir o crime por fato alheio à sua vontade. Anoto, ainda, que o Averiguado possui passagem por solo policial, denotando fazer do crime um hábito de vida [...] narrou que não tem profissão e faz uso de drogas pesadas, o que indica possível móvel de suas ações. Tais fatos, nesse momento, denotam **perigo à ordem pública e à instrução criminal, razão pela qual converto o flagrante em prisão preventiva e determino expeça-se MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA** (grifo nosso).

No caso colado, o acusado já tinha registros criminais, para não dizer que o crime que lhe foi imputado envolvia violência. Assim, e considerando as disposições do Código de Processo Penal, o juízo concluiu pela conversão do flagrante em prisão preventiva. Não se pretende, por ora, analisar se a decisão foi acertada ou não, senão demonstrar que audiências de custódia, quando bem conduzidas, nem sempre levarão a um único possível desfecho.

Assim, demonstra-se os claros benefícios do instituto, ao passo em que já se adianta na demonstração de que nem sempre este acarretará na liberação do acusado, de modo a contrapor infundados receios de que se criará um clima de impunidade.

2.2 Normatização Interna em Vigor e Seus Reflexos

Considerado o impacto positivo que a implementação das audiências de custódia têm na

crise carcerária brasileira, é de se estranhar que sua previsão legal venha tão somente de pactos internacionais, não tendo ainda sido objeto de positividade infraconstitucional. De fato, existem diversos óbices – das mais diversas origens – a sua devida implementação, apontados com maior pormenor no capítulo subsequente.

Contudo, deve se destacar que houve normatização interna que regulou a audiência e permitiu o atual nível de implementação, por mais deficiente que este seja. Os textos justificativos destas trouxe informações dignas de reprodução no presente capítulo, já que ressaltam os benefícios do instituto.

Com o intuito de resguardar a integridade do preso em flagrante e ajustar o Código de Processo Penal brasileiro aos Pactos e Convenções internacionais ratificados e incorporados no ordenamento jurídico desde 1992, o senador Antônio Carlos Valadares, filiado ao Partido Socialista Brasileiro (PSB), apresentou em 2011 o Projeto de Lei nº 554.

Em síntese, o referido Projeto de Lei visa alterar o Código de Processo Penal a fim de que esteja positivado em lei federal a obrigatoriedade do preso em flagrante ser conduzido à presença de um juiz para que seja realizada a audiência de custódia, garantindo ao indivíduo o imediato acesso à jurisdição, com oportunidade de exercer contraditório e ampla defesa, conforme justificativa constante do próprio site da Câmara dos Deputados. De fato, trata-se da positividade infraconstitucional do já internalizado direito à audiência de custódia.

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a atual redação do Código de Processo Penal prevê apenas que seja encaminhado ao juiz o auto de prisão em flagrante, sendo que a análise da legalidade do ato de prisão e da necessidade de conversão em prisão preventiva é feita com base no descrito pela autoridade policial e na “opinião” do Ministério Público, de forma unilateral.

Destarte, a realização de oitiva do flagranteado acompanhado de defesa técnica, estando presentes o Ministério Público e o juiz, é fundamental para a tutela dos direitos fundamentais do preso, visto que o próximo contato com o magistrado possivelmente só ocorrerá em sede de audiência de instrução, o que, tanto na previsão legal quanto na prática, ocorre após um longo período de tempo – como previsto no art. 400 do Código de Processo Penal.

Todavia, o trâmite do Projeto de Lei 554/11, encontra-se estagnado por decisão da Câmara dos Deputados que, com base em seu Regimento Interno, apensou a referida proposta ao Projeto de Lei nº 8.045/2010, o qual discute a completa reforma do CPP.

Malgrado a paralisação do trâmite do referido projeto, o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, utilizando-se da prerrogativa que lhe é conferida constitucionalmente pelo art. 103, inciso VIII, da Carta Magna, propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, em 2015, a ADPF comentada no capítulo anterior.

Seu objetivo foi a reparação dos direitos fundamentais violados pelo atual sistema prisional brasileiro, pleiteando a adoção de uma série de providências a fim de sanar a inconstitucionalidade da atual situação carcerária.

Parcialmente deferida a medida cautelar em agosto de 2015, uma das determinações do Supremo Tribunal Federal foi a implementação por juízes e tribunais, da audiência de custódia, bem como o dever de “expressa motivação” quando da conversão do flagrante em prisão preventiva, em detrimento das medidas cautelares alternativas à prisão.

Ato contínuo, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ editou a Resolução n. 213, regulamentando a realização da audiência de custódia em todo território nacional e consolidando a aplicação do instituto.

A Resolução nº 213 detalha o procedimento que deve ser realizado em até 24 horas da prisão em flagrante, determinando a presença do Ministério Público e defensor dativo nos casos da pessoa não possuir advogado constituído. Insta mencionar a previsão expressa da proibição da “presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia” e da garantia de “atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais”, disposições essenciais para afastar eventual coação do indivíduo pelas autoridades policiais.

Novamente, destaca-se, tal previsão tem o condão de garantir direitos basilares, como contraditório – cuja proteção consubstancia-se no contato reservado com advogado – ou, mesmo, a própria integridade física do flagranteado, que terá oportunidade de relatar ao juízo eventuais maus-tratos sofridos, dissuadindo o poder repressivo estatal de “adiantar a pena” ferindo o preso quando do flagrante.

À Resolução estão anexados dois protocolos de orientação, os quais evidenciam a substancialidade do instituto da audiência de custódia. Dentre os assuntos mencionados em tais documentos estão o objetivo das medidas cautelares à prisão, qual seja de conter o número de prisões provisórias, e declarações acerca dos benefícios do não aprisionamento, como a diminuição da reincidência.

Estão, portanto, claros os benefícios da implementação da audiência de custódia no Brasil, tanto à crise do sistema carcerário quanto à proteção dos direitos dos indivíduos presos em flagrante, contudo, o instituto tem encontrado resistência em sua adequada aplicação prática, situação que será analisada a seguir.

3 ÓBICES À IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL E SOLUÇÕES PROPOSTAS

3.1 Dificuldades de Implementação

Não obstante as já elencadas benesses propiciadas pela realização das audiências de custódia no Brasil, vislumbram-se uma série de dificuldades de operacionalização do instituto.

O primeiro óbice apurado foi acerca da opinião pública e da mídia sobre a implementação de audiências que possibilitam a soltura do flagranteado horas após sua prisão em estado de flagrância:

Em um país onde se acostumou com uma polícia-juiz e um Judiciário fantoche, atemorizado pela mídia, com um sistema carcerário mantendo a média de 50 por cento de presos sem julgamento, a audiência de custódia vem para aumentar a responsabilidade do juiz sobre aquele juízo precário, feito pela polícia na ocasião da detenção, responsável pelos índices de super-encarceramento. (VALOIS. 2015, [n.p.])

Há que se realizar a conscientização de que a audiência de custódia não é para “soltar bandido”, nem que será motivo para o aumento da violência. Embora o encarceramento seja saudado pela sociedade e incentivado pela mídia, a própria Constituição Federal protege o direito de liberdade e de presunção de inocência do indivíduo, sendo dever do Poder Judiciário realizar o controle judicial na fase de investigação, como guardião de direitos e tutelando a legalidade das prisões em flagrante. Isto, também, legitima a realização das audiências de custódia.

Neste sentido, é necessário, junto ao acesso imediato à jurisdição, que haja o efetivo contato pessoal entre o sujeito encarcerado e o juiz. Entretanto, o segundo óbice às audiências de custódia parte do próprio Judiciário, quando realiza quaisquer atos diversos como, por exemplo, audiência de custódia por videoconferência.

Nas palavras do Defensor Público Luiz Henrique Silva Almeida:

Ora, somente o contato físico com o detido possibilita o exame da veracidade relacionada a eventuais relatos de maus-tratos sofridos, pois celulares e câmeras são incapazes de reproduzir todo o ambiente e jamais se saberá se, por trás de uma porta fechada ou por meio de escuta ambiental, não haverá quem esteja tomando ciência da fala do preso, de modo a castigá-lo se denunciar os abusos a que tenha sido submetido. Ademais, não há como ignorar que o preso se sentirá naturalmente mais intimidado para denunciar ações arbitrárias cometidas pela polícia de dentro de qualquer tipo de prisão onde esteja, muitas vezes nas dependências da própria polícia que efetuou sua prisão. A realização da audiência de custódia em meio virtual desnatura o sentido do ato, inviabilizando, em boa medida, eventual apuração de tortura e maus tratos no momento da prisão. (ALMEIDA, Luiz Henrique Silva. 2017, [n.p.])

O contato entre os envolvidos é fundamental para que se analise a vulnerabilidade em que se encontra o indivíduo. Todavia, se tem notícias de varas criminais que insistem no uso de tal artifício, mesmo onde ele é manifestamente incabível, destacando-se reportagem crítica, de autoria de Eduardo Januário Newton (2017, n.p), publicada no boletim jurídico Justificando.

Igualmente, há que se extinguir qualquer resquício de “modelos prontos” de decisões, as quais geralmente importam no encarceramento. Visto que se está lidando com o valor fundamental liberdade e existem inúmeras alternativas à privação desta, quais sejam: relaxamento da prisão,

concessão de liberdade provisória (com ou sem fiança) e, ainda, nove medidas cautelares diversas da prisão, o encarceramento deveria ser decretado só em casos extremos e com minuciosa motivação.

Não é, todavia, o que ocorre. Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça apresentada em reportagem da G1, na maior parte dos estados da federação as audiências de custódia resultam majoritariamente em prisões. De fato, observa-se que, embora pareça claro o escopo da implementação de audiências de custódia, existe uma resistência do próprio Judiciário em lhe dar a devida efetividade.

Outro contratempo observado pela presente pesquisa foi a dificuldade de realização da audiência de custódia no prazo previsto no Projeto de Lei 554/11 e na Resolução 213 do CNJ, qual seja, de 24 horas para apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judiciária.

A doutrina nota que, embora o prazo de 24 horas tenha sido determinado para coibir eventuais desrespeitos aos direitos individuais, não é factível no atual cenário institucional brasileiro, onde se vislumbra, nos grandes centros urbanos, uma polícia com dificuldades de encaminhamento do preso até os fóruns criminais para realização da audiência. (LIMA, 2015, p. 928)

O artigo 1º, §4º da Resolução 213 do CNJ traz uma alternativa a esse tipo de dificuldade, porém é nítida a necessidade de compatibilização do procedimento com as realidades regionais de cada ente da federação. Nesse sentido, acordos de cooperação entre o Ministério Público, Defensoria, Poder Judiciário e polícia para se adequarem à audiência de custódia poderiam conciliar os procedimentos policiais com os adotados pelo Judiciário, mostrando-se uma opção viável.

Por fim, chama atenção o fato de que a audiência de custódia encontra resistência dentro próprio legislativo. Além da já comentada opção da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados ter vinculado a votação do projeto de lei que permitiria previsão da audiência de custódia pelo Código Penal, o deputado federal Eduardo Bolsonaro apresentou a Projeto de Decreto Legislativo nº 317/16 que objetiva obstar a resolução do CNJ que determinou a realização de audiências de custódia.

Tal projeto tem, entre suas justificativas, o que segue:

A prática reiterada de atos criminosos gera sensação de impunidade que estimula os criminosos, apavora os cidadãos e acarreta aos policiais um sentimento de impotência, frente ao retrabalho diário a que estão submetidos esses profissionais. As audiências de custódia, instituídas por ato normativo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão integrante do Poder Judiciário, agravaram tal sensação ao estabelecer uma inversão de valores e papéis em que os investigados passaram a ser, prioritariamente, os agentes policiais responsáveis pelas prisões, e os criminosos de fato foram travestidos de vítimas em potencial, independente da natureza ou gravidade da infração penal praticada.

É visível a dissonância entre a justificativa supramencionada e a Constituição Federal, a qual garante direitos fundamentais que devem ser observados e respeitados, além de que o objetivo

da audiência de custódia não é subverter o trabalho da polícia, mas sim conter ilegalidades e preservar a dignidade da pessoa presa. Todavia, é, infelizmente, o discurso que tem prevalecido.

3.2 Contrapontos aos Óbices Apontados

Conforme se verificou, o discurso contra a implementação de audiências de custódia, tanto aquele com origem em fóruns populares quanto na própria Câmara dos Deputados, ou mesmo no Judiciário, tem uma mesma matriz – é argumentado que o instituto só se presta a dificultar o trabalho das forças de segurança.

Todavia, conforme leciona Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 189), o controle externo da atividade policial “decorre do sistema de freios e contrapesos previsto pelo regime democrático”. A determinação acerca da realização de audiência de custódia não consiste em ato de hierarquia, nem inversão de valores, mas sim de “condição necessária ao regular funcionamento do Poder Público”, principalmente para assegurar a tutela dos direitos fundamentais e humanizar o processo penal.

De fato, conforme demonstrado, são inúmeras as dificuldades impostas à implementação do instituto em comento, sobretudo a resistência do próprio Poder Público, personificado pelos mencionados episódios de resistência do judiciário e legislativo.

Tal resistência, todavia, não procede. Ou ao menos não deveria proceder.

Cumprir destacar, quanto ao alegado nas justificativas da PDL 317/16, que sustenta o CNJ não ser o cenário apropriado para a implementação deste instituto, que já existe fundamento legal da audiência de custódia em vigor no país, haja vista que os tratados internacionais que a impõem foram ratificados. Assim, deveria também ser de rigor a aprovação do mencionado PLS 554/11, que visa tão somente trazer a legislação infraconstitucional comando já constante do ordenamento.

Por derradeiro, também são injustificáveis os mencionados episódios de resistência judiciária. Uma vez adotada a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal de que tratados internacionais que versem sobre direitos humanos tem status de normas supralegais, as resistências à realização da audiência de custódia constituem verdadeiro desrespeito à legislação federal. É necessário, neste sentido, uma postura mais proativa da sociedade, principalmente da defensoria pública e advocacia, para questionar tais atos nos tribunais superiores, mediante os recursos cabíveis.

O mesmo argumento utilizado pelos detratores do instituto para justificar sua não implementação – o de que teria sido fruto de ativismo judicial pelo CNJ e desrespeito a separação dos poderes – pode e deve, uma vez desconstituído, ser utilizado para demonstrar o porquê os tribunais devem realizar tais audiências: há previsão legal expressa, a qual o juízo não pode “escolher” não acolher.

A norma está, desde 1992, inclusa no ordenamento jurídico pátrio. Não é cabível, nem ao legislativo nem ao judiciário, questionar o entendimento firmado de que tratados internacionais que versam sobre direitos humanos tem lugar privilegiado no conjunto normativo, produzindo efeitos desde sua integralização e superando as previsões de legislação infraconstitucional comum – como o Código de Processo Penal, que se demonstrou ter disposições insuficientes para garantir o acesso do flagranteado à jurisdição.

Ao final, o que se têm é que um tema de tamanha magnitude em âmbito de efetivação de direitos fundamentais assegurados pela Constituição, com o condão de ser utilizado para atenuar a situação carcerária brasileira, tem sido desprestigiado pela sociedade e pelo Poder Público. Tal postura, de desvirtuação da audiência de custódia, é inaceitável, sendo triste a constatação de que esta é vítima de pressões midiáticas, artimanhas políticas de claro fim eleitoreiro, e, mais agravante ainda, descaso do Poder Público – ainda mais, como demonstrado, pelos argumentos utilizados não terem sustento e a audiência de custódia estar internalizada no ordenamento jurídico pátrio.

CONCLUSÃO

Através da presente pesquisa, buscou-se destrinchar o tema da audiência de custódia, apurando seu conceito; origens; fundamentação; vantagens; e, especialmente, analisando as dificuldades que sua efetiva implementação tem enfrentado no Brasil.

Conforme notado nos capítulos anteriores, a efetiva instituição da audiência de custódia no país tem enfrentado diversas dificuldades. Múltiplas, também, são as fontes desses desafios.

De fato, há resistência desde a própria sociedade – que enxerga o direito penal como instrumento meramente punitivo, não contemplando sua função ressocializadora – e do próprio Estado que, ainda com características típicas do processo penal inquisitivo, não abandona a figura popular do policial-juiz e do juiz-policial.

Com efeito, é de se causar espanto a resistência apresentada por setores do próprio judiciário, consubstanciado nas denúncias de verdadeira desvirtuação do instituto, órgão este que é responsável não só pela implementação e realização das audiências de custódia, mas que deveria, também, ser a última linha de defesa da sociedade contra determinados interesses punitivistas do Estado-acusação.

Destacou-se, também, a oposição legislativa, de caráter muitas vezes populista, ao instituto. Esta, também gravosa, pois busca fundar-se no que, a priori, parece ser legítima preocupação com a separação dos poderes, postulado constitucional dos mais básicos (e, por consequência, dos mais importantes).

Desde seu embrião, o presente trabalho teve por escopo buscar contrapor alguns desses

argumentos. Justamente por isso, o primeiro capítulo buscou dar a fundamentação jurídica da implementação da audiência custódia no cotidiano forense interno. O segundo capítulo, por sua vez, mostrou as claras vantagens práticas de sua realização, especialmente no sentido de atenuar a crise carcerária.

De forma talvez atípica, dedicou-se o terceiro capítulo a esmiuçar os óbices enfrentados, ao passo que já se buscou apresentar contrapontos aos argumentos apresentados.

Conforme demonstrado, não procede o que sustenta os detratores do instituto, tanto na seara política quanto no que tange o Direito. Se, por um lado, conforme demonstrado no segundo capítulo, a audiência de custódia não é um mecanismo para “estimular a impunidade”, senão um efetivo remédio, ainda que paliativo, para a caótica situação carcerária, por outro, esta encontra rico fundamento jurídico, não cingindo-se a “ativismo judicial”, da mesma forma que não ofende a independência do poder legislativo.

Na esteira do exposto, a fundamentação jurídica bebe da fonte do direito internacional. Ao contrário do sustentado no texto do PDL 317/16, há pelo menos duas previsões legais, advindas do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, devidamente incorporados no ordenamento pátrio. De fato, se aplicada a teoria da supralegalidade, devidamente entabulada pelo Ministro Gilmar Mendes, não há como concluir em sentido contrário.

Assim, conclui-se que a audiência de custódia não só é instituto de importância ímpar para a solução do dilema carcerário brasileiro e garantia de direitos fundamentais, como também possui expressa previsão legal, não subsistindo as posições que a ela se opõem, conforme buscou-se demonstrar a partir do presente trabalho.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Luiz Henrique Silva. *As Audiências de Custódia e o Jeitinho Brasileiro*. 2017.

Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259781,91041->

[As+audiencias+de+custodia+e+o+jeitinho+brasileiro](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259781,91041-As+audiencias+de+custodia+e+o+jeitinho+brasileiro)>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BARROS FILHO, Clovis de *et al*, *A Filosofia Explica Grandes Questões da Humanidade*, São Paulo: Ed. Casa do Saber, 2013.

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

Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/>

[Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2018.

_____. *Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos

Civis e Políticos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 7 ed., Oxford: Oxford University Press, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, *PDC 317/2016*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077191>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Levantamento de Presos Provisórios no País e Plano de Ação dos Tribunais*, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016 /relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2018.

Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cust%C3%B3dia/>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 20 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de, *Manual de Processo Penal*, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9 ed., rev, atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

MENDES, Gilmar, *in* RE 466.343-1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 12 jun. 2018.

NEWTON, Eduardo Januário. *Audiência de Custódia por Videoconferência: a Tecnologia Não Pode Superar a Legalidade*. 2017. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/17/audiencia-de-custodia-por-videoconferencia-tecnologia-nao-pode-superar-legalidade/>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

PAIVA, Caio, 2015. *Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

PIMENTA, Guilherme. 2016. *Entenda como a Justiça do Acre condenou um réu três dias após*

prisão em flagrante. In *Justificando*. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/justica-acre-conda-reu-em-tres-dias-apos-prisao-em-flagrante-29072016>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

SENADO FEDERAL, *Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume I*. 5 ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ADPF 347 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, E-saj Portal de Serviços do. *Termo de Audiência de Custódia (autos nº 365-86.2017.8.26.0607)*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=GV000079H0000&processo.foro=607&uuidCaptcha=sajcaptcha_7f0e2976734b411a9d346b998224f402>. Acesso em: 04 jul. 2018.

_____. *Termo de Audiência de Custódia (autos nº 857-39.2018.8.26.0544)*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=F4000052V0000&processo.foro=309&uuidCaptcha=sajcaptcha_8a40e5ed40cc4043a68b3052d02d5b49>. Acesso em: 04 jul. 2018.

VALOIS, Luiz Carlos. *A Audiência de Custódia e o Porco*. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-audiencia-de-custodia-e-o-porco>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

VELASCO, Clara. *Audiências de Custódia Prendem Mais do que Soltam em 2/3 dos Estados*. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/audiencias-de-custodia-prendem-mais-do-que-soltam-em-23-dos-estados.ghtml>>. Acesso em 29 jun. 2018.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS MEDIOS PROBATORIOS

Lucas Octávio Noya dos SANTOS¹
Juan Marcelino González GARCETE

RESUMEN

El Profesor Juan Montero Aroca publicó un pequeño libro titulado «El Derecho Procesal en el siglo XX» (2000) en el que, según sus propias palabras, intentaba una síntesis de la evolución conceptual del Derecho Procesal y una relación de los problemas que la realidad ha ido suscitando en los procesos civil y penal, con las respuestas ofrecidas para solucionarlos. Uno de los principios fundamentales como eje rector interpretativo lo constituye el principio «pro persona». En esta ponencia, quisiera exponerles algunas ideas respecto a la interpretación y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos que guarda relación con la *producción y diligenciamiento de las pruebas*, para luego avocarnos a las corrientes dominantes actualmente en América Latina, que pregonan actualmente el garantismo y el activismo judicial realizando un balance sobre sus principales teorías, sus fortalezas y debilidades. De allí no podemos perder de vista que los operadores judiciales no solo conozcan los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino fundamentalmente, que los interpreten de conjunto con las normas y disposiciones del Derecho interno, concretizando en la práctica judicial y en cada caso concreto, las aspiraciones de una sociedad democrática consignadas en lo que la doctrina identifica como los valores superiores de la Constitución, con una visión coherentemente racional— la disposición más favorable al individuo, no solo se estaría haciendo una interpretación integral del sistema jurídico vigente, sino además, se estaría actuando como un juez justo y racional, como un juez de la Constitución, respetuoso de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales, prueba, garantismo judicial, activismo judicial.

RESUMO

O professor Juan Montero Aroca publicou um pequeno livro intitulado “Direito Processual no Século XX” (2000), no qual, em suas palavras, tentou uma síntese da evolução conceitual do direito processual e uma lista dos problemas que a realidade tem levantado em processos civis e criminais, com as respostas oferecidas para resolvê-los. Um dos princípios fundamentais como princípio orientador da interpretação é o princípio “pro persona”. Neste artigo, gostaria de expor algumas ideias quanto à interpretação e aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos relacionados à produção e preenchendo os testes, então avocarnos o contexto na América Latina, atualmente divulgando o garantia e ativismo judicial equilibrando suas principais teorias, seus pontos fortes e fracos. A partir daí, não podemos perder de vista que os operadores judiciais, não só devem conhecer os diferentes instrumentos internacionais sobre direitos humanos, mas, fundamentalmente, interpretar juntamente com as regras e disposições do direito nacional, concretizado na prática judicial e em cada caso, as aspirações de uma sociedade democrática contido no que a doutrina identifica como os mais altos valores da Constituição, com vista consistentemente racional mais favorável ao indivíduo, não só vai estar fazendo uma interpretação abrangente do sistema legal existente, mas também ele estaria agindo como um juiz justo e racional, como um juiz da Constituição, respeitoso dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

1 Mestre em Ciências Jurídicas pela XIII Turma de Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo. Docente do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP, na disciplina de Introdução ao Direito. Coordenador de Competições Nacionais e Internacionais do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Membro do Grupo de estudos de Direito Internacional com foco no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Advogado.

1. INTRODUCCIÓN

El presente acápite se constituye tal vez, en el más importante de la presente propuesta. Los métodos de interpretación tradicionales no son aplicables, en buena medida, a los preceptos constitucionales. Lo que proponemos, es elevar a la argumentación jurídica a un nivel completo e integral para la aplicación de los derechos fundamentales con relación al derecho probatorio. Esto es, dotar de una suerte de herramienta que facilite y asegure un análisis y fundamentación total, completa, en procura de alcanzar una debida como esperada administración de justicia. No se necesitan mayores desarrollos para recordar que el «derecho a la prueba» es componente esencial del debido proceso y que, como derivación de ese derecho, ninguna norma puede limitar la proposición de pruebas que sean legítimas, idóneas y referidas al objeto del proceso. El único medio para obtener la tutela jurisdiccional efectiva — como derecho fundamental — es la demostración de la fundabilidad o razonabilidad de la propia pretensión, por lo que la negación de la posibilidad de realizar esa demostración equivale a impedir, de hecho, la tutela jurisdiccional.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA «LIBERTAD PROBATORIA»

El derecho a la prueba se manifiesta especialmente en el derecho a proponer –utilizar– cualquier medio de prueba disponible que resulte útil para la determinación de los hechos que componen el objeto del proceso. En la doctrina del common law este principio se denomina «free proof». Como enseña TARUFFO,

Por free proof se entiende que, salvo en el caso que existan normas específicas, la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad, para probar los hechos: esta libertad corresponde a las partes, que tienen que poder utilizar en el proceso cualquier medio de prueba relevante, y al juez, que tiene que poder determinar los hechos mediante una valoración racional (y, por tanto, no vinculada más que a los cánones de la racionalidad) de las pruebas adquiridas en juicio». Por cierto, que este derecho tiene ciertas limitaciones que derivan de la reglamentación jurídica de la prueba (“law of evidence”). (MANRÍQUEZ; BELTRÁN, 2008).

Lo mismo ocurre en el derecho del civil law, en el que

(...) existe un principio de libertad de la prueba en función del cual todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general (VÉSCOVI, 1997, p. 263-274).

Principio que también – como todo principio – tiene sus límites, derivados de la regulación jurídica de las pruebas de esa libertad deriva un primer punto de vista relevante, conforme al cual la libertad significa que las partes tienen “la posibilidad de utilizar todos los medios de prueba relevantes de que dispongan” (VÉSCOVI, 1998, p. 23-325). Ergo, considero particularmente, la

exigencia de la libertad de la prueba constituye uno de los que denomino **principios especiales del proceso**; en otras palabras, es una exigencia imprescindible a la idea de proceso, que se vincula específicamente con una de las sub—categorías del proceso: *la función probatoria*. En la misma línea que Devis Eschandía, se reconocen dos aplicaciones del principio: libertad de objeto y libertad de medios. En relación a la segunda, se indica que el principio tiene algunas limitaciones, derivadas de la imposibilidad de utilizar determinados medios, de la existencia de un régimen regulado de proposición de pruebas, etc. (ECHANDÍA, 1988, p. 421-494)

El Derecho Procesal —entre sus múltiples contenidos— establece una serie de procedimientos que refieren a lo que denominó como «función o actividad probatoria», «o de confirmación» como por ejemplo la denomina Alvarado Velloso. (2000, p. 193-217)

Esa *función* o *actividad* es la que aglutina a todos los actos procesales que persiguen como **fin la prueba** y, en definitiva, están dirigidos a permitir al órgano jurisdiccional resolver acerca de la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes. De esa función procesal, nos interesa ahora la fase final: aquella en la que el órgano jurisdiccional debe decidir si los hechos alegados existen o no existen.

3. LA VERDAD Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO PROBATORIO

La percepción del ser humano en general sobre la realidad, especialmente sobre los hechos que para sí son tomados como verdaderos y conscientes, no es fácil de ser conocida y explicada. La duda sobre la verdad y aun mismo sobre la existencia del hombre y de las situaciones fácticas vividas se constituye en una de las más difíciles e importantes preguntas sobre la humanidad. Una de las principales reflexiones sobre la verdad y su existencia—según mis investigaciones— fue presentada por René Descartes, en su libro «Discurso del Método», donde su duda sobre la existencia quedó concretizada en una cita muy difundida, cual sea, «pienso, luego existo». Descartes, considero que con dicha reflexión, puso en duda la propia existencia y la propia duda sobre los hechos de la realidad, resolviendo un conflicto existencial, incluyendo un elemento subjetivo, cual sea, el «pensamiento», que para él constituye la propia prueba de la existencia de la realidad. Esa constatación de que el pensamiento construye la realidad fue hecha de modo empírico, sin conocimiento sobre el psicoanálisis.

Es así cuando tomamos para nosotros, como verdadera, determinada premisa, esa elección muchas veces puede haber sido hecha de modo irracional, por una serie de influencias ambientales o de prejuicios de la persona, y eso hace con que nuestros enjuiciamientos, aunque en bases racionales, puedan sufrir influencia directa de elementos irracionales, a veces resueltos por una cuestión de simpatía o antipatía, por ejemplo.

Por ello, no creo que estemos muy equivocados al decir que la verdad en el proceso sufre influencia directa de «factores externos», extra autos, que dicen mucho más sobre los sujetos procesales que sobre la propia verdad en sí. Factores argumentativos, políticos, sociales y económicos, si bien empleados, son capaces de sensibilizar los sujetos procesales y pueden transformar hechos improbables en hechos verdaderos. Estos «factores externos» pueden, verbigracia, interferir directamente en la prueba testimonial. Eso es fácilmente demostrable cuando confrontamos la declaración de dos testigos que hayan presenciado el mismo hecho. Confrontadas las declaraciones de los dos, verificamos que los mismos hechos son narrados de formas diferentes, los detalles que llamaron la atención de un testigo no son los mismos que llamaron la atención del otro testigo, quienes años estamos en la litigación adversarial percibimos que esta es una situación común en este tipo de pruebas.

Otra cuestión muy densa para tratar son las llamadas pruebas periciales, y allí concebimos que opera mucho la subjetividad. Se cree —sin embargo—que la prueba pericial es una prueba objetiva, con pequeña probabilidad de error, una vez que dicha prueba se utiliza de conocimientos científicos para elaborar sus dictámenes periciales (instrumento técnico que contiene las principales impresiones sobre el objeto de investigación). Sin embargo, los “factores externos” siempre influyen el resultado de la pericia, pues la subjetividad de los peritos no puede ser descartada, cuando haya la elaboración del dictamen. Dicho en otros términos, esto significa decir que el perito, por razones inconscientes, acaba direccionando el resultado de su pericia, sin darse cuenta, presentando resultados supuestamente racionales.

Es dable señalar que la «verdad» y «prueba» están estrictamente ligadas a nuestro pensamiento, y muchas veces lo que percibimos del mundo y de la realidad son consecuencias de innumerables «factores externos», «subjetivos», que interfieren en la interpretación de la realidad. Así, la verdad es explicada como «justificación» que permita a todos los interesados la efectiva participación en el proceso de formación de la decisión jurisdiccional. Ahondando en el análisis, diremos que la verdad es fruto de la creación humana, y la prueba es la tentativa del hombre de convencer a todos de que la mejor interpretación de la realidad es aquella percibida por él, consciente o inconscientemente. Apenas el pensamiento y su debida deducción pueden permitir la construcción de la realidad. Vivimos dentro de nuestros pensamientos.

La relación entre verdad y prueba es uno de los puntos más tormentosos del derecho procesal, tanto en Paraguay como en el mundo. Verificamos que el juez muchas veces cree que la prueba es la representación de la realidad. Tal error en creer que la prueba es una fiel representación de la realidad induce a innumerables errores judiciales y comprensiones equivocadas a la aplicación del derecho. Buscaremos informar que la prueba es un elemento interpretativo, que depende de la

subjetividad humana. El análisis de la prueba es una actividad de dialógica, en medida del debate en contradictorio de las partes y de los fundamentos jurisdiccionales.

4. LAS PRUEBAS DE OFICIO

La propuesta de este texto es discutir hasta qué punto la prueba judicial dispuesta de oficio guarda compatibilidad constitucional con el principio del *due process of law* y sus derivados, que debe orientar la actuación del juez en el curso del proceso, y que guarda relación con la denominada prueba de la verdad en el proceso. Es ese el punto que merece reflexión y donde está radicada la «tesis» que aquí será defendida. En los sistemas procesales que conocemos, el desenvolvimiento del proceso rumbo a la formación del pronunciamiento de mérito queda a cargo y bajo el «gobierno» de un único juez – persona física – que ejerce solo toda la magnitud del poder que la Constitución Nacional y las leyes subalternas confieren al Poder Judicial. No tengo duda de que los defensores de la prueba de oficio dispuesta por el mismo juez que deba dictar la sentencia sustentan esta posibilidad pretendiendo un juzgamiento lo más correcto posible, de acuerdo con la mejor reconstrucción histórica fáctica que se pueda realizar en el proceso.

Siempre me he preguntado: *¿es creíble suponer que el juez permanece con su imparcialidad absolutamente inamovible cuando dispone la prueba de oficio, realizando, por lo tanto, actividad que sería propia de la parte, y, en la secuencia, dicta sentencia con base en la prueba por él dispuesta?* Seriamente no creo que la respuesta a esa interrogante pueda ser SI.

Por mejor que sea la intención del juez cuando utiliza sus poderes *instructorios ex officio*, lo cierto es que su postura activa fue fomentada por la duda en cuanto a la existencia del hecho en que se funda el derecho pretendido o resistido. Si, al contrario, el estado consciente o inconscientes del magistrado fuera de certeza, ciertamente no dispondría la producción de la prueba de oficio. Y si existe duda en cuanto a los hechos aportados por las partes es porque el juez siente la certeza derivada de la parcialidad que el debido proceso legal impide invada el juicio propio de su función. Si frente a la realidad fáctica construida en el proceso el juez no se convence del hecho constitutivo del derecho alegado, la única conclusión a que se puede llegar es que él – juez – tiene la CERTEZA de que el derecho postulado no puede ser concedido.

Debemos rescatar una idea presente en la mayoría de doctrina autoral, a saber, concebir al proceso como un método de debate para la resolución de conflictos y la tutela de bienes e intereses jurídicos y sobre todo el reconocer su dinamismo y dialecticidad. Por los momentos, reiteramos que la idea de proceso como método de debate dialéctico produce desde una perspectiva estática una relación triangular entre juez y partes (parte actora y parte demandada), donde aquel en su condición de autoridad tiene el deber de decidir el conflicto de intereses que la parte actora plantea

y que el demandado resiste.

Por lo que podemos decir como conclusión parcial sobre este tema, denso en el debate doctrinario que la imparcialidad procesal es un principio y presupuesto del proceso que debe delimitarse legislativamente, no sólo desde una perspectiva netamente jurídica, sino que debe considerar también su enfoque psicológico, considero que es un derecho de las partes que el juez a cargo de substanciar y sentenciar su proceso, sea imparcial tanto objetiva como subjetivamente y ello no solamente respecto de quienes son las partes del proceso (aspecto subjetivo) sino también respecto de la materia de la litis y su resultado: la sentencia (aspecto objetivo), por ello, la prueba de oficio, sino con seguridad, al menos con una alta probabilidad, permite que la decisión jurisdiccional se vea influenciada por los llamados sesgos cognitivos (incluso sin conciencia de ello por parte del juez) y ello es más que suficiente para abolir esas facultades en los procesos dispositivos.

4. LA «VERDAD», «PROCESO» Y «DECISIÓN JURISDICCIONAL».

La decisión jurisdiccional siendo una «sentencia» o «enunciado» [como comúnmente le gustan denominar a los juristas iberoamericanos] de verdad está estrictamente vinculada al lenguaje. La relación entre «verdad», «proceso» y «decisión jurisdiccional», en términos técnicos, debe ser buscada —según mi modesto entender— a partir de la filosofía del lenguaje. El «discurso de aplicación» de las normas a los casos concretos se refieren siempre a los intereses de las partes inmediatamente involucradas. La «verdad» de una decisión jurisdiccional se libera del modo de la certeza de la acción y toma forma de un enunciado hipotético, cuya validez queda suspensa durante el discurso. La argumentación tiene forma de un concurso que visa a los mejores argumentos a favor de o en contra pretensiones de validez controvertidas, sirviendo a la búsqueda cooperativa de la verdad. En ese sentido, argumenta Habermas que

lo que consideramos verdadero debe poder ser defendido con razones convincentes no sólo en otro contexto, sino en todos los contextos posibles, o sea, a todo momento, y contra quienquiera que sea. La teoría discursiva de la verdad se inspira en eso; de ese modo, un enunciado es verdadero cuando, en las exigentes condiciones de un discurso racional, resiste a todas tentativas de refutación. (1975, p. 33-42)

Habermas nos presentó en su momento el modelo de democracia, con una visión procesal del derecho, en donde la decisión jurisdiccional debe reflejar la voluntad y la opinión de los participantes del proceso. La verdad podría ser obtenida a medida que sean asegurados a los participantes en el proceso jurisdiccional la posibilidad de argumentación, en donde toda decisión tiene que ser constitucional y democrática. Lo que va a influir en el resultado de un enjuiciamiento y a corresponder a la «verdad» no es su correspondencia con la realidad, sino, sobre todo, la

argumentación aplicada al discurso. Eso es lo que va a posibilitar la superación del término «justicia en las decisiones» por el término «legitimidad decisoria». Solamente en las praxis es posible confiar intuitivamente en la «verdad», de modo incondicional. Pero cuando esa práctica del mundo sufre problematización, por argumentación, ahí entonces se necesita el proceso jurisdiccional para evaluar si tales pretensiones de validez merecen o no un reconocimiento racionalmente motivado.

Verdadera es la decisión jurisdiccional justificada que haya sido obtenida por intermedio del consenso entre los interesados en el proceso jurisdiccional. La verdad, en Habermas, significa consenso obtenido por el mejor argumento. Y el papel del derecho procesal no se limita a institución de procedimientos destinados a la aplicación del derecho, sino, sobre todo, a garantizar un espacio discursivo en el que los interesados por la decisión jurisdiccional también se identifiquen como autores de esa norma jurídica. El derecho procesal no regula la argumentación jurídico—normativa como tal, pero asegura, en una línea temporal, social y material, el cuadro institucional para consecuencias comunicativas no—circunscritas, que obedecen a la lógica de discursos de aplicación.

5. LAS CARGAS DINÁMICAS. PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA

En la ciencia del Derecho Procesal, a esta altura de su evolución, nadie duda que la carga de la prueba debe ser atribuida, por regla general, a la parte que alega el hecho en que se funda la norma jurídica que lo beneficia. Además, la doctrina también coincide en que, en ciertos casos excepcionales, corresponde la carga de la prueba a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar, entendiendo por tal circunstancia la disponibilidad de los medios probatorios, siempre y cuando esta reversión sea realizada por la ley y no por el juez. Si la inversión de la carga de la prueba es realizada por el Juez, nos encontramos en presencia de una carga probatoria dinámica. Este es nuestro concepto, el cual debe ser considerado como correcto según explicaremos. Aclaremos que las denominadas «cargas dinámicas de las pruebas» no se encuentran legisladas en nuestro Código Procesal Paraguayo, pero, han sido admitidas jurisprudencialmente, especialmente, en los casos de demandas por daños ocasionados por malas praxis médicas.

La carga dinámica de la prueba, como se sabe, es una doctrina que surge como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica en Argentina, y de las construcciones teóricas en torno a este tema consolidadas por el profesor Jorge Peyrano, a quien debe reconocerse la autoría de la misma en su obra «Cargas Probatorias Dinámicas», la que comparte con otros autores, elaborando toda una sistematización al respecto. Esta doctrina sustenta que «más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla.»

(GARCÍA GRANDE, Maximiliano, “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”, La Ley, 2005-C, 1082).

En ese sentido tenemos, que existen requisitos que deben ser tenidos en cuenta, el primer elemento, consiste en que la inversión de la carga de la prueba debe ser realizada por el juez, el segundo elemento es que la reversión probatoria debe ser efectuada una vez que ya se ha iniciado el proceso, particularmente al momento de sentenciar. La existencia de reglas legales establecidas en forma previa al inicio del proceso, sean estas normas legales o, incluso de jurisprudencia de los tribunales de apelaciones—la que actúa como fuente del derecho— en los países del Civil Law, o lo que es más habitual, en los países del Common Law a través de la existencia de precedentes, es la única forma de garantizar a las partes que conozcan cuáles son las obligaciones que deben cumplir al actuar y desarrollar el tráfico jurídico y comercial que, eventualmente puede generar responsabilidad contractual o extracontractual. Sólo el conocimiento previo de las obligaciones a que están sujetas al participar en los actos que generan dicho tráfico, otorga seguridad jurídica y, en consecuencia, garantiza la existencia posterior del debido proceso, cuando se deba resolver la controversia jurídica que pueda originarse como consecuencia del tráfico jurídico mencionado.

Si se considera que un juez puede ser más o menos proclive a acoger una demanda o a utilizar la carga probatoria dinámica,

se agudizará la incertidumbre, lo que es contrario a la idea que inspira la normativa procesal en orden a generar seguridad, certeza y previsibilidad. (ii) Se aplica una vez que las partes han planteado sus acciones y excepciones, habiéndose trabado la litis y ofrecido toda la prueba; (iii) implica que el juez adopte necesariamente una decisión respecto del conflicto, previo al estudio que precede a la sentencia, afectando su imparcialidad, y (iv) soslaya las presunciones de responsabilidad del Código Civil. Por tal motivo, debería eliminarse del proyecto, al ser suficientes las mencionadas presunciones que, en último caso, podrían establecerse en general, para todos los casos similares, en una ley (GURRIERI, 1999, p. 113-126)

De manera general, es un debate en torno: i) a los aspectos ideológicos del proceso civil, ii) a sus sistemas de enjuiciamiento –inquisitivo o dispositivo (inquisitorial system y adversarial system)–, iii) al rol del juez y a la actitud de las partes en la relación procesal, iv) a la dimensión constitucional de la jurisdicción, v) al contenido y significado del debido proceso legal, vi) a la garantía constitucional de la amplia defensa y el contradictorio; entre otros. (GRANDE, 2005, p. 1082)

Actualmente, el debate activismo versus garantismo divide a la doctrina procesal civilista americana hispanoparlante y genera disputas y/o polémicas doctrinarias –a veces incluso con “disparos cruzados”– que llegan inclusive a confinar a los procesalistas tras verdaderas «trincheras ideológicas». Aquellos que con cierta regularidad frecuentan congresos internacionales de derecho procesal en el resto de países latinoamericanos, pueden certificar in loco la intensidad del debate

que, repito, no es tratado con el mismo vigor –me parece que ni siquiera es tratado– en el universo del proceso civil paraguayo.

Para una primera –y genérica– comprensión de aquello que es defendido por ambas corrientes, es posible adelantar que el activismo judicial defiende una postura más contundente de la actividad judicial para resolver problemas que, en ocasiones, no cuentan con una adecuada solución legislativa. Es decir; se otorga al juez un poder creativo que en un último análisis valora el compromiso constitucional de la jurisdicción, y ello a pesar de que no haya previsión legal que lo autorice en la respectiva actuación. Por su parte, el garantismo procesal defiende una mayor valorización de la categoría fundamental proceso, y consecuentemente de la cláusula constitucional del *due process*, de modo que valora la amplia defensa, el contradictorio y la imparcialidad del juez, como los pilares de la legitimación de la decisión jurisdiccional a ser decretada. Para el activismo, el juez debe actuar de manera que resuelva problemas en el curso del proceso, y ello de manera independiente de la diligencia de la parte en postular las respectivas soluciones, haya o no autorización legislativa para la actuación del juez. Para el garantismo, el proceso es un método en el cual el resultado dependerá del debate efectivo entre las partes y de su diligencia en manejar de mejor manera la respectiva actividad. Los garantistas buscan aplicar las bases dogmáticas del garantismo de Luigi Ferrajoli –originariamente dirigido a las ciencias penales (derecho material y proceso)– al derecho procesal civil.

5. LA PRUEBA Y LA SENTENCIA

El tema del título tiene una denotación bastante amplia; que comprende, fundamentalmente, a dos grandes ejes conceptuales: la valoración de la prueba y la carga de la prueba. Y dentro de ellos, entre ellos y junto a ellos, una serie de cuestiones fundamentales: *la diferencia entre la actividad de valorar y el resultado de esa actividad*; los sistemas de valoración; la adecuada motivación de la sentencia; las relaciones, teóricamente claras y pragmáticamente oscuras, entre valoración y carga de la prueba; el funcionamiento y ubicación conceptual de las presunciones; el concepto y la importancia de la carga de la prueba y su papel en el proceso jurisdiccional; la distribución de la carga probatoria; el debate sobre la carga probatoria dinámica; etc., etc. En el marco de ese amplio espectro espero lograr volver sobre el hilo conductor de esa relevante actividad del Juzgador que supone la determinación o fijación de los hechos en la sentencia. Para, finalmente, volver sobre uno de mis temas preferidos: el de la carga de la prueba.

Considero que ya es hora de que los operadores del proceso, tanto jueces, como abogados, y principalmente los respectivos profesores, tomen conciencia de que conceptos como «justo» o «justicia» no integran el Derecho o el proceso jurisdiccional, que le da concreción en la vida de las

personas. A pesar de que el discurso procesal fundamentado en argumentos metajurídicos sea seductor (“justicia”, “verdad real”, “paz social”, “proceso justo”, etc.) este acaba por legitimar la arbitrariedad y el subjetivismo de la persona física que detenta el poder judicial, que acaba por justificar su toma de decisión en base al propio sentimiento subjetivo en relación a lo «justo». “Justicia”, o lo que es “justo”, se identifica con el subjetivismo que es propio de cada persona. Por lo tanto, con sus idiosincrasias. Lo que puede ser justo para usted, necesariamente no lo será para mí. Y de esta forma la vida continúa. Es por ello que por un imperativo de orden lógico, el Derecho y/o el proceso jurisdiccional que le da vida no operan con el valor “justicia”, ello sólo ocurre en nuestras especulaciones metajurídicas. Toda vez que ocurre ello, siempre se produce la ruptura de las garantías constitucionales negativas que impiden que el Poder sea manejado arbitrariamente y, por lo tanto, fuera de los marcos democráticos y republicanos establecidos por el orden constitucional.

El activismo judicial se estableció en la base de la retórica discursiva de la dogmática procesal y de la jurisprudencia influenciada por ella. Decantada en verso y prosa en el procesalismo iberoamericano en general, la pragmática del activismo fomenta posturas judiciales antidemocráticas y antirepublicanas, tanto en el arte del proceder, como en el arte del decidir. En esta ponencia no realizamos ninguna crítica al procesalista y/o al juez de inclinación activista. ¡Debemos aclarar este punto! Realizamos una crítica contundente a toda acometida de aquellos que suponen que el ambiente del proceso jurisdiccional es un territorio feudal cuyas reglas puedan ser arbitrariamente creadas por el respectivo señor, juez y/o tribunal.

El proceso civil de enfoque garantista se contrapone al activismo judicial exactamente para que las garantías consagradas en nuestras Constituciones sean, efectivamente, observadas por los detentores del poder jurisdiccional. Suena hasta intuitivo que el Derecho tenga dos atributos que le son fundamentales: i) vincular subjetivamente las relaciones que regula y ii) generar seguridad jurídica a partir de su existencia. Y esto ocurre a lo largo del sentimiento de cada uno de nosotros sobre lo que viene a ser «justicia». Estos deben emitir sus decisiones en base a las reglas preexistentes, en especial las de nivel constitucional, y no en base al propio arbitrio y subjetivismo que termina por romper los valores democráticos y republicanos que elegimos vivir y que, peligrosamente, fomenta aquel activismo judicial que observamos en el día a día de la Judicatura.

Sin embargo, si para toda regla existe excepción, aquí doy mi testimonio de que tampoco son pocos –por fortuna– los jueces conscientes de sus limitaciones constitucionales y por ello saben que su papel ante la sociedad es en el sentido de juzgar y no «crear» soluciones en base al propio arbitrio.

Esta tesis no supone verdad. Es tan solo mi punto de vista. Sea bienvenido el debate.

PRINCIPAL BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba”, en XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Mdeo., 2011, pp. 19-40.

—. Derecho Procesal, t. IV, 1ª ed., FCU, Mdeo., 2014.

ACOSTA, Aníbal Gerardo, “Jaqué a la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en el IX Congreso de Derecho Procesal Garantista, Azul, Bs. As., 2007, en <http://www.academiadederecho.org/index.cgi> (consultada 9-9-2014).

ALSINA, Hugo, Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. III, 2ª ed., EDIAR, Bs. As., 1958, pp. 253-262.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, El debido proceso de la garantía constitucional, Ed. Zeus SRL, Rosario, 2003, pp. 184-203.

—. La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal), Tirant lo blanch, Barcelona, 2006, pp. 39-52.

ÁLVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario, WEISZ, Fabiana, (Coordinadora Selva KLETT), “La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 235-243.

AMAYA, N. Enrique, Carga de la prueba, Ed. La Docta, Córdoba, 1972.

AUGENTI, Giácomo Primo, L'onere della prova, Società Editrice Del Foro Italiano, Roma, 1932.

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, Apuntes de Derecho Procesal. 1er. Curso, t. II, 7ª reed., C.E.D., Mdeo., 1971, pp. 234-239.

—. Teoría del proceso, Depalma, Bs. As., 1979, pp. 236-239.

—. El proceso civil, t. I, Idea, Mdeo., 1989, pp. 206-211.

—. “Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 253-261.

—. “Los subsistemas de la prueba y de la oralidad”, RUDP, 2/1997, pp. 187-192.

—. “Teitelbaum y la prueba”, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Surcos, Mdeo., 1999, pp. 335-343.

—. “Las situaciones jurídicas y la prueba”, RUDP, 4/2001, pp. 403-408.

BENABENTOS, Omar, “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia al XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, 2005.

- BERMEJO, Patricia, “Nueva concepción sobre la carga de la prueba”, RUDP, 4/1993, pp. 499-501.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, Derecho Procesal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1970, pp. 359-376.
- CALAMANDREI, Piero, “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, en Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. III, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Librería El Foro S.A., Bs. As., 1996, pp. 317-353.
- CARNELUTTI, Francesco, La Prueba Civil, 2da. ed., apéndice de Giacomo P. AUGENTI, trad. Niceto Alcalá ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Bs. As., 1982.
- . Sistema de Derecho Procesal Civil, t. II, trad. de Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y Santiago SENTÍS MELENDO, UTEHA, Bs. As., 1944, pp. 94-100.
- . “Pruebas civiles y pruebas penales”, en Estudios de Derecho Procesal, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1952, pp. 106-110.
- . Instituciones del proceso civil, vol. I, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1959, pp. 344-348.
- CASTELLO, Alejandro, “Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia”, en las IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 28-37.
- CASCO PAGANO, Hernan. Código Procesal Civil. Tomo I y II. Editorial La Ley Paraguaya. 9° Edición. 2016.
- CHIOVENDA, Giuseppe, Principii di Diritto Processuale Civile, 3ª ed., Casa Tipografico-Editrice N. Jovene E. C., Napoli, 1923, pp. 782-798.
- COUTURE, Eduardo, “Sobre el precepto ‘nemo tenetur edere contra se’”, Rev. de Derecho Procesal (argentina), Ediar, Bs. As., 1943, pp. 53-71 y en “Estudios de Derecho Procesal Civil”, t. II, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 127-152.
- . “El deber de las partes de decir verdad”, en Estudios de Derecho Procesal Civil, t. III, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 233-258.
- . Fundamentos del derecho procesal civil, 3ra. ed., Depalma, Bs. As., 1988, pp. 240-248.
- DE LA PLAZA, Manuel, Derecho Procesal Civil Español, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pp. 429-438.
- DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar”, RUDP, 1/1993, pp. 29-33.
- DE MIDÓN, Gladys, “A propósito del 'onus probandi': la parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo”, RUDP, 1/1993, pp. 35-39.

- DENTI, Vittorio, Estudios sobre derecho probatorio, Valetta Ed., Colección “Clásicos del Derecho”, N° 62, EJE, Bs. As., 1974.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, t. I, Zavalía Ed., Bs. As., 1988, pp. 421-494.
- . Compendio de la prueba judicial, t. I, 1ª ed., anotado y concordado por Adolfo ALVARADO VELLOSO, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2000, pp. 193-217.
- FAZZALARI, Elio, Istituzioni di Diritto Processuale, 6ª ed., CEDAM, Padova, 1992, pp. 129 y 376-382.
- GARCÍA GRANDE, Maximiliano, “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”, La Ley, 2005-C, 1082.
- GELSI BIDART, Adolfo, “Proceso laboral y carga de la prueba”, RUDP, 2/1975, pp. 33-42.
- . “Carga de la prueba: ubicación procesal”, RUDP, 1/1998, pp. 7-20.
- GOLDSCHMIDT, James, Derecho Procesal Civil, Ed. Labor SA, Barcelona, 1936, pp. 253-292.
- GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, t. I, 3ra. ed. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 325-328.
- GUERRA PÉREZ, Walter, “Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, RUDP, 2/1996, pp. 295-304.
- . “Algunas reflexiones sobre cargas de la prueba dinámica”, Anales del Foro, pp. 173- 181.
- GURRIERI, Fernando, “Cargas probatorias dinámicas”, Rev. del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario, 1999, pp. 113-126.
- I.U.D.P., “Conclusiones aprobadas en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, RUDP, 1/1999, pp. 163-167.
- KLETT, Selva y PEREIRA CAMPOS, Santiago, “Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso”, RUDP, 1/1997, pp. 49-95.
- KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico y CASTILLO, Juan, “Principios de la prueba en el sistema procesal”, RUDP, 1/2000, pp. 71-107.
- LANDONI, Ángel, “Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba”, RUDP, 1/1997, pp. 97-113.
- LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso, vol. 2 A, B de f, Mdeo., 2003, pp. 364-381.
- LUISO, Francesco P., Diritto Processuale Civile, t. I, 7ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 256-262.
- MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. II, 21ª ed., G. Giappichelli Ed., Torino, 2011, pp. 193-202.

- MARABOTTO, Jorge, “Prueba - Generalidades. Declaración de parte - Prueba testimonial”, en Curso sobre el C.G.P., t. I., 1ª ed., reimp., FCU, Mdeo., 1991, pp. 129-159.
- MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEA, Bs. As., 1961.
- . Curso de Derecho Procesal Civil, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEA, Bs. As., 1970, pp. 96-101.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, Derecho jurisdiccional, t. II, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 262-267.
- MORELLO, Augusto M., La prueba. Tendencias modernas, Librería Ed. Platense, Bs. As.-La Plata, 1991.
- MORETTI, Raúl, “Apuntes sobre la tutela convencional y especialmente sobre el pacto de inversión de la carga de la prueba”, RDJA, t. 36, 1938, pp. 80-89.
- MORTARA, Lodovico, Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile, vol. III, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, pp. 539-559.
- PALACIO, Lino, Manual de derecho procesal civil, 18ª ed. actualizada, reimp., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2004, pp. 398-402.
- . Derecho Procesal Civil, t. IV, 4ª ed. actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, pp. 286-297.
- PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, 1ª ed., Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1986.
- PEREIRA CAMPOS, Santiago, “El deber de colaboración en la práctica de medidas probatorias”, RUDP, 4/2000, pp. 511-523.
- . “Los sistemas de valoración de la prueba”, RUDP, 1/2003, pp. 79-98.
- PEYRANO, Jorge W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba”, RUDP, 2/1992, pp. 239-241.
- PICÓ I JUNOY, Joan, El derecho a la prueba en el proceso civil, Bosch Editor SA., Barcelona, 1996.
- PRIETO CASTRO, Leonardo, Exposición del Derecho Procesal Civil de España, t. I, 2ª reimp., Librería General, Zaragoza, 1944, pp. 301-306.
- PRÜTTING, Hans, “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio”, Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 453-464.
- QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., “El derecho a la prueba como garantía constitucional”, en el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, Buenos Aires, 2007, www.e-

derecho.org.ar/ congresoprocesal.

—. “Carga de la prueba”, en *La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO*, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 157-171.

REYES OEHNINGER, Alberto, “La flexibilización de la carga de la prueba (art. 139 CGP) es ley”, *RUDP*, 3/2007, pp. 591-606.

RICCA BARBERIS, Mario, “La carga de la prueba”, *RDJA*, t. 36, 1938, pp. 99-103.

ROCCO, Ugo, *Corso di teoria e pratica del processo civile*, vol. I, Libreria Scientifica Editrice, Napoli, 1951, pp. 451-453.

ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II, trad. de Ángela ROMERA VERA de la 5ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1955, pp. 221-229.

—. *La carga de la prueba*, trad. de Ernesto KROTOSCHIN de la 3ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1956.

ROSSI, Rosina, “Disponibilidad del medio probatorio en el Código General del Proceso”, en *IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Minas, 1997, *Biblioteca de Derecho Laboral*, n° 14, pp. 11-28 y 48-49.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *Estudios de Derecho Procesal*, t. I, EJEA, Bs. As., 1967, pp. 173, 205, 445-453, 592-594, 612-613 y 617.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 364-365.

STIPANICIC, Emma y VALENTIN, Gabriel, “La carga de la prueba en el proceso laboral”, en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, FCU, Mdeo, 1999, pp. 477-504.

—. *Proceso laboral*, 2da. ed., Del Foro S.R.L., Mdeo., 2000, esp. pp. 123-156.

TARIGO, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, 2ª ed., Mdeo., 1998, pp. 18-19.

TARUFFO, Michele, “Note per una riforma del diritto delle prove”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2º serie, anno XLI, N° 2-3, aprile-settembre, 1986.

—. *La prueba*, 1ª ed., trad. por Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRE BELTRÁN, Marcial Pons, Madrid, 2008.

—. *La prueba de los hechos*, 3ª ed., trad. por Jordi FERRER BELTRÁN, Ed. Trotta SA, Madrid, 2009.

TERRASA, Eduardo, “Cargas probatorias dinámicas”, en *Activismo y garantismo procesal*, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 95-110.

VALENTIN, Gabriel, “Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en

La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 723-742.

—. “Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas”, RUDP, 3-4/2008, pp. 351-366.

—. “El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba”, Revista del Derecho del Trabajo, año II, N° 3, La Ley Uruguay, Mdeo., abril / junio 2014, pp. 173-201.

VAN ROMPAEY, Leslie, “La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo”, LJU, t. 111, 1995, Sec. Doctrina, pp. 447-453.

VARGAS, Abraham Luis, “Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos”, en Activismo y garantismo procesal, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 79-94.

VERDE, Giovanni, L'onere della prova nel processo civile, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 1974.

—. Diritto processuale civile, t. 1, 3ª ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2012, pp. 112-115.

VÉSCOVI, Enrique, “La carga de la prueba”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 263-274.

—. “El estado del proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española”, RUDP, 3/1999, pág. 423.

VÉSCOVI, Enrique et. al, Código General del Proceso”, Ed. Ábaco, Bs. As., 1998, t. 4, pp. 23-325.

VIERA, Luis A., “La prueba”, en el Curso de Derecho Procesal, t. II, FCU, 1987, obra colectiva del I.U.D.P., pp. 89-96.

VV.AA., “Conclusiones del XVII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal”, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 1993, RUDP, 1/1993, esp. pág. 234.

VV.AA., Cargas probatorias dinámicas, bajo la dirección de Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004.

DO CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS. BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Mariane MIGUEL¹
Vivianne RIGOLDI²

RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi verificar a atuação da jurisdição internacional no caso da Favela Nova Brasília, no qual o Brasil foi condenado por violação a direitos humanos previstos internacionalmente, por meio de pesquisa bibliográfica e utilizando-se do método dedutivo. Analisou-se a aplicabilidade da decisão internacional no âmbito interno, verificando a atuação da jurisdição internacional sobre o Estado como fator de coerção. O presente trabalho é justificado pela necessidade crescente de dar efetividade às sanções internacionais. Ao final, concluiu-se que a sentença careceu de parâmetros e prazos para sua aplicação, tornando difícil seu cumprimento.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Favela Nova Brasília. Aplicabilidade. Decisões internacionais.

ABSTRACT

The objective of the present study was to verify the performance of the international jurisdiction in the case of the Favela Nova Brasília, in which Brazil was convicted of internationally foreseen human rights violations, through bibliographic research and using the deductive method. It was analyzed the applicability of the international decision in the internal scope, verifying the performance of the international jurisdiction over the State as a factor of coercion. This work is justified by the growing need to make international sanctions effective. At the end, it was concluded that the sentence lacked parameters and deadlines for its application, making compliance difficult.

KEY WORDS: Inter-American Court of Human Rights. Favela Nova Brasilia. Applicability. International decisions.

INTRODUÇÃO

A condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso da Favela Nova Brasília, representou a proteção do direito humano ao acesso à justiça, às garantias judiciais e à duração razoável do processo. Dentre as sanções internacionais, o Brasil foi condenado a realizar investigações sérias e punir os responsáveis pelos 26 homicídios, cometidos nos anos de 1994 e 1995 na comunidade, durante duas incursões policiais.

Justifica-se o presente trabalho pela necessidade crescente de dar efetividade às sanções internacionais, que constituem um importante fator de coerção aos Estados que ultrapassam os

1 Mestranda em Direito com fomento CAPES pelo Univem – Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha. Linha de pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

2 Doutora em Direito área de concentração Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino ITE-Bauru. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM (2009). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP (2002). Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha (1999).

limites previstos nos tratados de direito internacional.

Os objetivos do presente trabalho consistem em verificar a atuação da jurisdição internacional sobre o Estado na proteção dos direitos humanos internacionais, com a apresentação do caso e suas consequências jurídicas, bem como aplicabilidade da sentença internacional. Nesses termos, pergunta-se: existe aplicabilidade na sentença imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil?

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo. O artigo está dividido em três partes, tratando-se, no primeiro momento, de contextualizar os direitos humanos internacionais e a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em segundo momento, o caso das chacinas ocorridas na Favela Nova Brasília é apresentado, e em terceiro momento, discute-se as implicações jurídicas da sentença internacional para o Brasil.

1. DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A internacionalização da temática dos direitos humanos não é novidade no ordenamento jurídico, tendo sido consolidada concomitantemente à criação da ONU e da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948. Há exatas sete décadas a proteção do homem como indivíduo, relativizando-se o conceito de soberania do Estado, tem sido a agenda internacional mais evidente em tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

A experiência do regime totalitário alemão na 2ª Guerra Mundial significou, para o mundo jurídico, a ruptura do paradigma de direitos humanos com base na crença positivista de um ordenamento jurídico confinado à ótica meramente formal (PIOVESAN, 2011, p. 40); sendo ultrapassada a tese da competência exclusiva dos Estados no domínio da proteção dos direitos humanos, uma vez que os mesmos aquiescem da normatização internacional sobre a matéria (RAMOS, 2015, p. 31).

No âmbito internacional, com o advento de tratados de alcance universal que reconhecem direitos fundamentais dos seres humanos, impõe-se o dever do Estado de assegurar e garantir a dignidade e o valor do homem. Assim, inicialmente consolidados pela Carta de São Francisco em 1945, reafirmados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e por meio do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, começa-se a delinear um sistema internacional de efetiva proteção, e posteriormente, de sanções internacionais que projetam a tendência de um constitucionalismo global.

Destaca-se, neste assunto, a visão de Canotilho (2003) sobre o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos no direito constitucional interno, em especial na elaboração de

textos constitucionais no âmbito do mundo ocidental. Observou o autor, em razão dos novos padrões teóricos focados na proteção do indivíduo e na existência de um *jus cogens* material internacional, que “(..) o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos **direitos humanos** – na parte em que não integrem já o *jus cogens* – a padrão jurídico de conduta política, interna e externa” (CANOTILHO, 2003, p. 1370).

Neste sentido, a conduta política dos Estados tende a conformar-se com a agenda internacional de direitos humanos, tanto em razão do surgimento de valores, princípios e regras universais materialmente informados em documentos internacionais, quando em razão da existência de mecanismos coercitivos com poderes sancionatórios.

Assevera Canotilho (2003) que a inobservância sistemática do *jus cogens* internacional tornam internacionalmente suspeitos os Estados que optam por “ficar de fora” (*opting out*) quando à recepção e aplicação interna dos princípios e regras internacionais. Por tais razões, o direito do Estado de permanecer alheio às regras, princípios e valores consolidados no direito internacional é cada vez mais uma ficção (CANOTILHO, 2003, p. 1372).

Por toda a sistemática acima delineada, aliada às novas concepções que surgem no direito internacional dos direitos humanos, o Brasil também se obrigou a alinhar seu direito interno com os valores, princípios e regras de proteção do indivíduo. Dessa forma, ao ratificar os tratados de direito internacional, configurando aos tratados internacionais de direitos humanos status equivalente à emendas constitucionais (art. 5º, § 3º da Constituição Federal), o padrão jurídico de conduta política é tendencialmente influenciado pelo direito internacional. Pode-se falar, então, em um constitucionalismo global, que abarca valores de direitos humanos universais, do qual o Brasil faz parte.

Neste raciocínio, pode-se concluir, de maneira equivocada, que o direito internacional dos direitos humanos restringe a noção clássica de poder soberano do Estado. No entanto, não se trata de uma limitação ao poder do Estado, uma vez que a própria proteção da dignidade humana é função do Estado soberano, traduzida no bem-estar de seus cidadãos, tendo sido inserida no conceito de soberania a proteção dos direitos humanos (TAIAR, 2009, p. 13). Ocorre, na realidade, uma revitalização da soberania estatal, estando inserido em seu escopo a proteção aos direitos humanos contra violações do próprio Estado.

Também é necessário frisar que, quando o Estado é signatário de um tratado internacional, sua soberania está sendo reafirmada em um ato volitivo de limitação do seu próprio poder. Portanto, a reinvenção da soberania estatal, ainda que para limitar seus poderes, nada mais é que, puramente, um exercício de soberania.

Conforme explicita Ramos (2015), por qualquer ângulo que se vislumbre, a internacionalização dos direitos humanos é “uma realidade incontornável” (RAMOS, 2015, p. 33), e graças à essa realidade, as obrigações internacionais se tornam vinculantes, e os Estados se tornam responsáveis pela reparação de danos porventura causados.

É o caso o Brasil, condenado em diversos tribunais internacionais em razão de violações em matéria de direitos humanos, tendo tais sentenças repercussão no âmbito interno, inclusive com a adoção de políticas públicas, quando no plano externo, o que reforça a impossibilidade do Estado em se abster de seguir os preceitos internacionais. Isso implica, em última análise, que a legitimidade internacional de um Estado passa a depender cada vez mais do modo pela qual sua sociedade, através de seu direito interno, está politicamente ordenado e atua de maneira eficaz (HURREL apud PIOVESAN, 2012, p. 42).

Os mecanismos internacionais de apuração de violações em matéria de direitos humanos conferem uma carga de ineditismo aos tratados normativos internacionais (RAMOS, 2015, p. 34). Ao lado do sistema global, surgem os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, consolidando uma convivência complementar entre o sistema global da ONU e os sistemas regionais. Enquanto o sistema global agrega preceitos mais generalistas, os sistemas regionais conferem ampliação e fortalecimento na proteção dos direitos humanos, com maior grau de eficácia (PIOVESAN, 2012, p. 95).

O consenso entre um menor número de países, por vezes similares em línguas e costumes, se torna simplificado nos sistemas regionais de proteção, abrindo um leque de ampliação de direitos aos quais não se chegaria, com facilidade, em assembleias da ONU. Pela mesma razão, a adoção de sistemas coercitivos, e punitivos, se torna mais eficaz e adequada às realidades regionais.

Neste contexto, a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentro do sistema de proteção da Organização dos Estados Americanos, a OEA, constituiu um marco para a proteção dos direitos humanos nas Américas. Trata-se de um sistema mais estrito dentro da própria Organização, composto por 23 Estados que, além de ratificarem a Carta da OEA, também ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos (RAMOS, 2015, p. 202) e se submetem às regras e sanções previstas na Convenção.

Os sistemas globais, em relação aos sistemas regionais, devem conter um padrão normativo mínimo, enquanto o sistema regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, de acordo com as peculiaridades de uma mesma região. Conforme trecho do relatório produzido pela *Commission to Study The Organization of Peace* (apud PIOVESAN, 2012, p.95): “O que inicialmente parecia ser uma séria dicotomia – o sistema global e o sistema regional de direitos humanos – tem sido solucionado satisfatoriamente em uma base funcional”.

Enfatizando o processo de justicialização dos direitos humanos nos sistemas regionais, Piovesan (2012) afirma que os tratados internacionais envolvem quatro dimensões, em matéria de direitos humanos: em primeiro lugar, fixam um consenso internacional sobre um padrão mínimo de proteção de direitos; segundo, impõem deveres jurídicos aos Estados; terceiro, instituem órgãos de proteção; e por último, estabelecem mecanismos de monitoramento (PIOVESAN, 2012, p. 96).

Essas quatro dimensões dos tratados internacionais de direitos humanos configuram a atual situação da Convenção Americana de Direitos Humanos, que institui como órgão de proteção e monitoramento a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável por processar, sentenciar e monitorar, através de mecanismos próprios, o cumprimento da Convenção e das sanções por ela impostas.

Através de um sistema interamericano, regulado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), caso se considere que um Estado violou as recomendações da Convenção, o Estado será submetido pela Comissão à Corte Interamericana (PIOVESAN, 2012, p. 97). Incumbe à Comissão a promoção, averiguação do respeito e garantia dos direitos fundamentais, através do sistema de relatórios, que serão submetidos à Assembleia Geral da OEA (RAMOS, 2015, p. 215).

Além disso, a Comissão pode realizar visitas à convite do Estado interessado, tal qual ocorreu em 1995. Pela primeira vez em sua história, a CIDH realizou uma missão geral *in loco* de observação a respeito da situação em matéria de direitos humanos no Brasil (RAMOS, 2015, p. 215). Essa visita repercutiu, para o Brasil, uma vez que o país seria condenado no caso da chacina na Favela Nova Brasília, ocorrida nos anos de 1994 e 1995, pouco antes da visita da CIDH ao país.

Ainda, o estatuto da Comissão prevê o sistema de peticionamento individual, contendo as alegadas violações a direitos humanos contidos na Carta da OEA e pela Convenção Americana, por meio de entidades representativas da própria vítima, seus representantes ou até mesmo terceiros. Antes de peticionar à Comissão, é preciso atender a alguns requisitos, como o esgotamento dos recursos locais, ausência do decurso do prazo de seis meses para representação, ausência de litispendência ou coisa julgada internacional (RAMOS, 2015, p. 225).

Ocorre que, como exceção à regra do esgotamento de instâncias nacionais, alguns casos prescindem da persecução dos recursos internos, em linhas gerais: em casos de inexistência do devido processo legal, inobservância do acesso à justiça interna, e em caso de demora injustificada de decisões (RAMOS, 2015, p. 226).

Dessa forma, tem-se que o sistema de peticionamento individual deve atender aos requisitos supramencionados, não podendo as instâncias internacionais serem acionadas por mero descumprimento de direitos previstos pela Convenção Interamericana, como também deve ser dada ao país de origem uma chance, no âmbito interno, de reparação. O sistema internacional funciona,

portanto, como um tribunal subsidiário, de forma a agir na falha dos sistemas internos de proteção.

Esse trabalho debruça-se sobre o caso concreto da Favela Nova Brasília, alvo de chacinas entre os anos de 1994 e 1995, na qual o Brasil foi condenado, dentre outras razões, por não ter conduzido investigações satisfatórias, obstruindo o acesso das vítimas à justiça, além da demora injustificada de decisões e procedimentos reparatórios, tendo o caso sido arquivado por decurso do prazo máximo para sua resolução.

Como resposta à ineficiência das instituições brasileiras em conduzir o devido processo legal, obstruir a justiça e demora injustificada para a conclusão dos casos, o Brasil foi acionado perante a Corte Interamericana. O caso será detalhado no tópico a seguir.

2. DO CASO DAS CHACINAS NA FAVELA NOVA BRASÍLIA ENTRE 1994 E 1995

O caso das chacinas ocorridas na favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro, tem como tema as falhas e demora na investigação e punição dos responsáveis por execuções de 26 pessoas, em dois episódios, tendo sido o primeiro em 18 de outubro de 1994 e o segundo em 8 de maio de 1995. Todas as informações descritas a seguir fazem parte do corpo da sentença de 16 de Fevereiro de 2017, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No primeiro caso, da incursão policial em outubro de 1994, a investigação se encerrou com a declaração da prescrição, emitida em 2009, tendo o procedimento investigativo demorado aproximadamente 15 anos. Posteriormente, após a denúncia do caso à Corte Interamericana, a justiça brasileira reabriu as investigações em 2013, não tendo sido concluídas até a data da condenação do Brasil perante a Corte Internacional. Em relação à segunda incursão policial, de maio de 1995, também declarada prescrita em 2009, reaberto inquérito em 2013 e arquivado em 2015.

As duas incursões são tratadas de maneira separada no corpo da sentença, uma vez que, apesar de tratarem de duas chacinas ocorridas na mesma localidade em um curto espaço de tempo, as duas incursões não possuem as mesmas características de execução.

A primeira incursão, ocorrida em 1994, foi muito mais violenta e fatal que a segunda. Pela manhã, no dia 14 de outubro de 1994, um número entre 40 e 80 policiais, civis e militares, de várias delegacias do Rio de Janeiro, invadem casas e matam 13 homens, dentre eles, quatro menores. Além disso, em duas casas invadidas, os policiais cometeram atos de violência sexual contra 3 jovens, duas delas meninas de 15 e 16 anos.

Após as execuções, os policiais levaram os corpos, cobertos por cobertores, à praça principal da comunidade. A maioria dos ferimentos, todos de bala, concentram-se no tórax, cabeça, rosto, pescoço, e em um dos casos, nos dois olhos; evidenciando a característica de crueldade e

execuções sumárias na primeira incursão. Apenas 28 policiais foram identificados na investigação.

Na segunda incursão, ocorrida em 1995, um grupo de 14 policiais, dessa vez somente civis, com apoio de dois helicópteros e ordens de deter um carregamento de armas. Como resultado dessa incursão, 13 homens da comunidade foram mortos, e 3 policiais ficaram feridos, em tiroteio com supostos traficantes de drogas. Os ferimentos se concentraram no peito e membros, embora a polícia tenha socorrido os feridos, todos chegaram mortos ao hospital. Todos os policiais foram identificados.

As duas incursões possuem pontos em comum, tal como a localidade, a grande quantidade de mortos e a completa ineficiência das instituições brasileiras na condução das investigações. Além disso, outro ponto em comum de destaque, é que os boletins de ocorrência lavrados após as mortes foram registradas como “resistência com morte dos opositores”.

No entanto, a primeira incursão difere da segunda em relação à identificação dos policiais, existência de ordens diretas de uma autoridade policial, característica de confronto com tiroteio e tipo de ferimentos, ainda que de alta letalidade.

Frise-se, ainda, que a primeira incursão envolveu violência sexual contra três jovens, sendo duas delas adolescentes de 14 e 15 anos, tendo as vítimas passado por exames médicos forenses somente em 14 de novembro de 1994, mais de um mês após o episódio. Os resultados dos exames foram inconclusivos e, mesmo tendo as vítimas identificado seus agressores, as investigações não avançaram de modo significativo entre os anos 1995 e 2009, quando o inquérito foi arquivado.

O arquivamento dos inquéritos decorreu de um longo processo burocrático, de dilação de prazos e renumeração de processos. Entre 22 de janeiro de 2004 e 26 de fevereiro de 2007, após dois pedidos de renumeração de processos, foram apresentados vários pedidos de concessão de prazo para dar cumprimento de diferentes diligências. Em 2007, os dois inquéritos foram reunidos, e somente em 2008 o delegado envolvido na segunda incursão foi citado para prestar depoimento sobre os fatos. No mesmo ano de 2008, uma ordem de citação buscou os familiares das vítimas mortas.

Conforme trecho da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

211. O prazo para a conclusão da investigação policial expirou em múltiplas ocasiões entre abril de 2006 e junho de 2008, e foi renovado sucessivamente, sem avanços nas diligências. Finalmente, em 23 de setembro de 2008, o delegado encarregado desse inquérito emitiu um relatório concluindo que “verifica-se que em aproximadamente treze anos de investigação, o que foi coligido aos autos nos remete à ocorrência de um confronto armado que, em consequência da complexidade inerente a uma ‘guerra’, culminou com mortes e pessoas feridas”. Em 1º de outubro de 2008, os autos foram enviados ao Ministério Público, que solicitou seu arquivamento em 1º de junho de 2009. Em 18 de junho de 2009, o juiz da 3ª Vara Criminal decidiu arquivar o processo com uma decisão de uma palavra: “Arquive-se”. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Favela Nova Brasília*, 2017)

Em agosto de 2009 foi enviado ao Ministério Público o relatório final, informando que se extinguiu a ação penal, aplicando-se prescrição por decurso do prazo, sendo o relatório acatado, em razão de inevitável extinção de punibilidade. Em 3 de novembro de 2009, o juiz da 31ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, baseando-se nas considerações do Ministério Público, determinou o arquivamento do inquérito.

O caso as chacinas na Favela Nova Brasília chegou à Comissão Interamericana no ano de 1995, mediante petição apresentada Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch Americas*; mas somente em outubro de 2011 fora emitido relatório sobre as chacinas. As conclusões contidas no relatório apontavam o Brasil como responsável à violações dos direitos humanos consagrados nos artigos 4.1, 5.2, 8.1, 19 e 25.1 da Convenção Americana, que se referem, respectivamente: ao direito à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais dentro de um prazo razoável, os direitos da criança e à proteção judicial mediante recursos simples e rápidos.

O Brasil, após ser notificado do relatório da Comissão Americana, por meio do Ministério Público do Rio de Janeiro, resolveu iniciar uma ação penal, no ano de 2013, contra seis implicados na primeira incursão policial, pelo homicídio das 13 vítimas. Sobre a segunda incursão, ainda no ano de 2013, após ter consultado o juiz da 3ª Vara Criminal do Rio de Janeiro – que afirmou a impossibilidade de desarquivamento do inquérito policial –, a Divisão de Homicídios do Ministério Público abriu novo inquérito policial, após receber competência para tanto do próprio Procurador-Geral de Justiça.

Note-se que o relatório da Comissão Americana determinava condução de investigações exaustivas e efetivas, adotando medidas concretas de compensação das vítimas. Para tanto, a sentença que determinava a extinção da punibilidade por decurso do prazo foi ignorada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, o mesmo que em 2009 emitiu relatório final lamentando a inevitável extinção da punibilidade.

A ação penal relativa à incursão de 1994, aberta no ano de 2013 pelo Ministério Público, visava apurar somente os fatos relativos às mortes dos 13 homens. As três jovens vítimas de violência sexual foram intimadas a depor como testemunhas, sem que o inquérito sobre a violência sofrida contra elas próprias fosse reaberto. Apenas seis pessoas foram apontadas como possíveis autores do crime, embora tenham participado da incursão pelo menos 40 policiais. Até a data da sentença da Corte, ainda estavam sendo expedidos ofícios para oitiva de depoimentos, mesmo passados quatro anos após a instauração da ação penal.

A esse respeito, consta na sentença da Corte Interamericana:

204. A Corte considera que ocorreu uma demora no desenvolvimento do processo como consequência, principalmente, da falta de ação das autoridades, o que provocou longos períodos de inatividade nas investigações, e o descumprimento de diligências ordenadas,

mas que não eram levadas a cabo. A esse respeito, o Estado não demonstrou que tenha existido uma justificação para a inação de suas autoridades judiciais, nem para os longos períodos em que não houve ações.

205. O prolongado decurso de tempo sem avanços substantivos na investigação provocou, eventualmente, a prescrição, que foi resultado da falta de diligência das autoridades judiciais sobre as quais recaía a responsabilidade de tomar todas as medidas necessárias para investigar, julgar e, oportunamente, punir os responsáveis,²³⁹ e, como tal, é uma questão atribuível ao Estado. A reabertura da investigação e a superação da prescrição por razões materiais, em 2013, e a ação penal em curso desde então contra seis policiais pode chegar a punir alguns dos responsáveis, mas está restrita a um número limitado de agentes que participaram da referida incursão. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Favela Nova Brasília*, 2017)

Cumprе frisar que a sanção internacional visou a punição do Estado brasileiro em razão da inação de suas autoridades judiciais, da demora injustificada e décadas de impunidade, demonstrando a falta de diligência das autoridades em proteger o direito humano às garantias judiciais dentro de um prazo razoável e a proteção judicial.

Note-se, ainda, que não fora dada oportunidade às vítimas que se esgotassem todos os meios nacionais de persecução da justiça, tal qual é requisito para o ingresso do peticionamento individual. Após 22 anos de investigações, a ação penal sequer havia sido concluída. Além disso, nenhum outro órgão nacional foi capaz de sanar as falhas investigativas, mesmo após o relatório da Comissão Interamericana, expedido em 2011.

O caso encaixa-se nas exceções previstas ao requisito do esgotamento das instâncias nacionais, uma vez que a demora injustificada, a impossibilidade de acesso à justiça em razão da falta de investigações sérias, e a inação da persecução criminal, são motivos suficientes para o acionamento do Brasil perante a Corte Interamericana.

Além disso, mesmo após o relatório da Comissão, o Brasil, em um lapso de 6 anos, não deu qualquer solução satisfatória ou seguiu as recomendações para uma investigação criminal célere e conclusiva. A sentença imposta ao país, de forma sancionatória, não visa punir os responsáveis pela chacina, ou verificar as violações de direitos humanos no caso concreto. Visa, de forma clara, sancionar o Brasil por ter mascarado a impunidade com burocracia, dilação de prazos e diligências inconclusivas, durante aproximadamente 22 anos, como uma espécie de “prevaricação institucionalizada”.

3. DAS SANÇÕES IMPOSTAS AO BRASIL NA CONDENAÇÃO

Ao condenar o Brasil no caso das chacinas na Favela Nova Brasília, a Corte Interamericana de Direitos Humanos cita o disposto no art. 63.1 da Convenção Americana, que prevê que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano implica o dever de repará-lo de forma adequada. Essa disposição demonstra um dos princípios fundamentais do

Direito Internacional contemporâneo, versando sobre a responsabilidade do Estado em relação aos seus nacionais.

Conforme afirmam Rosato e Correia (2011, p. 94), a importância da responsabilidade internacional por violação de direitos humanos reafirma a juridicidade do conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e afirmação da dignidade humana, além do caráter preventivo visando evitar que novas violações de direitos humanos ocorram.

As sentenças proferidas pela Corte Interamericana possuem peculiar sistema de cumprimento, uma vez que o art. 68.1 da Convenção Americana dispõe o cumprimento integral da sentença. Conforme verifica Ramos (2015, p. 254), ao contrário do sistema europeu, que fixa uma quantia indenizatória à vítima quando o Direito interno não possibilita o retorno ao *status quo ante* de maneira integral; o sistema americano prevê o dever do Estado de cumprir a sentença integralmente, abrangendo não somente indenizações, como também obrigações de reparação.

Obrigações de reparação constituem um título em separado das sentenças proferidas pela Corte Interamericana, prevendo de maneira exaustiva medidas tanto para a reparação das vítimas, quanto para condutas reparadoras do Estado ante à sociedade civil, visando a não repetição. Conforme afirma Ramos, “as sentenças americanas devem ser totalmente cumpridas, existindo a obrigação internacional derivada de cumprir de boa-fé tais decisões” (RAMOS, 2015, p. 255).

No entanto, nas considerações do mesmo autor, os mecanismos políticos de coerção dos Estados para o cumprimento de sentença da Corte tem se mostrado insuficientes. Não há estipulação expressa a um poder-dever de estipular sanções aos Estados que descumprem deliberações tanto da Comissão quanto da Corte Interamericana.

Neste contexto, ao analisar as reparações previstas pela sentença do caso Favela Nova Brasília, verifica-se a existência de disposições com alto grau de imprecisão, gerando dificuldades para sua aplicação. A primeira sanção diz respeito à obrigação de assegurar o pleno acesso à justiça dos familiares das vítimas, a determinação dos fatos, julgamento e punição dos responsáveis, inclusive em relação ao episódio de violência sexual. Ocorre que tais previsões constavam no relatório da Comissão desde 2011, e até a sentença da Corte, o processo sequer havia chegado a fases decisórias, mesmo passados 6 anos desde a reabertura do caso.

A sentença também prevê tratamento psicológico e psiquiátrico às vítimas e familiares, um ato público de reconhecimento de responsabilidade com instalação de placas na comunidade, expressando a memória do ocorrido e informando sobre o resultado do processo perante a Corte, além da adoção de políticas públicas e reformas legislativas. As duas primeiras previsões citadas são de fácil aplicação, através do SUS e da comprovação da instalação das placas. No entanto, as duas últimas medidas reparadoras dependem de disponibilidade econômica e vontade política.

Sobre a adoção de políticas públicas, a Corte determina que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial, sem, contudo, prever qualquer parâmetro de sanção ou fiscalização. A sentença diz, apenas, que

“A Corte supervisionará essa medida e poderá determinar medidas adicionais ou suplementares durante a supervisão do cumprimento desta Sentença, caso os objetivos dessa medida, ou seja, a redução da letalidade policial, não sejam comprovados.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Favela Nova Brasília, 2017)

A imprevisibilidade de tal determinação coloca em cheque a aplicabilidade das decisões internacionais. Ao não estabelecer o modo como será realizada a supervisão do cumprimento da sentença, o prazo em que será fiscalizado ou qualquer parâmetro de satisfação para seu cumprimento, a Corte Interamericana cria uma sanção que vincula de forma perene sua jurisdição na execução da sentença internacional.

Entendem Piovesan (2012) e Ramos (2015), ambos citando a visão de Cançado Trindade sobre o assunto, que existe uma necessidade de radical reforma da Convenção Americana para possibilitar o acesso direto do indivíduo à corte, bem como o aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação das decisões. Neste sentido, destaca Piovesan (2012):

Por fim, é necessário realçar que o aprimoramento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, mediante sua justicialização, requer dos Estados a criação de mecanismos internos capazes de implementar as decisões internacionais no âmbito interno. De nada adiantará a justicialização do Direito Internacional sem que o Estado implemente as decisões internacionais em seu âmbito interno. Os Estados devem garantir o cumprimento das decisões internacionais, sendo inadmissível sua indiferença e silêncio, sob pena, inclusive, de afronta ao princípio da boa-fé, que orienta a ordem internacional. (PIOVESAN, 2012, p. 99)

No mesmo sentido, entende Ramos (2012) que as reformas são necessárias para aumentar a efetividade das decisões, uma vez que o atual mecanismo de cumprimento é a supervisão (*follow-up*), através de relatórios estatais apresentados à Corte. Conforme o autor, “no caso de sentenças contra o Brasil, a Corte obriga o Estado a continuamente informar sobre o cumprimento de diversas obrigações impostas nas sentenças”. (RAMOS, 2015, p. 259)

Por fim, cumpre analisar se tais medidas reparadoras surtem seus efeitos desejados, uma vez que a condenação à adoção de políticas públicas constitui um elemento de difícil supervisão na prática. Além disso, cabe dizer, que a adoção de sentenças judiciais como mecanismo para a promoção de políticas públicas constitui um receoso elemento de ativismo judicial internacional.

CONCLUSÕES

O tema da internacionalização dos direitos humanos surge no ordenamento jurídico após as bárbaras violações vividas durante a Segunda Guerra Mundial. Há sete décadas após a Declaração Universal de Direitos Humanos, a proteção do homem como indivíduo contra as violações

cometidas pelos Estados faz parte da agenda internacional de proteção de direitos.

Impõe-se, assim, o dever do Estado em assegurar e garantir a dignidade humana, através de um sistema internacional de proteção efetiva e sanções internacionais, projetando a tendência de um constitucionalismo global. A conduta política dos Estados aos poucos se conforma com a agenda internacional de direitos humanos.

Neste contexto surgem os sistemas de proteção regionais, sendo enfoque do presente trabalho a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, sobre o caso Favela Nova Brasília. Buscou-se analisar as características que levaram à condenação do Brasil na corte internacional, além de verificar as sanções impostas ao Estado para reparar as vítimas e seus familiares.

Em razão da inação de suas autoridades judiciais e demora injustificada, o Brasil foi sancionado em razão de décadas de impunidade, evidenciando a falta de diligência das autoridades em proteger o direito humano às garantias judiciais. Frisa-se que, mesmo após a Comissão Interamericana ter expedido relatório solicitando ao Brasil um reajuste de conduta, o ano de 2011, nenhuma investigação havia sido concluída ou sentença proferida internamente até a sentença da Corte Interamericana, em 2017.

Restou claro que a sentença imposta ao país visa corrigir décadas de falhas nas investigações policiais, configurando 22 anos de impunidade, marcados pela burocracia, dilação de prazos sem justificativa plausível, falta de diligência na condução de investigações e inação de quaisquer outros órgãos que poderiam ter corrigido a situação mesmo após a notificação do relatório da Comissão Interamericana.

Chegou-se à conclusão que o caso da Favela Nova Brasília representou a proteção do direito humano ao acesso à justiça, às garantias judiciais e a condução diligente de investigações policiais, além do direito a uma duração razoável do processo. Dentre as sanções internacionais impostas, destaca-se a obrigação de conduzir investigações e punir os responsáveis pelos crimes cometidos, de forma célere e efetiva.

Contudo, é necessário frisar que a aplicabilidade da sentença, no que se refere à criação de políticas públicas, se torna difícil e imprecisa, uma vez que a sentença não prevê objetivos, parâmetros e prazos para a supervisão na tomada de tais medidas.

A imprevisibilidade da determinação da Corte Interamericana coloca em cheque a aplicabilidade das decisões internacionais, criando sanções que vinculam a Corte a uma supervisão constante e *ad infinitum*, criando uma distorção entre o papel do poder judiciário internacional e a condução de políticas nacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Edição (8ª Reimpressão). Lisboa: Almedina, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSATO, Cássia Maria., e CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In: SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos. v.8 n.15 dez.2011. p.93-113. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/caso-dami%C3%A3o-ximenes-lobes-mudan%C3%A7-e-desafios-ap%C3%B3s-primeira-condena%C3%A7%C3%A3o-do-brasil-pela-corte>. Acesso em 15/07/2018.

TAIAR, Rogério. **Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-133818/pt-br.php>. Acesso em 15/07/2018.

ENSAIOS DA JUSTIÇA TRANSICIONAL E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO FORMA DE GARANTIR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Gabriel d'Arce Pinheiro DIB¹
Jasminie Serrano MARTINELLI²

RESUMO

Justiça de transição tem como válida ideia de estratégias de fontes judiciais ou não que tem como escopo enfrentar um legado de violência do passado de um Estado de regimes autoritários e entre seus objetivos encontram-se a necessidade de atribuir responsabilidades, efetivar o direito à memória e à verdade e por assim fortalecer o valor democrático garantindo que fatos do passado não se perpetuem e não se repitam no presente. No caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, em 1988, alguns parâmetros para que um Estado realize uma justiça de transição. É unânime perante a doutrina que não existe só uma forma de se realizar uma justiça de transição, já que cada tem suas particularidades territoriais, históricas e culturais. Desta forma alguns países como Brasil adotaram a lei de anistia como solução para o estado transicional. Esta pode ser bem explicada como um ato legislativo, pelo qual se confere perdão em caráter oficial. Sendo extintas as consequências de um fato punível. Estado brasileiro foi alvo de condenações por conta da forte perseguição aos opositores e por conta da forma adotada para passar do estado transicional não cumpriu com seu dever de investigar, processar, e sancionar os responsáveis por meio do devido processo legal infringindo no direito de ter acesso, receber e veicular informação. Porquanto a ação negativa do Estado brasileiro está prestes a levar o país a mais uma condenação na Corte IDH pelo caso Vladimir Herzog.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Convencionalidade ; Direitos Fundamentais; Justiça de Transição.

RESUMÉN

La justicia de transición tiene como válida idea de estrategias de fuentes judiciales o no que tiene como objetivo enfrentar un legado de violencia del pasado de un Estado de regímenes autoritarios y entre sus objetivos se encuentran la necesidad de atribuir responsabilidades, hacer efectivo el derecho a la memoria y a la verdad y por así fortalecer el valor democrático garantizando que los hechos del pasado no se perpetuen y no se repitan en el presente. En el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, en 1988, algunos parámetros para que un Estado realice una justicia de transición. Es unánime ante la doctrina que no existe sólo una forma de realizarse una justicia de transición, ya que cada uno tiene sus particularidades territoriales, históricas y culturales. De esta forma algunos países como Brasil adoptaron la ley de amnistía como solución para el estado transicional. Esta puede ser bien explicada como un acto legislativo, por el cual se confiere perdón en carácter oficial. Si se extinguen las consecuencias de un hecho punible. El Estado brasileño fue objeto de condenas por la fuerte persecución a los opositores y por la forma adoptada para pasar del estado transicional no cumplió con su deber de investigar, procesar, y sancionar a los responsables por medio del debido proceso infringiendo el derecho de tener acceso , recibir y transmitir información. Porque la acción negativa del Estado brasileño está a punto de llevar al país a otra condena en la Corte IDH

1 Discente do 3o termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Membro dos Grupos de Estudo de Direito Internacional Público e Privado; Direitos Humanos Cosmopolitismo e Internormatividade. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos. gabrieladarcedib@hotmail.com

2 Discente do 3o termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Participante do Grupo de Iniciação Científica PICT de Direitos Humanos, Cosmopolitismo e Internormatividade e membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado. .jasminie2205@gmail.com

por el caso Vladimir Herzog.

PALABRAS CLAVE: Control de Convencionalidad; Derechos Fundamentales; Justiça de Transición

1. INTRODUÇÃO

O controle de Convencionalidade surgiu com o caso *Almonacid Arellano vs. Chile* e foi de suma importância na medida em que estabeleceu um mecanismo de averiguação de conformidade entre as leis internas e internacionais garantindo a segurança jurídica e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Há diferentes teorias que discutem qual norma deve prevalecer, sendo essas a dualista e a monista, na qual aquela tem preponderância doutrinária e se subdivide em duas nacionalista e internacionalista as quais se diferem pelo fato de a nacionalista defender a submissão da norma externa pela interna e *in contrario sensu* se enquadra a internacionalista.

Além de que após de efetivo o controle de convencionalidade pode servir como uma barreira que impede o país de sofrer condenações em órgãos internacionais, como vem acontecendo sistematicamente com o Estado brasileiro.

2. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Justiça de transição, consiste, no conjunto de mecanismos e estratégias, judiciais ou extra judiciais, criadas para enfrentar um passado cercado por episódios de violência e atrocidades. A finalidade destas abordagens é atribuir responsabilidades, para garantir a validade e efetividade do direito à memória e à verdade. Dessa maneira, é possível fortalecer os valores democráticos institucionais e salvaguardar a não repetição das violações concretizadas anteriormente.

Em conformidade ao exposto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) estabeleceu no julgamento do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, em 1988, alguns parâmetros para que um Estado realize uma justiça de transição, como: i) adotar medidas para prevenção de violações aos Direitos Humanos; ii) oferecer mecanismos que permitam elucidar possíveis situações de violação de Direitos; iii) responsabilizar agentes que praticaram violações; iv) garantir a devida reparação às vítimas, mesmo que seja por meio de restituição material e simbólica.

Em conformidade com a corte IDH expõe Nunes (2014, p. 97):

Depreende-se desse conceito que a justiça de transição é composta: do direito à verdade, que significa a revelação da história escondida; do direito à memória, do qual decorre que as violações de direitos humanos não devem ser esquecidas; do direito à reparação, que visa devolver às vítimas a situação anterior à violação de seus direitos e liberdades, bem como no pagamento de indenização, quando os danos forem irreversíveis; do fortalecimento das instituições democráticas, que é voltado para a democratização de instituições afetadas pelo

regime antidemocrático anterior; e, por fim, do direito à justiça, que revela a necessidade de punição aos agentes públicos que dilapidaram direitos humanos.

É consenso perante a doutrina que não existe só uma maneira de se realizar uma justiça de transição, já que isto envolve situações particulares de cada Estado. Porém, na ocasião em que este procedimento transicional for realizado é preciso respeitar os parâmetros essenciais estabelecidos pela honorável Corte IDH, que estão acima expostos.

Neste sentido, Lucas Noya (2018, p. 137-138) especifica que:

Em outras palavras, é latente a necessidade de uma justiça de transição estruturada e bem sedimentada no que tange aos Direitos Humanos consagrados não só na CADH, como também aqueles contidos na própria Constituição Federal de 1988, podendo, assim, enfrentarmos o problema de maneira contundente e apresentarmos uma discussão livre sobre o tema.

Assim, a justiça de transição demanda vasta estruturação do sistema jurídico como um todo.

3. INCONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA

Anistia é um ato legislativo, pelo qual se confere perdão em caráter oficial. Sendo assim, são extintas as consequências de um fato punível, garantindo assim o esquecimento das infrações cometidas.

Como já mencionado, existem diversas maneiras de se realizar uma justiça de transição, e o Brasil optou pela adoção da polêmica Lei de Anistia, medida que afetou diretamente e trouxe reflexos negativos ao país, já que foi condenado pela Corte IDH no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.

O Estado brasileiro foi alvo de condenações por conta da forte perseguição aos opositores (morte, desaparecimentos forçados e exílios) do regime militar vigente na época, como já descrito acima no caso.

Em acordo com André de Carvalho Ramos (2017, p. 837 e 838)

As consequências da caracterização de tais condutas dos agentes da ditadura militar como crime contra a humanidade são as seguintes: a) não é possível a alegação de qualquer imunidade ou anistia; b) essas condutas são imprescritíveis; c) cabe ao Estado, por seu órgãos (Ministério Público Federal e Justiça Federal, não sendo possível o julgamento por juízos militares – Caso Gomes Lund vs. Brasil), investigar, perseguir em juízo e punir criminalmente os responsáveis.

Quanto à formatação democrática das instituições do Estado, a prática da justiça de transição defende o afastamento dos cargos ou funções públicas daqueles indivíduos que apoiaram ou se envolveram, de alguma forma, com a ditadura.

No ano de 1979, em 28 de agosto, foi promulgada no Brasil a Lei de Anistia (lei número 6.683/79). Este ato foi realizado no governo de João Baptista Figueiredo, momento no qual o país enfrentava uma forte e violenta ditadura militar, que se arrastava desde o ano de 1964.

Esta lei suprimiu diversas garantias existentes em outros diplomas legais pois garantiu anistia geral e irrestrita os agentes estatais que cometeram violações inaceitáveis de Direitos Humanos entre o período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, assim, desrespeitando artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e jurisprudências da Corte IDH.

Após a promulgação da Lei de Anistia, ocorreu a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 153, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro decidiu pela receptividade da Lei de Anistia na Constituição Federal de 1988, o que gera um conflito jurídico, entre a jurisdição interna e jurisdição internacional em relação a Anistia promovida em 1979.

A motivação deste conflito, além de compreender a adoção da lei de anistia no Brasil como forma de justiça de transição, também ressalta o modo como foram tratados os crimes cometidos neste período de esquecimento.

Existe uma grande diferença da concessão de anistia ao cometimento de crimes políticos ou conexos, o que já não era bem visto pela jurisprudência da Corte IDH, e o consentimento e absolvição a crimes comuns praticados por agentes estatais, como o que foi feito pelo Brasil. Segundo Deisy Ventura (2010, p. 197):

Começo por esclarecer que a OAB não requereu ao STF nem uma “revisão”, nem a declaração de “nulidade” da chamada Lei de Anistia (Lei n. 6.683, de 28/08/1979). Aliás, o Direito Internacional, em princípio, nada tem a opor-se às leis nacionais que anistiam crimes políticos. Por meio da ADPF 153, proposta em outubro de 2008, o que pede a OAB é “uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar”. O alvo da demanda é, portanto, o §1º do artigo 1º da referida Lei (...)

Dessa forma, percebe-se a gravidade dos problemas gerados pela lei de anistia brasileira e que em conjunto trouxe a sociedade um grande sentimento de impunidade.

4. POSICIONAMENTO DA CORTE IDH

Em uma análise progressiva, portanto, percebe-se que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos está se consolidando no sentido de divergir sobre a existência, ainda que formal, de leis de anistia com os parâmetros da Convenção Americana de Direitos Humanos, tornando-as sem efeitos práticos e, inclusive, reconhecendo-se publicamente a sua invalidade, como constou na sentença do caso La Cantuta. Assim, reforça o indicativo de que a Lei de Anistia brasileira, assim como os demais casos, encontra-se em total desacordo com os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. No posicionamento de Lucas Noya (2018, p. 104):

Em uma análise progressiva, portanto, verifica-se que a jurisprudência da Corte IDH vem se consolidando no sentido de incompatibilizar a existência, ainda que formal, de leis de anistia com os parâmetros da CADH, tornando-as sem efeitos práticos e, inclusive, reconhecendo-se publicamente a sua invalidade, como constou na sentença do caso La Cantuta. Assim, verifica-se um forte indicativo de que a Lei de Anistia brasileira, assim como os demais casos, encontra-se em total desacordo com os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Reiterando o posicionamento apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte IDH afirmou no parágrafo 174 da sentença atinente ao caso La Cantuta que:

(...) a controvérsia subsistente deve ser localizada na primeira vertente de medidas que devem ser adotadas para adequar as normas internas à Convenção. Para efeitos da discussão exposta, cumpre especificar que a Corte considerou que no Peru essas leis de autoanistia são ab initio incompatíveis com a Convenção, ou seja, sua promulgação mesma “constitui, per se, uma violação da Convenção” por ser “uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado Parte” nesse Tratado. Esse é o fundamento da declaração de efeitos gerais proferida pela Corte no Caso Barrios Altos. Por isso, a aplicação destas leis por parte de um órgão estatal num caso concreto, mediante atos normativos posteriores, ou sua aplicação por funcionários estatais, constitui uma violação da Convenção.

Posicionamento contínuo ao da decisão da Corte IDH, no caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras na qual afirmou que:

Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e punir as violações aos direitos humanos, nem as hipóteses em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida por efeito de uma lesão a esses direitos. Com efeito, um fato ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou porque o autor da transgressão não foi identificado, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção.

Diz expressamente o parágrafo 120 da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas do Caso Almonacid Arellano vs. Chile proferida pela Corte IDH:

Por outro lado, embora a Corte note que o Decreto Lei no 2.191 concede basicamente uma autoanistia, posto que foi emitido pelo próprio regime militar para subtrair da ação da justiça, principalmente, seus próprios crimes, ressalta que um Estado viola a Convenção Americana quando edita disposições que não estão em conformidade com as obrigações dentro da mesma; o fato de que essas normas tenham sido adotadas de acordo com o ordenamento jurídico interno ou contra ele, “é indiferente para estes efeitos”. Em suma, mais que o processo de adoção e a autoridade que emitiu o Decreto Lei no 2.191, esta Corte destaca sua ratio legis: anistiar as graves violações contra o Direito Internacional cometidas pelo regime militar.

Assim, nota-se que muitos países latino-americanos sofreram com ferrenhas ditaduras, como o Brasil, por isso o tema justiça de transição é de grande relevância para nós.

Portanto, o posicionamento da Corte IDH envolvendo leis de anistia durante uma justiça de transição, fica claro, com a análise das diversas jurisprudências expostas a cima. Além dessas, a Corte IDH busca pacificar seu entendimento e por isso julgou da mesma maneira em outros casos, como: Barrios Altos vs. Peru, proferindo decisões concisas e de acordo com o posicionamento contrário a leis de anistia.

5. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Diversos doutrinadores de relevância internacional compartilham do mesmo entendimento da Corte IDH, do qual a lei de anistia fere os Direitos Humanos e os diplomas que versam sobre eles, já que os responsáveis por atrocidades cometidas não são devidamente punidos e os indivíduos que tiveram seus direitos violados não são restituídos. Este fato atenta contra o controle de convencionalidade efetivo.

É o entendimento que partilhamos, seguindo os ensinamentos de Flávia Piovesan (2013, p. 398):

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.

Concluiu a Corte que as leis de “autoanistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistia configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.

É imperioso ressaltar que Flávia Piovesan (2010, p. 99), em um de seus escritos, também apresenta, com a qual concordamos, uma dura crítica ao argumento de que a Lei de Anistia tem um caráter conciliatório:

Quanto à Lei de Anistia de 1979, que abrange crimes políticos praticados entre 1961 a 1979, há que se afastar a insustentável interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a Lei de Anistia seria uma lei de “duas mãos”, a beneficiar torturadores e vítimas

Podemos denotar a aplicação sistemática das normas da CADH nesse âmbito a partir das lições da doutrina internacionalista. Ensina Cançado Trindade (2010, p. 197-198) que :

Em sucessivas sentenças de mérito e reparações, a Corte Interamericana tem afirmado o dever do Estado de investigar os fatos lesivos aos direitos protegidos pela Convenção Americana, inclusive como forma de reparação (obrigação de fazer). Em suas sentenças (de mérito e reparações) no caso Gutiérrez Soler (12 de setembro de 2005) e no caso do Massacre de Mapiripán (15 de setembro de 2005), ambos relativos à Colômbia, a Corte determinou que o Estado devia investigar os fatos e prontamente identificar, julgar e sancionar os responsáveis, e divulgar os resultados dos processos, ‘de maneira que a sociedade colombiana possa conhecer a verdade acerca dos fatos’ de ditos casos (parágrafos 96 e 298, respectivamente).

Além dos autores brasileiros, várias doutrinas internacionais tratam sobre a anistia e justiça de transição trazendo um posicionamento conforme aos anteriormente expostos, como os estimados:

MIRANDA BONILLA (2014, p. 627):

Por otra parte, el estudio de la jurisprudencia de la Corte IDH, en más de 25 años, evidencia un amplio *corpus iuris* en materia de derechos fundamentales. En un primer momento histórico, tuvo la difícil labor de conocer de casos de violaciones sistemáticas como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres, torturas y tratos inhumanos

cometidos por los regímenes dictatoriales presentes, durante varias décadas en América Latina. El determinar que las leyes de amnistía, punto nal u obediencia debida carecen de efectos jurídicos y que los Estados tienen el deber de investigar y sancionar a los culpables, muestra un gran avance en la impunidad y en la construcción de las bases de un Estado de Derecho en la región.

E também VELANDIA CANOSA (2014, p. 668):

La forma más notoria del control de convencionalidad ejercido por la Corte Interamericana sobre normas, es la dispuesta en la línea decisional que contiene la regla de proscripción de la impunidad en los casos de amnistías, indultos y leyes de perdón. Esa línea está constituida por una secuencia fácilmente reconstruible desde las sentencias de fondo proferidas en: *Caso Barios Altos contra Perú*; *Caso Almonacid Arellano contra Chile*; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil* y en el *Caso Gelman contra Uruguay*.

6. A INTERATUAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL COM O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA INTERNACIONAL ANTE O CASO VLADIMIR HERZOG

O direito processual constitucional pode ser bem definido como o conjunto de normas destinadas a regular o exercício da jurisdição constitucional, que tem em seu cerne aplicar a ordem constitucional a partir de normas procedimentais que emergem da ordem constitucional v.g. habeas data, habeas corpus, ação civil pública, mandado de segurança, formas de controle de constitucionalidade e convencionalidade.

A lógica do sistema é induzir um controle de convencionalidade feito diretamente pelo juiz interno, qual seja o tempo e a jurisdição, seja no controle difuso ou concentrado³. Tal posicionamento Internacional fica evidente no caso *Almonacid Arellano vs Chile*, na medida em que dentre os delineados da sentença fica estabelecido que o juiz interno não só tem como objeto de função, como tem o dever de resolver os conflitos entre uma lei interna e a Convenção Interamericana.

No entanto, mesmo em face dessa conjuntura atual, que pode ser apontada com as decisões de alguns casos oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o cone Sul, ainda não apresenta grande interesse no que diz respeito a internacionalização das decisões por meio da incorporação de um processo constitucional. Para tanto, urge que seja sistematizado em detrimento, especialmente, do cumprimento de sentença condenatória emanado pela Corte. De tal forma, a ratificar este posicionamento afirma Pablo Dario:

Ao integrar o Direito Processual Constitucional, por incorporar como estudo a Jurisdição Supranacional de Direitos Humanos, é a faceta derivada do processo internacional, a execução de sentenças dos feitos internacionais de Direitos Humanos que deve cumprir em ordem interna - referindo-se ao cumprimento de sentença da corte interamericana

3 Laurence Burgorgue-Larsen and Amaya Úbeda de Torres, *THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: CASE-LAW AND COMMENTARY* Oxford: Oxford University Press (www.oup.com)

A execução deve realizar-se em cada um dos Estados, em caso de condenação, merecendo uma regulação especial com o objeto que as sentenças da Corte IDH não se tornem ilusórias, assim deve ter um procedimento especial que deve conter as hipóteses de condenação tão atípicas do sistema

O procedimento deve conter as diversas alternativas das atípicas condenações da Corte IDH, devendo ter as possibilidades de elaborar mecanismos que se ajustem às distintas hipóteses de condenação.

O cumprimento de sentença é benéfico para o próprio Estado infrator e tem dois efeitos, em tempo transcorrido e em tempo vindouro, na medida em que este ao perfazer a condenação apresentar-se-á para a sociedade e para os outros Estados como remitente por seus feitos passados durante, via de regra ao estado de transição, e ainda para que, sanada as condenações haja modificações no sistema jurídico interno com o escopo de prevenir ações pósteras que levem a novas condenações do Estado.

O Direito Processual Constitucional tem por finalidade, portanto tornar eficaz os direitos e garantias fundamentais e o precípua estudo dos instrumentos estabelecidos na Carta Magna de forma a integrar o Direito Internacional amplamente, bem como seus mecanismos de exteriorização, quais sejam a CIDH e CADH, haja vista que a interatuação da ordem interna e internacional a expandir e fortalecer o direito de proteção do ser humano. Desta forma apontam Bazán⁴ e Sagues⁵:

Essa nova disciplina sistematiza-se a partir de um arcabouço principiológico-normativo-valorativo que pretende salvaguardar os ditames constitucionais, bem como, para além da própria Constituição, resguardar os direitos humanos em toda a sua extensão e profundidade. (Bazán, 2006)

Trata-se de uma disciplina distinta que tem por base confirmar a ordem constitucional interna – dentro dos limites da estatalidade – mas, para além, emoldurar uma ordem processual de garantia e concretização dos direitos humanos transcendente da institucionalidade estatal, como direitos do cidadão (SAGÜES, 2013)

Ante ao exposto, passa-se a análise do Estado brasileiro, o qual desde a condenação internacional no caso da Guerrilha do Araguaia foi acionado outras vezes, repetido o mérito do caso já julgado perante o órgão jurisdicional interamericano⁶, sendo estes “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”, “Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília)”. E ainda estão pendentes de sentença o caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros, e o caso Vladimir Herzog e outros.

Com relação aos fatos que levaram o Brasil a assumir a posição de “réu” novamente, Vladimir Herzog foi jornalista, professor e cineasta, nascido em 27 de junho de 1937 na cidade de Osijek, na atual Croácia, emigrou para o Brasil com os pais em 1942, sendo criado em São Paulo

4 Bazán, Victor NEOCONSTITUCIONALISMO E INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISSION, 2006. Disponível em: < <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/341/334> > Acesso em: 16 abril 2018

5 SAGUES Néstor Pedro, ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 2 v. Buenos Aires, Astrea, 2003.

6 Lista de casos contra o Brasil perante a Corte IDH. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>> Acesso em: 20 abril, 2018

e se naturalizando brasileiro. Estudou Filosofia na Universidade de São Paulo (USP) e iniciou a carreira de jornalista em 1959, no jornal *O Estado de S. Paulo*, conforme biografia do Instituto Vladimir Herzog.⁷

Conforme os fatos admitidos pela Comissão em seu Relatório de Mérito, em 17 de outubro de 1975⁸ Vladimir Herzog foi apontado pelo por agentes do Destacamento de Operações de Informação/Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército em São Paulo (DOI/CODI/SP) como militante do Partido Comunista Brasileiro.

Em 25 de outubro de 1975 Vladimir Herzog se apresentou DOI/CODI/SP, como acordado na noite anterior, após tentativa sem sucesso dos militares de interrogarem-no. De acordo com as testemunhas ouvidas⁹, que também estavam detidos no DOI/CODI/SP na data, foram coagidas a aconselharem Herzog de que “não adiantava sonegar informação”, e que dissesse “o que sabia” e após serem retirados da cela, ouviram os gritos do jornalista, exigindo que Vladimir reconhecesse sua participação numa das bases do PCB.

Vladimir Herzog foi encontrado morto no mesmo dia, horas mais tarde. O II Exército publicou uma nota oficial informando que “cerca das 16:00hs, ao ser procurado na sala onde fora deixado desacompanhado, Vladimir Herzog foi encontrado morto, enforcado, tendo para tanto utilizado uma tira de pano” – sugerindo o suicídio como *causa mortis*.

Conquanto às várias condenações proferidas pelas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de reprimir as violações de direitos humanos durante o regime militar ao investigarem os fatos ocorridos e repararem os feitos durante o período, o Brasil não puniu aqueles que contribuíram para a perpetração dos fatídicos eventos que ocorreram em território nacional com tantos outros intelectuais durante o período.

O órgão criado após a condenação do caso Gomes Lund, sendo este a Comissão Nacional da Verdade (CNV) obteve em ação judicial perante a 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo a retificação da certidão de óbito de Vladimir Herzog, posteriormente confirmada pela instância recursal, denotando, desta forma uma benesse à sociedade, cujo Estado cumpriu com a sentença condenatória internacional, mesmo que parcialmente.

Nada obstante o Brasil ainda mantém vigente a Lei da Anistia, desta forma permite que aqueles que cometeram crimes de lesa-humanidade continuem impunes, sem responsabilização, sendo incompatível com a jurisprudência internacional contemporânea.

O Brasil não cumpriu com seu dever de investigar, processar, e sancionar os responsáveis,

7 Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Relatório N° 71/15*, Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. 28 de outubro de 2015. Disponível em:

<<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>> Acesso em: 20 abril, 2018

8 CIDH. *Relatório N° 71/15*, Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. *Op cit.* par. 78

9 CIDH. *Relatório N° 71/15*, Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. *Op cit.* par 79.

como deveria ser feito por ser um direito *pro societate* oriundo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quais sejam o devido processo legal e o direito de ter acesso, receber e veicular informação. Porquanto a ação negativa do Estado brasileiro está prestes a levar o país a mais uma condenação na Corte IDH.

Portanto no caso Herzog, o Brasil pode ser mais uma vez condenado por motivo igual ao do caso Gomes Lund, sendo este a atuação do Estado durante o período no regime ditatorial, e por não ter revogado a Lei de Anistia, o que impede a concretização da justiça e mantém impunidade por violações de direitos humanos.

Tal fato descrito poderia ser evitado se, com base em um sistema de processo constitucional, o Estado brasileiro tivesse cumprido a sentença condenatório da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através de mecanismos repressivos previstos no documento, a fim de dar eficácia e aplicabilidade aos direitos e garantias fundamentais.

7. CONCLUSÃO

Proposto pelo artigo científico, discussão utiliza os conceitos levantados por cerca de 20 ou 30 anos na jurisdição brasileira, o que pode ser considerado recente ou por meio de reflexão.

Como prova, existem numerosas posições e diferenças doutrinárias em questões como a justiça transicional, leis de anistia e o controle da convencionalidade.

É importante destacar o papel do desempenho da Corte Interamericana e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) nos casos citados como grandes defensores e divulgadores dos tópicos mencionados, sempre carregando posições que promovam os direitos humanos e a globalização, bem como o respeito pelas organizações internacionais, sem prejuízo da soberania dos Estados.

Ainda teve como objetivo analisar o Direito Processual Constitucional como fonte para integrar os eventos e normas internas com a jurisprudência e leis internacionais, ao passo que este hegemoniza e cria características comuns aos Estados que evitam a reincidência em um caso já julgado por órgãos internacionais, contribuindo massivamente para a manutenção dos ideais democráticos e para a calcificação dos direitos humanos em face de um Estado após regimes ditatoriais e autoritários.

Por fim, o artigo analisou as penalidades impostas aos países que violaram acordos internacionais, destacando sempre a resposta da Corte à falta de controle da convencionalidade, que busca ressaltar sua importância, bem como a análise do Direito Processual Constitucional. e da importância que este sistema teria para a execução de sentenças de condenação internacional.

REFERÊNCIAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Verdad, justicia y reparación: creación de una comisión de la verdad efectiva*. 11 junio 2007. Índice AI: POL 30/09/2007. Disponível em:

<<https://www.amnesty.org/es/documents/document/?indexNumber=pol30%2F009%2F2007&language=es>>

Acesso em: 17 jan. 2018.

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

BRASIL. Ministério Público Federal. *Crimes da ditadura militar*. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf>

Acesso em: 08 mar. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Relatório N° 71/15, Caso 12.879*. Mérito. Vladimir Herzog e outros. Brasil. 28 de outubro de 2015. Disponível em:

<<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2018.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y la espalda. Las sentencias de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Las sentencias de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75.

Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Las sentencias de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219.

Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y la espalda. Las sentencias de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Las sentencias de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 7 ed. Curitiba: Positivo, 2008.

AGUIAR, Daiane Moura. Hoffman, Fernando. *O Direito Processual Constitucional contemporâneo na lógica da Internacionalização do Direito*. Disponível em: <

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=98908fce27744e25>> Acesso em: 20 abril 2018

SAGUÉS, Néstor Pedro. *El “control de convencionalidad” em el sistema interamericano, y sus anticipos em el âmbito de los derechos econômicos-sociales. Concordancias y diferencias com el sistema europeo*. Biblioteca jurídica virtual dO instituto de investigação jurídica de la UNAM. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>

Acesso em: 20 abril 2018.

SANTOS, Lucas Octavio Noya. *La justicia de transición: la disonancia entre el ordenamiento interno y el sistema interamericano de derechos humanos*. Eagle (PR) - (tesis doctoral) - UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Maestría en Ciencias de la computación La ley, 2018, 162 p.

SILVA, Accioly Hildebrando de Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2006.

GARANTIAS PROCESSUAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO

Maria Eduarda de Toledo Pennacchi Tibiriça AMARAL¹
Livia de Assis BATISTA²

RESUMO

Este artigo tem por objetivo uma análise acerca das garantias processuais criadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, abordando seus princípios, contribuições e benefícios, levando em conta os julgamentos de alguns casos envolvendo o Brasil na Corte IDH. O artigo revela como os tratados influenciaram os julgamentos, incluindo do Supremo. As normas processuais são relevantes para o devido processo legal, com ampla defesa, igualdade de armas, celeridade e um julgamento justo. Os tratados influenciaram a Constituição, culminando inclusive na criação de mecanismos de controle de convencionalidade, para que haja o que chamamos de dupla checagem vertical. Dentre os casos abordados destaca-se, a busca da de procedimento na Corte Interamericana de Direitos Humanos especializada na proteção dos direitos fundamentais, que é a principal responsável para reparar uma fala dentro de um processo interno. O desrespeito a essas normas de um devido processo legal culminaram em alguns casos na aplicação de sanções ao Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual constitucional; garantias judiciais; proteção judicial; Convenção Americana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This article aims at an analysis of the procedural safeguards created by the American Convention on Human Rights, addressing its principles, contributions and benefits, taking into account the judgments of some cases involving Brazil in the Inter-American Court. The article reveals how the treaties influenced judgments, including the Supreme. Procedural norms are relevant to due process, with ample defense, equality of arms, celerity and a fair trial. The treaties influenced the Constitution, culminating even in the creation of mechanisms of control of convention, so that there is what we call double vertical check. Among the cases dealt with are the search for a procedure in the Inter-American Court of Human Rights specialized in the protection of fundamental rights, which is the main responsible for repairing a speech within an internal process. Failure to comply with these rules due to due process led in some cases to the application of sanctions to Brazil.

KEY WORDS: Constitutional Proceedings Law; Judicial guarantees; Judicial protection; American Convention of Humans Rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca, por meio do Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos e da Constituição Brasileira, fazer uma análise doutrinária acerca dos princípios constitucionais, que são de suma importância para a proteção dos direitos humanos dentro do devido processo legal.

1 Acadêmica do sexto termo de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário e membro do Grupo Estado e Sociedade do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail: duda@toledoprudente.edu.br

2 Acadêmica do terceiro termo de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário e membro do Grupo Direito, Economia e Liberdade do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail: liviaassis21@gmail.com

Abordou-se, inicialmente, a questão histórica que resultou na Convenção Americana, com término da Segunda Guerra Mundial, se fez necessário a reiteração de direitos fundamentais do ser humano, que passaram a ser colocados nos tratados internacionais no âmbito regional e também na Organização das Nações Unidas. A necessidade surgiu visto que os direitos humanos eram violados de forma intensa, em especial durante as guerras e outras disputas entre Estados, que eram muito comuns. Portanto, foi imprescindível esta Convenção, vislumbrando uma estabilidade social e paz mundial em nível regional, pois existem peculiaridades entre os grupos hipossuficientes, como povos originários e quilombolas. Portanto, se justifica a criação de um órgão judicial de proteção dessas especificidades, mesmo porque a Europa tinha naquele momento outros problemas.

Utilizando-se do método dedutivo dentro de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial buscou-se estabelecer que as condenações do Brasil na Corte IDH deixam claro, que por vezes existem falhas no processo brasileiro, decorrentes de diversos fatores, como demora e até mesmo a Lei da Anistia num caso específico dos crimes durante a Ditadura Militar. No entanto, há registros nos julgamentos de outras violações, as quais o Brasil reconhece inclusive na Comissão, como o caso Maria da Penha vs. Brasil.

2 O BRASIL NO PACTO DE SAN JOSE

O Brasil assinou o Pacto de San José na conferência especializada de 22 de novembro de 1969. Todavia o referido pacto só entrou em vigência em nosso ordenamento após a ratificação em 1992 conforme o artigo 74.2 da mesma, pois durante muito tempo o Brasil viveu uma Ditadura Militar e não queria se comprometer com os direitos humanos, pois as violações eram patrocinadas pelos detentores do poder.

Os tratados são assinados pelo Presidente por meio de um decreto executivo, sendo que por se tratar de uma competência delegável, um membro do Ministério das Relações Exteriores munido de carta de plenos poderes pode participar da negociação do texto e da assinatura. Posteriormente, o tratado é enviado ao Legislativo, sendo recebido inicialmente na Câmara, que o transforma em decreto-legislativo. Se for um tratado comum será aprovado com uma votação de maioria simples, mas se for referente aos direitos humanos, o procedimento é diferente com quorum qualificado. O mesmo procedimento ocorre no Senado, mas os tratados entram em vigor depois da ratificação do Presidente, por meio de outro decreto.

É visível a influência deste Sistema Interamericano no ordenamento pátrio, tanto que a atual Constituição Brasileira, que anteriormente se limitavam a valores de independência e soberania do país, sofreu mudanças para abrigar os tratados de direitos humanos num patamar diferente.

No texto original já havia a previsão de que direitos e garantias fundamentais, em especial no artigo 5º, § 2º, vejamos:

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

Após a Emenda Constitucional nº45/2004, as Convenções e Tratados assinados pelo Brasil, sobre direitos humanos, ganharam equivalência das emendas e por decisão do Supremo, tornaram-se normas supralegais, que estão acima, hierarquicamente às Leis Ordinárias:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Os tratados internacionais de direitos humanos visam reforçar a imposição de respeito à equidade social, à liberdade pessoal e aos direitos humanos dentro de um contexto democrático, assegurando melhores condições de vida e combate aos males sociais. Tal imposição carrega consigo sanções. Assim, os países podem ser responsabilizados pela omissão em garantir a efetividade destes direitos.

Nesta Convenção, há uma imensa relevância em relação aos órgãos de fiscalização e controle, para assegurar que os Estados membros não fujam de suas obrigações para com seus cidadãos, que tem o direito de denunciá-los pela violação de suas garantias.

Numa visão geral, esse sistema interamericano é composto por dois órgãos: a acima citada, Corte Interamericana, com competência jurisdicional e criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José) e a Comissão Interamericana, com sede em Washington D.C, criada pela Carta de Bogotá, de 1948, mais precisamente em seu artigo 53.

Nem todos os Estados que fazem parte da Comissão Interamericana reconhecem a jurisdição da Corte IDH, no entanto, todos os Estados que reconhecem a jurisdição da Corte, estão submetidos à Comissão. Ainda é necessário que o acesso ao tribunal passe inicialmente pela Comissão IDH.

A função principal da Corte IDH é assegurar os direitos humanos e, como afirma Haideer Miranda Bonilha (2014, p. 608), deve aplicar e interpretar os direitos contidos no Pacto e nos demais tratados regionais. No que tange ao controle de convencionalidade, como destaca Laurence Burgorgue-Larsen (2014, p. 03-04), a Corte IDH examina a adequação das leis brasileiras ao Pacto de San José e aos demais instrumentos que constituem o *corpus iuris* interamericano.

A Corte IDH não estava prevista na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), tratado que criou a Comissão IDH e foi criada posteriormente. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 22.11.1969 e que entrou em vigência em 18.07.1978, criou a Corte

IDH com previsão no artigo 33, alínea “b”. Esse tribunal de direitos humanos no âmbito das Américas acabou sendo regulamentado por meio dos artigos 52 a 69 da Convenção, sendo que seu Estatuto foi aprovado pela Assembleia-Geral da OEA realizado em La Paz, Bolívia, em 1979. Sua entrada em vigor em 01.01.1980, como explica Héctor Fix-Zamudio (2016, p. 507), sendo que o Brasil ratificou depois e, sem seguida, aceitou a competência contenciosa.

Essa aprovação de um Regulamento da Corte IDH estava prevista no artigo 25.3 do Estatuto e atualmente está em vigência o Regulamento aprovado no Período Ordinário de Sessões realizado de 16 a 28 de novembro de 2009. Portanto, o funcionamento está pautado no trabalho da Comissão, que faz um juiz de admissibilidade, mas como revela Isabel Hernández Gómez (2002, p. 192), a Corte IDH é regulada também pelo Pacto e pelos seus Estatuto e Regulamento, além do respeito à jurisprudência e às Opiniões Consultivas emitidas pelo órgão.

Pelo artigo 52 do Pacto, a Corte IDH possui sete juízes nacionais dos Estados membros da OEA, que são eleitos a título pessoal para um mandato de 06 anos, sendo admitida uma reeleição, conforme artigo 54 da Convenção. Não podem servir concomitantemente dois juízes da mesma nacionalidade. Portanto, até Estados que não assinaram o Pacto tem juízes.

Atualmente, vinte países independentes das Américas aceitam a competência contenciosa da Corte, conforme consta do sítio eletrônico da Corte, com ausências dos Estados Unidos da América e Canadá, entre outros.

As competências são contenciosa (artigos 61 a 63 da Convenção) e consultiva (artigo 64 da Convenção), mas Sérgio García Ramírez (2008, p. 01) acrescenta as competências preventiva e executiva. Alguns autores adicionam a competência arbitral baseada no artigo 62.3 da Convenção Americana, mas dela não se tratará no presente artigo.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Estado Brasileiro é formado com base no método de tripartição de poderes ou funções idealizado por Charles Montesquieu na sua obra “O Espírito das Leis”. Por força do princípio da separação dos poderes, estes se dividem em Legislativo, Executivo e Judiciário. É uma forma de governo de exercer o controle interno, com o chamado pelos norte-americanos de sistema de “freios e contrapesos”, em que cada poder tem como objetivo realizar suas determinadas funções típicas e fiscalizar os outros, por intermédio de funções secundárias.

O Poder Legislativo é o responsável pela criação, ou seja, a inovação na ordem jurídica, bem como a elaboração das espécies normativas primárias que regulamentam todo nosso ordenamento jurídico. Nesse ordenamento, o Estado garante para si alguns direitos que acabam por limitar a liberdade do cidadão, dentro do direito de punir inerente ao modelo constitucional, mas

prevê o acesso à Justiça e a garantia de um processo justo, célere e eficiente, ao menos teoricamente. As decisões da Corte IDH comprovam que nem sempre isso ocorre de forma efetiva, como o caso Gumes Lund vs. Brasil.

Em ordem de suprir essa determinação de promover Justiça por intermédio do Judiciário, o Estado segue os chamados princípios constitucionais, que servem de vetores para os magistrados. Nos princípios estão contidos vetores e axiomas para a interpretação, bem como obediência aos tratados de direitos humanos. Essas normas-princípios existem para guiar o Estado, a fim de que não viole os direitos do cidadão.

Assim como enuncia Carmem Lúcia Antunes Rocha (2011):

“Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.”

A convenção Americana carrega três modalidades de normas, sendo elas os postulados normativos, as normas-regras e as normas-princípios, faremos uma análise apenas das normas princípios, que possuem uma alta carga valorativa e servem como inspiração para criação de normas-regras.

Por outro lado, há fontes e princípios do Sistema Americano, segundo Adelina Loiano (2010, P.786) são o Estatuto³ e o Regulamento Interno da Corte Interamericana⁴ junto com a Convenção e ainda as regras emanadas ou contidas na jurisprudência da Corte.

Os princípios são importantes para o entendimento, pois são vetores que alcançam o ordenamento jurídico dos membros da OEA. Eduardo Andrés Velandia Canosa (2012, p .88) ressalta que os princípios também estão disseminados no Pacto.

Como visto, não se pode acessar diretamente a Corte, que pede uma petição ou, no dizer de Ernesto Ray Cantor (2010, p.33), uma estimulação externa, uma etapa de solução pacífica não jurisdicional, que é justamente feita pela Comissão, que vai também analisar os princípios, entre eles o esgotamento dos recursos internos, a complementariedade, a vedação ao retrocesso e o princípio *pro homine*.

O esgotamento dos recursos internos, ou seja, esgotamento das vias nacionais, previsto no art. 46.1, “a” da Convenção, é requisito de admissibilidade de uma petição ou comunicação a ser analisada pela Comissão e ao mesmo tempo princípio que orienta a ação da Comissão. Este

3 Resolução n. 488, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, no período de sessões de celebrado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979.

4 Promulgado na LXXXII Período Ordinário de Sessões da Corte, promulgado de 19 a 31 de janeiro de 2009.

princípio nos remete à obrigação do Estado ao aderir à Convenção, de que os direitos humanos e garantias devem inicialmente ser protegidos dentro do âmbito doméstico, o que faz afirmar que existe também o princípio da complementariedade ou suplementariedade da jurisdição internacional.

No entanto, como fica patente na leitura do referido artigo 46, o esgotamento não é absoluto, havendo exceções previstas no art. 46.2, que são: “a” se não existir o devido processo legal na legislação interna; “b” não se houver permitido o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido impedido de esgotá-los; e “c” se houve demora injustificada na decisão sobre o caso. Afastando-se a exigência do esgotamento em razão da deficiência do Estado em fornecer ou apreciar os recursos acionados.

Sendo um requisito de admissibilidade, caso seja acolhida, a petição não terá continuidade no Sistema, contudo, raramente os Estados conseguem que tal exceção preliminar seja acolhida, em face de demora injustificada ou impedimento de acesso aos recursos. No caso “Guerrilha do Araguaia”, o Brasil tentou utilizar-se do argumento que não haviam sido esgotados os recursos internos, citando inclusive a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, mediante a qual o Supremo Tribunal Federal iria se manifestar sobre a Lei de Anistia nº 6.683/79, o qual não foi aceito pela Comissão, e depois também foi rechaçado pela Corte ao apreciá-lo⁵.

4 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do Devido Processo legal, consagrado pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, garante a todos um procedimento judicial efetivo e célere com todas as etapas previstas em leis, assim sendo nenhum indivíduo inserido nesse modelo de sociedade será privado de liberdade, ou de seus bens, sem esse devido processo.

Podemos citar como referência da importância do processo legal um caso ocorrido no ano de 1803 nos Estados Unidos da América que ficou conhecido como “Marbury vs. Madison”, esse episódio foi o marco para a criação do controle de constitucionalidade das leis, ou seja, até mesmo para o questionamento de uma lei diante da Constituição, o juiz deve efetivar o devido processo, independente do controle concentrado.

Na atual conjuntura social, política e jurídica o *due process law* se eles a segurança jurídica, o acesso à jurisdição, a igualdade processual material, o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, da justiça da decisão e da duração razoável e da efetividade do processo.

A segurança jurídica do devido processo legal é protegida pela existência do Poder

5 Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Serie C, n. 219. parrs. 32-42.

Judiciário, que atua juntamente de forma independente e harmônica com os outros poderes. Mas, por vezes, o Estado fala na efetivação dos seus processos, sendo que o Sistema Interamericano surge como uma opção para se assegurar não uma quarta instância, mas a dignidade da pessoa humana. Compete ao Estado não apenas o exercício da jurisdição e a regulação dos procedimentos inerentes ao processo, mas a estabilização decisiva do conflito pelo caso julgado, como consta no Art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A garantia do acesso a jurisdição se encontra amparada no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88 ao proferir que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se encontra atrelada a essa garantia a assistência jurídica integral e sem custos aos que comprovarem insuficiência de recursos para garanti-los (Art. LXXIV do art. 5º da CF/88).

Ainda abrangendo o acesso a jurisdição é assegurado o juízo natural, proibindo assim existir juízos de exceção como consta no Art. 5º inc. XXXVII da CF/88, uma vez que nenhuma pessoa pode ser processada ou então sentenciada senão pela autoridade competente (Art. 5º, LIII da CF/88). Concluindo que em nosso sistema jurídico são estritamente proibidos tribunais de duração temporária ou sobretudo criados para julgamentos específicos após os fatos decorridos.

A ideia do juiz natural advém da Magna Carta de 1215, que já previa o julgamento legítimo de seus pares perante as leis. Contudo a institucionalização desse princípio ocorreu na França com o artigo 17 do título II da Lei Francesa de 1790. No Brasil, com exceção ao período referente ao Estado Novo todas as Constituições Brasileiras utilizaram-se do princípio o juiz natural.

Observamos ainda como consta no inciso LV da CF/88, a asseguaração em processo judicial ou administrativo aos acusados em geral os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo eles respectivamente a obrigatoriedade de se ouvir em bom senso a outra parte, bem como contemplar seus argumentos com imparcialidade, e o direito de recorrer e de pronunciamento durante todo o processo.

As partes possuem juntamente o direito de interpor recurso para corrigir a injustiça da decisão ou da sentença, sendo que a presciência constitucional do duplo grau de jurisdição se encontra no Artigo 108, II da CF/88, que se anuncia:

“Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.”

Essa responsabilização penal por todos os atos cometidos o direito a um devido processo legal interno é defendida por organizações humanitárias, até mesmo quando houver auto-anistia,

incluindo o duplo grau de jurisdição. Isso fica patente na jurisprudência desde a sentença da Corte IDH no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Essa decisão é considerada primordial para diminuir o sentimento de injustiça e assegurar o devido processo. Segundo esta posição, a investigação e punição dos responsáveis seria uma forma de lidar com o passado, consolidar a democracia e fortalecer uma cultura de respeito aos direitos humanos.

5 CONTRIBUIÇÕES DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Alguns princípios como o duplo grau de jurisdição, não estão previstos na Constituição e por isso não são considerados princípios constitucionais. Entretanto, o Pacto de San José da Costa Rica consagra esse princípio protegendo o direito do cidadão de ser julgado em duas instâncias podendo recorrer. Mas, há várias contribuições para o Brasil, como por exemplo a proibição da prisão civil do depositário infiel que está prevista como possibilidade no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição do Brasil, confrontando com o art. 7.7 da Convenção Americana, o qual prevê apenas a prisão civil do devedor de obrigação alimentar.

Dessa forma, a Convenção é a norma mais benéfica, e deve prevalecer. Foi o que ocorreu no Brasil, vedando-se a prisão do depositário infiel em decisão do Supremo Tribunal Federal, de 3 de dezembro de 2008, no Recurso Extraordinário 466.343-SP – possível afirmar que se revestiu de forma de controle de convencionalidade.

A Convenção Americana de Direitos Humanos tem como objetivo concretizar, no continente Americano, um regime de liberdade pessoal e de justiça social fundamentado no respeito dos direitos essenciais do homem.

Pode ocorrer o fato de nem todos os direitos, que estão inclusos no pacto, estarem também consagrados na Constituição dos países membros. Todavia a ratificação de um Tratado importa para o país o dever de adequar sua legislação interna como dispõe o Artigo 2 do Pacto:

“Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

A partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos instituiu-se dois órgãos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante Corte IDH.

Desde o julgamento do caso *Gomez Palomino Vs. Peru*, de 2005, a Corte utilizou outros tratados da OEA para invalidar normas. No caso foi usado a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada em Belém do Pará em 1994. E como corrobora

Valério de Oliveira Mazzuoli (2016, p. 68), o caso Gudiel Álvarez e outros (Diário Militar) Vs. Guatemala, de 2011 serviu para a Corte reforçar o entendimento, que devem ser usados como parâmetros outros tratados, como as Convenções sobre Desaparecimento Forçado e para Prevenir e Punir a Tortura.

O Caso Gomes Lund também gerou a violação ao direito à liberdade de expressão, conforme entendimento da Corte⁶, que se trata da “liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza”, sendo direito de qualquer cidadão o acesso às informações sob o domínio do Estado, ressalvadas as restrições autorizadas pela Convenção. Assim, para a Corte, nos países democráticos deve vigorar o “princípio da máxima divulgação”, e prevalecer “a presunção de que toda informação é acessível, sujeita a um sistema de exceções”⁷.

6 A INFLUÊNCIA DO SISTEMA NO BRASIL

Ao se comparar o Pacto com a Constituição brasileira podemos perceber algumas semelhanças, principalmente entre os direitos fundamentais do cidadão como são chamados os que estão na Lei Maior e os direitos humanos previstos nos tratados das Nações Unidas e Organização dos Estados Americanos. Alguns direitos previstos no Pacto de San José da Costa Rica não estão na Constituição Federal e não são considerados princípios constitucionais, entretanto deverão ser respeitado como tais.

Vislumbra-se que não há na Constituição a previsão do direito a um duplo grau de jurisdição, entretanto tal direito é tutelado pelo Pacto de San José da Costa Rica, dessa forma a norma passa a ter um “status” de supra legal, como entende o Supremo Tribunal Federal.

O duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de todas as decisões judiciais decisivas de um processo serem submetidas a um novo julgamento, por um órgão especializado, regularmente de hierarquia superior.

Como não há na Constituição de 1988 a garantia do duplo grau de jurisdição, alguns estudantes desta área consideram que o art. 5º, inc. LV envolveria o referido princípio, porém a Suprema Corte, Relator Ministro Moreira Alves, já decidiu que essa argumentação não é válida perante a lei brasileira, ao afirmar que:

“a própria Constituição admite a existência de decisões em grau único de jurisdição não apenas nos casos que especifica, como os de ações originárias perante o Supremo Tribunal Federal, mas também genericamente, ao admitir, no artigo 102, III, recurso extraordinário nas causas decididas em única instância, quando ocorre hipótese prevista numa das letras “a”, “b” ou “c”, do mesmo dispositivo.”

Contudo o direito a um duplo grau de jurisdição está presente no artigo 8, 2, h do Pacto

6 Vide nota 20 supra. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. par. 197.

7 Vide nota 20 supra. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. par. 199.

San José da Costa Rica, que afirma:

”2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

Além disso, o art. 5, §3º da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, expressa que serão equivalentes às emendas constitucionais as convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos.

Portanto de acordo com esta emenda constitucional, o Pacto San José da Costa Rica passou a ser consolidado e relacionado às normas constitucionais. No julgamento do Chile, Olmedo Bustos e outros procuraram a Corte devido a uma censura envolvendo o Conselho de Qualificação Cinematográfica do Chile, que vetou a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”, que, segundo o órgão, atentava contra os dogmas religiosos do país, que é confessional católico. Na Justiça do Chile, a censura prévia à exibição do filme foi confirmada.

Por isso, as vítimas e prejudicados, como Ciro Colombara López que perdeu seu emprego na Universidade Católica do Chile, acionaram a Comissão e Chile não adotou as recomendações, não revertendo as decisões internas. O caso foi enviado para a Corte Interamericana, e por fim o Chile acabou sendo condenado com base em violação do artigo 13, combinado com o artigo 1.1 (Aplicação dos Direitos e Deveres) e artigo 2 (Obrigação de adequar a legislação interna) da Convenção. Como reparação dos danos, o Chile deveria retirar a e censura prévia, que viola o Estado Democrático de Direitos, e permitir a exibição do filme, o que configura o controle de convencionalidade sobre a regra que estipula a censura no direito interno do Chile. Portanto, o Brasil, no entendimento da Corte deveria adequar seu processo para viabilizar o duplo grau de jurisdição.

Uma importante contribuição do Pacto de San José está relacionada ao artigo 8 e 25 da Convenção, que segundo ex-Juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade são indissociáveis e assim devem ser analisados sempre juntos, entretanto cada um tutela um direito diferente e assim é necessário uma análise individual.

7 CONDENAÇÃO BRASILEIRAS NAS GARANTIAS JUDICIAIS

O Brasil já foi levado a Corte IDH algumas vezes e na maioria delas foi condenado pela violação dos artigos 8 e 25 da CADH, além de não cumprir a sentença do caso Guerrilha do Araguaia. No entanto, em outros casos fica patente pelas condenações que o Brasil continua descumprindo essa obrigação de promover o devido processo legal. Há caso nos quais o Brasil fez acordo na Comissão, a fim de evitar uma condenação devido à deficiência no devido processo legal,

como Maria da Penha vs. Brasil.

Tanto que um princípio do sistema é esgotamento dos recursos internos, ou seja, o trânsito em julgado. Esse esgotamento das vias nacionais está previsto no art. 46.1, “a” da Convenção, sendo inclusive requisito de admissibilidade de uma petição ou comunicação a ser analisada pela Comissão.

Este princípio nos remete à obrigação do Estado ao aderir à Convenção, de que os direitos humanos e garantias devem inicialmente ser protegidos dentro do âmbito doméstico, com o devido processo. Há uma conexão com princípio da complementariedade ou suplementariedade da jurisdição internacional, o que reforça a necessidade de um processo interno.

No entanto, como fica patente na leitura do referido artigo 46, o esgotamento não é absoluto, havendo exceções previstas no art. 46.2, que são: “a” se não existir o devido processo legal na legislação interna; “b” não se houver permitido o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido impedido de esgotá-los; e “c” se houve demora injustificada na decisão sobre o caso. Afastando-se a exigência do esgotamento em razão da deficiência do Estado em fornecer ou apreciar os recursos acionados.

Por outro lado, nota-se que a Proteção Judicial e as Garantias Judiciais não podem ser confundida com a prática do ato, a violação está diretamente ligada a essa independência dos atos que violam o direito da uma mesma pessoa. Vejamos, que muito dos casos em que o Brasil foi condenado alegou-se a exceção preliminar *ratione temporis*, que foi rechaçada.

Isso ocorre porque apesar da violação do direito material ser anterior a competência contenciosa da Corte, o procedimento é posterior e é isso que será levado para discussão, o descumprimento do dever do Estado de fornecer garantias e proteção para que se tenha o devido processo legal.

Nos caso Damiao Ximenes Lopes e Gomes Lund o Brasil não respeitou o direito ao devido processo legal dos cidadão, existem mais casos de condenação do Brasil pelos artigos 8 e 25 da CADH, entretanto podemos nos ater a esses dois casos pra vislumbrar a importância de uma corte para realizar o controle de convencionalidade.

No caso Gomes Lund, o Brasil editou a lei de anistia e ainda não acatou a ordem da Corte IDH de revoga-la, já que o governo do Brasil foi notificado por esta e pelos representantes das vítimas. Neste caso da Guerrilha Araguaia o Tribunal determinou que o Estado é responsável por sessenta e duas pessoas terem desaparecido nos anos de 1972 e 1974 no Araguaia.

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes

sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Foi analisado, neste caso, a lei da Anistia que foi julgada pela Corte Interamericana e segundo esta ela carece de efeitos julgados, assim foi decidido que não pode mais continuar sendo uma barreira para que a justiça seja feita. O Brasil, segundo a Corte é culpada de violação do direito à integridade pessoal dos familiares que por ele ter sido incompetente nas investigações.

Nos casos Damiao Ximenes Lopes e Gomes Lund o Brasil não respeitou o direito ao devido processo legal dos cidadãos, existem mais casos de condenação do Brasil pelos artigos 8 e 25 da CADH, entretanto podemos nos ater a esses dois casos pra vislumbrar a importância de uma corte para realizar o controle de convencionalidade.

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Damiao Ximenes Lopes teve sua Justiça pela morte desumana em um hospital psiquiátrico. Os seus familiares em 2006 receberam indenização pela morte ocorrida numa clínica particular, que prestava serviço ao Estado. Na sentença fica claro que o Estado falhou na apuração dos fatos. Entre os dispositivos da sentença estão também os direitos à integridade do sujeito com doença mental à um tratamento de saúde eficiente, bem como um julgamento. Essa decisão serviu para alterar o atendimento das pessoas com deficiência mental no Brasil.

8 CONCLUSÃO

O Pacto de San José da Costa Rica não apenas criou garantias fundamentais, individuais e coletivas, mas também obriga os países membros a seguirem com as normas estabelecidas, fiscalizando, julgando e aplicando sanção aos países que violam os direitos do homem. O tribunal é um órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, estando em funcionamento desde 1979, embora o Brasil tenha aderido somente depois da democratização. Corte IDH tem competências expressamente previstas na Convenção contenciosa e consultiva. Esta última é a mais ampla do que em qualquer outro tribunal internacional e visa ao esclarecimento a respeito da interpretação da Convenção Americana ou quaisquer outros tratados de direitos humanos aplicáveis nos Estados americanos. A competência contenciosa é a principal atividade da Corte e tem a finalidade de apreciar casos concretos de violações de direitos humanos nos Estados que aceitam a sua competência.

O Brasil admite a competência da Corte para apreciação de casos ocorridos após

10.12.1998, mas a jurisprudência da Corte permite a análise de fatos, ações e omissões que se protraem no tempo, como os desaparecimentos forçados de pessoas, o que conduziu à condenação do Brasil no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.

A Comissão tem como objetivo afastar cada vez mais as desigualdades sociais e políticas, assegurando as garantias mínimas de dignidade da pessoa humana, veio para sacramentar a luta do homem no decorrer dos tempos e impedir injustiças. No entanto, todas as petições e reclamações precisam necessariamente passar por tal órgão quase jurisdicional, incluindo as falhas ocorridas nos processos brasileiros. Se houver acordo, o caso não alcança a Corte IDH.

Para que haja a aplicação dos direitos concebidos nos tratados internacionais é necessário que a população tenha conhecimento sobre eles, o que muitas vezes não acontece durante um processo, como os casos citados nos quais o Brasil foi condenado. A falta de informação sobre tais garantias abre uma lacuna para que estas não sejam cumpridas, mas a falibilidade do devido processo legal é patente até mesmo em casos nos quais houve acordo, como Maria da Penha vs. Brasil.

Para mudar esse cenário, o Brasil precisa de modificações legislativas e estruturais, que visem a garantir o acesso a um julgamento justo, com paridade de armas e num prazo razoável. As condenações brasileiras deixam claro que algumas providências podem ser efetivadas visando essa garantia.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, LUIZ ALBERTO DAVID. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 5.^a ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2001.

BASTOS, CELSO RIBEIRO. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 15.^a ED., AMPL E ATUAL. SÃO PAULO: SARAIVA, 1994.

BAZÁN, V., La importancia del amicus curiae em los procesos constitucionales. In *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica*, n. 3. Equador, 2010. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24855.pdf>> p. 123-148. Acesso em: 09 jan. 2018, às 10h04min.

Brasil. Carta da Organização dos Estados Americanos. Decreto 30.544, de 14.02.1952. *Diário Oficial de 19.02.1952*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30544-14-fevereiro-1952-340000-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 dez. 2017, às 19h53min.

_____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Decreto 678, de 06.11.1992. *Diário Oficial de 09.11.1992*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017, às 19h59min.

_____. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Decreto 7.030, de 14.12.2009. *Diário*

Oficial de 15.12.2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 03 jan 2018, às 14h58min.

Burgorgue-Larsen, L. *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*. Madrid, España: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) - Universidad Complutense Facultad de Derecho, 2014. Disponível em <https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/CVprofesseurs/LaurenceBURGORGUELARSEN/LBL-Working_Papers_on_European_Law_and_Regional_Integration.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2018, às 11h01min.

BOBBIO, NORBERTO. A ERA DOS DIREITOS, 7.A REIMPRESSÃO, RIO DE JANEIRO: CAMPUS, 1992.

BONAVIDES, PAULO. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10.^a ED., SÃO PAULO: MALHEIROS, 2002.

BRASIL, República Federativa do. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília: Senado Federal, 1988.

Canosa, E. A. V. Derecho Procesal Constitucional transnacional: el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In *Derecho Procesal Constitucional*. Diretor Científico Eduardo Andrés Velandia Canosa. Bogotá, Colômbia: VC Editores Ltda, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2014.

-----, *La Justicia Constitucional y su modelo transnacional <in> Derecho Procesal Constitucional, Tomo III, Volumen I*, Bogotá: VC Editores Ltda, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4.^a ED. Coimbra : Almedina, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CANTOR, Ernesto Rey. *Acesso Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Colômbia, 2010.

ESPINELL, H. G. El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, n. 56. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1986, p. 511-548. Disponível em <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2214/2471>>. Acesso em: 09 jan. 2018, às 19h15min.

ESSE. Luis Gustavo. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos e sua eficácia no direito processual brasileiro. Disponível em: <http://www.ambito-jurídico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11689>. Acesso em 06 de Março de 2018

FIX-ZAMUDIO, Hector. Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal em Latinoamerica. In *Derechos humanos: memoria del IV congreso nacional de Derecho Constitucional III*. Coord. Diego Valadés, Rodrigo Gutiérrez Rivas. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2001. Disponível em

<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/94/3.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2018, às 15h32min.

_____. Reflexiones sobre la organización e funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, tomo I. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 495-530. Disponível em <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/644-estudios-en-homenaje-a-jorge-barrera-graf-t-i>>. Acesso em: 07 jan. 2018, às 11h53min.

GLASENAPP, Ricardo. A interpretação do princípio da igualdade no Pacto de San Jose da Costa Rica. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/28104/a-interpretacao-do-principio-da-igualdade-no-pacto-de-san-jose-da-co...> Acesso em 06 de Março de 2018

GÓMEZ, I. H.. *Sistemas internacionais de derechos humanos*. Madri: Dykinson, 2002.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El proceso transnacional. Buenos Aires; Ediar, 1992 Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso. Buenos Aires: Santá Fé, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES Filho, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio F.; DEL ROSÁRIO RODRÍGUEZ, Marcos. El control de constitucionalidade y convencionalidad, México: Editorial Ubijos, 2012.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidade y Control de Convencionalidade: Comparación (Criterios Fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), Estudios Constitucionales, ano 7. N.2, Universidad de Talca, 2009.

ISAZA, Henry Eyner. Los Derechos Humanos y Sistema Interamericano, Bogotá, D. C: Ediciones Nueva Juridica, 2016.

LOIANO, Adelina. *El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* <in> MANILI, Pablo Luis (Director). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Buenos Aires: La Ley, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERYJUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

------. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: A Convenção Americana dos Direitos Humanos. In *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. Coord. Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 17-52.

Quiroga, C. M.; Rojas, C. N. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus*

Mecanismos de Protección. Chile: Facultad de Derecho – Universidade de Chile, 2011. Disponível em <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2018, às 11h10min.

Ramirez, S. G.. Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos. In *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol.8. Cidade do México, 2008. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100005>. Acesso em: 07 jan. 2018, às 14h48min.

ROBLES, E. Ventura; Zovatto G., Daniel. La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos n° 7*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1988, p.159-197. Disponível em <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/7738/6982>>. Acesso em: 10 jan. 2018, às 15h35min.

SALVIOLLI, Fabián: La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial; In *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, T. III, pp- 417-472. Ed. Sergio Fabris, Brasília, Brasil, 2004. Disponível em <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-competencia-consultiva-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-marco-legal-y-desarrollo--2.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2018, às 16h21min.

VARELLA, M. D. *Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

O CÓDIGO DE DEFESA DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: DISCURSO RETÓRICO OU PRESSUPOSTO DE EMPODERAMENTO?

Rodrigo RIBEIRO¹
Rafael Santana FRIZON²

RESUMO

O Código de Defesa dos Usuários Serviços Públicos (lei nº 13.460 de 2.017), decorre da exigência constitucional estampada no artigo 37, parágrafo 3º e incisos, logo após a EC 19/98. Entretanto, vê-se que o demasiado lastro temporal atestou a inatividade legislativa no trato do assunto, razão pela qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, arguiu em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 24) pela elaboração da referida lei em defesa dos usuários de serviços públicos. Diante deste cenário, a presente investigação preocupou-se com o seguinte problema: seria a lei nº 13.460 de 2.017 um instrumento de empoderamento dos usuários de serviços públicos, capaz de corroborar para a aproximação do cidadão junto ao Poder Público e suficiente para promover a emancipação social, nesse aspecto? Nesse sentido, para não correremos o risco de cairmos em falácias, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, confrontando as diretrizes elencadas pela lei em comento com as premissas estabelecidas pela teoria da Legislação Simbólica do professor Marcelo Neves no intuito de responder a indagação da pesquisa. Assim, foi possível identificar que a proposição é afirmativa, contudo com uma condicionante, ou seja, de fato a lei em defesa dos usuários de serviços públicos terá condições instrumentais para implicar mudanças, mas pressupõe que os interessados (usuários dos serviços públicos) filiem-se ao paradigma da cidadania responsável, consubstanciado pela consciência democrática na luta pelos interesses da comunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Exigência Constitucional; Lei nº 13.460 de 2.017; Defesa dos Usuários de Serviços Públicos; Legislação Simbólica.

ABSTRACT

The Public Services Users Defense Code (Law nº. 13.460 of 2.017), derived of the constitutional requirement set forth in Article 37, paragraph 3º and subsections, shortly after EC 19/98. However, it is seen that the too much temporal ballast attested to legislative inactivity in dealing with the matter, which is why the Federal Council of the Brazilian Bar Association argued in the Direct Action of Unconstitutionality for Default (ADO 24) law in defense of users of public services. In view of this scenario, the present investigation was concerned with the following problem: would law nº. 13.460 of 2.017 be an instrument of empowerment of users of public services, capable of corroborating the approximation of the citizen to the Public and sufficient to promote emancipation in this respect? In this sense, in order to avoid falling into fallacies, we used the hypothetical-deductive method, confronting the guidelines established by law in relation to the premises established by the theory of Symbolic Legislation of teacher Marcelo Neves in order to answer the question of search. Thus, it was possible to identify that the proposition is affirmative, yet with a conditioner, that is, in fact, the law in defense of the users of public services will have instrumental

-
- 1 Graduação em Educação Física pela Universidade Norte do Paraná (2007); Especialização em Fisiologia do Exercício pela Universidade Norte do Paraná (2009); Técnico em eletrotécnica pelo Instituto Federal do Paraná (2012); Professor - Secretaria de Educação do Estado do Paraná; Pós-graduado em Educação Especial com Ênfase na Deficiência Múltipla (2016); Graduando em Direito (Faculdades Integradas do Vale do Ivaí - UNIVALE).
 - 2 Especialização em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania IDCC/Londrina (2017-2018). Especialização em curso em Direito Tributário pela PUC-MG (2018 - atualmente). Graduado em Direito pela UEL (2013-2017). Advogado. Juiz Leigo no TJPR. Tem interesse na área de Direito Administrativo e Constitucional, notadamente no que pertine à sindicabilidade do ato administrativo, improbidade administrativa e judicial review.

conditions to imply changes, but presupposes that the interested parties (users of public services) is based on the paradigm of responsible citizenship, consubstantiated by the democratic conscience in the struggle for the interests of the community.

KEY WORDS: Constitutional Requirement; Law nº. 13.460 of 2.017; Defense of Users of Public Services; Symbolic Legislation.

1 INTRODUÇÃO

É inegável perceber o marco histórico que representa a Constituição Federal de 1.988, em especial no tocante à ruptura do então regime ditatorial e, por conseguinte, forte violação de direitos humanos. À vista disso, é preciso considerar que o novo modelo constitucional traz consigo uma nova perspectiva a fim de superar mazelas que até então prevaleciam. A ambição do constituinte, no sentido dirigente da Carta Maior, seria então, conforme enuncia seu artigo 3º, construir uma sociedade livre, justa e solidária, a fim de que possa haver a promoção do desenvolvimento nacional, o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação.

Nessa perspectiva, podemos falar que os direitos fundamentais atuariam como fórmulas de compromisso na proteção e promoção de direitos substanciais conexos aos direitos humanos, vinculados aos interesses individuais e coletivos. Apesar disso, há de se verificar que, embora ostentem posição privilegiada – também chamada de *pedra angular* – no ordenamento jurídico, certos direitos fundamentais ainda encontram barreiras para sua instrumentalização, notadamente os direitos que dizem respeito à legitimação e abertura de espaços para participação e a afirmação do cidadão junto às decisões do poder público, principalmente no que tange aos serviços públicos e a defesa dos interesses de seus usuários.

Embora seja latente o reconhecimento de que, no Brasil, os serviços públicos essenciais, no âmbito da saúde, da educação, da segurança, entre outros, enfrentem severa crise que se lastreia deixando à míngua os seus destinatários, principalmente, *v.g.*, com a falta de leitos hospitalares, falta de remédios, recursos humanos e estruturais, entre tantos outros problemas que demonstram a ineficiência do Estado. Dessa forma, a presente investigação não pretende entoar o ceticismo frente às amarras e limites institucionais perceptíveis ao problema, ao revés, pretendemos, pois, traçar os delineamentos necessários que possam afirmar se, de fato, os usuários de serviços públicos, ante a promulgação da lei nº 13.460 de 2.017, poderão exercer – individualmente ou enquanto um grupo organizado – papel de protagonista junto à administração pública, exercendo função participativa nas tomadas de decisões, assim como em relação ao direito de reclamação e a manifestação de seus anseios diante dos serviços públicos oferecidos, não mais como meros destinatários, mas sim, através do empoderamento, como sujeitos com condições de tomar decisões e influenciar

positivamente a prestação de serviços públicos a favor de suas comunidades.

Para tanto, a presente investigação, através da aplicação do método hipotético-dedutivo, buscará confrontar os instrumentos jurídicos estampados pela lei nº 13.460 de 2.017, reconhecida com Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos, com as premissas teóricas desenvolvidas pelo professor Marcelo Neves, a fim de ser feitas as devidas análises no propósito de averiguar se a proposição do problema de pesquisa poderá ser confirmada ou negada.

2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS MEIOS DE LEGITIMAÇÃO

Há de se verificar que a Constituição Federal de 1.988 atribuiu nova fisionomia ao Direito brasileiro, rompendo com a estrutura jurídica que imperava até então, a fim de construir o Estado Democrático de Direito. Nessa nova concepção, o Estado adotou à proteção da dignidade da pessoa humana como fundamento determinante (SCHIER, 2002, p. 08). A propósito, Sarlet (2002, p. 62) *apud* Sarlet (2010, p. 09) faz uma análise expressiva da definição da dignidade da pessoa humana que merece ser transcrita. Para ele significa:

[...] 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 no destino da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Embora possa ser verificado que o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais sejam condições arraigadas à dignidade da pessoa humana, o que se percebe é que as novas práticas de participação, sobretudo políticas, que buscam subverter à lógica de exclusão se deparam com o ceticismo quanto a sua real efetividade, ainda mais entre grupos marginalizados (ALVES, 2013, p. 204).

Entretanto, na fuga de qualquer resignação, é imperioso apontar que no âmbito do direito administrativo, a Carta de 1.988 implementou determinados princípios e regras conhecidos como regime jurídico-administrativo, impondo a transição de um modelo de Administração autoritária para outro que prestigiasse o cidadão (ser humano). É neste cenário que o direito de participação ganha seus contornos e na busca por uma Administração Pública Democrática (SCHIER, 2002, p. 08).

Com efeito, o direito de participação na Administração Pública reconhecido como um direito fundamental assegura o acesso do cidadão junto ao Poder Público, sobretudo no que diz respeito ao controle dos atos administrativos (SCHIER, 2002, p. 160).

2.1 Mecanismos de Participação Popular na Esfera Pública

A Constituição Federal de 1.988 instrumentalizou diversos meios para que a participação do cidadão pudesse ser efetivada. Clève (1993, p.17) *apud* (SCHIER, 2002, p. 111) certifica que, no contexto de redemocratização, o constituinte deu azo à democracia participativa ao incrementar o papel do cidadão junto ao Poder Público. Desse modo, a partir da lição do professor Clèmerson, será possível identificar as modalidades de participação.

A primeira delas está ligada à qualidade de eleitor, ou seja, aqueles detentores dos direitos políticos exercerão seu direito ao voto e irão escolher seus representantes (CLÈVE, 1993, p.17 *apud* SCHIER, 2002, p. 111). Nada obstante, o autor adverte:

Trata-se de uma verdadeira vitória a possibilidade de seu exercício em países, inclusive o nosso, que, por razões históricas as mais diversas, têm em certos períodos se recusado a aceitá-lo. Mas é pouco, também, na medida em que, assegurado, sozinho, é insuficiente para controlar uma estrutura estatal concebida a partir de modelos autoritários, onde a publicidade e a transparência são o que menos conta para os detentores do poder (CLÈVE, 1993, p.17 *apud* SCHIER, 2002, p. 112).

A segunda forma de participação examinada pelo autor refere-se à inserção do cidadão como agente de poder, isto é, na medida em que o sujeito ingressa aos quadros da administração por meio de concurso, nomeação ou ainda de forma excepcional temporária (CLÈVE, 1993, p.17 *apud* SCHIER, 2002, p. 113).

Na terceira modalidade o autor indica que o cidadão pode se tornar colaborador na administração pública através de parceria com o setor público. Nesse sentido, o Poder Público poderá delegar atividades a serem desempenhadas pelo particular, seja por meio de concessão, permissão ou autorização, além de outras situações, como, por exemplo, a subscrição pelo particular de ações de sociedades de economia mista, exercícios em funções/cargos honoríficos, participação em colegiados ou Conselhos de órgãos públicos, entre outras (CLÈVE, 1993, p.17 *apud* SCHIER, 2002, p. 113).

A respeito dos colegiados ou Conselhos, é preciso evidenciar que têm assento garantido pela Constituição Federal de 1988. A título de exemplo, o art. 89, VII dispõe sobre a criação de Conselhos da República. Além disso, a legislação infraconstitucional, em consonância com a previsão Constitucional, também estabelece a criação do Conselho Nacional de Educação, o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos, o Conselho Tutelar, entre outros. Os Conselhos facilitam a concretização da democracia, uma vez que trazem questões relevantes ao debate com a comunidade, instrumentalizando as vozes da sociedade (AGUILLAR, 1999, p. 219 *apud* SCHIER, 2002, p. 116).

A última modalidade de participação apresenta a ideia de “cidadão censor”, ou seja, as

situações nas quais o cidadão está legitimado a exercer o direito de controle sob as atividades do Poder Público (CLÈVE, 2014, p. 89). Para tanto, utiliza-se do direito de petição, esculpido no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal de 1988, situação na qual o cidadão provoca os mecanismos de defesa diante de atos ilegais da Administração Pública. Ademais, a Emenda Constitucional nº 19/1998 fortaleceu o direito de representação do cidadão ao estabelecer, através do artigo 37, §3º, III, que a legislação infraconstitucional devesse regular o exercício negligente ou abusivo dos agentes da Administração Pública (CLÈVE, 2014, p. 89).

Nessa tocada, como meio idôneo à efetividade da participação popular, verifica-se também a possibilidade de interposição de “Ação Popular”, como giza o artigo 5º, inciso LXXIII da Lei Fundamental, no intuito de anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, sendo garantida a isenção das custas processuais, exceto comprovada a má-fé (CLÈVE, 2014, p. 90).

O autor destaca também para outros mecanismos capazes de promover o controle popular dos atos do Poder Público. Desse modo, mesmo a participação não sendo direta – há necessidade de entidades legitimadas intervirem –, sugere que a ação de inconstitucionalidade genérica ou por omissão, a ação civil pública e o mandando de segurança coletivo sejam meios adequados à disposição para o controle popular sobre atos do Poder Público (CLÈVE, 2014, p. 92).

Por fim, a modalidade na qual Clève (2014, p. 92) considera ser a que o cidadão efetivamente participa de modo imediato das decisões do Poder Público se dá através da consulta ou da outorga do seu poder de decisão. Dessa forma, o cidadão estará inserido no universo decisório da Administração Pública, nas escolhas mais adequadas junto ao aparato estatal.

Tais fatores, portanto, implicam no que se chama de *co-gestão*. Dessa forma, segundo Fabiana de Menezes Soares seriam:

[...] intervenções populares constituídas do conjunto de cidadãos ou associações representativas da comunidade, sobre as quais incidirão as políticas públicas cujas demandas ganham visibilidade através de consultas populares, audiências públicas ou concerto. As intervenções têm o fim de influenciar de modo efetivo ou se constituírem na própria decisão administrativa definidora daquelas políticas (SOARES, 1996, p. 718 *apud* SCHIER, 2002, p. 119).

Com isso, há de ser reconhecido que a audiência pública³ é um instituto que tem o condão de assegurar ao indivíduo o direito de influenciar nas decisões no âmbito administrativo, na composição de projetos, políticas ou regulamentos a partir da exteriorização dos seus anseios enquanto cidadão (SOARES, 1996, p. 718 *apud* SCHIER, 2002, p. 124). Portanto, significa dizer que a audiência pública é uma forma de interferência positiva da população que decorre do

3 A propósito, v. *Potencial de efetividade das audiências públicas do governo federal: relatório de pesquisa*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, (2013).

empoderamento dos sujeitos (ALVES, 2013, p. 332).

Nesta linha de intelecção, em pertinente ensaio, Evanna Soares, assegura que:

A audiência pública, no Brasil, tem previsão na Lei nº 9.784/1999 como mecanismo de instrução do processo administrativo federal visando ao desempenho da função administrativa pelos entes da Administração Pública Direta e Indireta dos três Poderes da União. É contemplada, também, para exercício dessa função, em leis específicas que regem o meio ambiente, inclusive o artificial disciplinado no Estatuto da Cidade, as licitações e contratos administrativos, a concessão e permissão de serviços públicos, os serviços de telecomunicações e as agências reguladoras (SOARES, 2002, p. 281).

Em suma, nas audiências públicas a autoridade competente abre espaços para que as pessoas envolvidas em determinada situação possam se manifestar antes do desfecho do processo. Funciona como um instrumento legítimo de participação do administrado nos temas de interesse público, como, *e.g.*, a prestação de serviços públicos (SOARES, 2002, p. 261).

De outra parte, é preciso esclarecer que a *audiência pública* não se confunde com a *consulta pública*. Logo, conforme a Lei 9.784/1999, artigo 31, §§ 1º e 2º, entende-se que o objetivo da consulta pública é de examinar a opinião da sociedade civil, antes de determinada decisão, através de manifestações formais escritas que conferem direito de resposta da Administração (BRASIL, 1999).

Isso considerado, o professor Clève (2014, p. 99) sugere que o Direito Administrativo brasileiro aprimore e desenvolva novas modalidades de participação direta da população na Administração Pública, com o suporte da Constituição Federal, através da experiência no direito comparado e, sobretudo, ouvindo a sociedade brasileira, principalmente nos pontos onde interesse mais na vida do cidadão.

Portanto, estas observações são válidas, evidentemente, também ao que concerne a prestação dos serviços públicos. Tendo dito isso, com o advento da Reforma Administrativa, através da Emenda Constitucional nº19/1998, é de se examinar a exigência constitucional do direito de reclamação estabelecida no artigo 37, § 3º, senão vejamos:

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (BRASIL, 1988).

Com efeito, na lição de Silva (1999, p. 116), trata-se de norma constitucional de eficácia limitada declaratória de princípio institutivo e impositiva, já que estabelece diretrizes de organização e estruturação, muito embora ainda dependa da complementação do legislador, dentro do prazo estipulado. Destarte, além da eficácia da norma, que está relacionada com a sua

capacidade de produzir efeitos, também é possível falar sobre a efetividade da norma, que está vinculada à sua capacidade de intervir na realidade social (SCHIER, 2016, p. 217-218).

À vista disso, tem-se que o propósito de participação do cidadão na Administração Pública foi expressamente plasmado (SCHIER, 2016, p. 210). Nada obstante, salienta-se que apesar do artigo 27 da EC nº 19/1998 definir prazo de 120 dias de sua promulgação para que o Congresso Nacional implementasse a mencionada lei em defesa do usuário de serviços públicos, somente após quase 20 anos – e intensa manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, através dos mecanismos constitucionais pertinentes – é que no dia 26 de junho de 2017 foi publicada a Lei nº 13.460, dispondo sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública (GABARDO, 2017).

Todavia, considerando a superlativa relevância da promulgação da Lei 13.460/2017 para o presente estudo, o próximo tópico se reservará estritamente a investigar se a referida legislação seria um mecanismo suficientemente idôneo de empoderamento do usuário de serviços públicos, possibilitando sua participação, proteção e defesa de seus direitos.

3 ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA LEI Nº 13.460/2017

A partir do aporte teórico apresentando, buscou-se construir delineamentos a respeito da imprescindibilidade da participação popular na Administração Pública, notadamente à luz dos pilares da democracia e direitos fundamentais. Nesse sentido, fundado no reconhecimento da exigência constitucional assente no artigo 37, §3º da Constituição Federal de 1988, o qual esculpiu o chamado direito de reclamação e do mesmo modo o “controle social da prestação dos serviços públicos” (SCHIER, 2016, p. 173), o legislador, a partir das diretrizes então estabelecidas, consolida instrumentos, em tese, capazes de aproximar a relação/participação dos usuários de serviços públicos com a Administração Pública através da lei 13.460/17, conhecida como *Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos* (CDUSP).

Cumpre-nos, então, esboçar a articulação de todo discurso teórico desenvolvido até aqui com a práxis proposta pela Lei nº 13.460/17 a fim de que possamos concluir se a regulamentação em destaque responderá o problema deste estudo, o qual indaga a respeito do papel transformador do CDUSP, sendo “capaz de assegurar o exercício do poder do povo pelo povo, especialmente em países de modernidade tardia como o Brasil” (ALVES, 2013, p. 118), isto é, o empoderamento frente à Administração Pública enquanto usuários dos serviços públicos ou, contrariamente, desvendar se o discurso apresentado pelo legislador corresponderia tão somente à retórica ou, de outra forma, se em decorrência da pressão da sociedade organizada e de conselhos de classe, o legislador teria elaborado um diploma normativo sem condições de efetivação prática.

Posta assim a questão, a legislação em comento “estabelece normas básicas para a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário de serviços públicos prestados de forma direta ou indiretamente pela administração pública” (BRASIL, 2017), delimitando seu campo de aplicação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Todavia, há de se sublinhar que a aplicação desta lei não afasta o que determinam outras normas regulamentadoras no mesmo sentido ou na incidência da lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), quando for caracterizada a relação de consumo, *v.g.*, no caso de serviços ofertados por concessionárias e permissionárias. De mais a mais, o CDUSP também faz referência à sua aplicação subsidiária quando a matéria versar sobre serviços públicos prestados por particular, *v.g.*, nas atividades privadas regulamentadas (BRASIL, 2017).

Insta mencionar, ainda, que a atribuição de certos encargos que o Estado não pôde, sozinho, sustentar à iniciativa privada é vista como uma solução satisfatória (JUSTEN FILHO, 2002 *apud* CLÈVE, 2014, p. 145). Todavia, esta afirmação requer cautela, já que dela não decorre a compreensão de que o Estado regulador deva ser associado ao Estado mínimo, corolário do neoliberalismo. Ao revés, o Estado regulador atuaria com um robusto aparato administrativo/burocrático (PETERS, 2001 *apud* CLÈVE, 2014, p. 146), no qual “o papel do Estado é relevante onde a acumulação privada puser em risco os valores constitucionais ou for insuficiente para sua plena realização.” (CLÈVE, 2014, p. 146). Vê-se, portanto, sem enfrentar o *perigo da captura*⁴ – cuja profundidade teórica fugiria do escopo do presente trabalho –, que a regulação é uma das maneiras pela qual o Estado é capaz de controlar eventuais ingerências ou abusos do particular (CLÈVE, 2014, p. 146).

Nessa perspectiva, infere-se que o modelo regulatório exige transformações institucionais na Administração Pública, não apenas de viés intervencionista, mas também no aspecto orgânico relacionado à descentralização administrativa e numa dinâmica regulatória, negocial e compartilhada com a presença dos interessados da sociedade civil – o que pode ser observado na atuação dos Conselhos de Usuários, através de Termo de Ajustamento de Condutas (TAC), audiências públicas, orçamento participativo e transações administrativas (CLÈVE, 2014, p. 145-146).

No propósito de lançar luzes a respeito do que se entende sobre as *atividades privadas regulamentadas*, também conhecidas como *atividades privadas de interesse público* ou *serviços públicos virtuais*, Aragão (2017, p. 153-154) nos explica que, embora sua natureza jurídica seja de

4 Em expressiva análise, José dos Santos Carvalho Filho assegura que “a relação jurídica entre agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 511.

direito privado, recebem atenção pelo Estado porque visam ao interesse público, de sorte que a exigência de autorização prévia e sujeição à regulação do poder público autorizante, são características que devem ser examinadas. Como exemplo, as atividades exclusivamente privadas com forte interesse público reportam-se à saúde, educação, instituições financeiras, bancos, entre outras. Contrária a este entendimento, Medular (1998) *apud* Aragão (2017, p. 156) sustenta que o vínculo orgânico estabelecido pelo artigo 175 da Constituição Federal de 1988 atribui ao poder público o encargo na prestação de serviços públicos, de forma direta ou delegada (concessão ou permissão), razão pela qual os serviços de utilidade pública, realizados pelo particular, “não podem ser qualificados como serviços públicos, em sentido técnico, por faltar o vínculo orgânico com a Administração”. Portanto, no esteio deste entendimento, considerando a inexistência de vínculo orgânico entre a atividade desenvolvida pela iniciativa privada e a Administração Pública, sua inclusão, ainda que de modo subsidiário, pelo CDUSP, estaria *a priori* equivocada.

Avançando no trato do problema em questão, convém nesta altura transcrever as definições a respeito dos sujeitos e instrumentos que compõem o Código de Defesa do Usuário de Serviço Público:

Art. 2º [...]

I - usuário - pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público;

II - serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública;

III - administração pública - órgão ou entidade integrante da administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública;

IV - agente público - quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração; e

V - manifestações - reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos de usuários que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços.

Parágrafo único. O acesso do usuário a informações será regido pelos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (BRASIL, 2017).

A respeito da relação de consumo na administração pública evidenciada no Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos e a definição dos serviços públicos apresentada pela legislação, Rodrigues (2018) assevera que:

Conquanto as estatais e concessionárias atuem no mercado de consumo como verdadeiras fornecedoras de bens e serviços, agora estas poderão usufruir do status de destinatárias da lei dos usuários de serviços públicos, navegando sobre uma coexistência de regimes jurídicos. A natureza da atividade que prestam poderá vir a ser encoberta - em previsíveis leituras assistemáticas ou precipitadas de alguns serviços - pela nomenclatura ou pelo *nomen iuris* destas mesmas atividades. [...] Há uma tendência forte em subjugar-se a realidade dos fatos por uma qualificação normativa abstrata, e, a nosso ver, reducionista.

É possível depreender que o autor enxerga com cautela a possibilidade dos regimes jurídicos (de direito privado e de direito público) coexistirem. De toda sorte, em que pese ecoarem

críticas na doutrina acerca da inserção do particular como destinatário no CDUSP, a realidade fática é que o diploma normativo em relevo estabeleceu como fito, para além de sua aplicação à Administração Pública direta e indireta, também, de modo subsidiário, às pessoas jurídicas de direito privado que eventualmente prestem serviços públicos. Não obstante, convém ponderar que, como o legislador foi omissivo ao não especificar os sujeitos que desenvolveriam as atividades particulares, presumimos com suporte nos estudos administrativistas⁵ que o termo estaria arraigado às concessões/permisões, às parcerias públicas privadas ou, ainda, para os chamados serviços de utilidade pública, prestados por particulares e sem qualquer vínculo orgânico com a Administração Pública, mas que, a rigor, sujeitam-se à autorização e regulação do Poder Público.

Em outro giro, no tocante à apresentação da definição de *serviços públicos* trazida pelo CDUSP, se considerarmos os esforços que a doutrina enfrenta para chegar a uma definição sobre o serviço público, é sintomático que, em sua abordagem, o legislador tenha optado por uma compreensão vaga do instituto. Em consonância com o acatado, Emerson Gabardo dirá que o conceito de serviços públicos utilizado pela lei é ambíguo, de modo que o legislador furtou-se da oportunidade “de conferir mais segurança jurídica à matéria mediante o estabelecimento de uma terminologia de melhor precisão”, sustenta o professor (GABARDO, 2017).

3.1 Acesso às Informações

A rigor, antes de avançar na questão sobre o acesso às informações, cujo abrigo constitucional está previsto nos artigos 5º inciso XXXIII e artigo 37, § 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, cumpre-nos trazer digressões a respeito dos *direitos de quarta geração*, à luz do que propõe o professor Paulo Bonavides. Desse modo, fazendo referência à Bonavides, o professor Bernardo Gonçalves Fernandes diz que:

Com o avanço da Globalização, Bonavides antecipa uma exigência normativa de universalização dos direitos fundamentais para além do campo estatal, conectando-os a elementos essenciais para a formação de uma sociedade aberta do futuro. Por isso mesmo, enuncia como **direitos de quarta geração (dimensão)**, o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, 2004 *apud* FERNANDES, 2015, p. 316).

Nesse sentido, os direitos acima mencionados darão suporte para o exercício da cidadania e da liberdade dos povos, especialmente em tempos de acentuada globalização política-econômica (FERNANDES, 2015, p. 316).

Considerando a legislação infraconstitucional, oportuno se faz mencionar que o CDUSP prestigia o acesso dos usuários de serviços públicos às informações pertinentes aos serviços prestados. Dessa forma, o Poder Público deverá publicar anualmente quadro geral acerca dos

5 Nesse sentido, v. Emerson Gabardo e Alexandre Peres Rodrigues.

serviços ofertados, definindo quais órgãos/entidades serão responsáveis pela sua concretização, assim como a autoridade administrativa responsável pelos serviços. Nesse ínterim, o CDUSP elenca os princípios que iram nortear os serviços públicos, quais sejam: “regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia” (BRASIL, 2017).

Com efeito, a corroborar com a questão da transparência e acesso à informação, Clèmerson Merlin Clève salienta que, para muitos, a Administração Pública reitera as práticas de outrora, tais como o compadrio, clientelismo e patrimonialismo, que, além de caracterizar uma Administração autoritária e centralizadora, acaba por desvirtuar a finalidade precípua do aparelho estatal junto às demandas sociais (CLÈVE, 2014, p. 139).

Nessa tocada, o presente estudo também enfrenta temas controvertidos no direito administrativo, especialmente levando em consideração “a passagem do *constitucionalismo* (meramente) *garantista* para o *constitucionalismo emancipatório*” (CLÈVE, 2014, p. 139). Nessa perspectiva, hodiernamente as sociedades democráticas experimentam o que se convencionou chamar de *accountability*, ou seja, o termo reflete as premissas ligadas à legitimidade, no âmbito dos procedimentos regulatórios e institucionais, que possibilitam o controle nas decisões do Poder Público através da inserção dos grupos sociais nesses processos (CLÈVE, 2014, p. 139). Para o professor Fernando de Brito Alves, *accountability* é uma forma pela qual os representados exercem supervisão sob a atuação dos seus representantes (ALVES, 2013, p. 154).

Portanto, *accountability* é “um *conceito relacional* que envolve, de um lado, a disponibilização de meios, dados e informações por parte do Poder Público e a criação de procedimentos que permitam a participação dos cidadãos”. É um mecanismo que deve ser operacionalizado com a transparência e a intenção da Administração Pública ao fomento do envolvimento da sociedade em suas práticas (CLÈVE, 2014, p. 139).

À vista disso, evidencia-se que, no trato dessas questões, tanto a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), como o CDUSP (Lei nº 13.460/2017), são instrumentos introduzidos no ordenamento jurídico, que regulamentam as garantias constitucionais previstas no artigo 5º inciso XXXIII e no artigo 37, § 3º, inciso II e que, a nosso ver, têm potencial de causar mudanças no atual cenário de gestão pública.

Dessa forma, consoante ao que estampa o CDUSP, os agentes públicos e prestadores dos serviços deverão seguir determinadas diretrizes, dentre as quais, no âmbito do acesso à informação e transparência, privilegiarão por soluções tecnológicas que aperfeiçoem os processos e procedimentos, objetivando melhores condições para o compartilhamento dessas informações. Além disso, deverá o acesso às informações ser de fácil manejo, tanto nos locais onde é prestado o serviço, como também via disponibilização na internet, especialmente quanto ao reconhecimento do

agente responsável pelo recebimento de eventuais manifestações do usuário e sobre a tramitação dos processos administrativos pertinentes ao usuário interessado (BRASIL, 2017).

Ao abordarmos o acesso às informações previsto no CDUSP, urge salientar sobre a *Carta de Serviços ao Usuário* (CSU), cujo objetivo é “informar o usuário sobre os serviços prestados pelo órgão ou entidade, as formas de acesso a esses serviços e seus compromissos e padrões de qualidade de atendimento ao público.” Portanto, a CSU deverá garantir ao cidadão amplo conhecimento sobre o serviço, assim como os requisitos, documentos e formas necessárias para seu acesso, além do detalhamento do compromisso e dos padrões de qualidade que se pretende oferecer, sobretudo no que diz respeito ao atendimento, previsão de tempo, mecanismos de comunicação e as formas de comunicação com o usuário (BRASIL, 2017).

3.2 Meios de Controle Social dos Serviços Públicos

Ao lado dos mecanismos que favorecem o acesso às informações prestadas pela administração pública acerca dos serviços públicos fornecidos, o CDUSP acresce nos capítulos III e IV a respeito *Das Manifestações dos Usuários de Serviços Públicos* e sobre o papel *Das Ouvidorias*.

Conforme assinala Schier (2002, p. 181; 185), para que o direito fundamental de participação possa ser de fato concretizado é necessário firmar possibilidades capazes de promover diretamente o controle da atividade administrativa pelo indivíduo. Nesta situação, o direito de reclamação é uma modalidade de controle social prevista no artigo 37, § 3º da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, através da Lei nº 13.460/2017, é possível evidenciar que, para garantir seus direitos, os usuários de serviços públicos poderão valer-se de manifestações – por meio eletrônico, por correspondência convencional ou inclusive de forma verbal, posteriormente reduzida a termo – que serão encaminhadas para a ouvidoria do respectivo órgão ou entidade. Cabe ressaltar que, em hipótese alguma, as manifestações apresentadas pelo indivíduo poderão ser recusadas, sob pena de responsabilidade do agente público encarregado. Dessa forma, estabelece o CDUSP que o procedimento administrativo que fará a análise das manifestações dos usuários deve prezar pelos princípios da eficiência e da celeridade, objetivando a resolução das eventuais manifestações (BRASIL, 2017).

No tocante às *ouvidorias*, o CDUSP traz um capítulo específico no qual estipula suas atribuições precípuas. Contudo, antes de relacionar a forma como deverá atuar as ouvidorias, é preciso trazer apontamentos sobre o papel do *ombudsman*, termo que na França significa “mediador” e na Espanha se refere ao “ouvidor-geral ou defensor do povo” (SCHIER, 2002, p.

126). Trata-se de um fenômeno recente que entrou na agenda pública nacional e pode ser observado especialmente na Lei nº 13.460/17, que reporta à prestação de serviços públicos.

A atividade do *ombudsman* não tem finalidade repressiva junto aos agentes públicos ou competência para anular atos administrativos eivados de ilegalidade. Seu papel está atrelado a apurar eventuais infrações e dar publicidade à sociedade a respeito de atividades irregulares na administração pública (SCHIER, 2002, p. 127). Portanto, tais atribuições “fazem do instituto um dos meios mais eficazes para o controle da legalidade e da moralidade administrativa” (CRETELA JÚNIOR, 1990 *apud* SCHIER, 2002, p. 127).

Posto isto, seguindo a esteira da Lei nº 13.460/17, as ouvidorias teriam as atribuições ora inferidas a respeito do *ombudsman*, uma vez que o CDUSP estabelece que as ouvidorias devem promover a participação do usuário na administração pública, com vistas a acompanhar as prestações dos serviços, bem como sua efetividade, além de propor aperfeiçoamentos necessários para um serviço público de qualidade. O CDUSP também faz menção à adoção de medidas em defesa dos direitos dos usuários do serviço, observando as determinações legais, promovendo também a mediação e conciliação entre o usuário e o órgão/ entidade pública envolvida em eventual controvérsia (BRASIL, 2017).

Ademais, urge ressaltar uma das atribuições das ouvidorias, previstas no inciso “VI” da Lei nº 13.460/17, que destaca relevante pertinência, qual seja: “receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações, acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações do usuário perante órgão ou entidade a que se vincula” (BRASIL, 2017). Vê-se, portanto, que a legislação em comento procura trazer meios, em tese, suficientemente idôneos para que o usuário de serviços públicos possa manifestar suas reclamações, apontamentos ou sugestões acerca de determinado serviço prestado.

A esta altura, o leitor mais atento deve se perguntar como o processo ora ventilado terá efetividade prática? A rigor, anualmente as ouvidorias deverão elaborar um relatório de gestão, o qual apontará as informações sobre a (i) quantidade de manifestações recebidas no ano anterior; (ii) o que motivou as manifestações; (iii) análise de pontos recorrentes; (iv) as providências tomadas pelas administração pública (BRASIL, 2017).

Portanto, cumpre anotar que o CDUSP prevê que o relatório de gestão deverá ser encaminhado para a autoridade máxima do órgão correspondente a ouvidoria, além de ser disponibilizado integralmente através da internet. De mais a mais, a decisão administrativa final deve ser dirigida ao usuário no prazo de trinta dias, prorrogável por igual período uma única vez (BRASIL, 2017).

3.3 Os Conselhos de Usuários e a Avaliação Continuada dos Serviços Públicos

Antes de adentrar ao cerne do que propõe o presente tópico, é possível, com Hannah Arendt, demonstrar que a *vida ativa*, compreendida como o “engajamento do homem nas coisas deste mundo” (ARENDR, 2002, p. 22), corresponde à inquietação ou ao desassossego, notadamente na medida em que os indivíduos assumem responsabilidades e adquirem capacidade para decidir, através de processos discursivos, os rumos da coletividade (ARENDR, 2002 *apud* ALVES, 2013, p. 187).

Com efeito, ao enfrentar a questão atinente aos *Conselhos de Usuários*, o CDUSP propõe que, sem prejuízo de outros meios, a participação dos usuários, pertinente a prestação e avaliação do serviço público, será empreendida através dos referidos conselhos. De toda sorte, a característica dos Conselhos de Usuários será de órgão consultivo, organizado conforme regulamentação específica de cada Poder e esfera de Governo, cujas atribuições serão:

Art. 18. [...]

I - acompanhar a prestação dos serviços; II - participar na avaliação dos serviços; III - propor melhorias na prestação dos serviços; IV - contribuir na definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário; e V - acompanhar e avaliar a atuação do ouvidor (BRASIL, 2017).

Sob essa perspectiva, é possível verificar que a temática tem correspondência com as premissas de *vida ativa* que Arendt acima descrevia, pois o cidadão – enquanto parte ativa no conselho de usuário – estaria numa posição que lhe confere responsabilidades e possibilidades de discussão, em prol de determinado grupo. Portanto, podemos concordar que as medidas estampadas no CDUSP poderão ter o condão de favorecer a participação ativa do usuário de serviços públicos, especialmente através dos Conselhos de Usuários.

Em outro giro, insta mencionar sobre a *Avaliação Continuada dos Serviços Públicos*, como medida estabelecida no CDUSP, a qual deverá ser realizada pelos órgãos e entidades públicas compreendidos nesta lei (BRASIL, 2017).

Dessa forma, consoante o que dispõe a Lei nº 13.460/17, a referida avaliação será realizada através de pesquisa de satisfação ou outro meio estatisticamente eficaz que apresente os resultados acerca: (i) da satisfação do usuário pelo serviço prestado; (ii) da qualidade do atendimento oferecido aos usuário, (iii) da quantidade de manifestações de usuários recebidas e (v) das medidas que foram adotadas pela administração pública no tocante à melhoria/aprimoramento da prestação de determinado serviço. De mais a mais, determina o CDUSP que o resultado da Avaliação Continuada dos Serviços Públicos deverá ser integralmente publicado no sítio correspondente ao órgão/entidade avaliado (BRASIL, 2017).

Portanto, a fim de concluir o tópico, é preciso firmar ponte de que a participação do

cidadão nas tomadas de decisões junto ao aparato administrativo público reclama, sobretudo, informações corretas e transparentes, já que, na falta de informações fidedignas, qualquer tipo de participação se transfiguraria em cooptação legitimadora. A informação (correta e verdadeira) garante consciência popular (CLÈVE, 2014, p. 95).

Embora possa ser notório o avanço em relação aos instrumentos que a legislação trouxe serem capazes de favorecer o empoderamento do cidadão, precisamente em relação aos serviços públicos prestados, ainda é necessário cautela. Afinal, conforme sustenta Clèmerson Merlin Clève, a aventada emancipação social, republicana e democrática, exige, além de firmeza e de tempo, sobretudo, a mudança de comportamentos também na própria sociedade, na medida em que os assuntos do Estado a todos importam (CLÈVE, 2014, p. 154). É preciso uma reeducação política e cidadã.

4. A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA DE MARCELO NEVES E AS IMPLICAÇÕES SOBRE A EFETIVIDADE PRÁTICA DA LEI Nº 13.460/17 NO CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO

Ao enfrentar a discussão pertinente à Lei nº 13.460/17, torna-se necessária a reflexão sobre a “legislação simbólica”, teoria apresentada pelo professor Marcelo Neves, para que, a esta altura do estudo, possamos ter mais segurança ao discutir sobre a efetividade prática do *Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos*, considerando o contexto social brasileiro, especialmente sobre a questão do *empoderamento* do usuário de serviços públicos.

4.1 Legislação Simbólica

A fim de compreendermos a ideia de legislação simbólica é preciso antes esclarecer a concepção do termo “simbólico” nesse enquadramento. Para tanto, embora reconhecendo a vagueza e ambiguidade do termo, Neves (1994) faz uma delimitação para não correr o risco de usá-lo indiscriminadamente dizendo que o simbólico traduz-se numa dimensão em que o discurso conotativo é mais forte do que o discurso denotativo, isto é, o sentido manifesto tem menor relevância do que o sentido latente.

Segundo Neves, quase toda norma possui uma carga simbólica de natureza político-simbólica – sentido jurídico latente – que se relaciona com o aspecto normativo-jurídico – sentido jurídico manifesto. Contudo, o problema não reside nessa coexistência, senão quando se verifica a “hipertrofia” da função política-simbólica em prejuízo da força normativo-jurídica do propunha determinado diploma legal. Em razão disso, exige cautela o alto grau de ineficácia jurídica da norma ou sua ineficiência social aliada à elevada força simbólica, consubstanciada pela posição privilegiada da natureza político-simbólica (NEVES, 1993 *apud* FERNANDES, 2015, p. 91).

Em suma, o professor Marcelo Neves afirma que:

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico (NEVES, 1994, p. 32).

Vê-se, portanto, que a advertência que se faz está arraigada com a finalidade de determinado diploma normativo, na medida em que o sentido político sobrepuja o sentido jurídico-social.

Após essas breves considerações, passemos agora a elencar as espécies de legislações simbólicas à luz do que leciona o autor em comento. Nesse sentido, Neves (1994) *apud* Fernandes (2015, p. 91) irá apresentar: (i) a *Fórmula de Compromisso Dilatório*; (ii) a *Confirmação de Valores Sociais de um Grupo*; (iii) a *Legislação-Álibi*.

Quanto à primeira espécie, a legislação surge em decorrência de situações eminentemente políticas, diante de um eventual cenário social conflituoso, no qual o legislador, mesmo sabendo que a formulação de determinada lei não resolveria o conflito, mesmo assim o faz com a intenção de protelar a resolução do problema, ou seja, não haverá significado prático na mudança da realidade jurídico-social a contento, senão apenas para o futuro (NEVES, 1994 *apud* FERNANDES, 2015, p. 91).

No que diz respeito à *Confirmação de Valores Sociais de um Grupo*, Marcelo Neves sustenta nesse tipo de legislação simbólica persistem os valores de determinado grupo em face de outro. Nesse sentido, o autor faz menção ao exemplo da “Lei Seca nos Estados Unidos da América quando, por influência dos valores dos grupos protestantes, a lei foi implementada em detrimento da comunidade católica, favorável ao consumo de álcool à época” (NEVES, 1994 *apud* FERNANDES, 2015, p. 92).

Por último, o autor traz a ideia de *Legislação-Álibi*, na qual a postura legiferante tem papel tranquilizador, isto é, diante de problemas ou aflições sociais, a capacidade de ação do Estado limita-se a acalmar a sociedade na promulgação de determinada lei, mas sem significado prático relevante (NEVES, 1994 *apud* FERNANDES, 2015, p. 92). Nas palavras de Marcelo Neves, “o legislador, muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas” (NEVES, 1994, p. 37).

Com efeito, Bernardo Gonçalves Fernandes, fazendo referência a Marcelo Neves, elucida que “o legislador usa estrategicamente da legislação para se ver livre das pressões políticas ou para forçar uma imagem de um Estado sensível e preocupado com exigência e expectativas provindas da sociedade civil” (NEVES, 1994 *apud* FERNANDES, 2015, p. 92).

4.2 Digressões entre a Legislação Álibi e o Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos

Como já fora demonstrado nesse estudo, a Lei nº 13.460/17, conhecida com Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (CDUSP), era uma exigência constitucional do direito de reclamação e participação dos usuários de serviços públicos na administração pública, prevista no artigo 37, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, notadamente após a Reforma Administrativa (EC nº 19/1998).

Contudo, para que o CDUSP fosse promulgado, foi necessária forte intervenção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, através da impetração da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 24) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), reclamando a elaboração do diploma normativo, haja vista a previsão constitucional e a morosidade do Congresso Nacional no seu trâmite (STF, 2013).

Nesse sentido, é oportuno mencionar a valiosa decisão do relator da ação no STF, Ministro Dias Toffoli:

Supremo Tribunal Federal STF - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO : ADO 24 DF

[...] É inevitável observar que o caso em tela coincide com a atual pauta social por melhorias dos serviços públicos. Os movimentos sociais que hoje irradiam várias partes do país e o respectivo anseio da população por qualidade na prestação dos serviços disponibilizados à sociedade brasileira são uma demonstração inequívoca da urgência na regulamentação do art. 27 da EC nº 19/98. É dever inescusável do Estado a prestação de serviços públicos eficientes e de qualidade à coletividade.

[...] Mais que destinatários dos serviços públicos, os usuários devem ser sujeitos de uma cidadania ativa e efetiva, o que exige evidentemente canais diretos de comunicação entre Estado e sociedade. É chegada a hora dos usuários dos serviços públicos. E mais efetivo será o respeito aos direitos dos usuários se forem expressos os meios formais e os instrumentos específicos disponíveis para que os próprios usuários formulem suas reclamações e defendam seus direitos. Faz-se necessária, portanto, a definição de mecanismos reguladores e fiscalizadores eficientes para que a cidadania possa, de modo consequente, exigir qualidade, regularidade e segurança na prestação dos serviços públicos. Sendo assim, dada a manifesta e inequívoca omissão inconstitucional, que já perdura mais de uma década, é dever desta Suprema Corte determinar a imediata ação do Estado legislador para a concretização do direito constitucionalmente previsto no art. 27 da EC nº 19/98, eliminando-se, o mais rápido possível, o estado de inconstitucionalidade. Destarte, impõe-se a concessão imediata de medida cautelar para [...] definir-se, desde já, prazo razoável para que os requeridos adotem as medidas necessárias à edição da lei de defesa do usuário de serviço público, mediante análise e conversão em lei seja do Projeto de Lei nº 6.953/2002 (Substitutivo do PL nº 674/1999), já em tramitação na Câmara dos Deputados, seja de outra proposição que venha a ser apresentada pelos órgãos competentes. Nesses termos, acolho a sugestão do autor da demanda e fixo o prazo razoável de 120 (cento e vinte) dias para a edição da lei em questão, tendo em vista ter sido esse o prazo definido no próprio art. 27 da EC nº 19/98

(STF, 2013).

Levantados tais apontamentos, nossa aceção acerca do tema nos remete que a intensa manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aliada ao consequente endosso do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o Congresso Nacional enfim promulgasse a Lei nº 13.460/17, pode ser correlacionada com a teoria acima ventilada pelo professor Marcelo Neves, especialmente no que se refere à *Legislação-Álibi*, visto que aparentemente estão presentes os requisitos demonstrados pelo professor, principalmente em relação à pressão direta do Conselho Federal da OAB na elaboração do diploma.

Entretanto, a ressalva que se deve fazer ao traçar o paralelo entre esta teoria e o CDUSP está ligada à premissa ligada à *falta do mínimo de condições de efetivação das respectivas normas*, proposta por Neves, como um dos requisitos exigidos, que, a nosso ver, merece atenção.

Nesta linha de intelecção, foi possível evidenciar que, a rigor, o CDUSP trouxe em seu bojo uma vasta gama de instrumentos que, de fato, têm o condão de causar mudanças, sendo capaz de causar o empoderamento do usuário de serviços públicos, especialmente quanto à sua participação junto à administração pública, bem como o direito de reclamação. Nada obstante, para afastar a correlação entre o simbolismo proposto por Marcelo Neves e a efetividade da Lei nº 13.460/17, é preciso considerar o que o professor Clève (2014, p. 99-100) enfatiza em relação à afirmação de um novo paradigma: o da cidadania responsável; trazendo consigo a consciência no sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo do cidadão em fazer uso dos instrumentos que lhe são oferecidos, fazendo uso da palavra, ouvindo e participando das escolhas públicas.

Portanto, é possível distanciar a ideia de que o CDUSP apresentaria, *a priori*, um discurso retórico, denominado como Legislação Simbólica ou especificamente Legislação-Álibi, na medida em que a noção de empoderamento possa ser disseminada. A propósito, em elucidante análise, o professor Fernando de Brito Alves explica que a concepção de *empoderamento* comunica-se com a possibilidade de afirmação dos direitos de minorias ou grupos marginalizados, assim como a formação de espaços e situações que fomentem a participação social. O empoderamento do usuário de serviços públicos seria então materializado através do *poder de agenda* a ele atribuído, consoante condições pré-estabelecidas que favoreçam a autonomia e a capacidade de tomar decisões sobre os rumos da comunidade (ALVES, 2013, p. 179-180). O que, de fato, é perceptível no Código de Defesa de Usuário de Serviços Públicos, frente toda a análise desenvolvida no presente estudo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossa proposta de estudo teve como fito traçar os delineamentos a respeito da

aproximação dos usuários de serviços públicos junto à Administração Pública, sobretudo no que diz respeito ao direito de reclamação e participação nas decisões. Nesse ínterim, a intenção precípua do estudo não se reservou à apresentação da fragilidade dos serviços públicos no Brasil frente às mazelas enfrentadas – a profundidade dessa análise fugiria do escopo da presente pesquisa –, mas, além disso, evidenciar os instrumentos que podem ser utilizados pelo usuário dos serviços, no contexto da democracia tardia brasileira, em especial através da Lei nº 13.460 de 2.017, também intitulada como Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (CDUSP).

O problema da pesquisa firmou-se então na seguinte indagação: o CDUSP seria um instrumento jurídico eficientemente capaz de promover o empoderamento do usuário de serviços públicos frente à administração pública, aproximando as relações entre os sujeitos envolvidos (usuário/gestor público), especialmente no que diz respeito ao direito de reclamação e efetiva participação nas decisões ou, contrariamente, seria um diploma normativo sem condições de efetividade prática, representando um discurso meramente retórico?

Nesse sentido, a hipótese de pesquisa vislumbrada considera como afirmativa a resposta da questão acima proposta, de modo que, o CDUSP poderia, então, ter o condão transformador, sendo os usuários dos serviços públicos, mais do que meros destinatários, e sim sujeitos de uma cidadania proativa, valendo-se dos recursos estampados na Constituição Federal de 1.988, assim como, dos instrumentos trazidos pelo CDUSP na efetivação de seus direitos.

Firmados tais apontamentos, passemos a apresentar a dedução, a partir da análise lógica das premissas utilizadas, para enfim construirmos argumentos que nos levem a conclusões robustas acerca da temática, sem correremos o risco da validade do pensamento ser considerada uma falácia.

Nessa perspectiva, ao examinar a legislação em comento, foi possível constatar que os direcionamentos estabelecidos pela Constituição Federal de 1.988, logo após as EC nº 19/98, logram êxito na expedição do diploma normativo em tela, não sem antes ter havido intensa manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, através da ADO 24. O ponto mais evidente aqui passível de crítica estaria direcionado à teoria desenvolvida pelo professor Marcelo Neves, a qual trata sobre a *Legislação Simbólica*. Assim, foi possível demonstrar que a forma com que o CDUSP foi elaborado (com intensa manifestação do referido conselho de classe junto ao Supremo Tribunal Federal) corresponderia, ao que o autor sugere de *Legislação Álibi* – espécie decorrente do gênero *Legislação Simbólica*, sendo, portanto, necessário contrapor a mencionada teoria com as diretrizes do CDUSP com o intuito de dirimir quaisquer dúvidas a respeito da validade de seu discurso.

Por tudo isso, ao trazer à tona os requisitos que dão ensejo ao referido simbolismo legislativo, a presente pesquisa identificou que a premissa ligada às “*expectativas dos cidadãos*”

seria plausível na correlação com a forma necessária para que o diploma normativo pudesse ter sido elaborado (cumprindo o primeiro requisito exigido pela Legislação Simbólica); contudo, a premissa ligada à “*falta de mínimas condições de efetivação da norma*” não poderia ser vislumbrada, de fato, no CDUSP, haja vista os diversos instrumentos elencados capazes de proporcionar o empoderamento ao usuário de serviços públicos, com vistas à emancipação da comunidade frente o Poder Público.

Contudo, também foi possível verificar uma relevante ressalva que deve ser observada neste aspecto, qual seja o paradigma da cidadania responsável, apresentado por Clèmerson Merlin Clève, de onde se extrai que o poder atribuído ao cidadão só poderá ser materializado a partir de sua consciência democrática.

Logo, concluí-se que o fator imposto pelo paradigma da cidadania responsável, consubstanciado pela *consciência democrática*, seria uma condicionante para considerarmos o Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos como mera Legislação Simbólica/Legislação-Álibi ou, contrariamente, como um diploma normativo com condições de efetivação prática. Assim, foi possível constatar que os aspectos objetivos, referentes aos procedimentos e instrumentos jurídicos estampados no CDUSP, são notáveis, enquanto que os aspectos subjetivos, ligados à consciência e a predisposição do usuário dos serviços públicos em atuar proeminentemente junto ao Poder Público, como fator determinante neste contexto, seriam uma condicionante que, *a priori*, não poderia ser mensurada, visto que o CDUSP ainda encontra-se em período de *vacatio legis*, razão pela qual sua eficiência poderá ser melhor auferida com futuros estudos após a devida implementação pelos órgãos e entidades da administração pública responsáveis pela prestação de serviços públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**.

_____. **Lei. 13.460 de 26 de junho de 2017**.

_____. Superior Tribunal Federal. **MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: ADO 24 DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 01/07/2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23913960/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-ado-24-df-stf>>. Acesso em: 13 de maio de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

GABARDO, Emerson. **O novo código de defesa do usuário do serviço público: lei 13.460/17**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2017;

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Alexandre Peres. **Lei nº 13.460/2017: Marco legal sobre usuários de serviços públicos e efeitos sobre a defesa do consumidor**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>> Acesso em: 01 de março de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, n. 21, março/abril/maio, 2010, p. 09. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 17/01/2018.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba, Íthalia, 2016.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora Malheiro, 1999.

SOARES, Evanna. **A audiência pública no processo administrativo**. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro. 229-283. Jul./set. 2002.

O DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO MUNICÍPIO POR MEIO DE UMA POLÍTICA DE GOVERNO ESTÁVEL E CONTÍNUA

Luana Caroline Santos FONSECA

RESUMO

A finalidade do presente artigo é analisar a lacuna que se estende entre o término de uma gestão municipal e o início de outra; isto é, o poder público face às decisões e ações destinadas à resolução e ao andamento dos projetos sociais em adequação constitucional. Busca-se demonstrar que a alternância de poder entre partidos políticos gera impactos que, eventualmente, encerram ou tolhem a fluidez de políticas públicas, que representam, em alguns casos, as demandas da população mais hipossuficiente, marcada pelas suas dificuldades estruturais, sociais econômicas. A atual concepção de políticas públicas varia conforme a orientação política e enfrenta resistência da visão liberal, que se opõe a universalidade dos benefícios de uma política social bem planejada, vez que, para ela, as desigualdades seriam o resultado de decisões individuais, cabendo à gestão do Estado um papel meramente residual no ajuste de suas falhas para com o plano social.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento social, município, alternância de gestões, continuidade, políticas públicas.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the period that extends between the end of a municipal management and the beginning of another one; that is, the public power facing decisions and actions aimed at the resolution and progress of social projects in constitutional adequacy. It is tried to demonstrate that the alternation of power between politicians generates impacts that eventually block or impede the fluidity of public policies, which represent, in some cases, the demands of the most underemployed population, marked by their structural and social economic difficulties. The current conception of public policies varies according to the political orientation and faces resistance from the liberal view, which opposes the universality of the benefits of a well-planned social policy, since, for it, inequalities would be the result of individual decisions, of the state a merely residual role in adjusting its failures to the social plan.

KEY WORDS: Social development, municipality, alternation of management, continuity, public policies.

INTRODUÇÃO

A problemática de elaborar uma política pública está pautada na importância em se definir quem decide o quê, quando, com quais consequências e para quem ela será direcionada. São definições relacionadas com a natureza do regime político em que se vive, com o grau de organização da sociedade civil, e com a cultura política vigente.

Nesse sentido, a presente pesquisa visa em um primeiro momento distinguir “Políticas Públicas” de “Políticas Governamentais”. Para serem “públicas”, é preciso considerar a quem se destinam os resultados ou benefícios, e se o seu processo de elaboração é submetido ao debate público, pois é a sociedade a maior interessada na implantação de soluções eficazes.

Será demonstrado também o prejuízo ao município quando se começa um projeto social e, após os quatro anos de mandato, com a entrada de uma nova gestão por razões políticas, o projeto que está em andamento é encerrado, ou, abandonado, ferindo direitos fundamentais.

Muitas vezes são encontradas nestes projetos, oportunidades que geram algum tipo de renda e trabalhos que são capazes de diminuir problemas sociais pré-existentes. Assim, esta pesquisa pretende, ao final, demonstrar a importância social da defesa de um plano de governo mais contínuo, em que a alternância mandatária, que ocorre a cada quatro anos, não interfira em planos estratégicos já adotados para se solucionar um dos maiores problemas que se enfrenta nos dias de hoje: a crise do desemprego.

1. PROJETO SOCIAL PERANTE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Inicialmente, a fim de proporcionar melhor compreensão sobre a temática, torna-se imprescindível a apresentação do significado dos termos “diretriz social e políticas públicas”, cuja definição encontra-se em um conjunto de instruções ou indicações para se tratar e levar a termo um plano ou ação, sendo assim estas Diretrizes Sociais que se tem como objetivo geral de estabelecer os eixos estratégicos para o atendimento nos projetos sociais, portanto traz-se, Política Pública como a contribuição para a maior sustentabilidade e o fortalecimento desses empreendimentos a participação efetiva e órgãos públicos Municipal, Estadual e Federal e com a participação, direta ou indireta, de entes públicos ou privados que visam assegurar determinado direito de cidadania para vários grupos da sociedade ou para determinado segmento social, cultural, étnico ou econômico. Ou seja, correspondem a direitos assegurados na Constituição.

Quando citamos a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, fala-se em igualdade, em sentido material, onde os mais fracos recebem um tratamento diferenciado a fim de aproximá-los dos mais fortes, ou seja, o Estado deve tratar os pobres, os desiguais, dentre outros grupos, de maneira especial de acordo com a situação, assim, o princípio da igualdade enquanto projeto real visa à obtenção da igualdade de oportunidades como concretização da ideia de justiça social, sendo um polo dormente ainda no rol da sociedade, assim trazendo por afirmação:

É mais fácil lidar nas Constituições com os direitos da liberdade, usualmente catalogados como direitos fundamentais e discriminados de maneira quase didática nos textos constitucionais, do que com a igualdade, que apesar de sua fluidez e amplitude, nem por isso deixa de ser o outro polo básico ao redor do qual gravita toda a ordem constitucional na Sociedade contemporânea. (BONAVIDES, 2009, P. 217-229).

Assim, Alexandre de Moraes (2002, P. 202) aduz os direitos sociais.

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição

Federal.

Os direitos sociais são os que mais se aproximam do princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania, pois visam reduzir as desigualdades entre as pessoas, ajustando os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida, assim Flávia Piovesan (2000, P.54), conceitua:

A dignidade da pessoa humana vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Faz-se esclarecer que a igualdade traz o anseio de justiça e segurança social. No princípio constitutivo de ordem constitucional, encontra-se controvérsias inumeráveis em relação ao conceito de igualdade, sobretudo em razão da igualdade fática ou material em que se estende o Direito e seus ramos.

Portanto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, P.51) conjuga o sentido formal e material, dando relevo especial ao regime administrativo, na seguinte conceituação:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público –, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Por este entendimento, segundo Perenthaler (1965, P. 71) que “o Estado obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais”.

A Constituição Federal de 1988 implantou a assistência social como política pública no âmbito da seguridade social, proporcionando proteção à população brasileira por meio de uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais, voltadas a garantia de direitos e condições dignas de vida:

Art. 203. Assim a assistência social torna-se, portanto, uma política de proteção social articulada a outras políticas sociais destinadas a promoção da cidadania, afirmando ser como direito reclamável pelos cidadãos.

Portanto, política social é uma política própria do ordenamento econômico social capitalista contemporâneo, de ação e controle sobre as necessidades sociais básicas das pessoas não satisfeitas pelo modo capitalista de produção, e sim, uma política de mediação entre as necessidades de valorização e acumulação do capital e as necessidades de manutenção da força de trabalho disponível para o mesmo. Portanto a perspectiva, a política social é uma gestão estatal da força de trabalho e do preço da força de trabalho. Realça-se o entendimento de força de trabalho todos os indivíduos que só têm a sua força de trabalho para vender e garantir sua subsistência, independente

de estarem inseridos no mercado formal de trabalho. E porque não a continuidade deste serviço que trás resultados de formas indiretas e abarcadas pela Constituição Cidadã?

Contudo, nos traz a Declaração Universal do Direito do Homem, de 10 de dezembro de 1948, pelas Organizações das Nações Unidas, em Assembleia Geral, onde consagra em seu artigo 22º que:

Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

Entretanto, para uma efetividade dos direitos sociais, a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, em seu artigo 81º, estabelece - cujos rendimentos, gerados a partir de 18 de junho de 2002, reverterão ao Fundo de Combate e Erradicação de Pobreza, e com este fundo traz uma das possibilidades de manuseio e planejamento para que soluções sejam propostas, fazendo com que elas não fiquem apenas em papel.

As políticas públicas traduzem, no seu processo de elaboração e implantação e, sobretudo, em seus resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, e a repartição de custos e benefícios sociais. A Constituição Cidadã, como o grande marco histórico brasileiro, ampliou os direitos sociais, assim descentralizando o que antes eram vistos como “problema de cada um” ou “coisa de pobre” e passaram a olhar como “questões de todos”, como responsabilidade pública, assim, portanto, garantidas por Lei:

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes, que “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) certo número de obrigações positivas. (BOBBIO, 1992, P. 21).

Assim os motivos para realizar estudos de avaliação de políticas e programas públicos estão relacionados à transformação da administração pública em uma administração mais moderna e eficiente, mesmo que em alguns países isto ainda seja apenas um desejo. Nos anos 80 e 90, do século XX, o mundo foi varrido por uma onda de ideologia neoliberal que pregou o “Estado Mínimo” e cuja aceitação talvez tenha sido um reflexo do colapso do Estado comunista. Apesar do entusiasmo inicial, a possibilidade de existência do Estado mínimo mostrou-se irrealista, principalmente para os países em desenvolvimento, onde as políticas públicas desempenham um papel estratégico para aliviar a pobreza e torná-los mais compatíveis com uma economia de mercado.

O projeto social como conceito básico é regido por um esforço temporário para criar um produto, serviço ou um novo resultado, sendo então um projeto com início e um fim. Cada projeto é único, buscando um único resultado, mas com elementos repetitivos. Sendo um projeto singular.

Sendo um dos objetivos dos projetos a organização de implantação de algo novo, sempre com uma finalidade determinada. Podemos determinar que os projetos tivessem um ciclo onde, se faz a elaboração e preparação para sua execução, desde custo ao levantamento das pessoas envolvidas para sua implementação.

As acepções sociais de política são abordadas em relação às transformações do trabalho e a incapacidade histórica do segmento da economia solidária depender das necessidades capitalistas. A participação democrática e a solidariedade entre trabalhadores são requeridas nos acontecimentos, demonstrando distinção com outras propostas de geração de renda não regulamentada. Contudo, não apresentam condições históricas para se contrapuser a vida mercantil e tão pouco para ampliarem acesso aos fundos públicos. A mortalidade das cooperativas populares é recorrente em razão da dificuldade para integração mercantil, sendo cooperativas, segundo a Lei 9.867/99, artigo 1º devem ser constituídos com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho, fundamentam-se no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos. A pouca tradição formativa e informativa no tema entre os trabalhadores também é relacionada como um problema.

A gestão da Secretaria Nacional se baseia principalmente na regulamentação das atividades, inventário das práticas existentes e fomento a limitadas ações produtivas. A inflexão na tradição das lutas sociais em detrimento do confronto público se expressa no material da pesquisa. Verifica-se ainda o fetiche da retórica liberdade e autonomia dos trabalhadores em atividades produtivas deslocadas das relações com empresas ou de trocas no mercado. Paradoxalmente, o apoio à economia solidária, esclarece a participação ativa do Estado na queda da perspectiva do emprego regulamentado, somando motivos para ampliação da inversão privada de riqueza na cena pública brasileira.

2. PROJETOS SOCIAIS GOVERNAMENTAIS X PROJETO SOCIAL ESTATAL

O Projeto Governamental trata-se de um plano gráfico e descritivo, redação de uma lei, estatutos, decretos, entre outros, e é elaborado por órgãos do governo federal, estadual ou municipal que se submete à aprovação. Assim trazendo como base o princípio da eficiência administrativa, abarcada pelo artigo 37 da Constituição Federal do Brasil de 1988 e acrescentada pela emenda Constitucional nº19/98, por sua implícita existência na Constituição Federal e aplicabilidade integral, que segundo Silva (2007, P.342) nos traz:

O princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade dos consumidores.

O princípio da eficiência impõe a administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracias e sempre em busca de qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social:

O princípio da eficiência deve ser interpretado, portanto, no contexto sistemático de um constitucionalismo do Estado social, que recusa a hierarquia entre princípios e que não aceita dispositivos constitucionais sem força normativa direta. É assim que no geral ele tem sido compreendido pela doutrina – mediante a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição. (BACCELAR, 2004, P 218).

Dirigindo-se o princípio da eficiência para uma razão e um fim maior do Estado, a prestação de serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum. A intenção de defesa do bem comum enquanto finalidade básica da atuação da administração pública decorre da própria razão de existência do Estado e está prevista implicitamente em todos os ordenamentos jurídicos.

Já projeto social estatal é uma ação planejada que nasce dessa necessidade de se intervir em uma determinada realidade ou problema e tem um propósito quando criado, o de transformar realidade estudada, sendo uma alternativa para enfrentamento da chamada questão social, assim Raichelis (1998. P.77-96) fundamenta:

A constituição da esfera pública é parte integrante do processo de democratização da vida social, pela via do fortalecimento do Estado e da sociedade civil, de forma a inscrever os interesses das maiorias nos processos de decisão política. É um movimento que pretende conferir níveis crescentes despublicização no âmbito da sociedade política e da sociedade civil, no sentido da criação de uma nova ordem democrática valorizadora da universalização dos direitos de cidadania. [...] Os caminhos de formação dessa esfera comum são construídos pelo discurso e pela ação dos sujeitos sociais que, estabelecendo uma interlocução pública, possam deliberar em conjunto as questões que dizem respeito a um destino coletivo”.

Torna-se então um projeto que pelas vias estatais democratizara segmentos da sociedade, por meios alternativos de valorização social, assim utilizando-se de departamentos Federais, Estaduais e Municipais, para que se concretize, sendo assim, a esfera pública vai se estabelecer em fóruns coletivos, cujas deliberações definirão gradualmente sua instituição.

Tais decisões resultam da interlocução entre segmentos da população local preocupados com as problemáticas sociais que dizem respeito às necessidades públicas. E essa interlocução deve se consolidar num movimento de continuidade e de expansão. Fazendo-se segundo a Constituição de 1988, tornarmos suficientemente agregadas a realidade. Necessário, dessa forma, articular tais políticas em torno de esferas públicas ampliadas para além de encontros, fóruns e conferências

setorizados.

Assim promovem-se articulações capazes de produzir estratégias amplas de enfrentamento da exclusão social, de forma a colocar acima os interesses das maiorias nos processos de decisão política. Gerindo então, políticas de projetos sociais estatais tornam-se uma necessidade pública.

2.1 Responsabilidades estatais em relação à criação de projetos

Compreender o que realmente significa a responsabilização do Estado garante aos particulares a defesa de seus direitos e, principalmente, o ressarcimento dos prejuízos que lhes são ocasionados, ainda é muito discutido por diversos doutrinadores, mas como o direito tem uma amplitude de fontes, onde ocorre uma verdadeira união de conhecimentos, portanto vemos a analogia, no qual a autora Di Pietro (2007, P 606) explica o que é a responsabilidade do Estado:

Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Fala-se, no entanto, com mais frequência, de responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública, já que, com relação aos Poderes Legislativos e Judiciários, essa responsabilidade incide em casos excepcionais.

Portanto, quando o Estado, pessoa jurídica de direito público, desvirtua a lei com a sua conduta, a penalidade é aplicada nas três esferas do Poder Estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Esta responsabilidade é sempre civil, de ordem pecuniária. Compreende-se que o Estado tem maiores poderes e vantagens em relação ao administrado, sendo estas jurídicas, econômicas e políticas. O indivíduo está em posição de subordinação perante ele, por esta razão merece maior proteção e um ônus menor comparado ao do ente estatal. Assim Senna (2001, P 11) exemplifica como:

A nova política de desenvolvimento deve se basear na busca incansável da transformação produtiva com equidade social. A nova ética é a da corresponsabilidade dos grandes setores da vida brasileira no enfrentamento das desigualdades sociais intoleráveis.

Viviane Senna é a responsável por um dos institutos que mais tem se destacado nas questões da implementação de projetos sociais aliada aos princípios da responsabilidade social empresarial: Instituto Ayrton Senna. Nesta fala destaca-se o seu propósito dirigido ao "enfrentamento das desigualdades sociais intoleráveis", ou seja, a questão social no Brasil de hoje e suas dificuldades administrativas.

As empresas controlam os recursos financeiros gerenciais essenciais para a execução de programas e projetos sociais de natureza pública municipal eficazes e atividades comunitárias. Por outro lado, uma política pública bem formulada e a estabilidade social são colunas vitais para sustentar as economias viáveis das empresas. Portanto existem razões para formações de alianças entre o setor público e o privado que garantam a sobrevivência da política econômica globalizada.

(MEREGE, 2007) aponta-se sob a bandeira da responsabilidade social empresarial delinea-se um espaço contraditório de relações sociais, no qual os interesses e necessidades vão se constituindo em demandas, na medida em que são apropriados pelas organizações e se institucionalizam como resposta.

Portanto o centro da questão: gerir políticas sociais é mais que governar e satisfazer as necessidades públicas, pois é também adotar ao projeto de instituição de uma esfera pública. Esse objetivo é cerne, sob pena de confundir até mesmo o que são as necessidades públicas, ou de relativizá-las sob angulo ideológicos distintos:

A constituição da esfera pública é parte integrante do processo de democratização da vida social, pela via do fortalecimento do Estado e da sociedade civil, de forma a inscrever os interesses das maiorias nos processos de decisão política. É um movimento que pretende conferir níveis crescentes de publicitação no âmbito da sociedade política e da sociedade civil, no sentido da criação de uma nova ordem democrática valorizadora da universalização dos direitos de cidadania. [...] Os caminhos de formação dessa esfera comum são construídos pelo discurso e pela ação dos sujeitos sociais que, estabelecendo uma interlocução pública, possam deliberar em conjunto as questões que dizem respeito a um destino coletivo. (RAICHELES, 1998, P 78-96).

Anexo neste conceito, uma esfera pública se estabelece nos fóruns coletivos, cujas deliberações definirão gradualmente sua instituição. Tais deliberações resultam da interlocução entre segmentos da população local preocupados com as problemáticas sociais que dizem respeito às necessidades públicas. E essa interlocução deve se consolidar em um movimento de continuidade e de expansão. Por quê? Porque esta trajetória das políticas sociais no Brasil é diversificada: a saúde, a previdência e a assistência social, e, por exemplo, possuem trajetórias históricas diferentes e, embora elas componham o tripé da Seguridade Social, segundo a Constituição de 1988, ainda não estão suficientemente agregadas. Tornando se necessário, dessa forma, articular tais políticas em torno de esferas públicas ampliadas para além de encontros, fóruns e conferências setorializados.

Essa conexão deve promover um modelo de organização de segmentos participativos da sociedade que provoque uma nova configuração das políticas sociais, assim, sendo capaz de produzir técnicas amplas de enfrentamento da exclusão social, de forma a engajar os interesses das maiorias nos processos de decisão política. Sucede que, no movimento contemporâneo de ampliação da esfera pública, proliferam presenças diversificadas de agentes políticos, culturais, econômicos e sociais, com ações ou discursos nem sempre convergentes na criação de modelos dinâmicos de organização. Assim, a formação da interlocução pública nem sempre se direciona para possibilidades de deliberação em conjunto das questões que dizem respeito a um destino coletivo.

Na norma em que tais presenças têm obtido uma visibilidade diferenciada na sociedade, pela ação de diversos fatores, faz-se necessária uma pequena reavaliação de suas projeções, de forma a compreender alguns aspectos da formação dessa nova esfera pública.

Preliminarmente, há um duplo registro histórico a enfatizar: de um lado, o deslocamento progressivo da "luta de classes" da esfera das relações capital versus trabalho para a esfera do fundo público, provocado pela crescente metamorfose da sociedade do salariado de outro, a passagem das manifestações coletivas de caráter amplo, organizadas nos movimentos sociais reivindicatórios (como entre a década de 60 e meados da de 80), para as manifestações estruturadas em ações coletivas combinadas em organizações sociais instituídas, de caráter restrito, que se expandiram de meados da década de 80 até a de 90.

Estas documentações históricas permitem entender que um critério para estabelecer as projeções das presenças de sujeitos, categorias e segmentos sociais em comunicações pode ser o "pluralismo" das manifestações e reivindicações expressas pelos mesmos na atualidade, que se trata de uma administração oficiosa de negócios públicos, sem mandato ou representação legal definidos na esfera pública. Deste modo, não se traz fundamentamente de um campo instituído, ou de uma esfera pública, mas com formações culturais sustentadas por uma associação de sujeitos.

Essa percepção sugere que há uma finalidade operativa estruturada em tais "formações culturais", que ganha visibilidade, sobretudo nas propostas de "atividades sociais" que ONGs assistencialistas e desenvolvimentistas geralmente evoluem. Tais funções sociais podem ser definidas como "atividades que estimulam, reforçam, influenciam ao encaminhar práticas de sociabilidade", caracterizadas por um fundo ideológico/político diferenciado.

Como as atividades das ONGs sociais também visam para a estruturação de práticas de sociabilidade, mas com uma dimensão ideias, princípios, ética e política distinta. São relatados sucintamente alguns casos acompanhados, com o objetivo de analisar como se opera a interlocução entre as organizações, o poder público e a sociedade civil para a ampliação da esfera pública.

Nesse contexto, duas ONGs vêm se destacando recentemente. À primeira é uma ONG de ambientalistas, formada por vários agentes de classe média da cidade, como empresários, professores, profissionais liberais, entre outros, e que tem como principal meta, atualmente, a preservação do Ribeirão Capivari, principal recurso de captação de água para a cidade. Sua estratégia foi primeiramente realizar uma campanha ampla de comunicação, de caráter informativo e educativo, que inclui cartazes, cartilhas e vinhetas em uma rede de emissoras de rádio da região. Tal campanha iniciou-se em janeiro de 2001, com depoimentos de agentes locais e esclarecimentos sobre a importância do Ribeirão para o município e foi, progressivamente, incorporando depoimentos de agentes regionais, estaduais e nacionais, de agências e órgãos dedicados à questão ambiental, em instâncias governamentais ou fora delas, e esclarecimentos sobre a problemática contemporânea dos recursos hídricos, que chegou a incluir o problema do racionamento de energia elétrica no país.

Em outro momento, com a ampliação e diversificação da campanha, a ONG passou a buscar recursos financeiros para a elaboração de projetos de recuperação e preservação do Ribeirão Capivari, solicitando apoio institucional aos agentes mais destacados que participaram da campanha, sobretudo nas instâncias de governo estadual e federal e aos empresários que possuem residências no município.

A intenção da ONG, entretanto, não é a de realizar os projetos, mas entregá-los à prefeitura local para que ela os realize, ficando em uma condição de parceira no planejamento e no controle, mas não na execução dos serviços necessários. Sendo assim a ONG foi criada com a finalidade de propor e elaborar projetos de melhorias para o município, tendo em vista seus problemas. Nesse sentido, seus agentes apresentaram uma proposta de elaboração gratuita do Plano Diretor do município, o que vem sendo muito discutido nas instâncias de governo e entre segmentos da sociedade local.

Antes mesmo de a proposta ser implantada, surgiu uma questão de fundo: como conjugar nesse Plano Diretor os interesses dos proprietários/investidores com as diretrizes de desenvolvimento social necessária ao município? A resposta veio com um problema prático que se instalou no desenvolvimento dos debates em torno da proposta. Em uma matéria sobre problemas de infraestrutura na região, publicada no jornal Folha de São Paulo, o assessor técnico do gabinete da prefeitura foi questionado sobre a reivindicação da população pobre residente em algumas áreas periféricas do município, que solicitava do prefeito o asfaltamento do acesso a seus bairros, ao que respondeu: "Há turistas que não querem nem asfalto nem iluminação. Dizem que isso acabaria com a beleza natural de Campos".

Ora, para um município com um contingente de pobreza alto, que "tem somente 30% de suas ruas asfaltadas ou calçadas e 20% delas iluminadas", a noção de preservação da beleza natural da cidade, expressa por esses turistas, é no mínimo segregada.

Vê-se então, em tais casos descritos, que alguns aspectos apresentam referências comuns:

- os agenciamentos das ONGs explicitam dimensões diversificadas da questão social contemporânea, exteriorizando problemas muitas vezes velados nas relações entre o Estado e a sociedade civil, o que é característica do seu exercício emergente de mediação nessas relações de organização social;

- seus agenciamentos também sugerem um distanciamento entre o saber necessário (que as organizações possuiriam) para a resolução dos problemas dos municípios e a capacidade para tanto explicitada pelos governos locais;

- aos governos locais é reconhecida, entretanto, a capacidade de execução dos projetos elaborados e agenciados pelas ONGs;

- as instâncias de governo são caracterizadas, também, como fontes de financiamento (na forma dos fundos públicos) ou de intermediação para manutenção das ONGs e de seus projetos;

- a informação da população, visando a manifestação da opinião pública, é vista ora como recurso estratégico para captação de investimentos ou para sustentação política, pois agrega valor às ações das ONGs, ora como depositária de discussões técnicas ou econômicas restritas, com pouca repercussão na formação de uma esfera pública efetiva.

3. DIMENSÕES ATUAIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Há elementos delimitam sua abrangência em termos de esfera de poder político (nível federal, estadual, municipal) e de conteúdo argumentativo (política econômica, social – saúde, educação, assistência social etc.). Aduzido por TEIXEIRA:

Para interferir diretamente nesse processo, sobretudo no nível local, ou seja, municipal procura-se identificar as possibilidades e espaços existentes, as dificuldades e limites da atual prática, as contradições do projeto de municipalização e descentralização e as indicações de caminhos para se construir propostas articuladas de políticas de desenvolvimento integrado e sustentável.

Algumas expressões precisam ser consideradas no processo de caracterização de políticas públicas, no momento em que a sociedade civil é chamada a dele participar. Como exemplo, a identidade, iniciativas de proposições para responder questões constituem um elemento importante no processo de formação de identidade coletiva dos atores sociais.

As plataformas políticas, e as políticas públicas expressam o sentido do desenvolvimento histórico-social dos atores sociais na disputa para construir a hegemonia; refletem, pois, as concepções que têm do papel do Estado e da sociedade civil, constituindo programas de ações que respondem as suas carências e demandas assim como adimensão estratégica, que, as políticas públicas diretamente ligadas ao modelo econômico e à constituição de fundos públicos assumem aspecto estratégico, quando se constituem referência e base para a definição de outras políticas ou programas em determinadas áreas.

As opções estratégicas devem considerar, ao mesmo tempo, as inovações tecnológicas e a reestruturação produtiva e os seus efeitos sobre o emprego e o agravamento das desigualdades sociais, buscando-se alternativas que redirecionem o emprego não apenas da forma compensatória que torna seus beneficiários meros objetos da assistência, mas que os tornem cidadãos ativos, contribuindo, através de novas formas de inserção social, para o desenvolvimento da sociedade.

As políticas públicas vertem mediações entre interesses e valores dos diversos atores que se defrontam em espaços públicos para negociar soluções para o conjunto da sociedade ou determinados grupos sociais. Outros, porém, tem um caráter essencialmente político que traduzem antes objetivos políticos do que verdadeiros direitos.

Um modelo mais efetivo de esfera pública instituiu é o orçamento recíproco, uma vez que, permite que a cidadania conheça a estrutura de receita pública, de onde ela se inicia, quem paga e quem não paga. A população, a partir de critérios deliberados coletivamente, decide onde esses recursos são gastos, quais as prioridades e quais as obras a serem feitas com eles. “O orçamento participativo supera a alienação, aprofunda a democracia e forma uma cidadania viva, crítica e participativa, capaz de decidir conscientemente sobre as questões que lhe dizem respeito” (DUTRA, 1995, P 1-6).

Excedendo a participação e deliberação, o orçamento participativo também permite aos segmentos da população reconhecer os interesses de classe que se expressam na luta pela apropriação dos recursos públicos; interesses que, fora de tais esferas públicas, mantêm-se geralmente ocultos. Todavia, a população precisa superar alguns aspectos restritivos à deliberação popular sobre o orçamento público, porque geralmente as plenárias deliberam somente sobre a rubrica do orçamento destinado aos investimentos, que em média correspondem a 10% do orçamento municipal, por exemplo. É necessário ampliar o limite de participação popular, de forma a tornar tal esfera mais pública do que já é, aumentando não só a autonomia da sociedade civil nesse processo, mas também sua responsabilidade.

O orçamento mutua pode ser igualmente um canal de ampliação da esfera pública quando, possibilitando à população, a averiguação e a discussão dos problemas locais e assegurando o direito de decidir conscientemente sobre as questões que lhe dizem respeito, possibilitam a visualização, o acompanhamento e o controle das ações e dos projetos sociais públicos. Somente em uma esfera pública ampliada com esse mecanismo de controle há a possibilidade de criar um programa integrado de inclusão social. Não é à toa que as propostas de orçamento participativo, tanto quanto as experiências de programas integrados de inclusão, são coordenadas diretamente pelos gabinetes dos prefeitos municipais, mas são geridas segundo modelos descentralizados e participativos. Atualiza-se a opção política de gestão dos governantes, fazendo os problemas chegarem diretamente ao governo, tanto quanto se facilita a tomada de direção no sentido de aderir à satisfação das necessidades públicas.

Outro paradigma de esfera pública instituiu são os conselhos de gestão, sobretudo os municipais, cada vez mais caracterizados como modelos de gestão das políticas sociais. Sua importância está no fato de constituírem formas de descentralização das deliberações sobre as ações

do governo e de coordenação das ações da sociedade civil em torno da efetivação das políticas sociais necessárias para o enfrentamento da exclusão social. Nesse sentido, os conselhos são grandes canais de interlocução entre a esfera estatal e a sociedade civil.

A partir da promulgação da Constituição de 1988 a sociedade brasileira vem reestruturando as esferas de participação popular, trazendo o reordenamento das instâncias decisórias acerca das políticas sociais públicas.

Entre as esferas de Iniciativa popular e de expressão de suas demandas pela cidadania, os conselhos de gestão formam um *locus* privilegiado de análise, uma vez que nessa esfera explica os conflitos derivados da intimidade de concepções e formas tradicionais, hegemônicas e emergentes de controle social.

Os conselhos trazem concepções convencionais e hegemônicas, que ficam claras na sua forma de estruturação e nas suas atribuições em suas relações com o governo. Especificamente as características são identificadas tanto na relutância de vários governantes em admitir as decisões e resoluções dos conselhos quanto no padrão tutelado que muitos governos reproduzem na manutenção dos conselhos.

Na busca de menção para a ação dos conselheiros, com vistas a promover procedimentos da administração pública e atender às demandas dos segmentos representados, em muitos casos confundem-se as atribuições dos conselhos com as do Estado. Tal confusão desdobra-se na fusão das estruturas de funcionamento de ambos, o que inibe o desenvolvimento de relações fiscalizadoras e reivindicatórias coerentes e eficazes.

A incompreensão acerca do funcionamento da burocracia estatal e de suas inconsistências nas relações entre instâncias diferentes de governo tem impedido o desenvolvimento de composições pluralistas nos conselhos, uma vez que as concepções de descentralização ficam mal resolvidas. Nessa condição, os conselheiros acabam tornando-se elementos mandatários que se envolvem alternadamente nas decisões governamentais, sem exercer um poder de controle social mais efetivo na estrutura organizacional da administração pública, num sentido amplo.

Executar como burocracia, mas relegados à condição de suplementar nas decisões governamentais, os conselhos prestam-se a procedimentos errôneos, mesmo que suas ações busquem o bem comum.

Em quanto essa denominação envolva concepções complexas acerca do exercício das ações de governo, mesmo que reduzida à esfera municipal deve-se considerar ao menos que as ações desses conselhos têm contribuído decisivamente para a reorganização de algumas estruturas da administração pública, pela ampliação de canais de vocalização dos segmentos populares que deles participam.

4. POLITICAS PUBLICAS MUNICIPAIS

Pode-se dizer que as políticas públicas representam os instrumentos de ação dos governos, numa clara substituição dos "governos por leis" pelos "governos por políticas”:

O fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado pela obrigação de implemento dos direitos fundamentais positivos, aqueles que exigem uma prestação positiva do Poder Público. (BUCCI, 2002, P. 259).

A política não é uma norma nem um ato jurídico; no entanto, as normas e atos jurídicos são componentes da mesma, uma vez que esta pode ser entendida como "um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinando”:

As normas, decisões e atos que integram a política pública têm na finalidade da política seus parâmetros de unidade. Isoladamente, as decisões ou normas que a compõem são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico próprio. (COMPARATO, 1997, P.737).

Com a implantação da Constituição de 1988, os municípios adquirem a autonomia política, através de uma elaboração de sua própria lei orgânica e demais leis e da escolha direta de seus governantes. Assim, ampliou se a sua competência em áreas importantes, como a política urbana e transportes coletivos. Segundo o professor de José Afonso da Silva (2009, P. 619):

A Constituição de 1988 modifica profundamente a posição dos Municípios na Federação, porque os consideram componentes da estrutura federativa. Realmente, assim o diz em dois momentos. No art. 1º declara que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. No art. 18 estatui que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. Nos termos, pois, da Constituição, o Município brasileiro é entidade estatal integrante da Federação, como entidade político-administrativa, dotada de autonomia política, administrativa e financeira. Essa é uma peculiaridade do Município brasileiro. A inclusão do Município na estrutura da Federação teria que vir acompanhada de consequências, tais como o reconhecimento constitucional de sua capacidade de auto-organização mediante cartas próprias e a ampliação de sua competência, com a liberação de controles que o sistema até agora vigente lhe impunha, especialmente por via de leis orgânicas estabelecidas pelos Estados.

Segundo defende BUCCI, há certa proximidade entre as noções de política pública e de plano, embora aquela possa consistir num programa de ação governamental veiculado por instrumento jurídico diverso do plano. A política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. “A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento.” (BUCCI, 1996 P.13).

Entendimento semelhante tem Bastos (2010, p. 310), para quem:

O Município é contemplado como peça estrutural do regime federativo brasileiro pelo Texto Constitucional vigente, ao efetuar a repartição de competências entre três ordens

governamentais diferentes: a federal, a estadual e a municipal. À Semelhança dos Estados-Membros, o Município brasileiro é dotado de autonomia, a qual, para que seja efetiva, pressupõe ao menos um governo próprio e a titularidades de competências privativas. Nos artigos 29 e 30 a Constituição Federal assegura os elementos indispensáveis à configuração da autonomia municipal.

Contudo, com do aumento de sua capacidade financeira, a participação dos municípios na receita tributária global não supera os 18 ou 20%, no entanto, eles assumem vários encargos e responsabilidades das outras esferas, o que os obriga a negociar recursos nos diversos programas federais ou estaduais. Com uma frágil base econômica, ao lado da ineficiência administrativa, os recursos próprios na maioria dos municípios não vão além dos 5% do total da receita.

A Constituição confere também aos Municípios competências materiais, como a constituição das Guardas Municipais, com a finalidade de proteger os bens, serviços e as instalações municipais (Constituição Federal de 1988, artigo 144, § 8º) e a elaboração de plano diretor, com o objetivo de executar a política de desenvolvimento urbano (Constituição Federal de 1988, art. 182, § 1º).

Neste procedimento, a autonomia de realizar políticas próprias sem vinculação aos programas federais e estaduais é mínima. Os prefeitos, na maioria dos municípios com base político-eleitoral nas elites proprietárias, não assumem os riscos de uma política tributária mais realista. A política econômica neoliberal acentua os impactos sobre o emprego, a renda e as condições de vida nos municípios. Os municípios, até então alheios às questões econômicas, veem-se pressionados a realizar programas de geração de renda e emprego. Nem assim, ele decidiu-se a qualquer iniciativa na questão agrícola ou rural, apesar de a maioria deles terem sua sustentação econômica nesse setor.

4.1 Autonomias municipais perante os meios alternativos

Competências Municipais são responsabilidades e encargos atribuídos a cada esfera governamental para realizar sua gestão, que em nosso ordenamento jurídico é de quatro em quatro anos. Nos quais são definidas na Constituição Federal e, no caso dos municípios, detalhadas nas Leis Orgânicas. O município tem ampla autonomia para definir suas políticas e aplicar seus recursos, no caso das competências privativas ou exclusivas, portanto elas são definidas no artigo 30 da Constituição Federal: a) legislar sobre assuntos de interesse local, expressão bastante abrangente, detalhada na Lei Orgânica. b) instituir e arrecadar impostos sobre serviços, predial urbano, transmissão Inter vivos de bens imóveis, varejo de combustíveis líquidos. O município pode, ainda, regular matérias conforme peculiaridades locais, ou, em caso de omissão de outra esfera, não sendo competência exclusiva, preencher a lacuna.

O objeto de políticas públicas tradicionalmente nas áreas, como assistência social, meio ambiente, habitação, saneamento, produção agropecuária, abastecimento alimentar, educação, saúde, o município tem competência comum com a União e o Estado, a ser exercida com a cooperação dessas esferas de poder, pela transferência de recursos, ou pela cooperação técnica. Até hoje não regulamentadas, as fronteiras entre as esferas de poder permanecem indefinidas, resultando na superposição de atividades. Importante lembrar que o capítulo da Ordem Social da Constituição assegura, de forma clara, a participação da comunidade e a gestão democrática. Mesmo sem definição clara, o município possui, portanto, bastante competências.

O problema maior são os recursos, no qual em um processo de descentralização desordenado, muitas responsabilidades estão sendo transferidos sem os devidos recursos. Estes dependem das chamadas transferências negociadas, que consideram a posição política, o prestígio e a vinculação partidária dos prefeitos e parlamentares, cujas alianças se pautam, em grande parte, pelos interesses eleitoreiros e clientelistas. As receitas dos fundos de participação são distribuídas com critérios que concentram a renda tributária em poucos municípios, os de maior desenvolvimento econômico.

As parcelas transferidas diminuem com a recessão que reduz os recursos e com as políticas de ajuste fiscal que repassam parte dos recursos para fundos como o de Estabilização Fiscal.

A administração dos municípios demonstra se mais precária com o desmonte, nos últimos anos, de agências técnicas federais e estaduais que lhe prestavam assistência. Na política neoliberal, a descentralização é, principalmente, a transferência da responsabilidade da execução e custeio de políticas para a família e a sociedade. Em paralelo, mantém-se a transferência de subvenções sociais para entidades indicadas, com critérios político e eleitoral, por parlamentares ou outras instâncias do poder, pulverizando recursos sem priorizar as necessidades da população. Assim, propor, formular, reformular e participar da gestão de alternativas de políticas públicas é enorme desafio para a sociedade civil. E só é possível tratando da distribuição e alocação dos recursos públicos e da composição do poder público.

5. ENTIDADES CAPAZES DE RECEBER DOAÇÃO COM FINALIDADES ASSISTENCIAIS, EDUCACIONAIS E ESPORTES

Em um cenário constituído de direitos e obrigações fiscais, especialmente aquele voltado a uma gestão adequada dos gastos públicos por parte dos governantes; a compreensão de uma cidadania ativa, participativa e solidária é um passo importante que as Administrações Tributárias mais modernas perseguem no contexto da socialização dos tributos.

Nessa perspectiva, não há que se falar em Sociedade sem o pagamento de impostos, essa

condição está diretamente ligada ao desenvolvimento econômico e social de um povo. Está claro que tanto a sonegação fiscal quanto a corrupção impedem a realização dos próprios direitos fundamentais, ou seja, o poder do estado de despender recursos para a saúde, educação e segurança. Elas ressaltam privilégios e desigualdades, enfraquecendo a cidadania e a democracia.

Então, a tributação deve ser compreendida como um dever de cooperação que possibilita a atuação estatal nas suas mais diversas áreas, especialmente na vida social e econômica das pessoas. Dessa forma, o conhecimento da questão dos impostos possibilitará o fomento da cidadania, proporcionando os conhecimentos e habilidades que capacitam à compreensão do mundo e a atuação consciente na melhoria da realidade social de todos.

O tributo é um instrumento que pode e deve ser utilizado para promover as mudanças e reduzir as desigualdades sociais. O cidadão, conhecedor da função social do tributo, como forma de redistribuição da renda nacional e elemento de justiça social, é capaz de participar do processo de arrecadação, aplicação e fiscalização do dinheiro público.

6. O IMPOSTO DE RENDA A SERVIÇO DA CIDADANIA

A Campanha *Destinação* realizada pela Secretaria da Receita Federal e a Lei 2.553, de 11 de dezembro de 2014 no qual aprovou o Consorcio Municipal da Criança e do Adolescente (CMCaD) em que visa divulgar aos contribuintes Pessoa Física e Pessoa Jurídica a possibilidade de destinar uma parte do seu imposto de renda devido aos diversos fundos de amparo social que tenham sido previstos na legislação conforme artigo 27 da lei. Em especial na época de entrega da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física divulga a possibilidade de se destinar, diretamente no programa do IRPF, até 3% do imposto devido para o Fundo da Criança e do Adolescente, o FIA. Assim, o Código Civil de 2002 esclarece que “Artigo 538 - Considera se doação o contrato em que uma pessoa, por liberdade, transfere seu patrimônio bens, para outra.”.

Assim, essa é uma ação efetiva de cidadania, que interfere diretamente na realidade social na qual atua o Fundo escolhido para receber a destinação, por meio dos projetos sociais a serem beneficiados com os recursos, as crianças e adolescentes terão a oportunidade de participar de atividades educacionais, culturais, artísticas etc., relevantes para a formação integral do ser humano e para a redução da violência em nossas cidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em consideração esses aspectos, no qual se esclarece o significado de diretrizes sociais e políticas públicas, dentro do ordenamento jurídico, com formulações estratégicas

ao atendimento de determinados projetos sociais, e a atuação efetiva do Estado neste papel no qual se traz abarcado por princípios que se aduzem a propostas de eficazes de políticas públicas e sociais.

O Princípio da igualdade no qual traz o anseio de justiça e segurança social, assim como o princípio da eficiência, que impõe a administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracias e sempre em busca de qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir se uma maior rentabilidade social.

Assim esclarece que, como um dos meios alternativos o “tributo”, que é um instrumento que pode e deve ser utilizado para promover as mudanças e reduzir as desigualdades sociais. O cidadão conhecedor da função social do tributo, como forma de redistribuição da renda nacional e elemento de justiça social, é capaz de participar do processo de arrecadação, aplicação e fiscalização do dinheiro público.

Os contribuintes Pessoa Física e Pessoa Jurídica tem a possibilidade de destinar uma parte do seu imposto de renda devido aos diversos fundos de amparo social. Cabe ressaltar que o contribuinte não pagará mais imposto por isso e nem terá sua restituição diminuída, ele apenas permitirá que parte do seu imposto devido seja destinada diretamente para um Fundo, ao invés de ir para o Tesouro Nacional. Esta é uma ação efetiva de cidadania, que interfere diretamente na realidade social na qual atua o Fundo escolhido para receber a destinação.

Diante o exposto, no qual trago neste artigo, é possível afirmar que as entidades podem sim, propor meios alternativos de arrecadação de renda para ONGs, Associações governamentais, projetos municipais assistenciais, educacionais e esportes, através de como visível o Imposto de Renda, uma alternativa para a inclusão de projetos.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**. 19 eds. n. 3, fevereiro/2009.

BRASIL. **Lei Complementar nº 111, de 06 de Julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp111.htm>. Acessado em: 28/01/2018.

- _____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acessado em: 18/06/2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o Direito Administrativo.** Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, São Paulo: Malheiros. 1996.
- CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE CHAPADA-RS. **Lei nº 2.553, de 11 de dezembro de 2014.** Disponível em: <<http://www.camarachapada.rs.gov.br/legislacao/item/lei-n%C2%BA-2-553-2015.html>>. Acessado em: 17/06/2018.
- CAMPA, R. **A época das incertezas e as transformações do Estado contemporâneo.** São Paulo: Difel; Istituto Italiano di Cultura. 1985
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo. 1997.
- DUTRA, O. **Reforma tributária e participação popular.** *Folha de S.Paulo*, São Paulo, Caderno 1:3, 21 maio 1999.
- FERNANDES, R.C. **O que é o Terceiro Setor?** In: IOSCHPE, E.B. (Org.). *Terceiro Setor.* Desenvolvimento social sustentado. 2 eds. Rio de Janeiro: GIFE; Paz e Terra, 1997.
- GARCÍA-PELAYO, M. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo.** Madrid: Alianza Universidad. 1977.
- LOPES, José Rogério. **Terceiro setor:** a organização das políticas sociais e a nova esfera pública. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000300007>>. Acessado em 15/05/2018.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros. 2010.
- MEREGE, L. C. **Censo do terceiro setor do Estado do Pará região metropolitana de Belém.** Belém: CETS/FGV-EAESP, 2005. Disponível em: <<http://www.mapa.org.br/conteudo.aspx?PG=49>> Acesso em: 23/02/2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas. 2002.
- NASSER, A.C.A. **Sair para o mundo – trabalho, família e lazer: relação e representação na vida dos excluídos.** In: DOWBOR, L.; KILSZTAJN, S. (Org.). *Economia Social no Brasil.* São Paulo: Ed. SENAC-SP. 2001.
- PEREIRA, Viviane Santos; SILVA, André Wagner Barata. **Políticas Públicas e Desenvolvimento Rural:** o caso de São Thomé das Letras. Disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/13/751.pdf>>. Acessado em: 17/03/2018.
- PERNTHALER, Perter. **“überBegriff und Standort des Leistenden Verwaltung in der oesterreichischen Rechtsordnung”**, JBH, 1965.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo.** 20 ed. São Paulo: Atlas. 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PLANO NACIONAL DE ECONOMIA SOLIDÁRIA. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/trabalhador-economia-solidaria/plano-nacional-de-economia-solidaria>. Acessado em: 30/05/2018.

PROJETO DE BRAÇOS ABERTOS. **O Projeto**. Disponível em: <http://projetodebracosabertos.com.br/o-projeto/>. Acessado em: 12/02/2018.

_____. **Projeto de Braços Abertos duplica verba de comerciante do Borel**. Disponível em: http://projetodebracosabertos.com.br/2017_/09/13/projeto-de-bracos-abertos-duplica-verba-de-comerciante-do-borel/. Acessado em: 15/03/2018.

RAICHELIS, R. **Assistência social e esfera pública**: os conselhos no exercício do controle social. Serviço Social & Sociedade, São Paulo, Cortez, n. 56, 1998.

RECEITA FEDERAL. **Campanha Destinação**. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/direitos-e-deveres/educacao-fiscal/projeto-destinacao>. Acessado em: 18/06/2018.

ROCHA, S. **Alguns consensos sobre a pobreza no Brasil**. In: DOWBOR, L.; KILSZTAJN, S. (Org.). **Economia Social no Brasil**. São Paulo: Ed. SENAC-SP. 2001.

SENNA, V. **O caminho dos caminhos**: 10 mandamentos para a carreira. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 abr. 2001. Folha Empregos. Edição Especial.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2009.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acessado em: 15/03/2018.

UNICEF BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm >. Acessado em: 28/11/2017.

VIEIRA, E. **A Constituição de 1988 e o novo cenário político-social do Brasil**. In: LOPES, J.R. (Org.). *O processo de democratização na sociedade brasileira: 20 anos de luta pela cidadania*. São Paulo: SESC; Nepps-Unitau, 1999.

OS DESAFIOS DA SEGURANÇA SOB OS ASPECTOS DA PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

Francisco Lozzi da COSTA¹
Diogo Ramos Cerbelera NETO

RESUMO

O tema segurança pública ganhou relevância com a Constituição de 1988 e recebeu um capítulo próprio, onde a conceituou e distribuiu responsabilidades ao Estado, cidadão e a órgãos específicos, também indicando a direção do seu exercício, o da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Como preservação da ordem pública objeto do presente artigo, tem-se como aquela segurança exercida de forma ampla no sentido de proporcionar tranquilidade, salubridade e segurança pública aos cidadãos. A tranquilidade proporcionada pela paz pública nas ruas, a salubridade revestida das condições adequadas de vida em sociedade e a segurança pública propriamente dita caracterizada como dever do Estado que deve atuar para preservação ou restabelecimento da convivência social pacífica, através dos órgãos estatais e por fim a responsabilidade de todos como forma de garantir uma efetiva participação do cidadão através de canais que assegure fluxo de informações relevantes à Polícia, através do policiamento comunitário e dos Conselhos Comunitários de Segurança, cujo foco de atuação é o da promoção da segurança coletiva e a paz social.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Pública. Ordem Pública. Tranquilidade. Salubridade.

RESUMEN

El tema seguridad pública ganó relevancia con la Constitución de 1988 y recibió un capítulo propio, donde la conceptuó y distribuyó responsabilidades al Estado, ciudadano ya órganos específicos, también indicando la dirección de su ejercicio, el de la preservación del orden público y la la incolumidad de las personas y del patrimonio. Como preservación del orden público objeto del presente artículo, se tiene como aquella seguridad ejercida de forma amplia en el sentido de proporcionar tranquilidad, salubridad y seguridad pública a los ciudadanos. La tranquilidad proporcionada por la paz pública en las calles, la salubridad revestida de las condiciones adecuadas de vida en sociedad y la seguridad pública propriamente dicha caracterizada como deber del Estado que debe actuar para preservar o restablecer la convivencia social pacífica, a través de los órganos estatales y por fin responsabilidad de todos como forma de garantizar una efectiva participación del ciudadano a través de canales que asegure flujo de informaciones relevantes a la Policía a través de la policía comunitaria y de los Consejos Comunitarios de Seguridad cuyo foco de actuación es el de la promoción de la seguridad colectiva y la paz social.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Pública. Orden Público. Tranquilidade. Salubridad.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da segurança pública sob o enfoque dado pela Constituição Federal no sentido de preservação da ordem pública, conteúdo de maior abrangência, não significando tão

1 Possui mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - Instituição Toledo de Ensino (2011), graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo (1988) e graduação profissional em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (1981). Lecionou no Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente no curso de Direito, de 2013 a 18/12/2018.

somente colocar a polícia nas ruas, ter mais orçamento, construir penitenciárias, etc.

O propósito da pesquisa é demonstrar que não só a polícia desempenha o papel de proporcionar segurança, mas à sua ação se juntam outras realizações que possibilitam trazer tranquilidade à sociedade e a paz pública nas ruas, e isto ocorre através da formação adequada dos cidadãos para viverem em comunidades, isto proporcionado pela educação, bem como a salubridade pública, caracterizada pelas condições adequadas de vida em comunidade como moradia, tratamento de água servida, destinação correta dos resíduos decorrentes do uso dos recursos naturais, dentre outros, questões que não são tratadas pelas polícias, as vezes podem até serem casos de polícia, mas se entrelaçam com a segurança pública e se torna um enorme complicador na redução da delinquência.

O referencial teórico da pesquisa levou em consideração as lições de (SILVA, 1992, p. 382) ou seja a segurança, como um conjunto de garantias, natureza que, aliás, se acha ínsita no termo segurança; do que declara (CASTRO, 2010, p. 274) “que segurança pública não pode ser encarada sob a ótica simplista da maior ou menor eficiência dos instrumentos de repressão, mas sim ser analisada de forma contextualizada e interdisciplinar, à luz dos compromissos constitucionais imantados do art. 3º da Constituição da República, em especial no que toca à construção de uma sociedade livre, justa e democrática, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais, à promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; bem como as considerações de (LAZARINI, 1996, p. 53-54) “segurança pública é o conjunto de processos, políticos, jurídicos, destinados a garantir a ordem pública, sendo essa o objeto daquela”, e ainda que, “a ordem pública, portanto, é efeito de causa segurança pública, como também é efeito da causa tranquilidade pública, ou ainda, efeito da causa salubridade pública”. Embora não haja um fio condutor que possa conduzir uma participação da sociedade tem-se buscado em alguns Estados implantar a filosofia do policiamento comunitário que para (ROBERT TRAJANOWICZ E BONNIE BUCQUEROUSS, 1999, p. 4-6) “Policiamento comunitário é uma filosofia e uma estratégia organizacional que proporciona uma nova parceria entre a população e a polícia”.

A ordem pública é compreendida pela sociedade em seu aspecto tão somente segurança pública o que impacta orçamentos governamentais, com o fim de proveitos políticos-eleitorais, como compra de mais viaturas, equipamentos e contratação de mais policiais, o que se diga ser necessário, porem dentro de um contexto que privilegie outros setores como a da melhoria da qualidade de vida em sociedade como por ex. educação, moradia dentre outros, para que possa no seu conjunto proporcionar ordem pública na comunidade.

Tratou-se também da participação do cidadão nas questões de ordem pública como

imperativo constitucional do art. 144 de atribuir responsabilidades a todos.

O método utilizado na pesquisa do artigo foi o dedutivo, partindo-se de aspectos gerais elencados pela doutrina base para se chegar a aspectos particulares da efetiva prestação da segurança aos cidadãos.

No contexto procurou-se conceituar e distinguir o tema segurança pública de tantos outros correlatos, dando-lhe a dimensão do que foi estabelecido pela Constituição Federal no sentido de preservação da ordem pública em seus aspectos de tranquilidade, salubridade e segurança pública propriamente dita.

Na outra vertente do tema tratado pela Constituição Federal que é a da responsabilidade de todos frente a segurança pública, sem que haja uma regulamentação do poder público, tem sido objeto de iniciativas tímidas em alguns Estados da federação a implantação da filosofia de polícia comunitária e a formação de Conselhos Comunitários de Segurança, com a finalidade de se estabelecer uma canal de comunicação eficiente entre a polícia e a comunidade na atuação e promoção da segurança coletiva e a paz social, contudo se recente ainda o Brasil de uma política orientadora da participação do cidadão nas questões que a Constituição Federal lhe atribuiu, no só direito mas também responsabilidade de todos.

Quer seja a segurança sobre o aspecto de vigilância, prevenção ou repressão das infrações penais, seu corolário primeiro é o de proteger a dignidade da pessoa humana, ainda que seja infrator da lei, bem como seu foco de atuação deve ser direcionada a proteção dos bens jurídicos relevante, elencados no texto constitucional.

2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tido como a mais importante previsão da Constituição de 1988, o artigo 1º caput estabeleceu o perfil político-constitucional do Brasil, estabelecendo ser ele um Estado Democrático de Direito, decorrendo desse Estado Democrático todos os princípios fundamentais do Estado Brasileiro.

Para o penalista (CAPEZ, 2009, p. 07) “Do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal”. Por consequência todo Direito Penal ou Processual Penal que for contrário ou que viole os princípios regentes da dignidade humana ou o devido processo legal, “dois princípios governantes para que se obtenha a efetividade das propostas do Estado Democrático de Direito” (NUCCI, 2012, p. 44) será tido como inconstitucional critério que deve ser apreciado também quando da aplicação de ambos direitos frente ao caso concreto, no momento de se fazer a adequação típica ou o devido processo legal, isto na fase de vigilância, prevenção ou repressão de fato criminoso.

Em respeito à dignidade da pessoa humana, o legislador deverá estar atento quando da elaboração da norma de Direito Penal, na seleção dentre os vários comportamentos humanos, aqueles que possuam lesividade social relevante, “aqueles que colocam em perigo valores fundamentais da sociedade” (CAPEZ, 2009, p. 08).

As ações de polícia na fiscalização do cumprimento das normas de direito penal ou na apuração processual penal das violações das normas de direito material se vinculam à observância do princípio da dignidade humana, com absoluto respeito à pessoa humana.

O Direito Penal tem por escopo principal a proteção dos bens jurídicos mais importantes contra as formas mais graves de agressão, cuja finalidade é garantir a subsistência da sociedade.

3. BEM JURÍDICO PENAL

Somente os bens jurídicos constitucionais devem ser objeto de atenção do legislador penal, essencialmente aqueles cujo delito pode constituir lesão ou perigo de lesão (PRADO, 1997, p. 21).

Na lição de (KELSEN, 1999, p. 215-217) “uma norma que representa o fundamento de validade de uma norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”. “uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental” e ainda “A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum”.

O Direito Penal, Processual Penal e Executório por sua vez não são diferentes, pois é a Constituição Federal que lhe dá validade e força legal para impor restrições ao direito de liberdade das pessoas.

Dentro dessa ótica de norma fundamental, podemos dizer que o Bem Jurídico Penal é extraído do próprio texto Constitucional, pois é este em especial que será garantido pela norma “in concreto” no seio social.

A Constituição Federal é a fonte principal dos bens passíveis de criminalização, além de conter princípios relevantíssimos que modelam a vida em sociedade, constituindo em sua maioria cláusulas pétreas, como base do sistema constitucional, não podendo ser objeto de mudança dentro daquela ordem constitucional, sendo verdadeiros limites ao legislador ordinário ao disciplinar em norma penal aquele bem jurídico.

Ao incriminar uma conduta o legislador infraconstitucional há de ter por fonte principal os bens constitucionais, que são base e estrutura jurídica da comunidade. Se houver de criminalizar bens não previstos constitucionalmente, só poderá fazê-lo com respeito aos princípios básicos previstos na Constituição, como por exemplo, respeito ao princípio da dignidade humana, constante

do artigo 1º inciso III, da Constituição Federal.

É na Constituição que o legislador criminalizador há de encontrar os bens que lhe cabe proteger e em sendo bens não constitucionais, deverá fazê-lo com respeito aos princípios constitucionais. “As constituições, portanto, são para as criminalizações sua base e seu limite”. (LUISE, 2003, p. 175).

A seleção dos bens constitucionais visando à criminalização, dá-se pelo “princípio da ultima ratio, que partindo da relevância do bem e da gravidade da lesão ao mesmo, faz com que se torne necessário a intervenção penal”. (LUISE, 2003, p. 175).

A proteção penal se faz pela criminalização de bens jurídicos constitucionais não só diretamente, mas até mesmo condutas preparatórias da proteção dos bens jurídicos, como por exemplo, o crime de associação criminosa e constituição de milícia privada, respectivamente artigo 288 e 288-A, ambos do Código Penal.

A renovação ou inovação das fontes punitivas do Estado se concretizam com base na Constituição com a busca de bens a serem tutelados, criminalizando-os nos limites impostos pela constituição tem o sentido de que se fará um direito punitivo que tem a dignidade da pessoa humana como sua base fundamental, verdadeiro corolário do Estado Democrático de Direito.

Aponta-se em relação exemplificativa Bens Jurídicos Constitucionais com reflexos na esfera do Direito Penal os seguintes:

3.1 Inviolabilidades do Direito à Vida, à Liberdade, à Igualdade, à Segurança, e à propriedade (Artigo 5º, Caput da Constituição Federal)

3.1.1. Direito à vida:

A proteção do direito à vida está inserida no Código Penal, no Capítulo I do Título I, dentro dos crimes contra a pessoa, no qual em sentido amplo também se insere a proteção da integridade física com o título das lesões corporais, periclitamento da vida e da saúde, Rixa, e dos crimes contra a honra.

3.1.2. Direito à liberdade:

Previsto no Capítulo VI do Código Penal dentro do título reservado aos crimes contra a pessoa, abrange os crimes contra a liberdade pessoal, inviolabilidade de domicílio, inviolabilidade da correspondência, inviolabilidade de segredos, além da proteção a dignidade sexual.

3.1.3. Direito à igualdade:

Preconceito de raça e de cor - Lei nº 7.716/89, pune os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

A Lei 12.288/10 Instituiu o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.

O estatuto é destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Através da Lei 10.098/2000, estabeleceram-se normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

3.1.4. Direito à segurança:

Além da previsão constitucional de órgãos que dê efetividade à segurança do cidadão, (art.142 CF) como as forças armadas, constituídas pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob a autoridade do Presidente da República, destinada à defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem e ainda, no (art. 144 CF) os órgãos que cuidam da segurança pública, com a incumbência da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, as Leis Penais, Penais Especiais e Contravencionais, dão ou pelo menos deveriam dar ao cidadão, garantias de convivência social pacífica.

3.1.5. Direito à propriedade:

Sob a rubrica dos crimes contra o patrimônio, o Código Penal, no título II torna infração criminal o furto, roubo e extorsão, usurpação, dano, apropriação indébita, estelionato e receptação, bem como no título III estabelece os crimes contra a propriedade imaterial, resguardando ai a propriedade intelectual, o privilégio de invenção, as marcas de indústria e comércio, concorrência desleal e a organização do trabalho.

3.2. Moralidade da Administração Pública pela Obediência aos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência (artigo 37 da Constituição Federal).

A moralidade da administração pública recebe proteção no título XI do Código Penal, quando cuida dos crimes contra a administração pública, nos casos dos crimes praticados por funcionário público contra a administração pública, os praticados pelo particular contra a administração em geral, os praticados por particular contra a administração pública estrangeira, os contra a administração da justiça e dos crimes contra as finanças públicas.

A Lei 1.079/50 Define os crimes de responsabilidade dos governadores do DF e territórios e regula o respectivo processo de julgamento.

Através da Lei 8.429/92 (improbidade administrativa) estabeleceram-se sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

A Lei Nº 8.666/93 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

3.3 Meio Ambiente (artigo 225 da Constituição Federal).

A Lei Nº 6.938/81 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

A lei Nº 9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Novo Código Ambiental, Lei Nº 12.651/12 (Código ambiental), trata da proteção da vegetação nativa.

3.4 Direitos Difusos e Coletivos (artigo 5º, inciso LXXIII, e artigo 129, III da Constituição Federal).

3.5 Proteção do Consumidor (artigo 5.º, inciso XXXII, artigos 150, § 5.º, e 170, V, todos da Constituição Federal).

A Lei Nº 8.078/90 dispõe sobre a proteção do consumidor que estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

3.6. Proteção à Família, à Criança, do Adolescente, da Juventude e do Idoso, (artigos 226 a 230 Constituição Federal).

3.6.1. Proteção à família:

A proteção à família recebeu atenção do legislador no título VII do Código Penal ao tratar dos crimes contra a família, dando proteção ao casamento, ao estado de filiação, a assistência

familiar, o pátrio poder, tutela e curatela.

A Lei Nº 9.278/96 regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Ficando reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

3.6.2. Proteção à criança e ao adolescente

Lei 8.069/90 Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.6.3. Proteção da juventude

A Lei 12.852/13 institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE.

3.6.4. Proteção ao idoso

A Lei 10.741/2003 dispõe sobre o Estatuto do Idoso destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

3.7 Defesa do Estado e das Instituições Democráticas (estado de defesa artigo 136, e estado de sitio, artigo 137 Constituição Federal).

Além das normas expressas na própria Constituição Federal, a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7170/83) efetivam as medidas penais contra aqueles que agem contra o Estado ou as Instituições Democráticas.

Ao garantir a Constituição Federal o respeito ao princípio da dignidade humana por força do seu artigo 3º inciso III e ainda estabelecer os bens jurídicos que podem ser sujeitos de proteção penal, tem a segurança além de respeitar o dever de assegurar os direitos fundamentais dentro da sociedade.

4. A SEGURANÇA COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A segurança realçada a direito fundamental na Constituição de 1988, requer que se façam alguns esclarecimentos relacionados ao presente artigo, uma vez ser difícil estabelecer aos direitos fundamentais um conceito preciso, sendo na lição de (SILVA, 1992, p. 161), empregado “varias expressões para designá-lo, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.

Dentro de toda dificuldade de se conceituar o que seja direito fundamental de forma precisa, será tratado a questão da segurança como uma garantia individual de cada brasileiro e estrangeiro residente no país, já que segundo (SILVA, 1992, p. 162) a expressão direitos individuais “é usada na Constituição para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade”, situação que não retira da segurança o seu caráter de direito fundamental.

A convivência em sociedade obriga ao Estado o direito de impor regras de convivência, regular situações e impor limitações ou permitir ações e deve fazer tão somente por intermédio do chamado de principio da legalidade, isto é por intermédio de lei. O instituto do principio da legalidade vem expresso no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, significando a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro dos limites estabelecidos pelo legislador.

A lei nas sociedades democráticas não tem outro fim se não que (SILVA, 1992, p. 367) “realize o principio da igualdade e da justiça não pela generalidade, mas pela busca de igualização das condições dos socialmente desiguais”.

Preocupação que se fez sentir quando da Declaração de direitos do Homem e do cidadão de 1789, instituindo no “Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada”.

Esta garantia da segurança aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição se dá pelo poder conferido ao Estado de exercer o poder de polícia, atividade que é regulada em nosso meio pelo Código Tributário Nacional, conforme sua expressão:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A tarefa de exercer o poder de polícia é privativa dos chefes de poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e o faz por intermédio de suas polícias, cujo fim deve ser sempre o da

realização do bem comum e como decorrência da necessidade do exercício desse poder, no art. 144 da Constituição Federal são instituídas ou elevadas em nível da Lei maior os diversos órgãos responsáveis pela segurança pública em seus territórios de atuação.

5. SEGURANÇA

A palavra segurança assume vários sentidos e vai depender do adjetivo que a caracteriza, podendo assumir a designação de: "Segurança jurídica" que se constitui numa garantia para a realização dos negócios jurídicos. "Segurança social" que se refere em garantir condições adequadas para o desenvolvimento das pessoas. "Segurança alimentar" como garantia de subsistência mínima às pessoas. "Segurança nacional" ações relacionadas com a defesa do Estado. "Segurança pública" como manutenção da ordem pública interna nas comunas do Estado, esta é tida como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos e é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

5.1 Preservação da Ordem Pública

Quanto à preservação da ordem pública o tema é mais complexo e exige que seja compartimentado para uma melhor compreensão, no que primeiramente se esclarece o que se entende por preservação, que segundo o Dicionário Aurélio está na esteira de "sinônimo de prevenção".

No que diz respeito à ordem pública, segundo (LAZARINI, 1996, p. 57) "ela se divide em tranquilidade, salubridade e segurança pública".

5.1.1 Tranquilidade

Tem-se a tranquilidade pública quando reina a paz nas ruas, ou seja, os membros da sociedade agem num clima pacífico, sem hostilidades, há ausência de transgressão das regras de convivência social, sobretudo aquelas que descrevem condutas delituosas.

E para que haja essa boa convivência social é necessária uma educação que vise o pleno desenvolvimento das pessoas, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Dentro dessa ótica se torna necessário o cumprimento pelo poder público de algumas medidas que possibilite uma melhor preparação do cidadão, conforme se apresenta na própria Constituição Federal, especificamente no Capítulo III e outros dispositivos e em legislações dispersas que impõe ao Estado atuar efetivamente na preparação do cidadão, como dever primordial

imposto em seu inciso IV do artigo 208 da efetivação da educação mediante atendimento em creche e pré-escola às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Disposição reforçada pelo artigo 54 da Lei 8069/90 Estatuto da Criança e do adolescente, no que diz respeito à obrigatoriedade do atendimento em creche bem como o ensino fundamental como obrigatório e gratuito.

Também com objetivo de melhorar as condições de vida da comunidade onde vive o cidadão, é que o artigo 225 § 1º, inciso VI da Constituição Federal incumbiu ao poder público a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Para que haja uma convivência mais fraterna foi instituído pela regra do artigo 210 § 1º da Constituição Federal o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituindo-se em disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Do artigo 76 do Código de Trânsito Brasileiro decorre o programa para educação no trânsito devendo ser promovido na pré-escola e nas escolas de 1º, 2º e 3º graus, por meio de planejamento e ações coordenadas entre os órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito e de Educação, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de atuação.

No Estatuto do idoso em seu artigo 22 com o fim de que haja maior respeito entre as gerações em especial a mais fragilizadas, decorre a obrigatoriedade de que faça parte dos currículos mínimo dos diversos níveis de ensino formal conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso, de forma a eliminar o preconceito e a produzir conhecimento sobre a matéria.

Ainda o Sistema Nacional Antidrogas foi criado pela lei 11.343/06 com a finalidade prevista em seu artigo 3º, inciso I de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nessa mesma linha a Portaria Ministerial 336/04, já previa o apoio e tratamento à drogadição estabelecido através de reserva de leitos e tratamento público para dependentes de crack, consultório de rua, centro de atenção psicossocial em álcool e drogas CAPS-AD.

5.1.2 Salubridade

A salubridade pública decorre de requisitos adequados para as condições de vida em sociedade, tendo como exemplos mais comuns a moradia digna, o tratamento de água servida, destinação adequada dos resíduos decorrentes do uso dos recursos naturais, etc.

Fator que agravou as condições de vida das famílias dos tempos modernos no Brasil foi o

êxodo rural, processo de migração em massa da população do campo para as cidades, em especial nas décadas de 60 a 80 do século XX, que provocou como efeito imediato a expansão desmedida das periferias urbanas, com a formação de habitações irregulares e o crescimento de moradias em favelas ou cortiços, hoje chamadas de comunidades, aumento do desemprego e do emprego informal. Por outro lado o Poder Público não quis ou não conseguiu acompanhar esse fenômeno da urbanização da sociedade brasileira, não dando o suporte necessário para que pudessem ter um desenvolvimento adequado, fatores que somados contribuíram e contribuem na formação comportamental do indivíduo.

Em face dessa urbanização descontrolada cresce cada vez mais os movimentos legítimos em busca de moradia, melhor qualidade de vida, etc., mas também favoreceu o surgimento de verdadeiras organizações criminosas que passaram a substituir o Estado através da “compra” dos menos favorecidos por meio de ações sociais ou mesmo oferecendo uma fonte de renda familiar quando cooptados para ações criminosas como o tráfico de drogas, armas, furto de veículos, dentre outros.

5.1.3 Segurança pública

5.1.3.1. Dever do Estado

E por fim a segurança pública, quando se tem por violada ou na iminência de ser, uma regra do regulamento ordenador da vida em sociedade, em especial aquelas que protegem direitos tidos como fundamentais tais como, a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade e a incolumidade física das pessoas e que exige uma pronta atuação para preservação (prevenção) ou restabelecimento da convivência social pacífica, permitindo às pessoas exercerem suas atividades sem nenhuma perturbação de outras pessoas, sendo na lição de (LAZARINI, 1996, p. 237) “o estado antidelitual, que resulta da observância dos preceitos tutelados pelo código penal e pela lei das contravenções penais”.

Assim a Segurança pública se apresenta como atividade dissuasória de vigilância com objetivo de fazer o indivíduo desistir de uma ação delituosa, de prevenção quando impede com sua presença a atuação criminosa, quando iniciado o iter criminis pelo indivíduo sua ação é interrompida por força da ação de presença da polícia e ainda na repressão de condutas delituosas quando praticada a ação antijurídica a atuação da polícia se dá pelo restabelecimento da normalidade, como acontece nas prisões em flagrante delito.

As ações de vigilância, prevenção e repressão devem ser exercidas pelo órgão competente, no exercício de seu Poder de Polícia nos limites da lei aplicável, com observância da legalidade em

suas ações, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Pelo poder de polícia da administração pública, limita-se ou disciplina-se direito, interesse ou liberdade, regula-se a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público concernente à segurança, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

A segurança pública é exercida pela polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares, todas com funções disciplinadas pelo próprio texto constitucional.

Cabe à polícia federal, apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei, prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras e ainda exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

A polícia rodoviária federal destina-se ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

A polícia ferroviária federal, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem ressalvadas a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

A lei 13.675/18 que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública, disciplinou a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, os termos do art. 144 § 7º da Constituição Federal, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Aos Municípios restou faculdade de constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Muito embora com todo o aparato policial, investimento em equipamentos, armamentos e viaturas, e uma melhor qualificação dos agentes de polícia os resultados não tem sido satisfatórios, principalmente devido os reflexos do baixo desenvolvimento das condições de tranquilidade e

salubridade que tem seu desaguadouro na esfera da segurança pública, fruto do descontrole das condições sociais e a piora da qualidade de vida levou ao aumento da população carcerária chegando em Janeiro de 2017, conforme informado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ com cerca de 654.372 pessoas recolhidas no sistema penitenciário, sendo desse total 433.318 correspondente a 66% dos presos recolhidos condenados e mais cerca de 221.054 correspondendo a 34% de presos provisórios, isto para um total de 376.669 vagas disponíveis, vagas estas segundo o relatório do Ministério da Justiça (Infopen) com dados de 2014, bem como informou o mesmo órgão que a população carcerária é formada em sua maioria por cidadãos pobres e predominantemente de cor negra 66,6% e 75,08% de pessoas que nem sequer concluíram o ensino fundamental.

5.2 Responsabilidade de Todos

O Brasil ainda não consagrou uma forma única de padronização da responsabilização de todos pela ordem pública como quis a Constituição Federal, levando a polícia de alguns Estados basicamente a militar, a se espelhar em uma atividade de policiamento comunitário para buscar uma interação entre a polícia e a comunidade, de forma que esta coopere como elemento consultivo da instituição policial na transferência de responsabilidades da segurança também aos membros da comunidade. Esta ideia de policiamento tem suas origens nas cidades americanas do interior, onde o policial faz o elo de ligação entre a comunidade e o departamento de polícia.

Segundo Robert Trajanowicz e Bonnie Bucquero (1999, p. 4-6):

Policimento comunitário é uma filosofia e uma estratégia organizacional que proporciona uma nova parceria entre a população e a polícia. [...] Ele (o policiamento comunitário) também desafia todo pessoal a encontrar meios de expressar esta nova filosofia nos seus trabalhos. [...] O policiamento comunitário baseia-se também no estabelecimento dos policiais como “minichefes” de polícia descentralizados em patrulhas constantes, trabalhando em contato permanente com a comunidade.

Robert Trajanowicz e Bonnie Bucquero (1999, p. 9-15), citam os dez princípios do policiamento comunitário:

1º - Filosofia e estratégia organizacional; 2º - Comprometimento com a concessão de poder à comunidade; 3º - Policiamento descentralizado e personalizado; 4º - Resolutiva preventiva de problemas, a curto e longo prazo; 5º - Ética, legalidade, responsabilidade e confiança; 6º - Extensão do mandato policial; 7º - Ajuda para as pessoas com necessidades específicas; 8º - Criatividade e apoio básico; 9º - Mudança interna; 10º - Construção do futuro.

Também diante dessa falta de política nacional da efetivação da participação do cidadão nas questões de segurança, o que se tem feito em quase todos os Estados e Distrito Federal é uma tentativa através dos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGs), iniciativa que nasceu no Estado de São Paulo no ano de 1985 e aos poucos foi se expandindo pelo país, mais por iniciativas

locais do que por uma estratégia de segurança a nível nacional.

CONCLUSÃO

Diante do exposto conclui-se que segurança pública como quer a Constituição Federal, requer fiel observância ao princípio da dignidade humana, respeito aos direitos fundamentais e penalização dos bens jurídicos relevantes, especialmente os elencados no texto constitucional, e no sentido de preservação da ordem pública não se limita a ações de polícia, mas a outras questões afetas ao poder público como uma boa formação das pessoas para convivência em sociedade, promoção de salubridade adequada para abrigar de forma condizente as pessoas, situação que foi agravada com o crescimento das cidades, fenômeno provocado pelo êxodo rural nos anos 60 a 80 do século XX, demanda que não foi acompanhada pelo poder público o que gerou o crescimento desordenado das cidades, sem condições adequadas de salubridade.

Tanto a falta ou inexistência de educação adequada para a convivência em sociedade e a falta de condições adequadas de salubridade, trouxeram como consequência imediata uma sobrecarga ao trabalho policial, resultando na explosão da população carcerária, conforme demonstram as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça com dados de 2017, confirmada pela formação da população carcerária predominantemente pobre, negro e de baixa escolarização.

Por sua vez, diante da explosão da população carcerária o Estado também não se aparelhou o suficiente para garantir condições dignas nas prisões e uma possível regeneração do condenado, tentando evitar sua reincidência no crime, através de sua reinserção no meio social, também sua ineficiência propiciou um campo fértil para o domínio das facções intra muros das prisões, que além de manterem o controle das prisões ainda coordenam ações criminosas fora dos muros das prisões.

Estabeleceu também a Constituição Federal a responsabilidade do cidadão frente às questões atinentes a Segurança Pública, situação que tem sido objeto de iniciativas isoladas de policiamento comunitário, basicamente por intermédio da polícia militar e também por iniciativa de alguns Estado se tem trabalhado a formação de Conselhos Comunitários de Segurança, ideia que nasceu em São Paulo com o fim de se criar um canal de comunicação entre a comunidade e a polícia e acabou se estendendo por interesse de outros entes da federação.

No tocante à responsabilidade do cidadão frente às questões de ordem pública, ainda carece de um direcionamento duradouro a nível federal e não como política de um ou outro governante.

BIBLIOGRAFIA

- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 13ª edição, São Paulo. Saraiva. 2009.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Constituição aberta e os direitos fundamentais. 2ª edição. Forense. 2010.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Vade Mecon 23ª edição. Saraiva, 2017
- KELSEN, Hans. (tradução João Baptista Machado). Teoria Pura do Direito. 6ª edição. São Paulo. Martins Fontes. São Paulo, 1999.
- LAZARINI, Álvaro. Estudos de direito administrativo. 1º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1996.
- LUISE, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2º edição, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris. 2003
- NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2012.
- PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais Ltda. Ano 1997.
- SILVA, J.A. Curso de direito constitucional positivo. 9º ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- TRAJANOWICZ, Roberto e BUCQUEROX, Bonnie, tradução de Mina Seinfeld de Carakushansky. Policiamento comunitário: como começar. 2º ed. Rio de Janeiro. Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. 1994.

O DEVER CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DOS ANIMAIS

Thiago Cesar GIAZZI¹
Helen PAGLIARI

RESUMO

Realizada a pesquisa elencando aspectos que fundamentam o Direito Ambiental tal qual é aplicado e reconhecido à nível constitucional no Brasil, denota-se a necessidade de tutela aos animais não racionais, como parte de todo um meio-ambiente onde a humanidade está incluída. Apreciando as características do conceito de dignidade, sabendo que a mesma é tutelada como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, é possível enquadrá-la e reconhecer que todos os animais possuem seus papéis no desenvolvimento da vida, apresentando, também, traços de sujeitos de uma dignidade própria, causando ao Estado o dever de providenciar meios para a efetivação desta proteção. Construída sob o método hipotético-dedutivo, a pesquisa utilizada de revisão bibliográfica para apresentar os fatos ocorridos à estes seres senscientes que merecem tutela jurídica diferenciada das demais coisas do mundo fático.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade animal. Maus tratos aos animais. Responsabilidade do Estado na proteção animal.

ABSTRACT

Once the research has been carried out, listing the aspects that underlie Environmental Law as it is applied and recognized at the constitutional level in Brazil, it is necessary to protect non-rational animals as part of a whole environment where humanity is included. Appreciating the characteristics of the concept of dignity, knowing that it is protected as a fundamental right in the Brazilian legal system, it is possible to frame it and recognize that all animals have their roles in the development of life, also presenting traits of subjects of a dignity, causing the State the duty to provide means for the realization of this protection. Constructed under the hypothetical-deductive method, the research used of bibliographic revision to present the facts occurred to these sentient beings that deserve legal protection differentiated from the other things of the world.

KEY WORDS: Animal dignity. Worst treatment of animals. Responsibility of the State in animal protection.

1 INTRODUÇÃO

A proteção ao meio ambiente é dever de todo cidadão, sendo que meio ambiente não se resume somente a conceitos como poluição, florestas, desmatamento, mas também a abandono, crueldade, caça, maus tratos e morte de animais, sejam eles domésticos ou silvestres.

O ato de maltratar, abandonar e cometer crueldades com animais existe na sociedade desde

1 Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP - 2018. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - 2010. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - 2009. Professor e Coordenador do Curso de Direito na Faculdade Catuaí de Cambé - PR. Coordenador da Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho e da Especialização em Direito Processual Civil da Faculdade Catuaí. Professor convidado da Especialização em Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito Processual Civil do IDCC- Jacarezinho. Professor convidado da Especialização em Gestão de Pessoas da Faculdade Catuaí. Advogado.

os primórdios, mas atualmente o tema vem tomando grande proporção. Os casos de violência e abandono, por exemplo, são divulgados cada vez mais na mídia procurando punir o culpado que comete ato tão grotesco contra uma vida.

O presente trabalho visa responder se o direito de proteção dos animais é um direito autônomo, fundado em princípios próprios como a dignidade animal, o que possibilitaria uma maior proteção ao bem jurídico “vida animal”, atualizando-a perante a realidade social. Com isso, deve-se buscar a resposta se os animais são sujeitos de direito ou possuem proteção jurídica em razão do sujeito humano.

Constatando que, em razão do reconhecimento da dignidade animal como fundamento jurídico, pode-se determinar que os animais também seriam sujeitos de direito, de modo autônomos à vontade de seus donos com interferência de interesses ou direitos com o ser animal.

Atribuindo a característica de sujeito de direito ao animal, podem-se determinar medidas de proteção conflitantes com as normas cujo conteúdo seja antropocêntrico, realizando o direito do animal como bem jurídico tutelado.

Deve-se, para tanto, alcançar uma análise jurídica, buscando seus princípios, conceitos, estabelecendo um rol de quais políticas públicas existem ou são possível e tornando os interesses e direitos dos animais fundamentos de todo um sistema protetivo, o que atenderia essa necessidade da sociedade atual.

Nesse sentido, a presente pesquisa contribui para a tentativa de solução de crueldade contra animais de uma forma mais eficaz e demonstra que a vida animal deve também ser tutelada pelo direito penal de modo eficaz.

2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DE UM DIREITO PROTETIVO AOS ANIMAIS

Na pré-história, os animais eram tratados como mercadorias, quando não serviam mais, eram descartados. A preocupação não consistia na vida do animal, e sim nos interesses pessoais do ser humano, não importava se o animal sentia calor, frio, fome, sede e dor, sob a alegação de que o mesmo não possuía alma (MURARO, 2014).

Os atos de crueldade e maus tratos contra animais acontecem desde os primórdios, onde já eram tidos como comida e meio para o trabalho. Sempre existiu o sofrimento dos mesmos tendo em vista a visão antropocêntrica da sociedade onde os animais não são sujeitos de direito e sim objetos de direito. O homem², em sua visão egoísta, acredita que a norma de Direito se destina somente a ele (RODRIGUES, 2013, p.54).

2 A utilização do vocábulo “homem” refere-se a toda a humanidade. A literatura sobre o assunto trata em maioria da utilização de “homem” ou “Homem”, por razão da dicotomia antropocêntrica e ecocêntrica.

O atual paradigma jurídico dominante, o antropocêntrico, é aquele que exclui os animais irracionais da esfera de consideração moral e jurídica, estabelecendo que o sistema legal tivesse como fundamento um contrato social, do qual poderiam participar apenas os animais racionais, ou seja, os homens (FAUTH, 2015).

Na área do Direito, a teoria contratualista desenvolveu e reforçou o paradigma vigente. Os principais expoentes desse modelo jurídico foram Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant (ambos de relevância no século XVIII), que elegeram a racionalidade como critério fundamental para que o homem fosse elevado e diferenciado entre os animais racionais e os animais irracionais perante o Direito.

Continuando os apontamentos de Fauth (2005), a ideia de que a razão ou o senso é a única coisa que nos torna homens e nos distingue dos animais irracionais colocou o animal racional em uma posição hierarquicamente superior a de todos os demais animais, instituindo o atual modelo vigente estabelecido, chamado modelo racionalista antropocêntrico, que precisa ser atualizado

Esse modelo, ao valorizar a razão, excluiu os animais irracionais da comunidade moral, assim, os animais teriam como única finalidade servir ao homem, sendo apenas instrumento para um fim determinado pelo homem.

Para Kant, os animais irracionais não eram dignos de consideração pelo homem. O autor afirmava que "os animais irracionais não possuem autoconsciência e existem meramente como meios para um fim, esse fim é o homem". Conclui ele que o animal racional, por ser dotado de razão, seria um fim em si mesmo, ou seja, seria dotado de um valor intrínseco, por isso chamam-se "pessoa". Já os seres irracionais, por sua vez, só teriam um valor relativo, um valor de meio, por isso se chamam "coisa" (SARLET, 2015, p. 40).

Segundo Fauth (2015), a crise do paradigma racional instituído por Descartes começou a se desenhar de forma mais concreta no mundo jurídico a partir da teoria de Jeremy Bentham, que escreveu em 1789 "Uma introdução aos princípios da moral e da legislação", defendendo que o requisito básico para se conceder aos animais um reconhecimento moral se basearia no princípio da potencialização do bem-estar e minimização do sofrimento dos seres sencientes, não dependendo do grau de racionalidade dos mesmos.

Para Bentham, citado por Fauth (2015), embora existam diferenças concretas entre os humanos e os animais não humanos, ambos são seres sencientes, ou seja, "tanto humanos como não humanos podem sofrer e a capacidade de sofrer deve ser considerada o fundamento básico para que um ser possa fazer parte da comunidade moral".

Desse modo, surgiram correntes e movimentos em prol da defesa dos direitos dos animais que alertam que o Direito, e, conseqüentemente, o enfoque da dignidade, exaltam diferenças

especistas, menosprezando outras vidas. Isso levou a uma crise no modelo instituído, uma vez que o antropocentrismo, diante das demandas apresentadas pela própria sociedade acerca da necessidade de tutela jurídica aos animais, se mostra incapaz de satisfazê-las (FAUTH, 2015).

Os questionamentos apontados acima dirigem-se para uma mudança de cultura, dando consciência da necessidade de que o antropocentrismo poderia dar lugar ao ecocentrismo, entendimento esse que deixa claro, em sua essência, a natureza vem antes do próprio homem (RODRIGUES, 2013, p. 55-58).

Já na concepção romana, o direito é reduzido à realidade, caracterizando-o fundamentalmente por seu caráter objetivo, em algo externo ao sujeito, que segundo Silva (2014):

Como a partilha de bens materiais, dentre os quais estavam os animais, que passaram a serem considerados como *res*, como coisas, recebendo o mesmo regime jurídico conferido aos objetos inanimados e à propriedade privada (SILVA, 2014).

O interesse econômico nos animais se tornou ainda mais intenso com a conhecida política do pão e circo, desenvolvida por Roma que enfrentava problemas e, com tal política, objetivava desviar a atenção da população (SILVA, 2014).

Conforme Martins (2008, p. 119) com o pão e circo surgem formas de entretenimento do grande público, desviando a atenção para os problemas do Império Romano, forma essas que envolviam os animais, como:

Primeiramente o Circo Máximo de Roma e, um pouco depois, o imenso Coliseu, foram cenário para exibição de animais exóticos, dentre outras raridades e excentricidades. No período de perseguição ao cristianismo, as arenas foram ocupadas por espetáculos de violência, como a sangrenta entrega de cristãos a felinos.

Com a queda do Império Romano e com a influência das superstições dos povos ditos bárbaros, houve uma radical mudança no tratamento dos animais pelo direito, onde foi reconhecida uma capacidade processual tanto no âmbito cível, possibilitando sua responsabilização por danos materiais causados, quanto no âmbito penal, sendo-lhes imputados os crimes cometidos, a exemplo dos casos de atentados à vida humana. Neste momento histórico particular, houve uma igualdade de tratamento, ao menos processual, entre homens e animais, submetendo-lhes aos mesmos suplícios, como a prisão e a pena de morte (SILVA, 2014).

Contudo, tal tratamento deriva não do desenvolvimento de uma consideração moral para com o animal, mas sim de um conjunto de fatores típicos do início da Idade Média, como a forte crença em superstições ou, ainda, como forma de justificar os males que recaiam sobre a sociedade da época, que exigiam uma resposta perante a população faminta e miserável (SILVA, 2014).

O Código Civil brasileiro ao determinar que os seres sencientes são objetos passíveis de ser propriedade pode ter violado a Carta Magna e os direitos básicos de todos os animais. Esse mau trato fere não somente o meio ambiente natural, mas também o cultural, tendo em vista que a

sociedade tem a maior parcela de culpa diante das atrocidades cometidas (LEITE, 2013).

O tratamento jurídico dado aos animais pelo Código Civil vigente ainda os considera como coisa fungível e semovente nos casos em que possuem “proprietário” e no caso dos que não possuem, ou seja, tidos como *res nullius*(coisa de ninguém), tornam-se sujeitos à apropriação de qualquer pessoa, e esta podendo fazer o que quiser com o “objeto” apropriado conforme previsão do artigo 1263 do Código Civil (LEITE, 2013).

Segundo o Código Civil de 2002, nos artigos 445, 936, 1263, 1397 e 1442, os animais são tratados como objeto. Ao prevalecer o cumprimento dos dispositivos do código civil vigente, pode ser que haja violação também da Declaração Universal dos Direitos dos Animais (UNESCO, 1978), do qual o Brasil é signatário. Tal declaração traz em seu preâmbulo:

Considerando que cada animal tem direitos; Considerando que o desconhecimento e o desprezo destes direitos levaram e continuam levando o homem a cometer crimes contra a natureza e contra os animais; Considerando que o reconhecimento por parte da espécie humana do direito à existência das outras espécies animais, constitui o fundamento da coexistência das espécies no mundo; Considerando que genocídios são perpetrados pelo homem e que outros ainda podem ocorrer; Considerando que o respeito pelos animais por parte do homem está ligado ao respeito dos homens entre si; Considerando que a educação deve ensinar à infância a observar, compreender e respeitar os animais.

Entende-se com isso que os seres não-humanos podem ser considerados sujeitos de direito, uma vez que são titulares de relação jurídica, ou seja, relação existente entre os animais e os homens da qual as normas jurídicas, como a Constituição Federal e a própria Declaração Universal dos Direitos dos Animais, atribuem obrigatoriedade de cumprimento. Nesse sentido, podem ser equiparados aos incapazes, em que os dispositivos da lei cível, ao garantir seus direitos mediante representação ou assistência, incumbem assim, que outra pessoa aja em nome dos animais (LEITE, 2013).

A Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente, que se reuniu em Estocolmo, em junho de 1972, teve a seguinte proclamação:

O homem é ao mesmo tempo criatura e criador do meio ambiente que lhe dá sustento físico e lhe oferece a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. A longa e difícil evolução da raça humana no planeta levou-a a um estágio em que, com o rápido progresso da ciência e da tecnologia, conquistou o poder de transformar de inúmeras maneiras e em escalas sem precedentes o meio ambiente. Natural ou criado pelo homem, é o meio ambiente essencial para o bem-estar e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, até mesmo o direito à própria vida (ONU, 1972).

Esta declaração é particularmente importante, uma vez que, além de permitir a criação de consciência ambiental no mundo todo, constitui o ponto de partida de uma nova etapa na trajetória de sua proteção jurídica.

Quando se busca equilibrar os direitos dos animais com os direitos dos humanos, mostrando a estes que ao igualar os direitos das duas espécies não significa que o tratamento será o

mesmo, o importante é que a convivência dessas espécies seja harmoniosa, respeitando o princípio básico da igualdade “não requer tratamento igual ou idêntico; ele requer igual consideração. A igual consideração com seres diferentes pode levar a tratamentos diferenciados e direitos diferenciados” (SINGER, 2002, p.52).

Na atualidade, a tutela jurídica do ambiente é uma exigência mundialmente reconhecida. A evolução normativa vem para determinar um imperativo elementar de solidariedade e sobrevivência, que nada mais é que a responsabilidade histórica das nações pela preservação da natureza, fauna e flora, para o presente e o futuro (PRADO, 1992).

Assim, se inicia a preocupação, atenção, preservação do meio ambiente num geral, mudando aos poucos a visão antropocêntrica de que o centro de tudo é o ser humano, dando espaço também à fauna e a flora, nesse aspecto especialmente os animais.

3 TENTANDO ATUALIZAR O CONCEITO JURÍDICO DE ANIMAIS

Para alcançar a proposta do trabalho, necessário faz-se consolidar o objeto de estudo jurídico “animal”, podendo, assim, verificara seu enquadramento como sujeito de direito ou não.

Animal, segundo o conceito apresentado pelo Dicionário Aurélio (1999, p. 143), é:

Ser vivo organizado, dotado de sensibilidade e movimento; ser organizado, com a forma do corpo relativamente constante, órgãos na maioria internos, tecidos banhados em solução que contém cloreto de sódio, células revestidas de membranas delicadas, com crescimento limitado, e provido de irritabilidade ou sistema nervoso, que lhe permite responder prontamente aos estímulos.

Após uma apresentação etimológica de animal, deve-se separa-los em suas espécies, ou seja, animais de criação, silvestres, domésticos, selvagens, entre outros.

Os animais domésticos, conforme definição apresentada pelo Mundo Animal³, possuem características apropriadas para conviver com seres humanos. Foram com o passar do tempo, sendo domesticados pelas pessoas, se acostumaram a viver em casas e apartamentos e na companhia de seres humanos, passando a criar uma certa dependência, por exemplo, quando ficam doentes, para se alimentar, dentre outras.

Ainda, segundo conceito apresentado pela Portaria 93/1998, pela qual o IBAMA define o conceito de fauna doméstica (PONTES, 2012, p. 125):

São todos aqueles animais que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e/ou melhoramento zootécnico tornaram-se domésticos, apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo apresentar fenótipo variável, diferente da espécie silvestre que a originou.

Para Levai (2006, p. 176), a fauna doméstica é aquela "constituída de espécies que, através

3 Mundo Animal: conceitos encontrados apenas em sites relacionados à animais. Disponível em <https://www.suapesquisa.com/mundoanimal/animais_domesticos.htm>. Acesso em nov 2017.

de processos tradicionais de manejo, passaram a ter características biológicas e comportamentais com estreita dependência do homem”. Ainda, para o mesmo autor, a fauna doméstica é composta por "por animais silvestres, nativos ou exóticos, que, por circunstâncias especiais, perderam seus ‘habitats’ na natureza e passaram a conviver pacificamente com o homem, dele dependendo para sua sobrevivência”.

Já os animais silvestres, que não devem ser confundidos com os domésticos, são animais retirados da natureza, de seu habitat natural, e reage à presença do ser humano tendo dificuldades para crescer e se reproduzir. Esses animais ao conviver fora de seu habitat natural podem perder sua identidade, sofrer de solidão por estar em espaço reduzido e com alimentação inapropriada, como também podem sofrer com doenças que em seres humanos não são graves, como gripe herpes, mas que neles podem ser fatais (WWF BRASIL, 2017).

Entende-se por fauna silvestre, nos termos do artigo 29, §3º da Lei de Crimes Ambientais (9.605/98), o conjunto de animais pertencentes a uma determinada região, todas as espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras (FREITAS, 2013, p. 64).

4 APRESENTANDO A HIPÓTESE DA DIGNIDADE DOS ANIMAIS COMO UM VALOR JURÍDICO

Esse capítulo trata da dignidade como valor fundamental à pessoa humana, que é a base de todos os demais direitos garantidos pela Constituição. Trata-se, ainda, de um possível reconhecimento de uma dignidade aos animais, tendo em vista que no modelo social atual é necessária uma tutela específica aos animais, mas para que essa tutela ocorra é necessário que os animais sejam reconhecidos como sujeitos de direito, assim como os homens.

Assim, passa-se a apresentar especificamente cada tópico, a fim de verificar se há o reconhecimento dos animais como sujeitos de direito tendo em vista o valor fundamental da dignidade.

4.1 Dignidade como Valor Fundamental

Por dignidade entende-se um valor, um critério de graduação de algo, é intrínseco de todos os seres humanos. Se todos possuem idêntica dignidade não há como realizar uma medição, ou seja, não há como se atribuir um valor à dignidade, portanto, tem-se apenas uma gradação, a dignidade estando acima das demais coisas do mundo (GIAZZI, 2018, p. 34).

Na concepção cristã, o homem é digno em razão de sua origem divina e de sua semelhança

com Deus, uma vez que foi feito sua imagem. Daí deriva a estrutura hierarquizada dos seres que compõem o universo, nesse caso entre homens e todos os tipos de animais, acreditando o homem que, por ser semelhante a Deus, deve ser superior aos demais seres criados pelo mesmo, acabando com a solidariedade entre todos os seres vivos (RABENHORST, 2010, p. 26).

Ainda, na alta idade média, São Tomás de Aquino acrescentou ao pensamento cristão que a dignidade humana vinha da capacidade de autodeterminação, existindo pela própria vontade.

Assim, cita Rabenhorst (2010, p. 26):

No âmbito dessa ordem, ao mesmo tempo celestial e terrena, os seres apresentam gradações e valores distintos. Donde a dignidade específica que o homem possui no plano terreno, advinda de sua razão e inteligência, como observa Santo Agostinho. Essa posição privilegiada do homem na hierarquia terrestre repercute na ordem natural, social e política.

Assim, entende-se que conforme o pensamento cristão, o animal não poderia ter seus direitos equiparados ao de um homem, pois o mesmo não foi escolhido por Deus para ser sua imagem e semelhança, não merecendo mesmo tratamento.

Para Aristóteles, a natureza fez do homem um animal singular, ou seja, o único de todas as espécies que pode fazer distinção de ideias, analisar, conhecer e poder escolher, pois é dotado de racionalidade. "O homem se torna verdadeiramente humano quando pertence a uma vida coletiva submetida às leis" (RABENHORST, 2010, p. 25).

Ainda, Aristóteles concebe o mundo como uma ordem de relações fundada na finalidade a ser atingida e na hierarquia de gêneros e espécies (RABENHORST, 2010, p. 25), nas palavras do autor:

Daí a estrutura de subordinação existente entre os seres que nele habitam. Primeiro entre os homens e os animais, pois apenas os primeiros são providos de *logos*. Em seguida, entre os próprios homens, pois alguns são naturalmente mestres enquanto outros, por deficiência intelectual, são serviçais.

Já a estrutura jurídica de Miguel Reale (2014, p. 65) define o direito como uma ciência social subdividida em fatos (elementos ontológicos), valores (axiológicos) e a própria norma jurídica.

Enquanto "valor", pode-se entender que seja uma medida de consideração ou importância, nas palavras do autor "que confere determinada significação ao fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo" (REALE, 2014, p. 65).

Enquanto o valor de um ser vivo, humano ou animal, há de realizar que deve ter uma valoração no mundo conforme sua utilidade ou, ainda, em razão de seu valor intrínseco, ou seja, aquele valor considerado só pela existência do ser.

Sob um aspecto filosófico, o valor intrínseco é ligado à natureza humana e seus elementos,

suas características manifestas em um ser. É correspondente a um conjunto de atributos pertencentes a todos os seres humanos, possibilitando uma diferenciação superior a todos os demais seres vivos (GIAZZI, 2018, p. 34), “o valor intrínseco é oposto ao valor atribuído ou instrumental, porque é um valor que é bom em si mesmo e que não tem preço” (BARROSO, 2016, p. 76).

Kant fala que todas as coisas têm valor, algumas possuem valor de preço (aquelas que podem ser trocadas ou instrumentalizadas) e outras valor de dignidade (aquelas que não permitem serem instrumentalizadas), ou seja, possui dignidade aquilo que não pode ser expresso um preço e sua finalidade não permita que outra pessoa a utilize como meio de satisfação pessoal, conforme transcrito abaixo:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade (SARLET, 2015, p. 40).

O filósofo baseia sua investigação sobre o valor humano, chamado de dignidade, na existência de razão que, por sua vez, geraria autonomia, o autor afirma que o valor intrínseco “independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental” (BARROSO, 2016, p.77).

Completando o processo de laicidade da dignidade, Kant apresentou uma dignidade pautada na autonomia racional, portanto o ser humano pode agir de forma ética, afastando-se de sua natureza animalesca a fim de poder escolher suas ações de forma autônoma, desde que não prejudique nenhum outro ser humano (pautado no respeito mútuo), mas trate todo humano como fim em si mesmo.

Já Descartes sustentava a separação radical entre alma que se encontraria inserida na matéria humana e que faz com que o homem seja um ser racional e a configuração meramente mecânica dos animais, que faz com que eles sejam simplesmente máquinas, tendo a finalidade de obedecer ao homem (RABENHORST, 2010, p. 29).

Assim, o homem começa a ser definido como sujeito, tendo o direito à dignidade garantida por ter alma, por ser semelhante a Deus, por ser racional, por ter valor intrínseco e fim em si mesmo, e a natureza a ser percebida como objeto, como meio para finalidade humana, como coisa.

Assim, poder-se-á afirmar que tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana – encontram-se, ao menos, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos. (SARLET, 2015, p. 42)

Para Sarlet (2015, p. 42) a visão antropocêntrica confrontada com a dignidade em caráter

inclusivo passa a não responder os questionamentos recentes da sociedade, conforme as palavras do autor:

Sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indica que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade, tudo a apontar para o reconhecimento do que se poderia designar de uma dimensão ecológica ou ambiental da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, observados todos os pensamentos apresentados, nota-se que a dignidade foi conferida ao homem humano como valor fundamental, mas somente a ele. A principal questão é a possibilidade de reconhecimento do valor intrínseco da vida do animal não racional que por si só merece respeito e garantias à sua dignidade.

4.2 Possibilidade do reconhecimento da dignidade do animal

Ingo W. Sarlet (2015, p. 232) cria um debate em torno da atribuição de titularidade de direitos fundamentais a outros sujeitos que não os humanos, tendo em vista que o autor acredita que a dignidade deve ter caráter inclusivo para todos os seres e não exclusivo para seres racionais, havendo, inclusive, quem já defenda a existência de direitos dos animais similares ao da pessoa humana.

Embora o direito constitucional positivo não reconheça direta e expressamente direitos fundamentais como direitos subjetivos aos animais, no sentido de serem titulares de direitos desta natureza, o reconhecimento de que a vida não humana possui dignidade, portanto, um valor intrínseco, e não meramente instrumental em relação ao homem, por exemplo, tutelando a vedação de práticas cruéis e causadoras de desnecessário sofrimento aos animais, vedação quanto à extinção de espécies, visando essa tutela proteger realmente o valor intrínseco da desses animais, ou seja, a vida e não por simplesmente estar em risco o equilíbrio biológico (SARLET, 2015, p. 232-233).

Ainda segundo Ingo Sarlet (2015, p. 42), a tendência contemporânea da proteção constitucional e legal da fauna e da flora, bem como todos os recursos naturais, incluindo os atos de crueldade e maus tratos praticados pelo ser humano, revela práticas de indignidade nas condutas humanas. Considera que nem todas as medidas de proteção à natureza não humana têm por objetivo assegurar a vida digna ao ser humano, mas sim da vida em geral e do patrimônio ambiental, resulta no que se está a reconhecer à natureza um valor em si, ou seja, intrínseco.

O filósofo Peter Singer propôs uma revisão do status moral dos animais. Para Singer o antropocentrismo que caracteriza as éticas tradicionais se baseia no fato de que apenas os seres humanos manifestariam as qualidades exigíveis para tanto, como a racionalidade, a linguística, a

autonomia, etc., mas, para o mesmo, "nem todas as pessoas possuíam as características acima mencionadas, por exemplo, as pessoas em coma, os deficientes mentais ou ainda os embriões humanos". Dessa forma, houve a proposta de substituição das características tradicionais por um móvel de caráter afetivo, ou seja, o interesse (RABENHORST, 2010, p. 32).

Se a vontade está vinculada à consciência, observa Singer, o interesse está ligado à sentiência, ou seja, à capacidade de sentir dor ou prazer. "Ora, os seres humanos não são os únicos a manifestar tal capacidade, os animais também sofrem ou se comprazem, conseqüentemente eles têm interesses que deveriam ser considerados equivalentes aos interesses humanos" (RABENHORST, 2010, p. 32).

Singer entende que "a recusa por parte da teoria tradicional em reconhecer a equivalência entre os interesses humanos e dos animais baseia-se num preconceito, o especismo". O vínculo de pertencimento a espécie humana ou a racionalidade não deveriam ser considerados critérios definidores da inclusão de uma entidade na comunidade moral, sendo que esta discriminação é tão absurda quanto as raciais ou de gênero. Assim, acredita Singer que (RABENHORST, 2010, p. 32-33):

Todas as pessoas, humanas ou não humanas, são tributárias de um valor especial e devem ter seus direitos morais plenamente reconhecidos, não de forma igualitária, mas com uma certa ordenação hierárquica referindo-se ao grau de evolução.

A reflexão formulada por Singer no campo da ética, em sua obra *Libertação Animal*, datada de 1975, tem seu foco voltado especificamente para a condição moral dos animais não humanos, afirmando assim, que "o princípio ético sobre o qual assenta a igualdade humana obriga a espécie humana a ter igual consideração para com as demais espécies animais" (PONTES, 2012, p. 126).

Contra essa linha de raciocínio de Singer, insurge-se Tom Regan que diz que a noção de valor intrínseco não pode ser descartada, pois ela justifica a própria atribuição de direitos morais a um ser (RABENHORST, 2010, p. 33).

Regan propõe a substituição da noção de um sujeito moral por uma categoria mais abrangente, ou seja, "sujeito de uma vida", acreditando que os indivíduos são sujeitos de uma vida quando são capazes de lembrar e perceber, quando possuem crenças, desejos e preferências, quando têm uma identidade psicológica que se mantém ao longo do tempo e quando é logicamente independente de sua utilidade para os outros como também dos interesses dos outros (Regan, 1985 Apud RABENHORST, 2010, p. 34). Assim, pelo pensamento de Regan, todos os sujeitos de uma vida são portadores de valor intrínseco e, dessa forma, titulares de um direito fundamental, o direito a um tratamento respeitoso.

Daí a condenação de práticas como criação de animais para alimentação ou para experimentos científicos, principalmente quando se trata de animais com grau elevado de consciência, como os primatas. Negar o direito ao tratamento respeitoso a estes animais seria equivalente a negar o estatuto moral dos seres humanos que se encontrariam na situação dos casos marginais, por exemplo, deficiência mental, coma, dentre outros. Os animais, portanto, são titulares de direitos morais tais como o direito à vida, à liberdade e à integridade física e a violação desses direitos deve ser combatida da mesma forma que se faz nos casos de transgressões aos direitos humanos (RABENHORST, 2010, p. 34).

Verifica-se, portanto, que também nessa perspectiva a dignidade da pessoa humana (independentemente, no nosso sentir, de se aceitar, ou não, a tese da dignidade da vida não humana) há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima das outras espécies, mas sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção (SARLET, 2015, p. 43).

Segundo Sarlet (2015, p.43) “embora não se tenha reconhecido propriamente uma dignidade dos animais, admite a possibilidade de se atribuir certos direitos a determinadas categorias de animais, a depender, especialmente, de suas capacidades.”

E quanto a teorização de M. Nussbaum (cap. 6, p. 325-407), também apresentada por Sarlet (2015, p. 43):

No que diz com a recepção desta condição pelo direito constitucional positivo, designadamente no tocante a uma noção ampliada e inclusiva de dignidade, vale mencionar o exemplo da Constituição da Suíça, onde foi inserido um dispositivo impondo ao Estado o dever de respeitar a dignidade da criatura e a segurança do homem, dos animais e do meio ambiente.

Assim, percebe-se que o animal merece, no mínimo, o respeito da espécie humana, mas que pode ter seu direito efetivamente protegido e reconhecida sua dignidade equiparada.

A questão animal deixa de pertencer unicamente ao mundo da filosofia e ganha espaço no meio jurídico. Com essa perspectiva forma-se um novo direito, uma doutrina que apresenta diversas correntes nas quais animais são vistos como titulares de direitos fundamentais, ou seja, sujeitos de direito equiparados a pessoas (OLIVEN e CHALFUN, 2017, p. 155).

A Constituição Federal de 1988, seguindo a influência do direito constitucional comparado e do direito internacional, sedimentou e positivou ao longo do seu texto os alicerces normativos de um constitucionalismo ecológico (PONTES, 2012, p. 123).

Merecidamente a Constituição Federal de 1988, também é conhecida como a “Constituição Verde”, pois anteriormente o meio ambiente era mencionado e protegido visando proteger a saúde e

a economia humana unicamente, mas a atual concede ao meio ambiente, incluindo os animais, um valor em si, sendo assim, o meio ambiente se torna tutelado de forma primordial e não mais por via reflexa. Na vigente Constituição encontramos mais de 50 (cinquenta) artigos, incisos e alíneas referentes à proteção ambiental (PONTES, 2012, p. 123).

Pode-se ver que a própria Constituição define que é dever do Estado a proteção dos animais, não só do Estado, claro, mas dele em maior efetividade zelar pelo meio ambiente. Além de apresentar o que é dever do Estado, destaca que é vedado qualquer submissão que cause crueldade com animais, reconhecendo assim que o animal não é apenas um objeto ou coisa e sim um ser senciente, ou seja, tem a capacidade de sentir, de vivenciar sentimentos como felicidade, prazer, sofrimento, dor e até mesmo pensamento, merecendo assim proteção jurídica independentemente de ser útil ao homem ou possuírem função ecológica ou, ainda, estarem em risco de extinção, mas em todas as causas (SANTOS, 2014).

O próprio artigo 225 da CF, (BRASIL, 1988) indica quem deve assegurar e proteger e a que os animais tem direito, reconhecendo assim a senciência dos animais:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

[...] VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

[...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. [...].

A proteção dos animais não humanos na Carta Magna possibilita uma melhor eficácia na aplicação sistêmica desta norma, caracterizando os animais não humanos como sujeitos dotados de personalidade jurídica, para a prática da defesa de seus direitos básicos em Juízo, dentre estes direitos, a vida (PONTES, 2012, p. 124).

Assim, ao texto constitucional ao consagrar o direito à vida, reflete a consciência do país frente aos bens naturais e aos animais. Segundo Ackel Filho, citado por Freitas (2013, p. 55) “a vida é bem maior que ao Poder Público incumbe garantir. O respeito por ela em toda a sua biodiversidade passou a ser dogma constitucional e elemento cultural do povo brasileiro”.

Conforme mencionado no histórico do presente trabalho, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO, 1978, constante no anexo II), já em seu preâmbulo e também nos artigos reconhece o direito dos animais de existirem em ambiente biologicamente equilibrado (art.1º) e também o direito de ser respeitados.

A ideia de respeito está diretamente ligada ao reconhecimento de um valor intrínseco a determinada manifestação existencial, como ocorrido em relação aos seres humanos ao longo da evolução cultural (FREITAS, 2013, p. 71).

Observa-se que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais adotou uma nova filosofia de pensamento sobre o assunto, reconhecendo o valor da vida de todos os seres vivos e propondo um estilo de conduta humana condizente com a dignidade e respeito aos animais (RODRIGUES, 2003, p. 63).

A dignidade do animal diz respeito analogicamente à pessoa humana, em razão do contexto individual de cada animal. Por exemplo, os animais domésticos podem, por serem seres sencientes (consciência e sensibilidade), demonstrar um comportamento diferenciado, que feriria sua própria dignidade, quando afastado de seu dono ou companheiro humano ou quando é deixado sem água e comida, por exemplo.

Dessa forma, em caso de prevalecer a tese de que não há como atribuir aos animais, mesmo na condição de seres sensitivos, a titularidade de direito humanos como a dignidade, é necessária que seja reconhecida a fundamentalidade da vida para além da humana e de tutela e proteção a estas vidas, que é dever do ser humano tal proteção.

4.3 Direito Autônomo: Interesse do Homem ou do Animal

Mais do que titulares de um direito fundamental, o homem está eticamente obrigado a um dever de manter este planeta saudável e ecologicamente equilibrado, objetivando colocar em prática esta complexa teia teórica que define o direito-dever de preservar o ambiente da vida (PONTES, 2012, p. 124).

Os componentes do meio ambiente no geral, não somente os animais, foram relegados a um papel secundário, ou seja, nessa primeira fase a preocupação com o meio ambiente tinha caráter econômico, não sendo tutelado de modo autônomo e sim como algo privado, pertencente ao indivíduo (RODRIGUES, 2013, p.54-55).

Os bem-estaristas defendem o tratamento humanitário dos animais com a eliminação do sofrimento desnecessário, partindo da premissa de que estes pertencem ao homem. Para esta concepção aos animais são classificados como propriedade não passando de meios para fins

humanos (BRAGA, p.15).

Na visão de Braga (p.15), o império da visão antropocêntrica do homem predomina atualmente, assim, os animais vêm sendo tratados como "coisas" até mesmo na edição de leis, como pode se observar no Código Civil que em várias oportunidades trata o animal como coisa ou semovente.

Na visão aristotélica, o homem é singular, justamente por pensar, e a felicidade consiste em utilizar ao máximo essas potencialidades que caracterizem o homem. Em razão da desigual distribuição de bens em função da maior ou menor perfectibilidade de uma pessoa é essencialmente não igualitária. O perfeccionismo não confere aos animais qualquer modalidade de amparo. Esse posicionamento, conjugado com a teoria do antropocentrismo teleológico, leva a conclusão de que os animais existiam para o bem da humanidade. É possível afirmar que Aristóteles reconheceu quando muito, tão somente deveres indiretos para com os animais (BRAGA, p.6).

Nessa mesma linha ainda aparecem John Rawls que aponta para a metafísica como forma de solução do conflito entre homens e animais, sua teoria não aponta deveres diretos para com os animais, mas limita-se a reconhecer que os mesmos não devem sofrer maus-tratos pelos homens desnecessariamente (BRAGA, p.8) e Kant, conforme já dito, acredita que somente o ser racional possui valor intrínseco, ou seja, é superior aos demais pela capacidade de raciocinar, enxerga os animais como meios para fins humanos (SARLET, 2015, p. 40).

Ainda, o parágrafo 2º do artigo 445 do Código Civil trata especificamente sobre a venda de animais, dispondo sobre vícios ocultos de "coisa móvel", em seguida o artigo 1397 estabelece que as crias de animais pertençam ao usufrutuário, demonstrando novamente pelo vocábulo aplicado (pertence) que o animal não passava de coisa.

O mesmo código ainda afirma que animal pode ser objeto de penhor nos termos do artigo 1442, inciso V e que somente são meios para fins humanos nos artigos 936 e 1263.

Nesse caso, conforme o exposto, poderia se chegar a conclusão de que o animal não seria um sujeito de direitos e sim meio para um fim que o homem determina, não tendo um direito autônomo reconhecido.

Humphry Primatt em 1776 reconhece a capacidade de sofrer como o parâmetro para viabilizar a consideração moral. O filósofo identifica a capacidade de sentir da qual são portadores homens e animais e narra sua preocupação com a atribuição de privilégios pelo homem e para o homem, a denominando de "preconceito a favor de si mesmo". Segundo ele reconhecemos essa importante verdade em todas as questões que dizem respeito ao homem, no entanto, nos à restringimos à nossa própria espécie (BRAGA, p. 10).

Para Primatt, independente do ser que sente e de sua estrutura, acredita que dor é dor,

defendendo que a superioridade racional do homem não lhe permite abusar dos animais (BRAGA, p. 10).

Primatt cria com base no princípio da analogia e da não maleficência a regra, do princípio da coerência, que impõe ao homem a obrigação de tratar os animais da mesma forma com que gostaria de ser tratado, condenando quaisquer tipos de abusos. O pensador inaugurou uma tendência de julgamento ético imparcial dos animais, considerada por Henry Salt, em sua obra "*Animal Rights: Considered in Relation to Social Progress*" publicada em 1892, defendendo a outorga de direitos também aos animais: "Se direitos de fato existem – e tanto a intuição como os costumes apontam para essa conclusão – não podem ser conferidos aos homens e negados aos animais, já que o mesmo senso de justiça e compaixão se aplica em ambas as situações" (BRAGA, p. 11).

Jeremy Bentham, considera que o homem deve pensar antes de agir, ponderar as possíveis consequências de seus atos ou omissões. No utilitarismo uma ação moralmente correta é aquela que possa propiciar a maximização do prazer para o maior número de pessoas, esta é a regra defendida. O utilitarismo clássico apresentou um avanço em relação às outras teorias indiretas analisadas, por considerar a capacidade de sentir dor, como parâmetro a ser ponderado na tomada de decisões, porém é criticado por não reconhecer os animais como agentes morais (BRAGA, p. 11).

O ponto de simetria entre as teorias de Peter Singer e de Jeremy Bentham consiste na ponderação das consequências dos atos como legitimadora de sua prática. Porém, Peter Singer utiliza como alicerce teórico o Princípio da Igual Consideração de Interesses tido como o real significado do Princípio da Igualdade. Para o autor a igualdade é uma ideia moral e não a afirmação de um fato. O princípio da igualdade dos seres humanos não é a descrição de uma suposta igualdade de fato havida entre as pessoas: é a prescrição de como devemos tratar os seres humanos (BRAGA, p. 12).

Se a igualdade é ética não se pode tolerar tratamento discriminatório entre brancos e negros, entre homens e mulheres, entre maiorias e minorias, sendo vedado ao homem subjugar outros homens, em razão da ideologia, da política, da economia, da religião e de outros critérios. Se um ser sofre, não pode haver justificativa moral para deixar de considerar este sofrimento. Não importa a natureza do ser, o princípio da igualdade requer que seu sofrimento seja considerado em igualdade com sofrimentos semelhantes (BRAGA, p. 12).

Não se pode negar nos dias atuais, mormente com os avanços da ciência e da tecnologia, que os animais sentem dor. Apesar de não existir um aparelho que meça a dor, esta pode ser constatada por reações físicas próprias da espécie e por reações semelhantes às esboçadas pelo homem (BRAGA, p. 12).

Ainda segundo Braga (p.12-13) "quando um animal na iminência de ser agredido geme,

foge, corre, se contorce, se esconde ou pratica outro tipo de apelo está a demonstrar de forma cabal seu medo, sua dor”.

Assim, entende-se que o que importa é o tratamento ético para com os animais, não necessariamente tendo que os incluir no rol de direitos.

Regan sedimenta sua tese baseado na defesa de direitos para todos os seres dotados de valor inerente, ou seja, sujeitos de uma vida. Dessa forma, defende a ideia de que os animais não humanos são sujeitos de uma vida, o que os torna iguais sob o ponto de vista moral e, por consequência, são dignos de respeito e consideração, nas palavras do autor: “nosso direito fundamental, então, o direito que unifica todos nossos outros direitos, é nosso direito de sermos tratados com respeito”, assim a vida de um ser senciente não deve ser tratada como meio, mas sim como fim em si mesmo (FREITAS, 2013, p. 32).

Um exemplo dos sentimentos que os animais têm, no caso exemplificativo, sentimento de dor, medo, abandono e caso evidente de maus tratos, segundo a ativista Bismarchi (2013) foi o caso do Resgate aos Beagles ocorrido no Instituto Royal, em São Roque, por volta das 02h00 da manhã. Talvez o caso mais marcante e que desencadeou uma preocupação maior acerca de animais, principalmente os domésticos.

Até mesmo a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Crimes Ambientais, que criminaliza a conduta humana que atenta contra a vida animal, reconhecem, em certo ponto, um valor inerente à vida animal, tutelando-a de forma autônoma e independentemente da utilidade ao ser humano.

Como visto, ao tratar os animais como sujeitos de uma vida traz a consequência de não poder servir de instrumento, meio ou recurso para quaisquer fins, conferindo aos animais um direito autônomo e não simples meio para finalidades humanas, devendo o homem e o Estado respeitar os animais e proporcionar-lhes também um ambiente digno e saudável à sua vida.

5 CONCLUSÃO

O a importância da existência animal é revelada desde os primórdios da vida humana, sendo parte importante da própria racionalização e diferenciação entre os seres vivos neste planeta. Durante muitos anos, e ainda hoje, a relevância animal é reconhecida como meio para atividades humanas, entretanto, com a construção do dever de respeito como um valor jurídico e o desdobramento dos estudos sobre a dignidade como objeto de tutela jurídica, é possível reconhecer que também os animais irracionais, em razão de sua capacidade de sentimentos, possuem qualidade própria de dignidade, possuindo um valor intrínseco às suas vidas, merecendo tutela jurídica.

Por tal motivo, o reconhecimento de um valor jurídico, a discussão entre as funções antropocêntricas e ecocêntricas da proteção jurídica, principalmente em aspecto do Direito

Constitucional e Direito Ambiental, tornam-se permeáveis, fundamentando uma proteção ao animal meramente sensiente que contraponha à vontade humana que não se veja limitada pelo dever de respeito à dignidade animal.

Conclui-se que independentemente da espécie animal que é tratada, podendo ser considerada todas as espécies de animais, os mesmos merecem respeito e cuidados. Apesar de alguns autores apresentados concordarem que o animal é apenas um meio, um objeto, conforme previsão do Código Civil, a maioria daqueles pesquisados, com pesquisa voltada à proteção ecocêntrica, afirma que os animais devem sim ser considerados sujeitos de direito autônomo, devendo seus direitos serem tutelados pela lei como já ocorre no caso da lei penal, da declaração universal do direito dos animais e até mesmo da Constituição Federal.

Tendo em vista que o animal possui senciência, são seres de uma vida e possuem valor intrínseco, pode-se dizer que são sujeitos com dignidade, pois a mera racionalidade humana não deve ser um quesito decisivo, sendo a dignidade um conceito inclusivo e não exclusivo.

Portanto, sendo o animal sujeito de direito, cabe ao Estado a criação de normas protetivas à estes, realizando políticas públicas, implementações jurídica e demais modos para que a tutela jurídica seja efetiva para a proteção animal.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Nivea Corcino Locatelli. **Direito dos animais fundamentação e tutela**. In: Publica Direito. Disponível em <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=12a7b6573d17a1b1>. Acesso em mai 2017.

BRASIL, Casa Civil. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 fev. 2017.

BRASIL, Casa Civil. **Lei nº 9.605/1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 10 jan. 2017.

BISMARCHI, Erika. **Entenda o caso Royal**. 2013. Disponível em <<http://www.6patas.com.br/entenda-o-caso-royal/>>. Acesso em mai 2016.

FAUTH, Juliana de Andrade. **A natureza jurídica dos animais: rompendo com a tradição antropocêntrica do Direito Civil**. Maio 2016. Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/artigo,a-natureza-juridica-dos-animais-rompendo-com-a-tradicao-antropocentrica-do-direito-civil,55893.html>>. Acesso em 03 maio 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Editora Nova Fronteira. Rio de Janeiro, 1999, 3ª Edição.

FREITAS, Renata Duarte de Oliveira. **Animais não humanos: a construção da titularidade jurídica como novos sujeitos de direito.** Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2013. Disponível em <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/9142>>. Acesso em 16 out 2017.

GIAZZI, Thiago Cesar. **A repersonalização das políticas públicas em respeito a dignidade da pessoa humana.** Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica. Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2018.

LEITE, Ana Carla Patriota Silva. **Sujeitos ou coisa: os animais segundo o código civil.**In: Jurisway, set. 2013. Disponível em <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11923>. Acesso em mai. 2016.

LEVAI, Laerte Fernando. **Crueldade consentida – crítica à razão antropocêntrica –** Revista Brasileira de Direito Animal (Brazilian Animal Rights Review), ano 1- 2006, p.172. Disponível em: <<http://www.animallaw.info/policy/pobraziljourindex.htm>>. Acesso em 16 junho 2017.

LEITE, Ana Carla Patriota Silva. **Sujeitos ou coisa: os animais segundo o código civil.** 2013. Disponível em < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11923> . Acesso em 18 mai 2017.

MURARO, Celia Cristina. **Maus tratos de cães e gatos em ambiente urbano, defesa e proteção aos animais.** 2014. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=12654>. Acesso em 20 março 2017.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração da Conferência do Meio Ambiente.** Realizada na cidade de Estocolmo, 5-16 de junho de 1972. Disponível em <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em abr 2016.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais - Unesco.** Realizada na cidade de Bruxelas em 27 de janeiro de 1978. Disponível em <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em abr 2016.

PONTES, Bianca Calçada. Lei nº11.101/11: Análise das políticas públicas para animais domésticos e domesticados no município de Porto Alegre. **Revista Brasileira de Direito Animal**, [S.l], v.11, n. 7, p. 117 – 143, jul – dez 2012. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/8419/6033>>. Acesso em: 24 out. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **A tutela constitucional do ambiente no Brasil.**In:Revista dos Tribunais . RT 675/82 . jan./1992. Disponível em < http://www.regisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/A%20tutela%20constitucional%20do%20ambiente%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em jun 2016.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos.** Capítulo 1 - O valor da pessoa humana e o valor da natureza. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo, Saraiva, 27ª ed. 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquemático**. Capítulo 2 - a evolução jurídica e legislativa do direito ambiental no país, fl.53/59. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Antonio Silveira R. de. **Maus tratos e crueldade contra animais: aspectos jurídicos**. 2000. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/1718/maus-tratos-e-crueldade-contra-animais-aspectos-juridicos>>. Acesso em 15 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 12ª Ed., 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2015.

SILVA, Chiara Michelle Ramos Moura da. **Direito animal: uma breve digressão histórica**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48729&seo=1>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

SINGER, Peter. **Vida Ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Trad. Alice Xavier. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p.52.

WWF Brasil. Disponível em <http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/questoes_ambientais/animais_silvestres/>. Acesso em 21 ago 2017.

O PODER PÚBLICO E SUA OBRIGAÇÃO DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.657.156/RJ

Eduardo CAMBI¹
Mateus Vargas FOGAÇA²

RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar se o poder público está obrigado a fornecer medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. É realizada uma análise do direito à saúde como direito fundamental social, destacando o tratamento a ele conferido pela Constituição Federal de 1988. Identifica e delimita a questão tendo como parâmetro a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Tema 106 dos Recursos Repetitivos, quando do julgamento do Recurso Especial 1.657.156. Por fim, conclui que o fornecimento de medicamentos encontra como limitadores a necessidade de existência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a prova da indispensabilidade para o sucesso do tratamento, mediante laudo fundamentado elaborado por profissional do SUS, e a incapacidade financeira do indivíduo para custear o medicamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde – Fornecimento de medicamentos pelo Estado – Sistema Único de Saúde.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze whether the government is obliged to provide drugs not incorporated into the Public Health Care System. It analyzes the right to health as a fundamental social right, highlighting the treatment given to it by the Federal Constitution of 1988. It identifies and delimits the question using as a parameter the decision of the Superior Court of Justice in Topic 106 of the Repetitive Resources, at the time of the judgment of Special Appeal 1,657,156. Finally, it concludes that the supply of medicines limits the need for registration at the National Sanitary Surveillance Agency, the evidence of indispensability for the success of the treatment, based on a report prepared by a professional from the SUS, and the individual's financial inability to pay for the drug.

KEY WORDS: Right to health – Provision of medicines by the State – Public Health Care System.

1. INTRODUÇÃO

A transição ocorrida entre governo militar e o seu modelo repressivo e a abertura do País à democracia e à liberdade, cujo expoente máximo é a Constituição Federal de 1988, está prestes a completar 30 anos. Nesse ínterim, muitos dos direitos e das garantias previstos na nova ordem constitucional conseguiram alcançar bons níveis de efetividade. A seu turno, o direito à saúde,

1 Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. eduardocambi@hotmail.com.

2 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade Positivo. MBA Executivo em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pesquisador do Grupo de Estudos Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo (UENP). Membro da Comissão de Direito Imobiliário e da Construção da OAB/PR. Advogado. mavafo@hotmail.com.

mesmo tendo alcançado inúmeros avanços, ainda carece de muita dedicação por parte do Estado e da sociedade.

No presente estudo, pretende-se investigar a respeito da obrigação do poder público fornecer ao cidadão medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, questão bastante tormentosa e que repetidamente bate às portas do Poder Judiciário, em representação do fenômeno da judicialização do direito à saúde.

Para atingir esse objetivo, será estudada a evolução do direito à saúde no País e analisado o mesmo direito sob o prisma dos direitos fundamentais sociais no Brasil. A seguir, será observada a criação do SUS, seus objetivos e atribuições, em que se encontra a obrigação de formular a política de medicamentos a nível nacional, com a conseqüente responsabilidade do Estado em fornecer medicamentos aos particulares.

Depois de realizada essa contextualização, debruçaremos sobre a origem do Recurso Especial 1.657.156/RJ, julgado em sob o rito dos recursos repetitivos, que representa o Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça. Essa medida será tomada com vistas a realizar uma melhor análise da questão jurídica em debate e, sem deixar de lado a necessária interlocução com as decisões sobre o direito à saúde em construção perante as altas cortes da justiça brasileira, permitir avaliar a decisão final proferida pelo Poder Judiciário brasileiro em 25 de abril de 2018.

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A história constitucional demonstra que a saúde normalmente foi tratada de modo superficial pelas diversas Constituições brasileiras. Enquanto as anteriores não previam sequer uma regra ao direito à saúde, a atual ordem constitucional rompeu paradigmas ao dispensar uma verdadeira atenção ao tema.

A saúde pública brasileira teve sua história iniciada apenas no século XIX, quando da chegada da coroa portuguesa ao Brasil. Embora ainda não houvesse preocupação com a prevenção de doenças e com a promoção da saúde, passou-se a se preocupar com a repressão e a cura de endemias.

Durante o período monárquico foram tomadas medidas de proteção à saúde pelo Estado, que se mostraram iniciativas tímidas, diante das necessidades da época. Eram os denominados socorros públicos, da Constituição Federal do Império³. Nessa época, passou-se a realizar ações para o combate à lepra e à peste, bem como um incipiente controle sanitário.

De 1870 a 1930, foi iniciado um modelo “campanhista”, em que se usava a autoridade e a

3 RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde*: de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 152.

força policial no controle de determinadas doenças, permitindo avanços na erradicação da febre amarela na cidade do Rio de Janeiro⁴.

Na década de 1930, substituindo o Departamento Nacional de Saúde Pública, foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, o que permitiu a estruturação básica de um sistema público de saúde, englobando ações curativas. A Constituição de 1934 mencionou a saúde apenas para prevê-la como uma competência da União na promoção do combate de endemias e epidemias⁵.

A saúde pública somente passou a ser tratada de forma independente da educação em 1953, quando, por desmembramento, foi criado o Ministério da Saúde, com a criação dos institutos de aposentadorias e pensões (IAPs), que forneciam serviços de saúde em caráter curativo aos seus respectivos contribuintes.

Depois, já durante o regime militar, os IAPs foram unificados, dando origem ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), bem como foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social, ambos vinculados ao INPS.

Esse novo sistema prestava atendimento a todo trabalhador urbano com carteira assinada, que era seu contribuinte e beneficiário, tendo assegurado atendimento em toda a rede pública de saúde. Uma grande massa populacional, todavia, continuava à margem da saúde pública, devido à alta taxa de trabalho informal, e também ao desemprego, que os impediam de acessar aos serviços prestados pelo INPS⁶.

O direito à saúde recebeu assento constitucional em 1988, quando foi inaugurado um novo modelo de saúde pública. Ele confere a todos os brasileiros, mesmo àqueles que não possuem vínculo empregatício formal, a condição de titulares do direito à saúde⁷, o que não acontecia no modelo anterior.

3. A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NO BRASIL

4 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Jurisprudência Mineira*, n. 188, jan.-jun. 2009. p. 39.

5 MAIA, Maurilio Casas. O direito à saúde e a tutela do melhor interesse do paciente (hiper) vulnerável e os planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, n. 973, ano 105, nov. 2016. p. 22-23.

6 Idem.

7 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Jurisprudência Mineira*, n. 188, jan.-jun. 2009. p. 40.

Uma breve análise da história do direito à saúde no Brasil permite afirmar que ele finalmente teve a sua importância reconhecida pelo Constituinte de 1988, mediante a elevação à condição de direito fundamental social⁸ de segunda geração ou dimensão, verdadeira cláusula pétrea, protegida contra a extinção ou rebaixamento pelo Constituinte derivado.

Por outro lado, indicando que o Estado brasileiro não tinha a pretensão de monopolizar a saúde, a Constituição Federal de 1988 liberou acesso à iniciativa privada para a exploração da *assistência à saúde*⁹ (art. 199), mantendo sob o domínio do Poder Público a regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e serviços dessa área.

Como direito de todos e dever do Estado, a saúde deve ser promovida mediante políticas sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196).

Essa preocupação com a saúde na atual ordem constitucional – inclusive com permissão à participação complementar das instituições privadas no sistema único de saúde (CF, art. 199) – é, em parte, resultado das diversas transformações pelas quais a sociedade passou entre a metade final do século XIX e o início do século XX.

O fundamento liberal-individualista dos direitos fundamentais não mais atendia de forma satisfatória às demandas da justiça social e justificou a ampliação da intervenção estatal em diversos setores da vida dos cidadãos¹⁰, inclusive no que se refere à prevenção, à promoção e à manutenção de uma vida saudável.

Naquela quadra histórica, não se podia mais compreender o indivíduo como um ser isolado da sociedade em que vivia. Passou-se a entender necessária uma análise mais abrangente das coisas, para se compreender o indivíduo no contexto social em que estiver inserido, ciente de sua ânsia por tratamento específico, conforme sua posição na sociedade¹¹, e o Estado não poderia deixar de promover o bem-estar e a saúde da população em geral.

A evolução do pensamento jurídico mostrou a necessidade de progressos na concepção dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que então passaram a conviver com os de segunda dimensão, como é o direito à saúde. Esse avanço deu origem aos direitos fundamentais sociais,

8 MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 25.

9 OTERO, Cleber Sanfelici; MASSARUTTI, Eduardo Augusto de Souza. A violação do direito à saúde pelas empresas de planos de saúde ao engarem eventos médicos não revistos no rol de procedimentos elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar brasileira. In: GABRICH, Frederico de Andrade; SILVA, Rogerio Luiz Nery da. *Autonomia privada, regulação e estratégia*. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 129-130.

10 CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Direito civil constitucional. *Revista de Direito Privado*, n. 61, jan.-mar. 2015. p. 17.

11 AGRA, Walber de Moura. Direitos sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 523.

calçados no princípio da diferença, visando a salvaguardar os indivíduos sem plenas condições de exercitarem plenamente seus direitos mais básicos, devido à hipossuficiência econômica, educacional ou cultural¹².

Os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão merecem proteção de forma mais ampla possível, pois refletem diretamente na dignidade da pessoa humana¹³. Essa categoria de direitos tem como premissa que a falta de atendimento às necessidades de cada pessoa redunde em efeitos negativos a toda a sociedade, ao passo que o suprimento das carências individuais teria o condão de produzir efeitos positivos sobre aquela mesma sociedade¹⁴.

Assim, estando voltados aos mais carentes, debilitados e excluídos da sociedade, os direitos fundamentais sociais constituem pretensões do indivíduo ou do grupo contra o Estado¹⁵, exigindo que este tome ações positivas¹⁶, como também acontece com consumidores, reconhecidamente vulneráveis em relação aos fornecedores (CDC, art. 4º, inciso I), bem como com os trabalhadores face aos empregadores¹⁷.

O direito fundamental à saúde está intimamente ligado ao também fundamental direito à vida, porque, a depender do dano causado à saúde do indivíduo, sua própria vida estará em perigo¹⁸. Na seara infraconstitucional, a proteção à saúde é considerada um direito básico do consumidor (CDC, art. 6º, inciso I) em decorrência dessa forte ligação com o direito à vida¹⁹.

No entanto, a relação entre o direito à saúde e o direito à vida não se limita à proteção da vida, pois também alcança a promoção da qualidade de vida do cidadão, como aponta o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS): “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”²⁰.

12 CAMBI, Eduardo; LIMA, Jairo Néia. Dispensa do prazo de carência nos contratos de plano de saúde para tratamento urgente – Uma leitura a partir da horizontalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 98, mar.-abr. 2015. p. 179.

13 MAIA, Maurilio Casas. O direito à saúde e a tutela do melhor interesse do paciente (hiper) vulnerável e os planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, n. 973, ano 105, nov. 2016. p. 22.

14 MALISKA, Marcos. Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 58.

15 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 499; CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 77.

16 “A problemática de tais direitos se explica por ter uma estrutura distinta da dos tradicionais direitos de liberdade e igualdade. Direitos sociais fundamentais, como por exemplo, o direito ao trabalho ou o direito a uma habitação adequada ou à seguridade social já não são efetivos pelo fato de que respeitem e amparem, mas requerem de antemão e, em qualquer caso, mais que nos direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles” (HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernesto et al (Org.) *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 98).

17 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 54-60.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 11, set.-nov. 2007. p. 3.

19 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 197

20 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa

O conceito de saúde proposto pela OMS, acolhido pela Constituição Federal de 1988²¹, não está isento de críticas, principalmente daqueles que o consideram inatingível²². De todo modo, sustenta-se que a sua grande amplitude traduz uma forma de assinalar o objetivo de salvaguardar a saúde e a dignidade humana da melhor maneira possível²³.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tratam a saúde como um direito público subjetivo, prerrogativa indisponível²⁴ assegurada à totalidade dos indivíduos que se relaciona intimamente com a dignidade da pessoa humana²⁵.

Dotado de aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º), o direito social à saúde deve ser efetivado com vistas à promoção do postulado da dignidade da pessoa humana²⁶. Enquanto direito fundamental, se descumpridos os seus preceitos, seja pela Administração Pública, seja pelo Poder Legislativo, seja mesmo pela iniciativa privada, competirá ao Poder Judiciário promover a sua pronta efetivação²⁷.

Com efeito, há uma interação de diversos fatores capazes de, coletivamente, proporcionar dignidade à pessoa humana, como sugere o art. 3º da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90): “Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”.

[%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html](#)]. Acesso em: 11.09.2016.

- 21 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 35.
- 22 SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida: um mundo de corresponsabilidades e fazeres. In: SANTOS, Lenir. *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010. p. 29.
- 23 MAIA, Maurilio Casas. O direito à saúde e a tutela do melhor interesse do paciente (hiper) vulnerável e os planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, n. 973, ano 105, nov. 2016. p. 21.
- 24 “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, AgR no RE 391.175. Relator: Min. Celso de Mello. J. 12.12.2006, DJ 02.02.2007. p. 140).
- 25 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, AgR no RE 271.286. Relator: Min. Celso de Mello. J. 12.09.2000, DJ 24.11.2000. p. 101.
- 26 “Todos os direitos de saúde, mesmo os prestados pela iniciativa privada, envolvem direitos fundamentais, sendo constitucionalmente considerados como de relevância pública. Não se trata, portanto de um negócio qualquer – ou serviço, na acepção do Código de Defesa do Consumidor -, livre à iniciativa privada para que o preste da maneira que melhor lhe aprouver – leia-se ‘da maneira menos custosa e mais lucrativa possível’. O direito humano à saúde decorre diretamente do direito à vida, sendo dever constitucional do Poder Público atuar para que seja respeitado, prevalecendo a dignidade humana” (TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 47).
- 27 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 35.

Em seu art. 6º, a Constituição Federal de 1988 arrolou como direitos fundamentais²⁸ 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 e a assistência aos desamparados.

Na estrutura dos direitos fundamentais apresentada pela Constituição de 1988, o direito à saúde integra os direitos sociais, ou direitos fundamentais de segunda dimensão, em clara demonstração da nova postura adotada pelo Estado brasileiro de abandono do posto de mero garantidor de direitos individuais para ocupar a posição de *fornecedor de prestações positivas*, tendentes a saciar as necessidades básicas do cidadão²⁹.

A circunstância de se considerar o direito à saúde como um direito fundamental social tem por consequência admiti-lo não apenas como um mecanismo de defesa da liberdade do indivíduo, mas também tratá-lo como integrante do próprio sistema de valores que atua como fundamento material de toda ordem jurídica brasileira³⁰.

Por isso, ao direito à saúde coube ocupar espaço no Título destinado à Ordem Social, objetivando o bem-estar e a justiça social. Independentemente de ser executada pelo Poder Público ou pela iniciativa privada, sempre competirá ao Estado a promoção de prestações positivas em favor do próprio direito à saúde³¹. Isso poderá ocorrer mediante a formulação e a execução de políticas públicas sociais e econômicas tendentes à promoção, proteção e recuperação da sanidade da população³². Uma das ferramentas para tanto é a política pública de fornecimento gratuito de medicamentos.

4. A RESPONSABILIDADE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE QUANTO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

O direito fundamental à saúde é imprescindível à vida com dignidade do cidadão. O reconhecimento desse fato pelo Constituinte 1988 teve como consequência a necessidade de formulação de políticas públicas de saúde pública.

28 Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, direitos fundamentais constituem um conjunto de normas destinado a proteger os bens jurídicos mais sensíveis na proteção da dignidade humana (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35-36). Com base no conteúdo de cada um, os direitos fundamentais podem ser classificados em seis grupos, i) direitos individuais (art. 5º), ii) direitos à nacionalidade (art. 12), iii) direitos políticos (arts. 14 a 17), iv) direitos sociais (arts. 6º, 193 e seguintes), v) direitos coletivos (art. 5º) e vi) direitos solidários (arts. 3º e 225). Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 183-184.

29 MAPELLI JR, Reynaldo; COIMBRA, Mario; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Direito sanitário*. São Paulo: Ministério Público/Imprensa Oficial, 2012. p. 15.

30 GLOECKNER, Joseane Ledebrium. O fornecimento de medicamento para doenças raras como integrante do direito à saúde. *Revista da Ajuris*, n. 135, v. 41, set. 2014. p. 143.

31 MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. *passim*.

32 CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. O tratamento emergente e a dispensa do prazo de carência nos contratos de plano de saúde na visão do STJ. *Revista dos Tribunais*, n. 973, ano 105, nov. 2016. p. 54.

Assim, os estudos e as discussões realizados ainda sob a ordem constitucional anterior foram utilizados como base para o balizamento do direito à saúde pela Assembleia Nacional Constituinte, a qual se utilizou do relatório final da 8ª Conferência Nacional da Saúde, realizada em 1986, para redigir o art. 196 da atual Constituição.

Logo depois, a Lei 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), consistente no “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 4º).

O SUS tem como objetivos (Lei 8.080/90, art. 5º): i) a identificação e a divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; ii) a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a formulação e a execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação; e iii) a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

É de responsabilidade do SUS, entre outras, a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção (Lei 8.080/90, art. 6º, inciso VI).

5. O TEMA 106 DOS RECURSOS REPETITIVOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ORIGEM DO CASO QUE ORIGINOU O RECURSO ESPECIAL 1.657.156/RJ

A Constituição Federal de 1988 está em vias de completar sua terceira década de existência e ainda possui inúmeros preceitos carentes de efetividade. Infelizmente, o direito à saúde não está excluído dessa realidade.

Mesmo datando o SUS do ano de 1990, ainda há muito que se fazer para a garantia de saúde a grande parte dos brasileiros. É enorme o índice de demandas judiciais que aportam ao Poder Judiciário, para fazer valer esse direito tão básico do ser humano. É reiterada a dificuldade enfrentada pelos usuários da saúde pública no Brasil³³, como é o caso dos pacientes cujos tratamentos médicos necessitam da disponibilização de fármacos não integrantes dos atos normativos do SUS.

Sobre o tema, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tornou-se paradigmático o

33 FACHIN, Jéssica; FOGAÇA, Mateus Vargas. Direito fundamental à saúde: posicionamento do Supremo Tribunal Federal e judicialização. In: AMARAL, Sérgio Tibiriçá; ALVES, Fernando Brito; COIMBRA, Mário. *Hermenêutica constitucional*. Jacarezinho: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. p. 49.

Recurso Especial (REsp) 1.657.156/RJ, que surgiu, na origem, como ação de obrigação de fazer, movida em face do Estado do Rio de Janeiro e o Município de Nilópolis, objetivando a condenação dos entes públicos ao fornecimento de três fármacos – Azorba Colírio, Glaub Colírio e Optive Colírio – destinados ao tratamento de Glaucoma Crônico Bilateral (CID H 40.1), diante da incapacidade financeira da autora para o custeio do tratamento.

Adveio sentença de procedência em primeiro grau, condenando o Estado e o Município ao fornecimento dos medicamentos, mesmo que não disponibilizados pelo SUS e sem alternativas de mesma eficácia terapêutica na rede pública de assistência farmacêutica.

Contra a sentença, o Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso de apelação, que teve seguimento negado por decisão monocrática do relator, a qual foi posteriormente confirmada pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), quando do desprovimento do recurso de agravo interno³⁴. Os embargos de declaração opostos tiveram provimento negado.

Em seguida, o Estado do Rio de Janeiro interpôs recursos especial e extraordinário. No seu entender, somente estariam abrangidos pela assistência farmacêutica os medicamentos prescritos em consonância com os protocolos clínicos absorvidos pelas normas do SUS ou previstos nas listagens editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, também sustentou a possibilidade de substituição dos fármacos não integrantes das listas do SUS por outros, alternativos e fornecidos pelo poder público.

O processo ficou suspenso quanto ao recurso extraordinário, devido à controvérsia versar sobre tema repetitivo ainda não decidido pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 1.030, inciso III, do Código de Processo Civil. O recurso especial teve seguimento negado pelo TJRJ, sob o argumento de deficiência de fundamentação.

Interposto Agravo em Recurso Especial (AREsp) ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) pelo mesmo ente da Federação, ele foi autuado sob o AREsp 1.052.276/RJ e distribuído ao Ministro Benedito Gonçalves, que ordenou a sua conversão em Recurso Especial, quando passou a ser designado de REsp 1.657.156/RJ.

34 A decisão do TJRJ no recurso 0015099-09.2014.8.19.0036, em que foi relator o Des. Antônio Iloízio Barros Bastos, proferida em 02/03/2016, foi assim ementada: “Agravo interno em apelação cível. Fornecimento gratuito de medicamentos. Direito à saúde. Paciente portadora de glaucoma. Hipossuficiência comprovada. Manutenção da sentença que condenou o Estado e o município de Nilópolis ao fornecimento de medicamentos. Inconformismo do Estado apelante, ora agravante, contra a decisão monocrática que manteve a condenação dos réus ao fornecimento dos medicamentos pleiteados, objetivando rediscutir a matéria. A saúde é direito fundamental assegurado constitucionalmente a todo cidadão, devendo os poderes públicos fornecer assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitarem, cumprindo fielmente o que foi imposto pela Constituição da República e pela Lei 8.080/90, que implantou o Sistema Único de Saúde. Ademais, não há que se falar em violação dos artigos 19-M, I, 19-P, 19-Q e 19-R da Lei 8.080/90, visto que se cuida de orientação para dispensação de medicamento, como ação de assistência terapêutica integral, que não inviabiliza a assistência por medicamento orientado pelo médico da paciente e, por consequência, não afronta o texto constitucional e não significa contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF. Desprovimento do recurso”.

Na sequência, a Primeira Seção daquele Tribunal afetou o caso, para julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos (CPC, art. 1.036 e seguintes), designado como Tema 106, cuja principal consequência é a obrigatoriedade de o STJ e as instâncias inferiores seguirem a decisão que for proferida³⁵.

No mesmo ato, determinou-se a suspensão dos processos individuais e coletivos pendentes de julgamento, em nível nacional, bem como a comunicação da decisão aos demais membros da Primeira Seção do STJ, bem como aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça.

A controvérsia foi assim delimitada: “Obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria 2.577/2006 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)”.

Em decisão posterior, de 24.05.2017, relativamente à suspensão do processamento dos processos pendentes (CPC, art. 1.037, inciso II), esclareceu-se não existir impedimento de concessão “em qualquer fase do processo, tutela provisória de urgência, desde que satisfeitos os requisitos contidos no art. 300 do CPC/2015, e de cumprimento àquelas que já foram deferidas”.

Na mesma decisão, quanto à delimitação da controvérsia, observou-se que a referência ao ato normativo infralegal, tal como a citada Portaria 2.577/2006 do Ministério da Saúde, poderia não ser a melhor alternativa, dada a constante substituição daquela espécie normativa. Assim, conforme o Relator, o tema seria excessivamente reduzido, dificultando a posterior aplicação dos efeitos do julgamento a casos sucessivos, limitando “sua aplicação somente aos medicamentos que se enquadram em referido ato normativo, deixando de abranger as demais situações daqueles que buscam o Judiciário para obter medicamento de outra classe”.

Dessa forma, a controvérsia ficou reduzida à hipótese do inciso I do art. 19-M³⁶ da Lei 8.080/90, para abranger a dispensação de medicamentos e produtos de interesse à saúde, excluindo-se a oferta de procedimentos terapêuticos (inciso II), nos seguintes termos: “Obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de Saúde”.

Delimitada a controvérsia nesses termos, foram apresentados diversos pedidos de admissão

35 FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. n. 67, jul.-dez. 2015. p. 519.

36 O art. 19-M foi acrescentado à Lei 8.080/90 pela Lei 12.401/11, nos seguintes termos: “Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em: I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.”

de entidades como *amici curiae*, sendo acolhidos apenas os pedidos formulados pela Defensoria Pública da União, pelo Distrito Federal e pelos demais Estados da Federação, à exceção do Ceará e do Rio de Janeiro, sendo que este último participa do processo, na condição de recorrente.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso e, quanto à tese repetitiva, sugeriu a formação da seguinte tese repetitiva:

Resta assegurado aos hipossuficientes o fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos, ainda que não incorporados ao Sistema Único de Saúde, quando indispensáveis à melhora do quadro clínico, mediante laudo a ser produzido por médico, particular ou público, que ateste a imprescindibilidade do fármaco para o tratamento da doença.

Após voto do Relator na seção em 27.09.2017, o julgamento foi suspenso para atender a pedido de vista da Ministra Assusete Magalhães, que, ao final, apresentou voto-vista acompanhando o Relator, Ministro Benedito Gonçalves. O julgamento final do REsp ocorreu em 25 de abril de 2018, tendo sido publicada o acórdão no Diário da Justiça Eletrônico de 04 de maio de 2018³⁷.

6. HÁ OBRIGAÇÃO ESTATAL DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AOS NORMATIVOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE?

A concessão de medicamentos não integrantes dos atos normativos do SUS é questão bastante tormentosa e reiteradamente bate às portas do Poder Judiciário.

Para se ter dimensão quantitativa da discussão, estudo publicado em 2009 analisou 2.927 ações judiciais destinadas ao fornecimento de medicamentos, movidas em face da Secretaria Estadual de Saúde do Estado de São Paulo, recebidas por aquele Órgão entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2006, apenas cujos pacientes declararam residir na Capital do Estado. Do total de medicamentos pleiteados, 77% não pertenciam aos programas de assistência farmacêutica do SUS, indicando ser necessária a integração de fármacos à rede do SUS e, além disso, que os 33% dos medicamentos já listados não eram fornecidos à população, ou não eram disponibilizados em quantidades suficientes, culminando no ajuizamento de novas demandas judiciais para tanto.

Segundo a mesma pesquisa, apenas 48% do total dos pacientes possuíam prescrições médicas de profissionais da rede do SUS. Além disso, os beneficiários das decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público eram, prioritariamente, indivíduos

³⁷ Destaca-se o seguinte trecho da ementa do acórdão: “3. Tese afetada: *Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106)*. Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. *TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015*. A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a *presença cumulativa dos seguintes requisitos*: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento”. (destaques originais)

com melhores condições econômicas e de acesso à informação, justificando a representação de 74% dos casos por advogados particulares e apenas 26% por advogados dativos ou defensores públicos. Além disso, apenas cerca de 25% das ações judiciais contou com a justiça gratuita como forma de isenção do pagamento das custas e despesas processuais, sugerindo que boa parte dos agraciados teria condições de adquirir os remédios com recursos próprios³⁸.

Quando proferiu seu voto, o Relator do REsp 1.657.156/RJ, embasado em notícia veiculada no página eletrônica oficial³⁹, destacou haverem 8.841 processos em que se discutia o mesmo tempo, cujo trâmite estava suspenso perante Tribunais Estaduais e Regionais Federais, aguardando a decisão final pelo STJ. Em 01/07/2018, a mesma página oficial indicava serem 29.367 processos aguardando a final decisão do Tema 106 para terem normal seguimento.

Essa circunstância indicativa de possível mau uso do processo judicial como forma de se alcançar o fornecimento de medicamentos pelo Estado, de certa maneira, é tacitamente admitida pelo próprio Poder Judiciário, dada a demasiada demora na definição da questão jurídica que lhe é posta, como é o caso dos dois Recursos Extraordinários (RE) com repercussão geral reconhecida, cujo julgamento está pendente há muitos anos no Supremo Tribunal Federal (STF).

O primeiro deles é o RE 566.471⁴⁰, que trata da concessão de medicamentos de alto custo por via judicial e o segundo é o RE 657.718⁴¹, relacionado ao fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A presente investigação não pretende abordar a questão constitucional tratada em ambos os RE's. No entanto, o conteúdo de alguns dos votos já proferidos naqueles processos tiveram o condão de traçar as linhas mestras para a solução adotada no julgamento o Tema 106 dos Recursos Repetitivos do STJ.

Com efeito, em aditamento ao voto por si proferido no julgamento conjunto dos RE's citados, o Relator, Ministro Marco Aurélio, admitiu a concessão de medicamentos de alto custo não previstos nos atos normativos do SUS, desde que atendidos determinados requisitos, sugerindo a

38 CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de saúde pública*, n. 8, v. 25, ago. 2009. p. 1841-1843.

39 http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em 20. mai. 2018.

40 No julgamento em que se reconheceu a Repercussão Geral da questão constitucional suscitada no RE 566.471/RN, a ementa foi assim redigida: "SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo". (STF, RE 566.471 RG, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 15/11/2007, DJe-157, DIVULG 06/12/2007, PUBLIC 07/12/2007, DJ 07/12/2007, PP 00016, EMENT VOL 02302-08, PP 01685).

41 A Repercussão Geral foi reconhecida no julgamento assim ementado: "SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controversia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA". (STF, RE 657.718 RG, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051, DIVULG 09/03/2012, PUBLIC 12/03/2012, REPUBLICAÇÃO: DJe-092, DIVULG 10/05/2012 ,PUBLIC 11/05/2012).

adoção da seguinte tese pelo STF:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.

Já para o Ministro Luís Roberto Barroso, que também já apresentou seu voto, o Estado não seria obrigado a fornecer medicamentos não incorporados pelo SUS, salvo em determinadas hipóteses. Em sua visão, “não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas”.

Nesse viés, o mesmo Ministro formulou cinco requisitos que deveriam ser atendidos para que surgisse a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos, propondo a seguinte tese:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin, que também já proferiu voto no julgamento daqueles RE's, elaborou uma lista de cinco pontos a serem preenchidos para que o Poder Judiciário pudesse obrigar o Estado a fornecer medicamentos ao particular:

1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

Os votos dos três Ministros do Supremo Tribunal Federal, embora isolados e lançados em processos com julgamento ainda pendentes de finalização, trazem argumentos comuns, que servem de apoio para a identificação de certos pontos de convergência: i) quando demonstrada a imprescindibilidade do medicamento não integrante dos atos normativos do SUS, admite-se o seu fornecimento pelo Estado, não sendo de grande relevância a diferenciação entre medicamento incluído, ou não, da lista do SUS; ii) é importante a demonstração de inexistência ou ineficiência de fármaco substituto disponível na rede pública com comprovada efetividade, mediante pesquisas e

estudos respeitados pela comunidade científica; iii) de grande significância é a existência de incapacidade financeira do paciente para o custeio do medicamento, dada a finitude dos recursos estatais o custeio da saúde pública; iv) a necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda, por ser ela a responsável pela manutenção e atualização dos atos normativos do SUS (Lei 8.080/90, art. 19-P e seguintes).

Voltando os olhos para o REsp 1.657.156/RJ, representativo da controvérsia no âmbito do STJ (Tema 106), constata-se que boa parte daquelas premissas acabou sendo incorporada, direta ou indiretamente, ao voto do Relator, Ministro Benedito Gonçalves, bem como ao voto-vista proferido pela Ministra Assusete Magalhães.

No voto do Relator, acompanhado à unanimidade pelos Ministros integrantes da Primeira Seção do STJ, assinalou-se existir um dever de o ente público fornecer os medicamentos necessários ao tratamento médico a que está submetido o indivíduo, independentemente de o fármaco estar ou não previsto em ato normativo do SUS. No entanto, para existir tal obrigatoriedade, deveriam ser preenchidos, cumulativamente, três requisitos de ordem objetiva: i) existência de registro do remédio na Agência Nacional de Vigilância Sanitária; ii) prova de que o medicamento é imprescindível para o sucesso do tratamento, com a apresentação de laudo fundamentado emitido por médico integrante dos quadros do SUS, indicando a ineficácia dos fármacos disponibilizados ordinariamente pelo Poder Público; e iii) comprovação da incapacidade financeira do paciente para fazer frente ao custo do medicamento.

O primeiro dos requisitos, ao qual já havia sido feito referência no julgamento dos RE's perante o STF, demonstra a preocupação e responsabilidade do Poder Judiciário para com a necessidade de estudo aprofundado sobre a eficácia e segurança do medicamento à saúde dos pacientes⁴², podendo-se concordar com a posição do Ministro Luís Roberto Barroso quando indica ser suficiente o prazo de um ano para tal análise pela Anvisa, tempo esse que, uma vez vencido sem apreciação do pedido de registro, possibilitaria a sua liberação pelo Poder Judiciário, porque a proteção ao direito fundamental à saúde deve acompanhar a evolução da medicina⁴³.

O segundo dos requisitos – a demonstração da imprescindibilidade da medicação por profissional que assiste o paciente – segue a linha de decisões há muito proferidas pelo próprio STJ⁴⁴, no sentido de priorizar o conteúdo dos laudos médicos em detrimento do fato de o

42 “Na hipótese de o medicamento ainda ser experimental, a Administração Pública deve zelar pela segurança e qualidade das ações e prestações de saúde, não sendo razoável que decisões judiciais determinem o custeio dessa espécie de tratamento, de eficácia duvidosa, associado a terapias alternativas” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 651)

43 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 440.

44 A título ilustrativo, citem-se: REsp 1661922/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 18.05.2017, DJe 20.06.2017; AgInt no AREsp 937.106/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. 20.04.2017,

medicamento estar ou não incluído na lista do SUS. Além disso, o fato de o profissional responsável pelo acompanhamento do quadro clínico do paciente indicar a necessidade de se dispensar fármaco alheio à listagem oficial esvaziaria a alegação reiterada dos entes estatais, segundo a qual muitas das demandas judiciais poderiam ser evitadas se os receituários médicos priorizassem os medicamentos já constantes nos atos normativos do próprio SUS, servindo aos tratamentos com a mesma eficácia que os demais fármacos. Essa medida, aliás, mais do que satisfazer a pretensão de desjudicialização da saúde pública, seria capaz de evitar a demora no início do tratamento médico dos pacientes e, assim, contribuir com agilidade do restabelecimento de sua saúde. No particular, a versão original do voto do Ministro Relator exigia que laudo firmado por profissional da rede pública de saúde atestasse a necessidade de medicamento não fornecido pelo SUS. A posição foi alterada após os debates, sob o argumento de que o profissional responsável pelo tratamento do paciente é o mais capacitado para prescrever o medicamento mais eficaz ao tratamento e também para indicar a ineficácia de fármacos custeados pelo Poder Público.

O posicionamento definitivo, a rigor, mostra-se acertado, dado não ser lógico, tampouco razoável, exigir que todo paciente seja obrigado a também manter tratamento com profissional do SUS para, somente depois, ter acesso a medicamentos não fornecidos pelo Sistema. Se assim fosse decidido, ter-se-ia o problema de aumentar a demanda por consultas no SUS e, o que é pior, retardar desnecessariamente o tratamento médico de pacientes única e exclusivamente pelo fato de o profissional que o acompanha não integrar a rede pública de saúde.

Quanto ao último requisito – da incapacidade financeira do paciente para a aquisição do medicamento – está-se a tratar da impossibilidade de acesso ao remédio sem comprometimento da subsistência própria ou de sua entidade familiar, o que não necessita coincidir, evidentemente, com a total pobreza ou miséria financeira. A inclusão desse requisito é justificada, visto que o contínuo progresso da tecnologia médico-farmacêutica, conjugado à maior expectativa de vida da população, tem redundado em um aumento exponencial dos custos com a saúde pública no País, cujo custeio não vem sendo aumentado à mesma medida⁴⁵, até por conta da dificuldade econômica enfrentada nos últimos anos.

As balizas adotadas no julgamento do REsp 1.657.156/RJ (Tema 106), em grande parte, já vinham sendo alinhavadas pelo Poder Judiciário há algum tempo, como demonstram os inúmeros precedentes citados no voto do Relator e no voto-vista. De igual forma, também eram sinalizadas quando da realização da I e II Jornadas de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça,

publicado no *DJe* de 02.05.2017.

45 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 440.

realizadas nos anos de 2014 e 2015⁴⁶.

A esse respeito, o Enunciado 14, resultante dessas Jornadas, tratou da necessidade de ser comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos fornecidos pelo SUS para que seja fornecido outro, alheio aos atos normativos. Tratando do mesmo tema, o Enunciado 16, por sua vez, sinalizou que o acesso a medicamentos não fornecidos no âmbito do SUS atrai ao paciente o ônus de apresentar a evidência científica da inexistência, inefetividade ou impropriedade dos remédios constantes nas listas mantidas pelos entes públicos.

O Enunciado 58, porém, foi além, ao orientar a notificação do médico prescritor para prestar esclarecimentos a respeito da pertinência e da necessidade de prescrição do medicamento, bem como para declarar expressamente se existe algum conflito de interesse.

O Enunciado 15, de sua parte, preocupou-se de tratar da importância de existir declaração médica a respeito da imprescindibilidade do medicamento para a eficácia do tratamento, substituindo outros fármacos tradicionalmente disponibilizados pelo SUS, ao assinalar requisitos a serem observados pelos subscritores de laudos médicos, que deveriam conter, no mínimo:

“medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI); o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância; posologia; modo de administração; e período de tempo do tratamento; e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

Com efeito, a temática vinculada à efetivação do direito à saúde é delicada e engloba diversas questões de ordem estrutural do Estado, tais como a interferência do Poder Judiciário sobre as políticas públicas, a escassez orçamentária em razão da demanda da população, a agilidade na atualização dos atos normativos do SUS e a eficácia dos medicamentos excluídos das listagens.

As decisões judiciais que trataram e tratarão do tema, por certo, impõem e imporão limites à desenfreada - e legítima, em grande parte - busca por remédios via Poder Judiciário. A equação pode ser resolvida, sem desconsiderar os motivos pelos quais o fármaco não integra os atos normativos do SUS, levando em consideração não apenas a fragilidade da vida e o necessário amparo ao cidadão incapaz de adquirir a medicação com seus próprios recursos, mas também o benefício que o medicamento pretendido poderá trazer ao tratamento médico prescrito.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde foi alçado à condição de direito fundamental social na ordem constitucional vigente. Esse legítimo reconhecimento, todavia, não o livrou de inúmeros entraves e atentados à sua efetivação.

46 MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Jornadas de direito à saúde – CNJ. Disponível em: [www.saude.mppr.mp.br/pagina-874.html#II_jornada]. Acesso em: 10.03.2018.

O tema tratado na presente investigação – a obrigação do poder público de fornecer medicamentos ao particular, mesmo quando eles não estão incorporados aos atos normativos do Sistema Único de Saúde – é apenas um indicativo do quanto ainda se precisa evoluir na efetivação dos direitos e garantias fundamentais no Brasil.

O estudo realizado permitiu concluir que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial 1.657.156/RJ, Tema 106 dos Recursos Repetitivos, definiram a questão jurídica em discussão, permitindo uma padronização no julgamento dos casos repetitivos em todo o país e, certamente, impuseram limites à desenfreada busca por remédios via Poder Judiciário.

Entre as diversas condicionantes já aventadas, acredita-se que o Superior Tribunal de Justiça acertou no julgamento definitivo do Recurso Especial 1.657.156/RJ, ao condicionar a obrigatoriedade de fornecimento de remédios pelo poder público, mesmo se não incorporados pelos atos normativos do SUS, os seguintes critérios: *i)* o fármaco possuir registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária; *ii)* existir prova concreta de sua imprescindibilidade para o sucesso do tratamento, com a apresentação de laudo fundamentado e circunstanciado, emitido por médico responsável pelo responsável pelo tratamento do paciente; e *iii)* for comprovada a incapacidade financeira do necessitado para fazer frente ao custo do medicamento.

Por fim, às vésperas do trigésimo ano de existência da Constituição Federal de 1988, espera-se que a decisão proferida pelo STJ no aludido recurso permita assegurar a máxima efetivação do direito fundamental à saúde pública, assegurando proteção adequada àqueles que necessitam recorrer ao Poder Judiciário para ter a sua dignidade respeitada, a sua cidadania fortalecida, ver satisfeito o seu direito à vida e, ainda, poder manter as esperanças na construção de um País mais justo, livre e solidário.

8. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Direitos sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Jurisprudência Mineira*, n. 188, jan.-jun. 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas*

públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Direito civil constitucional. *Revista de Direito Privado*, n. 61, jan.-mar. 2015.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. O tratamento emergente e a dispensa do prazo de carência nos contratos de plano de saúde na visão do STJ. *Revista dos Tribunais*, n. 973, ano 105, nov. 2016.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Jairo Néia. Dispensa do prazo de carência nos contratos de plano de saúde para tratamento urgente – Uma leitura a partir da horizontalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 98, mar.-abr. 2015.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de saúde pública*, n. 8, v. 25, ago. 2009.

FACHIN, Jéssica; FOGAÇA, Mateus Vargas. Direito fundamental à saúde: posicionamento do Supremo Tribunal Federal e judicialização. In: AMARAL, Sérgio Tibiriçá; ALVES, Fernando Brito; COIMBRA, Mário. *Hermenêutica constitucional*. Jacarezinho: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. n. 67, jul.-dez. 2015.

GLOECKNER, Joseane Ledebum. O fornecimento de medicamento para doenças raras como integrante do direito à saúde. *Revista da Ajuris*, n. 135, v. 41, set. 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernesto et al (Org.) *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

MAIA, Maurilio Casas. O direito à saúde e a tutela do melhor interesse do paciente (hiper)vulnerável e os planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, n. 973, ano 105, nov. 2016.

MALISKA, Marcos. Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MAPELLI JR, Reynaldo; COIMBRA, Mario; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Direito sanitário*. São Paulo: Ministério Público/Imprensa Oficial, 2012.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9.

ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OTERO, Cleber Sanfelici; MASSARUTTI, Eduardo Augusto de Souza. A violação do direito à saúde pelas empresas de planos de saúde ao engarem eventos médicos não revistos no rol de procedimentos elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar brasileira. In: GABRICH, Frederico de Andrade; SILVA, Rogerio Luiz Nery da. *Autonomia privada, regulação e estratégia*. Florianópolis: Conpedi, 2015.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida: um mundo de corresponsabilidades e fazeres. In: SANTOS, Lenir. *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n, 11, set.-nov. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Rogerio Luiz Nery da. *Autonomia privada, regulação e estratégia*. Florianópolis: Conpedi, 2015.

TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e STF*. São Paulo: Verbatim, 2010.

O PROTAGONISMO DO ESTADO NA CONDUÇÃO DA POLÍTICA DE INOVAÇÃO À LUZ DOS ARTIGOS 218 E 219 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Luiz Otávio BENEDITO¹
Daniela Ramos Marinho GOMES²

RESUMO

O processo histórico sempre demonstrou haver intrínseca relação entre o Estado e a Economia. Desta forma, este trabalho se apresenta com o propósito de discutir a relevância do Estado na promoção dos processos de inovação no Brasil, o que o faz a partir da moldura constitucional implementada na Carta Magna de 1988. A importância deste assunto se dá porquanto há muito tem imperado a concepção segundo a qual um país efetivamente desenvolvido, demanda, além de outros elementos, pelo estímulo à inovação. Para tanto, estruturou-se este trabalho em três tópicos: o primeiro aponta para o Estado brasileiro como indutor das políticas de desenvolvimento, e o faz por meio do levantamento histórico dos tipos de Estado e das características adotadas pela Constituição Federal de 1988. O segundo, aborda a relação existente entre o desenvolvimento e a inovação, considerando os desafios para o desenvolvimento social e econômico brasileiro. Por fim, o trabalho se volta para os artigos 218 e 219 do texto Constitucional - com vistas a esclarecer a posição assumida desta *Carta*, no que diz respeito ao desafio tecnológico -, abordando ainda as normas infraconstitucionais que agasalham o ente inovador. A pesquisa se deu de forma exploratória com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; Política de Inovação; Desenvolvimento; Constituição Federal;

ABSTRACT

The historical process has always shown an intrinsic relationship between the State and the Economy. In this way, this work is presented with the purpose of discussing the relevance of the State in the promotion of innovation processes in Brazil, which does so from the constitutional framework implemented in the 1988 Constitution. The importance of this subject is given because there is a long has led to the conception that an effectively developed country demands, in addition to other elements, the stimulation of innovation. For this, this work was structured in three topics: the first points to the Brazilian State as an inducer of development policies, and it does so through a historical survey of the types of State and the characteristics adopted by the Federal Constitution of 1988. The second, addresses the relationship between development and innovation, considering the challenges for Brazilian social and economic development. Finally, the paper turns to articles 218 and 219 of the Constitutional text - with a view to clarifying the position assumed in this Charter, regarding the technological challenge -, also addressing the infraconstitutional norms that embrace the innovative entity. The research was done in an exploratory way with bibliographical analysis from data collection in updated scientific and informative material on the subject addressed.

1 Graduado em Direito pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília (2014), pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Atua profissionalmente como advogado da área Empresarial na Marinho Advogados Associados.

2 Possui graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM (2005), pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial com ênfase em Tributário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL e mestrado em "Direito Negocial" pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Atualmente é professora da graduação do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM, nas áreas de Direito Tributário e Direito Econômico e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E INCLUSÃO SOCIAL (GIS). Atua como advogada na área de Direito Tributário e Econômico.

KEY WORDS: State; Innovation Policy; Development; Federal Constitution;

INTRODUÇÃO

O processo histórico sempre demonstrou haver intrínseca relação entre o Estado e a Economia. Em todas as fases da evolução dos povos são concebidas doutrinas filosóficas, que oferecem seus axiomas para compatibilizar as formas de direção do Estado como interesses econômicos.

Assim, este trabalho se apresenta com o propósito de discutir a relevância, ou melhor, o protagonismo do Estado na promoção dos processos de inovação no Brasil, o que o faz a partir da moldura constitucional implementada na Carta Magna de 1988.

E este estudo se faz necessário porquanto desde há muito tem prevalecido a concepção segundo a qual um país efetivamente desenvolvido, demanda, além de outros elementos, pelo estímulo à inovação, sendo este essencial para o desenvolvimento econômico, social e ambiental.

A palavra inovação vem sendo empregada no contexto de aplicação de novas ideias que compreendem as implantações de produtos e processos tecnologicamente novos ou substanciais melhorias tecnológicas nestes processos.

As medidas adotadas pelo Brasil com vistas à difusão tecnológica, tanto no campo legislativo, como no executivo pautam-se no pressuposto de que, em relação à inovação, o Estado brasileiro, indutor do desenvolvimento econômico, não pode renunciar à sua tradição histórica de conduzir a economia, devendo fazer-se mais eficiente, particularmente no que toca à política incentivo à inovação.

Neste passo, toca inferir que as evoluções científicas e tecnológicas deflagraram a necessidade de um aprofundamento reflexivo, especialmente no ramo do Direito, pois, acredita-se que o cenário de desenvolvimento econômico de um país está diretamente ligado à demanda normativa que a inovação e o desenvolvimento tecnológico requer. Isso explica a importância do estudo do tema.

É assim que este trabalho se desenvolve: num primeiro momento, apresenta uma análise do papel do Estado como indutor das políticas públicas de desenvolvimento sob a ótica da Constituição Federal. Antes, todavia, se apresenta uma digressão dos tipos do Estado (do Liberal ao Social Democrático de Direito) e o faz para o fim de situar o pensamento quanto à opção do Estado, justificando seu posicionamento e importância quanto às questões de mercado, donde resulta a inovação.

Na segunda seção, desenvolve-se uma abordagem da relação existente entre o

desenvolvimento e a inovação, considerando os desafios para o desenvolvimento social e econômico brasileiro que passou a ser contemplado pela Constituição Federal de 1988.

No terceiro tópico, se aborda a Inovação como Direito no Paradigma Constitucional de 1988, oportunidade em que a análise se voltou para o conteúdo inserto nos artigos 218 e 219 que tratam da ciência, tecnologia e inovação.

No mesmo tópico, o trabalho partilha as nuances legislativas infraconstitucionais, com enfoque para os entes que investem em inovação, pesquisa e desenvolvimento. Neste conteúdo, buscar-se á demonstrar que o Estado brasileiro, por meio de importante e necessária evolução legislativa infraconstitucional, vem consagrando e garantindo o Direito à Inovação, de forma a fomentar as atividades empreendedoras e promover e segurança aos entes envolvidos.

A pesquisa se deu de forma exploratória com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado.

1. O ESTADO BRASILEIRO COMO IMPULSIONADOR DAS POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO

1.1 Estado e Economia

A intrínseca relação entre o Estado e a Economia são um dos temas constantes na História do Pensamento, não se apresentando, portanto, como um dado apenas moderno e/ou contemporâneo, fato que levou José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 986), em seu Manual de Direito Administrativo afirmar que "o processo histórico sempre demonstrou a associação entre a política e a economia".

Em todas as fases da evolução dos povos são concebidas doutrinas filosóficas, que oferecem seus axiomas para compatibilizar as formas de direção do Estado como interesses econômicos.

Observa-se que a construção doutrinária, quanto aos fatores políticos, provoca reflexos na ordem econômica, de forma que o inverso também é verdadeiro.

Assim, nem a economia nem a política podem ser tomadas de forma isolada. Os tomadores de decisões dependem uns dos outros; são, na verdade, partes endógenas do sistema político-econômico.

Em outra passagem, Carvalho (2010, p. 986) prossegue seu pensamento:

A economia e a política constituem um sistema fechado com as duas partes ligadas através de mecanismos de realimentação; a ligação superior mostra a intervenção da política sobre a economia; a ligação interior mostra a influência das condições econômicas sobre o setor público.

Sendo assim, por pretender neste trabalho apresentar o papel do Estado como indutor do

processo de inovação, passa-se, neste capítulo, ao estudo dos Estados no que concerne aos seus modelos econômicos a fim de compreender o desenho de Estado que se adotou no Brasil.

1.2 Do Estado Liberal ao Estado Social Democrático de Direito

Para compreender a importância do Estado Brasileiro na condução de um sistema ativo de inovação, cumpre apresentar as formas de Estados existentes a fim de situar a adotada pelo Brasil, pois esta opção repercute em seu protagonismo no mercado.

Neste passo, no que concerne ao Estado Liberal, o indivíduo deve ser livre para agir e realizar as suas opções na atividade econômica. Esse liberalismo instituído no Estado Liberal pretendia firmar os direitos naturais:

Esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como antítese de toda forma de poder paterno ou patriarcal, que caracterizara os governos despóticos tradicionais” (BOBBIO, 1992, p. 86).

John Locke (1632-1704), um dos principais filósofos políticos do liberalismo, construiu sua teoria para constituir e defender os direitos naturais inalienáveis do homem, ou seja, elevou os direitos individuais acima de qualquer valor, uma expropriação dos poderes privados, traço típico da organização política durante a Renascença (Monarquia Absolutista). Ademais, Locke subordinava todos os poderes ao Poder Legislativo e, conseqüentemente, ao poder contido na lei. Reforçou, então, o princípio da legalidade: não há nenhuma outra fonte de autoridade a não ser sob o manto da lei e do Poder Legislativo. O objetivo era delimitar o poder do Estado. O Estado passa a ser visto como um Estado-Polícia, que vigia a aplicação das liberdades e igualdades formais (positivadas).

Esse Estado institucionalizou-se após a Revolução Francesa de 1789, no fim do século XVIII, constituindo o primeiro regime jurídico-político da sociedade, que materializava as novas relações econômicas e sociais, colocando de um lado os capitalistas (burgueses em ascensão) e, do outro, a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência).

A Revolução de 1789 foi uma revolta social da burguesia, que passou de classe dominada e discriminada para dominante e discriminadora, destruindo os alicerces que sustentavam o absolutismo (antigo regime), pondo fim ao Estado Monárquico autoritário.

A expressão alcunhada pelos revolucionários "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", retratava o anelo da burguesia: liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e a obtenção do lucro; igualdade jurídica com a aristocracia visando à abolição das discriminações; e fraternidade dos camponeses com o intuito de que apoiassem a revolução e lutassem por ela.

Neste caminho, o liberalismo condicionou o afastamento do Estado da seara econômica. Assim, considerando as reduzidas funções que lhe cabiam, o Estado era composto de um pequeno

núcleo estratégico e não havia grande necessidade de descentralização, mesmo porque, as atividades exercidas se restringiam às ações clássicas, como defesa nacional, segurança interna, arrecadação e exercício do poder de polícia. Jamais, neste tipo de Estado se falaria em protagonismo deste ente na condução de políticas de inovação.

Superando as lições referentes ao Estado Liberal, importa, agora, tecer considerações quanto ao Estado que veio na sua sequência: o Estado Social no contexto das crises econômicas, que se deflagraram ao longo da sociedade moderna no Século XX, provocando recessão e o desemprego, demonstrando que os mecanismos auto-reguladores da economia eram insuficientes para promover harmonicamente o desenvolvimento da riqueza nacional.

Estes descompassos instigaram os movimentos sociais, de forma que nas primeiras décadas do Século XX, observa-se uma forte adesão ao intervencionismo que já não poderia ser contido.

Sahid Maluf (1953, p. 135), afirma que o socialismo foi a primeira reação antiliberal organizada:

A primeira reação antiliberal organizada foi o socialismo. Sua doutrinação começou no campo literário, no século XVIII, intensificando-se logo depois da implantação do Estado liberal, a par com a crítica da revolução francesa, até atingir o seu clímax com o Manifesto comunista de Marx e Engels, em 1848.

Esse movimento configurava a possibilidade de uma ruptura com o Estado Liberal, devido à grande adesão de operários do ocidente europeu. A burguesia, hesitando a expansão dos ideais pregados pela Revolução Russa, adotou mecanismos que afastassem os trabalhadores da opção revolucionária, surgindo, então, o Estado Social, com as seguintes características: intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social.

Sobre o Estado Social, SUNDFELD pontua que:

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico). (2006, p. 42)

Em razão da complexa estruturação da sociedade, resultante no modelo paradigmático social, no qual o direito é materializado, o Estado passa a experimentar um momento de ampliação na sua seara de atuação, mormente pela necessidade de abranger tarefas vinculadas aos novos fins econômicos e sociais que lhes são atribuídos.

Paulatinamente o Estado começou a ampliar o rol das atividades próprias, definidas como serviços públicos, acabando por envolver-se em atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada.

Feitos estes esclarecimentos, importa tratar do Estado Social Democrático de Direito que mais interessa para este trabalho. Destarte, ao final da Segunda Guerra Mundial, o paradigma do

Estado social começa a ser questionado em razão de suas crises de legitimação (HABERMAS, 1994).

Nas palavras de HABERMAS:

É que o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido (HABERMAS, 2003, p. 68)

Na década de 70, do século passado, as crises deste modelo estatal se manifestaram em toda sua dimensão.

O Estado Democrático de Direito surge como uma tentativa de corrigir algumas falhas presentes no Estado Social.

Isto, pois, o Estado Social, não atendia efetivamente aos anseios democráticos, pois a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, a Inglaterra de Churchill, bem como o Brasil de Vargas tiveram esta estrutura política, concluindo Bonavides que "*o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo*" (1980, p. 205-206)

Surge, então, o Estado Democrático de Direito que, para Ivo Dantas (1989, p. 27), concilia "*duas das principais máximas do Estado Contemporâneo, quais sejam a origem popular do poder e a prevalência da legalidade.*

Funde-se, assim, as diretrizes do Estado Democrático com as do Estado de Direito, assim esclarecida por BOBBIO:

Estado Liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir liberdades fundamentais. (1986, p. 20)

Assim, forma-se um vetor de mão dupla: o direito fundamental da liberdade, garantido pelo Estado de Direito, é necessário para o regular exercício da democracia, a qual é condição singular para a existência, manutenção e ampliação desses direitos e garantias individuais, razão pela qual surge o Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito surge, então, como Superação dos modelos anteriores. Supera porque cria um conceito novo, incorporando um componente revolucionário de transformação do *Status quo*, ou seja, tem um conteúdo Transformador da Realidade, é um *Plus Normativo* (STRECK E MORAIS, 2004, p. 92- 93).

Tanto é assim que consta no preâmbulo da Constituição do Brasil que os constituintes declaram que se reuniram para instituir o Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar os direitos individuais e sociais, os civis, políticos, econômicos, culturais, coletivos, a democracia, o pluralismo.

1.3 O papel do Estado na Constituição Federal de 1988

Após percorrer os tipos de Estado, convém afirmar que o Brasil adota em sua forma o Estado Democrático de Direito.

Tal assertiva pode ser extraída da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 3º, consigna como objetivos fundamentais do Estado brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e etc.

Segundo este objetivo, o *caput* do art. 170 da Constituição Federal expressa as seguintes locuções: ordem econômica, valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, justiça social e princípios.

Da leitura do texto constitucional observa-se que esta invoca para o Estado a realização das normas estabelecidas na Constituição da República. Observa-se mais: que esse modelo representa o pacto estabelecido para o progresso pessoal e social do povo brasileiro e, na essência, deve ser considerado como o contraponto ao estado neoliberal.

De se anotar também que a concretização destes direitos sociais se dá por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental que devem ser coordenados entre si. Procurando esmiuçar essa abordagem, temos que: [...] as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um “law enforcement” (*reforço para execução da lei*). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão. (COMPARATO, 2007, p. 338)

Segundo Bercovici, as políticas públicas no Brasil se desenvolvem basicamente em duas frentes principais, a social e a econômica, ambas voltadas para o desenvolvimento do país. O desenvolvimento, portanto, pode ser apontado como a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais. O desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais. (BERCOVICI, 2006, p. 144)

Imperioso destacar que a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como estatuto marcadamente voltado, tanto do ponto de vista político quanto do jurídico, para a concretização dos direitos fundamentais sociais, apontando para as políticas públicas como instrumentos de ação do Estado contemporâneo brasileiro voltado para tal finalidade.

É da leitura da arquitetura constitucional que extrai o apontamento deste artigo: o Estado figura, no Brasil, como protagonista e propulsor dos processos de inovação. Assim é que, no próximo tópico, apresentar-se-á o conteúdo constitucional que inseriu a inovação como compromisso do Estado para promoção do desenvolvimento.

2. O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A INOVAÇÃO

O estudo da relação do desenvolvimento econômico pátrio e da implantação de políticas de inovação, pode ser julgado como premissa substancial para lastrear o estudo do desenvolvimento e do crescimento econômico nacional.

A concepção de importantes questões políticas e econômicas, como a coexistência de sociedades pobres e outras ricas, nações que alcançam o domínio das estruturas necessárias à prosperidade econômica e social, certamente perpassam pelo exame das políticas de inovação, mormente a partir da industrialização e da hegemonia do modelo capitalista.

O ponto recorrente sobre o desenvolvimento econômico impõe constatar que sua contenda se relaciona às nações (países) em sua dimensão *sui generis*, considerando sua posição no processo histórico em quais estão estabelecidos.

(...) a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhando da elevação do nível econômico e do nível cultural intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento. (GRAU, 2003, p. 197)

Denota-se, então, que o processo de desenvolvimento que carrega significativas mudanças estruturais em um país, notadamente de uma estrutura econômica social para outra mais qualificada, está ligado ao índice de menor ou maior domínio e qualificação dos processos de inovação, sobretudo no campo da ciência e da tecnologia.

Isso porque, a performance do desenvolvimento no sistema econômico capitalista passa a ser mais evidente em razão do progresso técnico apresentado por seus agentes, mais especificamente no caso da inovação, que a descoberta de um novo paradigma, de um processo revolucionário, de um novo produto ou de uma nova modalidade industrial capaz de transformar a maneira de se produzir.

É de bom alvitre ressaltar que a inovação, no conceito de Joseph Alois Schumpeter (1997), se trata da “pedra angular da acumulação de capital”, de forma a introduzir as novas tecnologias e processo mais profícuos e eliminando do mercado aquele que não se amoldassem ao novo padrão.

Assim, a partir dessa perspectiva, Schumpeter compreende que as inovações se tornam

fundamentais para aumentar a riqueza dos países, no sentido estrito de acréscimo de prosperidade, mas também, no sentido mais particular de possibilitar aos cidadãos provarem coisas ou situações nunca antes experimentadas, transformando a qualidade de vida, seja para melhor ou eventualmente para pior.

Logo, as inovações são importantes não apenas para que haja a aceleração ou a sustentação da taxa de crescimento econômico de sua nação ou de outras, mas também para a necessidade de mudança da direção do avanço econômico, na perquirição de melhor qualidade de vida, como ressaltado por Christopher Freeman (2008).

É crucial para que haja um desenvolvimento econômico planejado, por longo prazo, a utilização do avanço tecnológico e ainda, das inovações sociais. Disso resulta a indispensável relação direta entre a atuação do Estado em relação às políticas de inovações.

Como a ação de instituir um sistema de inovação passou a ser imperioso na atuação dos Estados contemporâneos, sobretudo os subdesenvolvidos – que tem o desafio de alcançar o desenvolvimento e a diminuição de desigualdades em um cenário mercadológico, após a consolidação do pensamento neoliberal, foi consagrado estruturalmente na dinâmica estatal o eixo da eficiência dos mercados.

Esse novo parâmetro político e econômico, no Brasil, impôs um novo ideal de percepção pelo legislador para atingir o desejado desenvolvimento, onde a ciência e a tecnologia são variáveis cruciais de qualquer elaboração de política nacional.

A legislação, nesse ponto, se mostra como um importante instrumento de indução e promoção ao desenvolvimento econômico e social, especialmente quando gravada pela busca do aumento da inovação tecnológica.

3. O PROJETO DE INOVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ÀS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS

3.1 Previsão Constitucional

Antes de mais nada, importa discorrer, ainda que de forma sintética, o panorama constitucional que possibilitou a inserção de conteúdos com vistas à proteção e promoção do mercado brasileiro.

Para tanto, necessário trazer a lúmen que nossa Constituição é considerada como uma “Constituição Econômica”.

O que caracteriza essa ordem constitucional da economia é o fato de integrar declarações de tarefas a realizar na economia, no sentido de conduzir a certos objetivos, incluindo os concernentes à República Federativa do Brasil, cravados no artigo 3º da Constituição, donde tem

destaque a busca pelo desenvolvimento.

Assim, a busca pela inovação, como corolário do anseio pelo desenvolvimento é fruto de um paradigma Constitucional que não ignora o mercado e as questões que o permeiam; ao contrário, lança diretrizes com fincas a lograr o progresso da nação brasileira.

É imprescindível asseverar, todavia, que para se alcançar os fins colimados pela Constituição, necessário atentar para os delineamentos de Konrad Hesse (1991), cujos estudos se concentraram na abertura e a força normativa da Constituição, contrapondo-se às reflexões apresentadas por Ferdinand Lassalle, em 1862, para quem as questões constitucionais não seriam jurídicas e sim políticas. A Constituição seria apenas um pedaço de papel (ein Strück Papier), e sua concretização estaria limitada à compatibilidade com a “Constituição real”. (LASSALLE; 2001).

Os ensinamentos de Hesse se baseiam na existência, de um lado, do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais e, de outro, uma força determinante do Direito Constitucional. Contudo, ambos os aspectos devem ser observados: “*Constituição real e Constituição jurídica estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra*”. (HESSE, 1991, p. 15)

Assim é que, neste cenário, a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (HESSE, 1991, p. 21-22).

De forma sintética, o que Hesse sustenta é que a Constituição jurídica não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo, isto é, sua eficácia somente será realizada se essa realidade for considerada. “Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social, de modo que as possibilidades e limites da força normativa da Constituição resultam na correlação entre *ser* e *dever ser*.” (1991, p. 24)

Estas observações lançadas o foram com o propósito de reverberar que as premissas cravadas na Constituição no que toca ao Direito à Inovação, ao desenvolvimento e à atenção ao mercado, não pode ser simplesmente positivada no texto constitucional, compreendida por uma lógica dedutiva. Ao contrário: deve ser construída e reconstruída, a fim de obter concretude no seio da sociedade, onde se dão as relações humanas. Este é novo paradigma para uma hermenêutica construtivista no Estado Democrático de Direito que o Brasil logrou alcançar.

3.2 Previsão Constitucional e a Emenda Constitucional 85 de 2015

Especificamente ao falar de concretude da Constituição, os olhos se voltam, neste trabalho, para o conteúdo inserto nos artigos 218 e 219 que tratam da ciência, tecnologia e inovação. Essa abordagem constitucional se encontra sob o título da Ordem Social, pelo que se deve sublinhar que

“o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação científica e tecnológica e a inovação” (*caput*, do art. 218). Verifica-se, portanto, que a estruturação da Ordem Social brasileira também está alicerçada na promoção da pesquisa científica, no desenvolvimento do parque tecnológico e no incentivo e proteção à inovação.

Em verdade, a forte integração do texto constitucional e da legislação infraconstitucional se alinham e empreendem um objetivo em comum: o desenvolvimento de âmbito nacional com intuito de reduzir as desigualdades regionais e sociais, nos termos do art. 3º da Carta Magna.

Em tempos atuais, principalmente após a Emenda Constitucional nº 85 de 2015, a perspectiva dos artigos 218 e 219 da Constituição Federal brasileira – que delineiam a forma celeiros dos projetos de inovação, ação de uma ordem econômica nacional baseada no estímulo e desenvolvimento da ciência e tecnologia - é a única forma de alicerçar as leis propostas e harmonizar com a nossa realidade econômica e social, promovendo a proteção e incentivo ao mercado nacional, prevendo:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no *caput*, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo.

§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no *caput*.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

O referido texto constitucional sobreveio em razão da referida Emenda Constitucional que emergiu no ordenamento brasileiro com vistas à atualização e ajuste da Constituição Federal para que suportar as mudanças trazidas pelo Projeto de Lei que visou constituir o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (PL 2.177/11).

Em resumo, a Emenda Constitucional determina que o Estado brasileiro “estimulará a

formação e o fortalecimento de empresas inovadoras, a constituição e a manutenção de polos tecnológicos e a criação, absorção e transferência de tecnologia”.

Esta Emenda Constitucional alterou vários dispositivos constitucionais para introduzir o termo “inovação”, e não apenas “ciência e tecnologia”, ao se referir aos propósitos de desenvolvimento e atividades que devem ser incentivadas pelo setor público.

Diante destas alterações, passou a ser função do Estado estruturar entes do setor, tanto públicos quanto privados, na efetivação das atividades de pesquisa, capacitação científica e tecnológica e inovação. Estabelecendo a permissão de cooperação das todas as esferas do governo (União, estados, Distrito Federal e municípios) com órgãos e entidades públicas e privadas.

As mudanças realizadas pela Emenda foram diversas, passa-se a expor as mais significantes:

- Fora instituído que as atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica, públicas ou privadas, poderão receber apoio financeiro do Poder Público (CF, art. 213, § 2º);

- Impôs-se ao Estado estimular a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, assim como nos demais entes, públicos ou privados, promover a constituição e a manutenção de polos e parques tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação e atuar em parceria com os inventores independentes e propiciar criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia." (CF, art. 219, parágrafo único);

- Facultou aos entes federativos firmar parcerias e cooperar com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, visando o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a realização de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente favorecido, na forma da lei. (CF, art. 219-A);

De mais em mais, as normas esposadas nesta e seguinte seção não perdem o caráter de intervenção no domínio econômico, nos termos do artigo 174 da Carta Magna, legitimada pela promoção da ciência e da tecnologia como valores constitucionais dignos da ação de incentivo do Estado brasileiro.

3.3 Normas Infraconstitucionais - Lei da Inovação (10.973/2004) e a Lei do Bem (11.196/2005)

Além do comenado constitucional, o Estado brasileiro, por meio de importante e necessária evolução legislativa, vem consagrando importância ao Direito à Inovação.

Neste passo, a Lei nº 10.973/2004 consagrou o estatuto legal da inovação, alterado significativamente pelas Leis nº 12.349/2010 e 13.243/2016. Essa Lei é a primeira a regulamentar

parcerias entre o setor público e o privado. Em leitura, vislumbra-se que está sistematizada em torno de três vertentes: (i) a constituição de ambiente propício a parcerias estratégicas entre universidades, institutos tecnológicos e empresas; (ii) o estímulo à participação de institutos de ciência e tecnologia no processo de inovação e; (iii) o estímulo à inovação na empresa.

A Lei da Inovação, como ficou conhecida, foi instituída num período em que o país despertou para a premência de o governo instigar a inovação em ciência e tecnologia para o desenvolvimento nacional, diante do insucesso dos modelos precedentes, que foram o da troca de importações por meio da industrialização (entre 1950 e 1980) e o da abertura irracional do mercado para investimentos estrangeiros, traçado pela não intervenção equivocada do Estado na economia, que acarretou no fracasso da promoção da competitividade das empresas nacionais. Mesmo assim, o referido texto legal opera num contexto de prestígio aos instrumentos de mercado (SOUZA, 2011, p. 03-04).

Em termos práticos, um dos principais benefícios é o incentivo fiscal, consistente no abatimento no imposto de renda, dos dispêndios em P&D (Pesquisa e Desenvolvimento Tecnológico). Dispõe, ainda, sobre a obtenção de recursos públicos não-reembolsáveis para esta modalidade de investimentos.

Noutro ponto, além do incentivo econômico, a lei estabelece regras para a incubação de empreendimentos no espaço público e a possibilidade de compartilhamento de infraestrutura, equipamentos e recursos humanos, públicos e privados, bem como cria regras claras para a participação do pesquisador público nos processos de inovação tecnológica desenvolvidos no setor produtivo.

Para viabilizar a Lei da Inovação, o Governo Federal criou a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI). A agência ficou encarregada pela execução e fiscalização das políticas do escopo tecnológico. No mais, a ABDI tem como atribuição articular ações e estratégias da política industrial por meio do apoio ao desenvolvimento do processo de inovação e do fomento à competitividade do setor produtivo (PEREIRA, 2005, p. 11).

Em âmbito estadual, pode-se mencionar a existência da Lei de Inovação Paulista, aprovada em 2008 - Lei Complementar 1.049/2008 - que estabelece diligências de incentivo à inovação e dispõe, em âmbito regulamentar, sobre as parcerias entre universidades e centros de pesquisa públicos e a iniciativa privada no âmbito estadual. Em um dos seus dispositivos, institui-se permissão às universidades públicas e à FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo) investirem seus recursos (financeiros e humanos) em empreendimentos inovadores ou outras empresas privadas que tenham por finalidade gerar um ambiente propício à inovação.

Acerca da referida lei foi editado o Decreto Estadual nº 60.286/2014 (SP), alterado pelo

Decreto nº 61.418/2015 (SP), que regulamenta o Sistema Paulista de Ambientes de Inovação – SPAI, compreendendo o Sistema Paulista de Parques Tecnológicos – SPTEC, a Rede Paulista de Incubadoras de Empresas de Base Tecnológica – RPITEC, a Rede Paulista de Centros de Inovação Tecnológica – RPCITEC e a Rede Paulista de Núcleos de Inovação Tecnológica – RPNIT.

Em outra frente, no que se refere especialmente aos incentivos fiscais, foi criada a Lei do Bem (Lei nº11.196/2005), alterada pela Lei nº 12.350, de 2010 que, em seu escopo, pauta-se em um tripé, a saber: pesquisa básica fundamental, pesquisa aplicada e desenvolvimento experimental.

Trata-se de outro texto normativo que requer destaque no âmbito da inovação. Recebe esse nome porque institui benefícios fiscais para as empresas inovadoras, considerando-as como inovadoras quando promove a “inovação tecnológica, a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado” (art. 17, § 1º).

Esta lei foi editada, em suma, para todas as empresas que investem em inovação, determinando que parte dos gastos com P&D pode ser direcionado ao abatimento de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro, assim sendo, passam a ser as maiores beneficiadas, as empresas que optam pelo Lucro Real.

No que se refere à efetividade da lei, foi constatado que grande parte das empresas ainda não se valem dos recursos e benefícios da Lei do Bem e o maior motivo é o desconhecimento. “Pode-se citar outros fatores, mas que ainda preservam relação com este: falta de assessoria especializada, que não deixa de ser falta de conhecimento; medo do fisco; dúvidas quanto à interpretação da Lei e demora na decisão interna” (INSTITUTO INOVA).

Esta lei concebe que o Governo Federal - ciente de que o crescimento do país passa pelo investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação-, pretende por meio Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) incentivar investimentos em inovação por parte do setor privado, promovendo a aproximação das empresas das universidades e institutos de pesquisa, potencializando os resultados em P&D.

Na perquirição do desenvolvimento econômico, a Lei da Inovação e a Lei do Bem aparecem como elementos estimulantes indispensável para a criação de um ambiente onde é atribuído prioridade a ações que promovam suas próprias características de mercado, jungindo maior valor à produção, criando mais empregos e renda.

Nesse sentido, vislumbra-se que a robusta integração entre o sistema nacional de inovação, a Constituição e a legislação infraconstitucional perseguem um único e comum objetivo: o desenvolvimento econômico nacional.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho observou-se que nem a economia e tão pouco a política, podem ser tomadas de forma isolada. Os tomadores de decisões dependem uns dos outros; são, na verdade, partes endógenas do sistema político-econômico.

Na verdade, quanto à inovação, que foi o recorte metodológico eleito neste estudo, o Estado figura no Brasil como indutor deste processo, não se tratando apenas de uma questão afeta ao mercado.

Esse papel do Estado pode ser observado a partir do modelo que se optou na Constituição Federal, denominado Estado Social Democrático de Direito, destinado a assegurar os direitos individuais e sociais, os civis, políticos, econômicos, culturais, coletivos, a democracia, o pluralismo.

Na verdade, o estudo da relação do desenvolvimento econômico pátrio e da implantação de políticas de inovação, pode ser julgado como premissa substancial para lastrear o estudo do desenvolvimento e do crescimento econômico nacional.

Nesta tessitura, discorreu-se que a concepção de importantes questões políticas e econômicas, como a coexistência de sociedades pobres e outras ricas, nações que alcançam o domínio das estruturas necessárias à prosperidade econômica e social, certamente perpassam pelo exame das políticas de inovação, mormente a partir da industrialização e da hegemonia do modelo capitalista.

A corrida por inovação tecnológica tem notória evidência. O investimento e incentivo ao desenvolvimento e à inovação tecnológica tem sido de relevante importância, principalmente no Brasil, em que há uma esperança de superar o contexto de atraso tecnológico, sobretudo quanto ao escopo legal.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988, que assimilou as características de uma Constituição Econômica, cravou em seu bojo o comando para a busca e efetivação do desenvolvimento nacional, donde se desdobra a inovação como elemento necessário para se lograr o almejado progresso.

Tal delineamento fica evidente nos artigos 218 e 219 da nossa Constituição, que estampa a construção de uma ordem econômica interna baseada na promoção e desenvolvimento da ciência e tecnologia, inovação e, não obstante, de proteção e incentivo ao mercado nacional.

Constata-se que, se o Estado se ausentar da tarefa crucial de ser a mola propulsora do desenvolvimento de forma a fomentar a inovação – elemento essencial para consagração do desenvolvimento - a Constituição perderá a força normativa propugnada por Konrad Hesse e

invocada no início deste escólio.

Nesse cenário, para dar concretude ao anelado na Carta de 1988, no campo legislativo o Brasil tem editado normas que retratam a intenção de implementar um projeto de desenvolvimento e inovação. Exemplo disso reside na Lei de Inovação (10.973/04), Lei do Bem (11.196/05), Emenda Constitucional nº 85 de 2015 e outras medidas de organização interna o mercado.

Indubitavelmente, os comandos legais foram compatibilizados com a realidade econômica e social brasileira, sob a perspectiva dos artigos 218 e 219 da Carta Magna.

Vislumbra-se, portanto, robusta integração entre o sistema nacional de inovação, a Constituição e a legislação infraconstitucional, os quais, é de se notar, perseguem um único e comum objetivo: o desenvolvimento econômico nacional, cuja tarefa foi atribuída ao Estado que segue protagonista, conforme os anseios esposados na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

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

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

_____. Lei 10.973/04. (Lei da Inovação) Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm>. Acesso em 10 de julho de 2018.

_____. Lei 11.196/05 (Lei do Bem). Dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm>. Acesso em 10 de julho de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010

FREEMAN, Christopher. **A economia da inovação industrial**. Trad. André Luis Sica de Campos e Janaina Oliveira Pamplona da Costa. Campinas: Unicamp, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª Edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2003.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12ª Edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo

Brasileiro, 1994

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

INSTITUTO INOVA. Disponível em: < <http://institutoinova.org.br/inova>> Acesso em 20/06/2017.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1993

SOUZA, Ana Clara Medina Menezes de. **Gestão de Núcleos de Inovação Tecnológica**. XI Colóquio Internacional sobre Gestão Universitária na América do Sul, 2011, Florianópolis. Anais dos Colóquios Internacionais sobre Gestão Universitária, 2011.

PEREIRA, José Matias; KRUGLIANSKAS, Isak. **Gestão de Inovação**: A lei da Inovação Tecnológica como ferramenta de apoio às políticas industriais e tecnológicas no Brasil. RAE-eletrônica, v. 4, n. 2, Art. 18, jul./dez. 2005.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico. Uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. In. Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Entidades Administrativas e noção de lucro**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 6, 1994.