II SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE CRÍTICA
DO DIREITO
UENP

10 e 11 de Setembro 2012

ANAIS DO II SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO

II SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO UENP

Organizadores do Evento
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho
Profa. Da. Eliana Franco Neme
Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba
Prof. Me. Fernando de Brito Alves
Prof. Me. Luiz Fernando Kazmierczak
Prof. Luís Otávio Vincenzi de Agostinho

Comissão Científica
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Luiz Alberto David Araújo (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira (CESUMAR-PR)

Equipe Técnica
Maria Natalina Costa – Secretária Geral do Evento
Wellington Della Mura – Coordenador do NTI – UENP
Rogério Rodrigues – Organização dos Anais do Evento

Editor Responsável pelos Anais do II SID
Prof. Me. Fernando de Brito Alves

C749a Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (II, 2012: Jacarezinho, PR) Anais do [Recurso eletrônico] / Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito – Jacarezinho (PR): Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2012.
1 CD-ROM

INCLUI BIBLIOGRAFIA
ISBN: 978-85-62288-05-0

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

CDU: 34

Universidade Estadual do Norte do Paraná
2012

UENP – ITE - CESUMAR

ISBN 978-85-62288-05-0

PROGRAMAÇÃO DO EVENTO

10 de setembro de 2012 – Segunda-feira
19h15 – Credenciamento
19h45 – Conferência de Abertura
Tema: Crítica à crítica do Direito
Conferencista: Prof. Dr. LENIO STRECK (Unisinos-RS)

21h15 – Conferência
Tema: "Desafios para os direitos fundamentais em tempos de internet".
Conferencista: Dr. ANGEL COBACHO LÓPEZ (Universidade de Múrcia – Espanha)

11 de setembro de 2012 – Terça-feira
14h00 às 18 horas – Grupos de Trabalhos simultâneos
19h45 – Conferência
Tema: "Cortes Internacionais e Direitos Humanos"
Conferencista: Prof. Dra. ELIANE FRANCO NEME (USP-UNESP-ITE).

21h15 – Conferência de encerramento
Tema: "Os dois problemas do direito e seu tratamento dogmático"
Conferencista: Prof. Dr. JOÃO MAURICIO ADEODATO (UFPE)

Grupos de trabalho

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS / BIOÉTICA E BIODIREITO

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

ISBN 978-85-62288-05-0

SUMÁRIO

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS / BIOÉTICA E BIODIREITO

MAXIMIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL: GARANTIA DE INCLUSÃO SOCIAL FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL E A LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA
DANIELA MARTINS MADRID 12

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS À DIGNIDADE HUMANA NO AMBIENTE DE TRABALHO E A PROTEÇÃO CONTRA O ASSÉDIO MORAL
BRUNA IMAZU
TAÍSE BACON 36

OS DIREITOS HUMANOS E SEUS DESDOBRAMENTOS NO PANORAMA INTERNACIONAL MULTICULTURAL
AMANDA JUNCAL PRUDENTE
MARIANA TAVARES PEDI 58

REFLEXÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL OU MENTAL
JULIANA CRISTINA BORCAT
LÍVIA PELLI PALUMBO 71

OS “FILHOS” EXCLUÍDOS DO BRASIL: O CAMINHO ENTRE O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL ATÉ A ADOÇÃO TARDIA
LAIANA DELAKIS RECANELLO 95

NEOCONSTITUCIONALISMO E FRATERNIDADE: GARANTINDO DIREITOS EM TEMPOS DE MULTICULTURALISMO
MAYARA ALICE SOUZA PEGORER
EDILSON FRANCISCO GOMES 110

INVESTIGAÇÃO POR PARTICULARES: UM ENFOQUE SOB Á LUZ DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
RODRIGO LEMOS ARTEIRO 126

O “OLHAR DO OUTRO” SOBRE DIVERSOS RAMOS DA INCLUSÃO
ALINE TOZATO CENTINARI
ALINNE CARDIM ALVES 141

IMUNIDADE SOBRE OS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO E O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA
GABRIELA BONINI PAGLIONE
RAQUEL DE NADAY DI CREDDO 166

O DIREITO DE ACESSO A MEDICAMENTOS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL
CLÁUDIA KARINA LADEIA BATISTA
MÁRIO LÚCIO GARCEZ CALIL 184

O CORTE DO GENITAL FEMININO E A LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL
ANA CAROLINA GRECO PAES
SÉRGIO TIBIRIÇA AMARAL 199

ISBN 978-85-62288-05-0

ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
CLÁUDIA HAAS AMARAL
LÉIA FERNANDA DE SOUZA RITTI RICCI 225

A EUTANÁSIA SOB O ENFOQUE DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: PROTEÇÃO OU VIOLAÇÃO AO DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?
MAYTÊ RIBEIRO TAMURA MELETO BARBOZA
JACQUELINE DANDARA TAMAIS 241

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: O VIÉS DA GARANTIA CONSTITUCIONAL E O DA OBRIGATORIEDADE - POLÍTICAS PÚBLICAS E A TUTELA JURISDICIONAL. UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE HUMANA
CELIA TERESINHA MANZAN 263

MERCADO DE TRABALHO: DAS COTAS DESTINADAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
THALES ERNESTO CRISTINO BRAGA
GUSTAVO ADOLFO K. MASSARI 281

ESCOLHAS CRÍTICAS: LIMITES ORÇAMENTÁRIOS E O MÍNIMO EXISTENCIAL
SÉRGIO MASTELLINI 295

VOTO DO PRESO PROVISÓRIO: DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA
SANDRA TAMIKO NAKAI
VLADIMIR BREGA FILHO 320

A INTERPRETAÇÃO CONFORME E A UNIÃO HOMOAFETIVA: INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL
CLAUDIA TELLES DE PAULA 338

O OMBUDSMAN E O OUVIDOR: PELA EFETIVA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTROLE (SOCIAL) DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
AMÉRICO RIBEIRO MAGRO
RODRIGO LEMOS ARTEIRO 347

DIRIGISMO CONTRATUAL NOS CONTRATOS DE SAÚDE
JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA 373

DIREITOS SOCIAIS E SUA EFETIVIDADE
FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID 390

DEMOCRACIA E TOLERÂNCIA
JOSÉ CLÁUDIO DOMINGUES MOREIRA
NATÁLIA F DE SOUZA ASSUMPÇÃO MENDONÇA 405

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, A AUSÊNCIA DE CADÁVER E A ABERTURA DA AÇÃO PENAL POR HOMICÍDIO
GIOVANA ZANINELLI 424

A CRIAÇÃO DA COMISSÃO DA VERDADE E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
ALANA FAGUNDES VALÉRIO 439

EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NAS RELAÇÕES ENVOLVENDO PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR
LUIZ AUGUSTO ALMEIDA MAIA 455

O VALOR E O REFLEXO DAS LEIS NA SOCIEDADE: A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL

ISBN 978-85-62288-05-0

MARCO ANTONIO TURATTI JUNIOR 462

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O INSTITUTO JURÍDICO DO REFÚGIO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA EXTRADIÇÃO N.º 1008
ANDREZA FRANZOI KOEKE 479

O DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR DA CONSTITUIÇÃO
RAÍZA ALVES REZENDE
TAIS PAGNAN GARROCINI 495

O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO DO SÉCULO XIX: A LIBERDADE E ESCRAVIDÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1824
JESSICA FACHIN 511

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA

INEFICÁCIA ESTATAL FRENTE ÀS DEMANDAS CRIMINAIS
FELIPE AUGUSTO RODRIGUES AMBRÓSIO
GABRIELA LOPES CIRELLI 524

A (DES)FINALIDADE DA PENA
FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID 544

A CULTURA DO MEDO E A SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA SOCIAL COMO PRESSUPOSTOS DA POLÍTICA PUNITIVA DE INTOLERÂNCIA
FLORESTAN RODRIGO DO PRADO 566

A INFLUÊNCIA DOS MASS MEDIA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI
GUILHERME BARBOSA DA SILVA 583

“SERIAL KILLER”: UM INIMIGO DO DIREITO PENAL NA ERA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS
LETÍCIA GABRIELLA ALMEIDA 612

DELINQÜÊNCIA JUVENIL: A PROBLEMÁTICA DO MENOR INFRATOR. REFLEXÕES AMPARADAS PELA LEI 8.069/90
LORENA FERREIRA FERNANDES 631

IDEOLOGIA, SISTEMA PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONTROLE SOCIAL VERSUS LIBERDADES PÚBLICAS
MARCOS ANTÔNIO DA SILVA 657

O PAPEL DAS PARTES NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: A CELERIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE ORDEM PENAL MEDIANTE O EXERCÍCIO DA CIDADANIA
MARINA PEREIRA MANOEL GOMES 685

DELAÇÃO PREMIADA
PAULA ELIZABETE ANTONINI JOVIANO
SUELLEN GONÇALES DE OLIVEIRA 704

PUNIR OS POBRES: ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES ECONÔMICOS E NOS CRIMES PATRIMONIAIS
THADEU AUGIMERI DE GOES LIMA 720

ENTRE O RACISMO COMBATIDO E TOLERADO: A INEFICÁCIA DA PRIMEIRA LEI BRASILEIRA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO RACIAL (LEI AFONSO ARINOS, 1951-1989)
WALTER DE OLIVEIRA CAMPOS 734

ISBN 978-85-62288-05-0

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

ANÁLISE DO CONTROLE E DA PARTICIPAÇÃO DOS SUJEITOS DO PROCESSO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
IVAN MOIZÉS ILKIU 752

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS E JURISDICIONAIS: ESTUDOS CONCERNENTES AOS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
LORENA FERREIRA FERNANDES 776

DECISÃO DO STF NA ADPF 54: CONQUISTA FEMININA OU REMÉDIO À OMISSÃO DO PODER PÚBLICO?
LIS MARIA BONADIO PRECIPITO
CÁSSIA CRISTINA HAKAMADA REINAS 797

OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM PRESTAR A SAÚDE A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS CASOS DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE URGÊNCIA
ALINNE CARDIM ALVES
RODRIGO DINIZ CABRAL 815

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE AO TRABALHO INFANTO-JUVENIL: A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL SOB A ÓTICA DA CONSTIUIÇÃO FEDERAL
TAÍSE BACON
ANA PAULA MEDA 833

OS DIREITOS HUMANOS E A EMPRESA: DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E CONSEQUENTE ATUAÇÃO EMPRESARIAL COMO FATOR DE INCLUSÃO SOCIAL
GUILHERME SAMPIERI SANTINHO
MAYARA ALICE SOUZA PEGORER 855

PRESOS POR ACASO: A REPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MANUTENÇÃO DE PRISÃO INDEVIDA
MARIANA LOBO ZANATA 870

O ESVAZIAMENTO DO DEVER ESTATAL DE PROMOÇÃO DA ACESSIBILIDADE: AS INFRAÇÕES DA LEI 15.499/2011 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
MÁRIO LÚCIO GARCEZ CALIL
CLÁUDIA KARINA LADEIA BATISTA 885

O REFUGIADO AMBIENTAL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E COMO RESPONSABILIDADE DO ESTADO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS
PATRÍCIA NAOMI ASAKURA
ANA FLÁVIA DAMASCENO SILVA 912

DIREITO À PROPRIEDADE DOS INDÍGENAS NO PONTO DE VISTA DOS SISTEMAS INTERAMERICANOS CORRELACIONADOS COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL
RAFAEL HIRANN ALMEIDA KIRSCH
MAYARA ACCORSI SANTOS 937

O PAGAMENTO DE TRIBUTOS E A JUSTIÇA FISCAL
RAQUEL DE NADAY DI CREDDO 949

RESPONSABILIDADES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE DO CONTEXTO BRASILEIRO
DOUGLAS ROCHA PAIXÃO
LUCAS ALESSANDRO SILVA 968

ISBN 978-85-62288-05-0

EM BUSCA DO ESPAÇO DO POLÍTICO NA ESTRUTURA DO ESTADO
THIAGO FREITAS HANSEN 981

ACESSO, PERMANÊNCIA E RESULTADOS DOS SABATISTAS NO SISTEMA DE ENSINO
FABIANA POLICAN CIENA 1002

FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO MEIO DE CONCRETIZAR O DIREITO SUBJETIVO A UM GOVERNO HONESTO E A DEVIDA FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO
SÉRGIO MASTELLINI
GUILHERME SAMPIERI SANTINHO 1021

SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO E ACESSO À JUSTIÇA
LEVI ROSA TOMÉ
NATHAN BARROS OSIPE 1041

A ATUAL CONCEPÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A FUNÇÃO JURISDICIONAL COMO LEGITIMADORA DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO ESTADO-JUIZ
NATACHA FERREIRA NAGAO PIRES
GABRIEL LINO DE PAULA PIRES 1060

A (IN) COMPATIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DE SENTEÇA E A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS
DANIELE CAVERSAN BELTRAMI COLNAGO
GISELE CAVERSAN BELTRAMI MARCATO 1077

FUNDAMENTOS SÓCIO-POLÍTICOS PARA A ADOÇÃO DE TÉCNICA EFETIVADORA DO PROCESSO
FERNANDO BATISTUZO GURGEL MARTINS
THIAGO AZEVEDO GUILHERME 1094

MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE: O ACESSO À JUSTIÇA PELA DISSEMINAÇÃO DA CULTURA DE PAZ NAS COMUNIDADES
MARINA PEREIRA MANOEL GOMES 1117

O CONTRADITÓRIO E A COOPERAÇÃO PROCESSUAL À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: DIREITOS E DEVERES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS
ANDRÉ FREITAS LUENGO
DANIEL GUSTAVO DE OLIVEIRA COLNAGO RODRIGUES 1145

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO
NATACHA FERREIRA NAGAO PIRES
GABRIEL LINO DE PAULA PIRES 1161

AINDA SOBRE O PREÂMBULO: UMA DISCUSSÃO HISTÓRICA E DOUTRINÁRIA
GABRIELLE DOS SANTOS ROSA
MARCO ANTONIO TURATTI JUNIOR 1174

DESOBEDIÊNCIA CIVIL
LAIANA DELAKIS RECANELLO
LEVI ROSA TOMÉ 1188

O PAPEL DA HISTÓRIA DO DIREITO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

ISBN 978-85-62288-05-0

THIAGO FREITAS HANSEN 1205

SOBRE HERMENÊUTICA, DIREITO E LITERATURA: ITINERÁRIOS FILOSÓFICOS, POLÍTICOS E JURÍDICOS DE ANTÍGONA
CAIO HENRIQUE LOPES RAMIRO
TIAGO CLEMENTE SOUZA 1226

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES AMBIENTAIS
FRANCISCO ANTONIO NIERI MATTOSINHO 1241

ISBN 978-85-62288-05-0

Advertências

Os textos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, quanto à originalidade, à veracidade das informações, e à opinião que expressam.

A responsabilidade pela revisão dos textos é dos seus autores.

ISBN 978-85-62288-05-0

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS / BIOÉTICA E BIODIREITO

ISBN 978-85-62288-05-0

MAXIMIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL: GARANTIA DE INCLUSÃO SOCIAL FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL E A LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA[1]

Daniela Martins MADRID[2]

RESUMO

O presente trabalho estuda a evolução dos direitos fundamentais sociais dentro das Constituições brasileiras, com destaque para a Constituição de 1988, por meio de um olhar crítico decorrente da necessidade de se concretizar o chamado mínimo existencial para garantir, consequentemente, à efetivação dos direitos fundamentais sociais como forma de inclusão social em detrimento das limitações orçamentárias, sempre existentes. Dentro da problemática levantada busca-se entender o conceito, o alcance e a delimitação do termo mínimo existencial, além de se demonstrar que o seu conteúdo está intrinsecamente relacionado ao núcleo intangível da solidariedade, da igualdade e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana. Objetiva-se, também, apontar as barreiras que o mínimo existencial se depara diante da importação do conceito da reserva do possível da Alemanha; implementação esta que jamais poderá se apresentar como um "escudo" capaz de inviabilizar a materialização dos direitos fundamentais sociais e de transformar à Constituição Federal em um instrumento meramente simbólico. Destaca-se, ainda, a necessidade de maximização do mínimo existencial – mesmo diante dos escassos recursos públicos – colocando o mínimo existencial como prioridade no atendimento das necessidades básicas/fundamentais da população e, conduzindo, consequentemente, às pessoas a um "processo de libertação", reconhecendo-as como cidadãs e como integrantes da democracia direta e participativa. Para atingir esta finalidade, o trabalho está centralizado/delimitado seguindo os métodos dedutivo, histórico e comparativo, além das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

ABSTRACT

The present work studies the evolution of fundamental social rights in the Constitutions of Brazil, with particular reference to 1988 Constitution, through a critical eye due to the need to implement the so-called existential minimum to ensure,

---

[1] Artigo Científico elaborado no Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) para a disciplina: "Políticas Públicas e a Efetivação dos Direitos Sociais" por meio da orientação do Professor Dr. Valter Foleto Santin.

[2] Discente do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Professora Universitária, Supervisora de Prática Profissional e Supervisora de Monografia/TC das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente e advogada.

ISBN 978-85-62288-05-0

therefore, the effectiveness of fundamental social rights as a means of social inclusion at the expense of budget constraints, always existing. Into the issues raised in the quest to understand the concept, scope and definition of the term existential minimum as well as to demonstrate that its content is closely related to the intangible core of solidarity, equality, and especially of human dignity. Objective is also to point out the barriers that faced the minimum existential in the face of importation of the concept of reserve for contingencies from Germany, implementation that can never present itself as a "shield" that can derail the realization of fundamental rights and social turning to the Federal Constitution in a purely symbolic. Stands out, though, the need to maximize the minimum existential - even in the face of scarce public resources - putting the minimum existential priority in meeting the basic needs/basic population and leading therefore to the people to a "process of liberation", recognizing them as citizens and as members of direct and participative democracy. To achieve this purpose, the work is centered/bounded following the deductive methods, and comparative history, and techniques of archival research and literature.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais Sociais. Efetivação. Mínimo Existencial. Maximização. Reserva do Possível. Limites Orçamentários. Libertação.

KEYWORDS: Fundamental Social Rights. Effective. Existential Minimum. Maximization. Reserve for Contingencies. Budget Limits. Release.

INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto enfocou a questão da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais por meio da maximização e, consequente, concretização do mínimo existencial, por ser este o núcleo intangível da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade.

A justificativa e a relevância social de se abordar este objeto de estudo estão relacionadas ao fato de que não basta mais a mera positivação de direitos sociais – considerados como fundamentais – sem a sua devida efetivação/materialização, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não pode ser um mero catálogo simbólico de direitos sem a sua devida operacionalização.

Desta forma, a problematização central levantada reside no seguinte apontamento: A limitação orçamentária – aliada à questão da reserva do possível – é capaz de impedir/inviabilizar o cumprimento do mínimo existencial afetando, consequentemente, a efetivação dos direitos fundamentais sociais e prejudicando a inclusão social das pessoas?

ISBN 978-85-62288-05-0

Nesta linha de raciocínio, o objetivo posto em foco foi justamente apontar que em se tratando de efetivação dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial deve prevalecer – por fazer parte do núcleo destes direitos fundamentais – sobre a reserva do possível, sendo que esta se encontra fora do próprio direito, não podendo representar uma escusa para que não ocorra o cumprimento de um direito social que foi consagrado formalmente.

Para que fosse possível entender o problema levantado tornou-se vital a delimitação de seu estudo que se voltou à análise do surgimento dos direitos fundamentais sociais com ênfase na Constituição Federal de 1988, fazendo um paralelo com a teoria do mínimo existencial – onde se destacou o seu conceito, abrangência e delimitação – até se chegar ao impedimento/limite que afeta a concretização do mínimo existencial por meio da reserva do possível para, após, desenvolver a questão da maximização do mínimo existencial, como sendo a prioridade na realização orçamentária, para garantir a inclusão social das pessoas e proporcionar o seu encontro com a cidadania e a democracia.

Destarte, o referencial teórico adotado partiu da análise do desenvolvimento do Estado Social concomitantemente com o reconhecimento das necessidades das pessoas e dos direitos sociais – que mais tarde foram colocados dentro do rol da fundamentalidade – para discorrer sobre a teoria do mínimo existencial, da reserva do possível, das limitações orçamentárias e da Filosofia da Libertação.

Como forma de solucionar o questionamento levantado acima, foi utilizado – para a realização do presente trabalho – como método principal/de abordagem o método dedutivo, uma vez que se partiu de uma visão geral sobre direitos fundamentais sociais e mínimo existencial até se chegar ao ponto específico, que é a dificuldade de se concretizar estes direitos devido à reserva do possível e a exaustão orçamentária que promovem à exclusão social.

Para que se pudesse atingir a finalidade mencionada foi utilizado, também, como método acessório o método histórico visto que foi realizado todo um levantamento histórico sobre o reconhecimento dos direitos sociais dentro das Constituições brasileiras com destaque para a Constituição Federal de 1988; além de ter sido utilizado o método comparativo uma vez que se analisou a questão do mínimo existencial e da reserva do possível no Brasil, comparando-os com àquilo que fora implantado em seu país de origem que é a Alemanha.

Como técnicas de pesquisa foram utilizadas, como forma de coletar e analisar os materiais pesquisados, as seguintes: a pesquisa indireta documental (Constituição da República de 1934 e a Constituição Federal de 1988) e a pesquisa indireta bibliográfica (por meio de doutrinas, revistas jurídicas, artigos científicos e demais publicações científicas).

ISBN 978-85-62288-05-0

1 UMA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Um dos assuntos mais debatidos nos últimos tempos é, sem dúvida nenhuma, a questão que permeia à efetivação dos direitos sociais fundamentais, que se encontram consagrados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Todavia, antes de se traçar qualquer ideia relacionada à concretização destes direitos fundamentais, na atualidade, torna-se imprescindível compreender em que momento se deu o aparecimento/reconhecimento dos direitos sociais dentro da história das Constituições brasileiras.

Segundo Elisa Maria Rudge Ramos (2008, s.p.) é possível verificar, na Constituição Política do Império do Brasil de 1824, alguns indícios de direitos sociais seguindo o modelo das declarações de direitos da Revolução Francesa de 1789. Contudo, a primeira Constituição brasileira a prever uma ordem econômica e social foi a de 1934.

Assim, merece destaque à Constituição de 1934 – fruto dos movimentos sociais reinantes na época e da influência das Constituições européias – que inaugurou o "Estado Social Brasileiro", uma vez que além dos tradicionais direitos individuais acabou por consagrar uma série de direitos sociais[3] não previstos anteriormente (BREGA, 2002, p. 34).

Embora a Constituição de 1934 tenha representado um certo avanço, ao reconhecer alguns direitos sociais, acabou tendo um pequeno período de vigência – o que ensejou na ausência de sua efetividade – uma vez que em 1937 foi publicada uma nova Constituição no Brasil, que marcou um período de descumprimento dos direitos fundamentais.

Apenas na Constituição Federal de 1946 é que foi resgatada à questão dos direitos sociais ao instituir a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, o repouso semanal remunerado e o reconhecimento do direito de greve, passando, também, a retomar os demais direitos individuais e sociais já previstos na Constituição Federal de 1934 (BREGA, 2002, p. 37).

Após o golpe militar no Brasil de 1964 foi elaborada a Constituição de 1967 que previa direitos e garantias individuais e os direitos sociais aos trabalhadores como forma de controle da massa social – assim como se deu dentro do Estado pós-trinta – uma vez que "proteger e garantir condições dignas de trabalho ao proletariado era assegurar a ordem capitalista" (SUPERTI, 2005, p. 289).

[3] O artigo 121, parágrafo 1, alíneas de "a" a "j" da Constituição da República de 1934 reconheceu: a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo capaz de satisfazer – conforme as condições de cada região – as necessidades do trabalhador; jornada de trabalho de 08 (oito) horas; proibição do trabalho realizado por menores; repouso semanal; férias remuneradas; indenização por dispensa sem justa causa; assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante; regulamentação do exercício de todas as profissões e reconhecimento das Convenções Coletivas do Trabalho.

ISBN 978-85-62288-05-0

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, “novamente inspirada por ventos democráticos, ampliou os direitos fundamentais e, seguindo a tendência mundial, além dos direitos individuais e sociais, reconheceu os direitos de solidariedade [...]” (BREGA, 2002, p. 39).

É importante destacar, segundo Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 33-34), que de forma pioneira, na história do Brasil, a Constituição brasileira de 1988 elevou os direitos sociais à categoria de fundamentais, uma vez que os incluiu, expressamente, sob o Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, sendo que este caráter de fundamentalidade, conferido aos direitos sociais, demonstra à preocupação do constituinte em construir uma sociedade um pouco mais equilibrada, diante das gritantes diferenças sociais que sempre permearam a sociedade brasileira.

Dessa maneira, no que versa aos direitos fundamentais sociais, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu formalmente em seu artigo 6º que os direitos sociais compreendem o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados.

Da simples e desatenta análise deste dispositivo constitucional é possível retirar a seguinte e superficial constatação: trata-se de rol taxativo/restritivo em que não é permitida a inclusão de outros direitos que não estejam ali consagrados.

No entanto, se for feito um estudo mais aprofundado dos direitos fundamentais sociais perceber-se-á que eles se estendem por toda a Constituição Federal de 1988 não se limitando, apenas, ao rol do artigo 6º.

Prova disso é que além da previsão no artigo 6º da Constituição Federal, o direito à saúde também possui previsão no artigo 196 da Constituição Federal; assim como ocorre com os demais direitos previstos no mencionado artigo 6º tais como: o direito à educação está previsto também no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal; o direito ao trabalho também possui previsão nos artigos 7° e 170 da Constituição Federal; o direito à moradia/habitação digna também possui previsão constitucional no artigo 182; o direito à segurança também está previsto no artigo 144 da Constituição Federal; o direito à Previdência Social está previsto também nos artigo 193 e 201 da Constituição Federal; o direito à maternidade e à infância também possuem previsão constitucional no artigo 226 e o direito à assistência ao desamparado também está previsto no artigo 203 da Constituição Federal de 1988.

Sobre este ponto de vista é possível observar que os direitos sociais estão compreendidos, também, fora do citado artigo 6º, ou seja, se estendem por toda a Constituição Federal de 1988 e, portanto, este artigo não pode ser visto como um rol fechado e restrito, mas sim ampliativo.

ISBN 978-85-62288-05-0

Neste aspecto, embora não exista previsão expressa no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que o acesso à justiça também deve ser considerado como um direito fundamental social, uma vez que mencionado artigo trata de direitos sociais exemplificativos, meramente enumerativos não sendo, portanto, um rol taxativo.

Além disso, o acesso à justiça deve ser visto como o mais fundamental dos direitos sociais uma vez que, de nada adianta ter direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, se não for garantido o direito de acesso a estes direitos materiais, que possibilitem a sua concretização/materialização, tirando-os da mera garantia formal do texto constitucional.

Desse modo, verifica-se que os direitos sociais "trazem como característica mais marcante o fato de que são direitos que pressupõem uma conduta ativa por parte do ente estatal" (KELBERT, 2011, p. 31).

De acordo com Valter Foleto Santin (2004, p. 27) "o Estado foi constituído para atender as necessidades comunitárias na incessante busca da paz social e do bem comum".

Neste contexto, fica nítido que o ser humano não necessita, apenas, de condutas negativas por parte do Estado – ou seja, um não fazer por parte deste capaz de garantir à liberdade da pessoa – mas, também, dos direitos fundamentais sociais, caracterizados pelas prestações positivas voltadas à busca do bem comum e da paz social residindo, neste ponto, a sua importância/relevância.

Seguindo esta mesma linha de pensamento destaca-se, em âmbito internacional, que:

> La Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse como el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los polos opuestos del individualismo y del colectivismo. Pero, sin duda, el texto constitucional más importante, y el que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales en el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho, es La Constitución germana de Weimar de 1919. En la segunda parte de dicha norma básica se formulaban los "derechos y deberes fundamentales de los alemanes", reconociéndose, junto a las libertades individuales tradicionales, derechos sociales referidos a protección de la família, la educación y el trabajo (LUNO, 2005, p. 39-40)

Observa-se, dessa maneira, a contribuição e a influência que a Constituição Mexicana teve no processo de conciliação dos direitos sociais ao lado dos direitos

ISBN 978-85-62288-05-0

de liberdade como forma de demonstrar a necessidade de observância daqueles direitos para afastar o individualismo predominante até então.

Merece destaque, também, à Constituição de Weimar por refletir os novos direitos fundamentais no período de transição entre Estado Liberal e o Estado Social consagrando – ao lado dos tradicionais direitos de liberdades – os direitos sociais à: proteção da família, da educação e do trabalho.

Confirmando a ideia acima, Valter Foleto Santin (2004, p. 31) afirma que:

> As finalidades do Estado especificam a preponderância dos direitos sociais e individuais, na preservação da liberdade, da segurança, do bem-estar e do desenvolvimento, alcançados pela igualdade e justiça, valores supremos de uma sociedade especial (fraterna, pluralista e sem preconceitos), fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias (Grifou-se).

Portanto, os direitos sociais foram postos ao lado dos individuais para que pudessem conviver lado a lado, garantindo/preservando os princípios da igualdade, solidariedade e fraternidade, como forma de atender o bem comum entre as pessoas de maneira qualitativa.

Neste ínterim, José Afonso da Silva (2011, p. 286) sustenta que:

> [...] podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais (Grifou-se).

Assim, os direitos sociais são as prestações positivas que devem ser oferecidas pelo Estado como forma de garantir uma vida mais digna à população hipossuficiente e de proporcionar a igualdade social dentro de um país marcado por inúmeros e diferentes contrastes.

Verifica-se, assim, que "a *pessoa* não é apenas um agente da liberdade, mas resultado de uma confluência de fatores, especialmente de condições materiais mínimas, necessárias para que possa atingir o seu *máximo potencial*" (CAMBI, 2009, p. 392) (Grifo do autor).

Portanto, a pessoa necessita da proteção dos direitos sociais e não só dos direitos individuais para garantir condições materiais mínimas, como forma de minimizar as desigualdades materiais e sociais que cercam a população brasileira, sendo, portanto, os direitos sociais um fim a ser alcançado e um dever do Estado.

ISBN 978-85-62288-05-0

Dessa maneira, observa-se, que a ideia de direitos sociais fundamentais caminha ao lado do chamado mínimo existencial, tornando-se necessário entender o seu significado e abrangência para a compreensão da própria efetivação[4] dos direitos sociais e das barreiras que os cercam.

2 DO MÍNIMO EXISTENCIAL: CONCEITO, ALCANCE E DELIMITAÇÃO

A concepção do mínimo existencial como sendo o mínimo necessário para a efetivação/concretização dos direitos fundamentais sociais – dentro da realidade do Brasil – é um assunto ainda pouco estudado em que não há um consenso sobre a sua utilização.

Antes de se adentrar no estudo sobre o mínimo existencial do Brasil é importante destacar que as raízes do mínimo existencial são originárias da Alemanha, país este detentor de uma realidade social, econômica e política totalmente antagônica a do Brasil.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2010, p. 20) o primeiro jurista de renome – na doutrina do pós-guerra – que sustentou a necessidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof.

O destaque que se faz em relação a Otto Bachof é que – já no início da década de 1950 – ele defendia que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclamava apenas a liberdade, mas, sobretudo, um mínimo de segurança social, posto que sem os recursos materiais mínimos para a preservação de uma vida digna, comprometer-se-ia a própria dignidade da pessoa humana que seria sacrificada (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 20).

Observa-se que, desde este período, já era marcante a preocupação com a questão das necessidades materiais mínimas na tentativa de salvaguardar à dignidade da pessoa humana por meio da efetivação dos direitos fundamentais com destaque aos direitos sociais.

Destarte, a ideia do mínimo existencial elaborada na Alemanha acaba por se expandir para outros países sendo objeto de estudos mais sistemáticos por meio de Ricardo Lobo Torres, que foi o primeiro autor a escrever sobre o mínimo existencial voltado ao Brasil pouco após o advento da Constituição Federal de 1988 (SARLET e FIGUEIREDO, 2009, p. 19).

Diante das teorias que se levantam sobre esta questão, em solo brasileiro, uma dúvida ainda não foi solucionada: Afinal o que se entende por mínimo existencial?

A nível internacional ganha destaque o parágrafo 1º do artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que estabelece que os

[4] Que vai muito além da mera previsão formal deste direito em âmbito constitucional.

ISBN 978-85-62288-05-0

"Estados-membros do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida" (Grifou-se).

No entanto, observa-se que embora o artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traga uma previsão de que toda pessoa tem o direito de ter uma vida adequada englobando a alimentação, a vestimenta e a moradia, acabou não estabelecendo/conceituando o que é o mínimo existencial.

Esta lacuna, sobre a definição do mínimo existencial, também ocorre no Brasil uma vez que é possível verificar que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma previsão exata – nem mesmo a nível constitucional – do que seria o mínimo existencial.

Dessa maneira, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2010, p. 25) afirmam que:

> No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919 (Grifou-se).

Assim, diante da ausência de uma previsão constitucional expressa no Brasil, sobre o mínimo existencial, passa-se a buscar a sua fundamentação dentro da própria dignidade da pessoa humana.

Desse modo, como o mínimo existencial é decorrente da própria proteção da vida e da dignidade da pessoa humana não seria necessária a sua expressa previsão na Constituição uma vez que já estaria englobado nestes conceitos (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 25).

Aliado a este critério Eduardo Cambi (2009, p. 391) afirma que o preenchimento do conceito de mínimo existencial ficaria a cargo da hermenêutica jurídica em que se partindo de critérios sugeridos pelo utilitarismo negativo chegar-se-ia ao conceito do mínimo existencial, uma vez que o utilitarismo leva em consideração a igualdade em determinado ato, não as suas consequências, tendo em vista que é impossível universalizar o conceito de felicidade – que é altamente subjetivo – fugindo-se, portanto, da noção/modelo do utilitarista positivo em sede de direitos fundamentais sociais mínimos.

O afastamento do mínimo existencial ao modelo utilitarista positivo se dá uma vez que as necessidades das pessoas são inúmeras e diferentes sendo

ISBN 978-85-62288-05-0

impossível reduzi-las em um denominador comum. Assim, por exemplo: certamente quase todos pretendem ser saudáveis, livres, abastados e bem sucedidos, mas há muitas pessoas saudáveis, livres, ricas e bem sucedidas que não são felizes (CAMBI, 2009, p. 392).

Por este motivo, o melhor critério é buscar o conceito do mínimo existencial dentro da dignidade da pessoa humana e dos critérios da igualdade (utilitarismo negativo) e não do critério da felicidade (utilitarismo positivo) que é altamente subjetivo, o que geraria mais desigualdades do que igualdade material e social.

Nesta linha de argumentação, de acordo com Eduardo Cambi (2009, p. 392) "o conceito de mínimo existencial deve ser buscado no núcleo dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, na cláusula do Estado Social e no princípio da igualdade" (Grifou-se).

Neste diapasão, observa-se – que embora não exista uma previsão jurídica expressa do mínimo existencial – ele se verifica e se faz presente dentro de certos núcleos intangíveis existentes no interior de outras normas constitucionais fundamentais. Assim, a previsão do mínimo existencial é implícita, ou seja, mesmo sem uma norma expressa é possível sentir a sua força e importância em outros dispositivos da Constituição.

Eduardo Cambi (2009, p. 393) afirma que:

> De qualquer modo, pode-se afirmar que o núcleo elementar do valor dignidade da pessoa humana é composto do mínimo existencial, expressão que identifica o conjunto de bens materiais e imateriais, além das utilidades básicas, indispensáveis ao desenvolvimento autônomo e digno da pessoa humana, bem como o reconhecimento recíproco dos indivíduos em uma sociedade (Grifou-se).

Isso se verifica uma vez que a pessoa precisa ter garantido um mínimo material (alimentação, moradia, assistência à saúde, etc) e imaterial (educação, lazer, etc) para que ela possa exercer a sua cidadania e o seu papel na sociedade democrática e, consequentemente, ter a sua igualdade resguardada com a efetivação dos direitos fundamentais sociais e respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, quando o mínimo existencial não é observado é a própria dignidade da pessoa humana que é violada tendo em vista que o mínimo existencial é o núcleo rígido da dignidade da pessoa humana e, o seu desrespeito, é sentido dentro e fora da esfera deste princípio, afetando todas as pessoas.

Neste aspecto é importante destacar que:

ISBN 978-85-62288-05-0

> De todo modo, o Estado deve garantir um conjunto mínimo de bens e de serviços essenciais (*v.g.,* saúde básica, educação fundamental e assistência social e jurídica aos pobres), além de uma renda mínima (*v.g.,* salário mínimo) capazes de assegurar o *bem estar social.* Aliás, o Estado de Direito somente pode ser considerado *social* quando assegura a participação da sociedade no *processo produtivo e de resultados.* (CAMBI, 2009, p. 394) (Grifo do autor).

Assim, resta claro que o objetivo do mínimo existencial é justamente garantir uma vida condigna à pessoa e não simplesmente proteger a mera sobrevivência, sendo certo que a ideia de mínimo existencial vai muito além do que esta visão restritiva.

Neste ponto merece destaque a diferença existente entre mínimo existencial e mínimo vital/mínimo de sobrevivência que vem sendo trabalhada pelo direito comparado com destaque para a Alemanha e Portugal (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 23).

Desse modo, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2010, p. 23) o mínimo existencial não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, uma vez que este se preocupa apenas com a garantia da vida humana, ou seja, da sobrevivência ao passo que o mínimo existencial abrange as condições para uma vida em condições dignas.

Verifica-se, dessa forma, que não basta a mera garantia de sobrevivência. É preciso ir muito mais além da simples sobrevivência e garantir uma vida, acima de tudo, digna e em critérios de igualdade.

Por este motivo, Eduardo Cambi (2010, p. 396) enfatiza que o conteúdo da garantia do mínimo existencial há de ser percebido na vivência individual e social – uma vez que precisa de uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar – devendo ser desenvolvido, progressivamente, em uma perspectiva aberta e casuística, sempre voltada à proteção da pessoa e sua respectiva dignidade, com a observação do tempo e do lugar em que está inserida esta população, bem como a sua estrutura econômica e financeira.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Maria Filchtiner Figueiredo (2010, p. 26) "[...] encontra-se vedada até mesmo a fixação pelo legislador de valores fixos e padronizados para determinadas prestações destinadas a satisfazer o mínimo existencial [...]".

Dessa maneira, acaba sendo justificado a não conceituação do mínimo existencial dentro de critérios e parâmetros fechados e restritos uma vez que, para se alcançar a dignidade da pessoa humana torna-se imprescindível analisar a

ISBN 978-85-62288-05-0

realidade e a necessidade em que está inserida aquela sociedade, para que se possa garantir meios quantitativos, mas, sobretudo, qualitativos de concretização dos direitos sociais, ou seja, não basta – por exemplo – aumentar o número de atendimentos em hospitais públicos, sem garantir uma prestação de serviços relacionados à saúde com qualidade e que atenda as necessidades da população local.

Robert Alexy (2002, p. 496) estabelece que "justamente em tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea".

Percebe-se, dessa forma, que a concretização dos direitos sociais depende da observação e efetivação do mínimo existencial e, consequentemente, do respeito à dignidade da pessoa humana. Quando não forem atendidas as garantias mínimas existenciais não haverá que se falar em efetivação dos direitos sociais porque este depende daquele, ou seja, um está intrinsecamente relacionado/ligado ao outro.

Todavia, a garantia da concretização dos direitos sociais por meio da efetivação do mínimo existencial depara-se com uma barreira denominada reserva do possível assim como será abordado a seguir.

3 LIMITE À CONCRETIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A RESERVA DO POSSÍVEL

Quando se fala em mínimo existencial logo vem em mente um outro instituto denominado reserva do possível, como se ambos significassem a mesma coisa ou que juntos caminhassem rumo à mesma finalidade qual seja: concretizar os direitos sociais fundamentais criados pelo Estado como forma de garantir o bem comum e afastar as gritantes desigualdades sociais existentes.

Entretanto, a problemática envolvendo a reserva do possível acaba por ultrapassar a própria preocupação com a efetivação dos direitos sociais passando a proteger e a resguardar o Estado acima de tudo, em detrimento das necessidades da população, ou seja, a ideia de mínimo existencial estaria condicionada à reserva do possível restringindo àquilo que caberia ao Poder Público garantir em matéria de direitos sociais fundamentais.

Neste compasso, é possível observar que as principais objeções – postas em matéria de concretização dos direitos sociais – estão relacionadas com a dimensão economicamente relevante desses direitos, ou seja, argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-la (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 27).

Dentro desta argumentação aparece a noção de reserva do possível – que teve a sua origem e construção teórica na Alemanha nos início de 1970 – sendo que

ISBN 978-85-62288-05-0

"a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos" (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 29) (Grifou-se).

Destarte, a ideia de efetivação dos direitos fundamentais sociais estaria ligada com a própria disponibilidade financeira do Estado em garantir ou não aquela prestação prevista apenas no texto da lei, mas não concretizada na prática. Dessa maneira, a reserva do possível apresentar-se-ia como um limite ao mínimo existencial e à possibilidade de realização dos direitos fundamentais sociais.

Neste contexto, Ingo Wolgang Sarlet (2010, p. 287) afirma que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice uma vez que abrangeria: 1) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; 2) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que possui ligação com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas dentre outras; 3) na perspectiva do eventual titular do direito às prestações sociais, a reserva do possível estaria relacionada ao problema da proporcionalidade da prestação e sua ligação com a exigibilidade e razoabilidade.

Observa-se, assim, que a concretização dos direitos fundamentais sociais acaba por se deparar com os gastos/custos que envolvem o Estado e que deveriam ser suportados por ele, sendo a reserva do possível, uma tentativa de controlar/limitar a prestação social para não onerar excessivamente o Poder Público.

Contudo, quando se fala em reserva do possível é necessário tomar uma certa cautela em relação a sua aplicação de forma desmedida. Andreas Joachim Krell (2002, p. 54) argumenta que conceitos constitucionais transplantados de um país para o outro – assim como se deu com a reserva do possível que também surgiu dentro da realidade social, econômica, política e jurídica da Alemanha[5] e chegou até o Brasil – precisam ser interpretados e aplicados de uma forma adaptada com a nova realidade a qual está sendo inserido, ou seja, com as circunstâncias particulares de um contexto cultural e sócio-econômico diferente, o que exige um máximo de cuidado e de sensibilidade, sendo que isso não ocorreu no Brasil, ou seja, não houve a tentativa de harmonizar o conceito que fora copiado da Alemanha, sobre reserva do possível, à realidade brasileira.

Assim, "o mundo 'em desenvolvimento' ou *periférico*, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas transladadas dos países ricos" (KRELL, 2002, p. 54) (Grifo do autor).

Frisa-se, desse modo, que a reserva do possível tem uma abrangência na Alemanha e outra no Brasil, sendo que aqui as necessidades são absolutamente

[5] Afirmação esta que também se verifica na teoria que permeia o mínimo existencial.

ISBN 978-85-62288-05-0

diferentes, uma vez que àquilo que pode ser tido como mínimo existencial, naquele país, não será o mesmo no Brasil, um país de modernidade tardia[6] e detentor de inúmeros contrastes.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no Recurso Especial nº 1.041.197 - MS (2008/0059830-7) (2009, p.11-12) que:

> A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar uma existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. (Grifou-se).

Verifica-se, dessa maneira, que a solução para efetivar direitos fundamentais sociais não é copiar modelos que foram criados e funcionaram bem em países desenvolvidos, uma vez que estes modelos não se desenvolverão de maneira coerente/harmônica e satisfatória com as reais necessidades do país em desenvolvimento em que serão implantados.

Portanto, nos dizeres de Andreas Joachim Krell (2002, p. 54), a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações, com a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência (que se obrigaria a uma série de funções principalmente na esfera social: escola, saúde, moradia, transporte, etc) nunca teria sido implantado assim como foi na Alemanha[7].

[6] Assim como trabalhado por Fernando de Brito Alves (2010).
[7] País este que conseguiu – diferentemente do Brasil – implantar e efetivar os direitos sociais.

ISBN 978-85-62288-05-0

Além disso, a reserva do possível, por sua vez, não é elemento integrante (nuclear) dos direitos fundamentais, ou seja, não faz parte do seu núcleo essencial – assim como faz parte o mínimo existencial – sendo que ela seria uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais sociais e, somente em algumas circunstâncias, poderia atuar como uma garantia aos direitos fundamentais como, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos quando se cuidar da invocação da indisponibilidade de recursos com intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2010, p. 288).

Dentro deste quadro é importante destacar o entendimento de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 195):

> [...] verifica-se que a reserva do possível é exterior ao direito, que não determina seu conteúdo, não influencia na sua existência jurídica (no sentido de vigência), mas pode, eventualmente, comprometer a sua eficácia. Nestas condições, afirmar que um direito pode ser exigível na medida da disponibilidade de meios materiais necessários à sua realização significa estabelecer, num primeiro momento, o amplo alcance da norma de direito fundamental, e num segundo, a possibilidade de restrição com base em elementos da realidade empírica [...] (Grifou-se).

Dessa forma, observa-se que a reserva do possível não faz parte dos direitos fundamentais[8] – sendo exterior a eles – e sempre estará dividida entre dois lados: limitação/escassez dos recursos disponíveis e as necessidades infinitas das pessoas a serem observadas e cumpridas por meio destes recursos, que podem comprometer a própria eficácia dos direitos fundamentais sociais.

No entanto, torna-se salutar, encontrar um meio termo quando o assunto é a questão envolvendo a reserva do possível, uma vez que ela não pode representar um limite absoluto que vá contra a própria efetivação dos direitos sociais e não pode ser sempre uma resposta negativa para a concretização do mínimo existencial funcionando como uma argumentação cômoda, para não garantir o mínimo existencial e, consequentemente, a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Seguindo esta argumentação é importante observar que sem dúvida "los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos" (ALEXY, 2002, p. 495).

Assim, os direitos fundamentais sociais precisam ser o equilíbrio a ser observado, respeitado e efetivado[9] – e deve ser prioridade em matéria orçamentária

[8] Não podendo, desse modo, influenciar na existência deste direito.
[9] Mesmo diante de eventual escassez de recursos públicos.

ISBN 978-85-62288-05-0

– dentro das argumentações que permeiam a reserva do possível, não podendo esta se transformar em uma mera desculpa para os descumprimentos das prestações sociais previstas na Constituição Federal de 1988.

Destarte, "a reserva do possível, quando considerada como uma *limitação fática* (*v.g.,* alegação de inexistência de recursos) à implementação dos direitos fundamentais, exige que o Poder Público assuma o *ônus da prova*" (CAMBI, 2009, p. 401) (Grifo do autor).

Portanto, segundo Eduardo Cambi (2009, p. 401), o Poder Público deverá demonstrar que há a exaustão orçamentária – ou seja, que inexistem recursos financeiros suficientes – que o impede de cumprir/concretizar determinas decisões judiciais que permeiam o mínimo existencial.

Observa-se, assim, que a reserva do possível não deve funcionar como uma recusa ou um impedimento à concretização do mínimo existencial e nem ser utilizada de forma irracional que comprometa a própria efetivação dos direitos fundamentais sociais, sendo que deve ser analisada não como uma regra, mas sim como uma exceção, uma vez que pensar de forma diferente é garantir a exclusão social das pessoas que dependem da concretização do núcleo mínimo dos direitos fundamentais, que é denominado de mínimo existencial.

Diante do choque do mínimo existencial com as limitações do orçamento, torna-se salutar priorizar a maximização do mínimo existencial – afastando a própria reserva do possível – como forma de garantir a inclusão social, assim como será demonstrado a seguir.

4 MAXIMIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL: PRIORIDADE ORÇAMENTÁRIA DESTE INSTITUTO COMO FORMA DE INCLUSÃO SOCIAL

Analisando os apontamentos levantados acima é possível verificar que a reserva do possível não pode ser um elemento negativo copiado do modelo alemão como forma de impedir à concretização do mínimo existencial.

O núcleo intangível da dignidade da pessoa humana – que é o mínimo existencial – deve sempre ser posto acima da própria reserva do possível, uma vez que dentro das limitações do orçamento cabe ao Estado priorizar "as *condições gerais mínimas* para a emancipação da pessoa humana, porque esta é a premissa *mais favorável* à realização dos direitos fundamentais em *países de modernidade tardia* como o Brasil". (CAMBI, 2009, p. 390) (Grifo do autor).

Isso se dá uma vez que o Estado – ao conceber os direitos sociais como direitos fundamentais – assumiu um compromisso para com a sua efetivação, o que significa que deve pautar a sua atividade com vistas à realização destes direitos previstos formalmente na Constituição Federal de 1988 (KELBERT, 2011, p. 76).

ISBN 978-85-62288-05-0

Desse modo, torna-se imprescindível o estabelecimento de prioridades orçamentárias aliando-as ao mínimo existencial como forma de respeitar à própria dignidade da pessoa humana e afastar a exclusão social. Com a operacionalização deste ponto, a reserva do possível poderia conviver de maneira pacífica ao lado do mínimo existencial.

Nesta linha de argumentação Eduardo Cambi (2009, p. 389) afirma que:

> Uma vez que os recursos públicos são limitados, devem ser aplicados, prioritariamente, na concretização de condições mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana *(mínimo existencial).* Procura-se, destarte, uma *otimização* nos gastos públicos, voltada à aplicação prioritária na efetivação dos direitos fundamentais sociais, sem os quais as pessoas não teriam condições mínimas de sobreviver com dignidade *(maximização do mínimo existencial).* (Grifo do autor)

Neste aspecto, a ideia de maximização do mínimo existencial ganha a sua importância/relevância uma vez que em matéria orçamentária é o mínimo existencial quem deve ser atendido e observado antes dos demais direitos. Neste quadro, a maximização do mínimo existencial está aliada aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade para atender aos direitos fundamentais sociais diante da escassez de recursos públicos.

Dessa forma, procura-se cumprir, em primeiro lugar, os direitos sociais devido ao seu caráter de urgência e fundamentalidade – relacionados com o mínimo existencial – para que as pessoas possam alcançar uma vida digna e não apenas a simples sobrevivência. Apenas após esta observação, é que se deve atender os demais direitos, sendo que isso se encaixa, perfeitamente, dentro daquilo que se passou a chamar de otimização dos gastos públicos como forma de concretizar à dignidade da pessoa humana. Pensar de forma diferente é materializar a injustiça e a exclusão social da população hipossuficiente.

Assim, a reserva do possível não pode ser utilizada como um escudo a ponto de se evitar o cumprimento de obrigações prioritárias, ou seja, a reserva do possível não pode ser uma excludente do mínimo existencial mesmo diante da escassez/limitação de recursos públicos, uma vez que por ser o mínimo existencial o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e da própria dignidade da pessoa humana, ele deve ser a prioridade do Estado, mesmo diante de poucos recursos econômicos.

Neste diapasão merece destaque o entendimento a seguir:

ISBN 978-85-62288-05-0

> De igual modo, quando se opta pela concretização do *mínimo existencial,* não se está abrindo mão de parcela dos direitos fundamentais sociais, mas apenas encontrando um modo pelo qual os direitos fundamentais possam se realizar na maior medida possível. [...] Os demais direitos devem ser buscados no exercício democrático da *cidadania reivindicatória* e da *prática orçamentária*" (CAMBI, 2009, p. 390) (Grifo do autor) (Grifou-se).

Dessa maneira, após a concretização do mínimo existencial é que se poderá pensar na realização de outros gastos, em projetos pendentes, sendo esta uma alternativa para que possa ocorrer à própria efetivação dos direitos fundamentais sociais, uma vez que sem se respeitar esta prioridade, os direitos fundamentais se transformarão/firmarão em uma simples previsão formal de direitos que conduzirá a Constituição Federal de 1988 a uma carta de direitos meramente simbólica sem nenhuma utilidade prática.

Portanto, quando há a ausência de comprometimento do Poder Público com a efetivação dos direitos fundamentais acaba por inviabilizar as transformações sociais sendo que, por este motivo, além da previsão formal dos direitos sociais é indispensável que o Estado-juiz assegure, efetivamente, a tutela destes direitos (CAMBI, 2009, p. 371).

Ressalta-se, assim que, em matéria de mínimo existencial não se pode utilizar à reserva do possível como sendo um óbice, um impedimento visto que o mínimo existencial não é uma prestação supérflua no Brasil, mas sim que está entrelaçada com a própria dignidade humana, princípio este imprescindível para que se possa falar em Estado Democrático de Direito.

Nesta linha de raciocínio, observa-se que a democracia direta e participativa só pode ser alcançada quando a pessoa se reconhece como cidadã, diante da concretização/cumprimento de suas necessidades existenciais básicas/fundamentais e dignas.

De acordo com Gilberto Giacóia (s.d.; p. 6) "a salvaguarda dos direitos do indivíduo, num mundo cada vez mais conturbado por ideologias truculentas atualizadas sob o signo do avanço tecnológico, torna-se impositiva na construção de sociedades verdadeiramente democráticas e modernas".

É preciso "abrir" os olhos para a realidade atual; para a miséria que envolve a população; para o descaso na saúde pública e na educação; para a fome e abandono das pessoas e dos demais direitos fundamentais sociais, que colocam a população fora da proteção do Direito; é preciso dar "voz para quem não tem voz" e "destampar os ouvidos" para ouvir as reais necessidades das pessoas que estão às margens do direito[10].

[10] Expressão trabalhada por Fernando de Brito Alves (2010).

ISBN 978-85-62288-05-0

Neste ínterim, é possível aplicar, por analogia, a teoria de Enrique Dussel (2005) sobre a Filosofia da Libertação, em relação à maximização do mínimo existencial em detrimento dos limites orçamentários, uma vez que esta teoria coloca que é necessário ocorrer à libertação de toda a forma de opressão e exclusão, sendo que a não concretização do mínimo existencial e dos direitos fundamentais sociais para resguardar o orçamento, seria uma forma de opressão e exclusão por conduzir as pessoas às margens do direito, tornando-se imprescindível ocorrer a "libertação" deste quadro de exclusão.

A Filosofia da Libertação interessaria, assim, não como um fim, mas como um elemento do processo de auto-realização da dignidade da pessoa onde o "excluído" torna-se-ia sujeito de sua própria história uma vez que passaria a ser "visto" pelos membros da totalidade ao ter os seus direitos fundamentais sociais garantidos na prática e não só na letra morta da lei (DUSSEL, 2005).

Neste diapasão, fica latente que não é mais suficiente positivar direitos eleitos como fundamentais na Constituição Federal de 1988 sem a devida preocupação com a sua efetivação. Neste sentido, Paulo Bonavides (2000, p. 517) afirma que:

> Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII. (Grifou-se)

Por este motivo, a questão que envolve o orçamento jamais poderá ser colocada acima da própria essencialidade e necessidade de cumprimento do mínimo existencial de maneira qualitativa e quantitativa, uma vez que é o mínimo que se pode e deve esperar do Poder Público, como forma de se garantir a universalidade material e concreta e não a universalidade abstrata, assim como se tem feito.

De acordo com Leonardo Augusto Gonçalves (2009, p.153):

> [...] apesar das sempre presentes limitações orçamentárias relativas às possibilidades de implementação das políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais sociais, temos como certo que a mera invocação da teoria da reserva do possível não pode ser aceita na busca de uma justificativa para os tão baixos níveis na amplitude de atendimento e na eficiência (qualidade) dos serviços públicos (Grifou-se).

ISBN 978-85-62288-05-0

Portanto, os direitos fundamentais sociais não podem ficar à mercê do orçamento e da reserva do possível para serem efetivados. Assim, mesmo diante dos limites que existem no orçamento público e, dos custos que envolvem os direitos fundamentais sociais, estes deverão ser respeitados e observados porque são o mínimo que se aguarda em matéria de materialização de preceitos constitucionais e da operacionalização da inclusão social.

Exemplo que confirma esta afirmação é que "há nos Tribunais Superiores, firme orientação jurisprudencial segundo a qual o Direito à Vida é um direito *superior*, que não pode ser contrastado com *questões menores* como as finanças públicas e orçamento" (AMARAL e MELO, 2010, p. 79) (Grifo do autor).

Colocar o orçamento acima do próprio mínimo existencial é banalizar o direito à vida e eternizar a violação do direito fundamental social, impedindo que ocorra a verdadeira e devida inclusão social das pessoas – sobretudo as hipossuficientes – por ficarem fora da proteção do Estado, ou seja, às margens do direito, afastando, dessa forma, a eficácia dos direitos fundamentais.

O caminho que resta a seguir é sempre observar, no caso concreto, quais os direitos em conflitos e quais precisam da efetivação da tutela de direito em caráter de urgência, levando-se sempre em consideração, a necessidade de se afastar à exclusão social que permeia a mera previsão formal e "simbólica" de direitos sociais.

Esta é a ideia que precisa ser buscada e seguida: maximizar o mínimo existencial e não o orçamento. O orçamento existe para garantir condições de existência mínimas para as pessoas e não para ser sobreposto sobre o próprio mínimo existencial, aos direitos sociais, à dignidade humana e à inclusão social.

Assim, quando estiver em conflito o mínimo existencial e o orçamento é aquele que deve prevalecer sempre, uma vez que não há nada mais urgente para se efetivar do que a própria garantia ao mínimo existencial que envolve os direitos fundamentais sociais.

O orçamento é o meio. O mínimo existencial e a efetivação dos direitos fundamentais sociais são os fins que se pretendem alcançar como forma de se criar uma Constituição "ativa" e verdadeiramente cidadã para a inclusão social desta "brava gente, brasileira"!

CONCLUSÃO

Diante dos argumentos apresentados é possível constatar que garantir direitos sociais, apenas de maneira formal, sem a preocupação com a sua efetivação, não é mais suficiente. Torna-se imprescindível que o Estado Social passe a atender o mínimo existencial e a concretizar os direitos sociais que foram previstos como forma de se alcançar o bem comum e a dignidade da pessoa humana.

ISBN 978-85-62288-05-0

O mínimo existencial permeia o próprio núcleo intangível da dignidade da pessoa humana onde se observa um mínimo material (alimentação, moradia, assistência à saúde, etc) e imaterial (educação, lazer, etc) que precisam ser respeitados. O descumprimento do mínimo existencial acarreta na própria violação da dignidade da pessoa humana.

Por ele ser o núcleo da dignidade da pessoa humana deve prevalecer acima da própria reserva do possível, uma vez que esta foi criada dentro da Alemanha, país este que – diferentemente do Brasil – conseguiu efetivar os seus direitos sociais e o mínimo existencial, sendo que, por este motivo, a reserva do possível seria justificada naquele país.

Todavia, não é esta a realidade brasileira e, por este motivo, a reserva do possível – que não faz parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais – não pode prevalecer sobre o próprio cumprimento do mínimo existencial, porque aqui no Brasil, ainda não foram asseguradas as condições mínimas para se atender a uma vida com dignidade.

Neste ínterim, a mera afirmação de que "os direitos sociais são dispendiosos e que não há recursos financeiros para realizá-los" não deve prosperar. Os limites orçamentários não devem ser uma resposta cômoda para não efetivar os direitos fundamentais sociais.

É preciso, neste ponto, maximizar os direitos sociais dando prioridade ao seu cumprimento antes mesmo da realização de outros direitos, porque sem isso não haverá que se falar em dignidade da pessoa humana e em inclusão social.

Com a efetivação do mínimo existencial a pessoa conseguirá exercitar o seu papel como cidadã – uma vez que terá as suas necessidades existenciais básicas/fundamentais reconhecidas – e exercerá a democracia direta e participativa visto que sairá da zona de exclusão social e se reconhecerá como uma pessoa detentora de direitos e deveres na sociedade, ocorrendo, assim, uma verdadeira "libertação" das pessoas que estão à margens do direito.

A não efetivação dos direitos sociais é problema de todos. Reverter este quadro é dever de todos os cidadãos uma vez que a garantia de direitos sociais meramente simbólicos sem a devida efetivação é sentida por toda a sociedade.

O momento é de "libertação" da mera previsão e positivação das leis, da reserva do possível e da resposta frágil sobre os limites orçamentários. É a hora de tirar o véu da ignorância e abrir os olhos para a operacionalização dos direitos fundamentais sociais como forma de inclusão social por meio da maximização do mínimo existencial e do despertar da população para uma democracia ativa e participativa, que busque o combate à qualquer desrespeito à concretização dos direitos fundamentais sociais e almeje à efetivação destes direitos para que seja possível traçar uma nova história para os filhos desta terra!

ISBN 978-85-62288-05-0

Acorda Brasil! A sua hora é agora!

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito:* a nova fundamentação do direito das minorias. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível".* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79-99.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: de 16 de julho de 1934. *Site do Planalto.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 6 ago. 2012.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* de 5 de outubro de 1988. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública. Fornecimento de equipamentos ao hospital universitário de Dourados. Interesse difuso e coletivo. Legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público. *Recurso Especial nº 1.041.197 - MS (2008/0059830-7).* Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul**.** Relator: Ministro Humberto Martins, Brasilia, 25 ago. 2008. Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6909418/recurso-especial-resp-1041197-ms-2008-0059830-7-stj> Acesso em: 10 ago. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 23. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988:* contéudo jurídico das expressões. 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de direito constitucional:* direitos humanos e direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J.J.Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais.* São Paulo: Saraiva, 2010.

ISBN 978-85-62288-05-0

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação:* crítica à ideologia da exclusão. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2005.

FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GIACÓIA, Gilberto. *Liberdade – resistir é preciso.* Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Gilberto%20Giacoia.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2012.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. *Direitos fundamentais sociais e o controle jurisdicional das políticas públicas.* 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), 2009.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:* os (dês)caminhos de um direito constitucional "comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais:* os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales.* Madrid: Tecnos, 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais:* efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto internacional dos direitos econômicos,sociais e culturais.* Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponivel em :< http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em:15 ago. 2012.

RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Evolução histórica dos direitos sociais.* 2008. Disponível em: < http://www.lfg.com.br/artigo/2008121611074897_direitos-humanos_evolucao-historica-os-direitos-sociais-elisa-maria-rudge-ramos.html>. Acesso em 11 ago. 2012.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível".* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

ISBN 978-85-62288-05-0

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 3.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro:* Renovar, 2006, p. 551-602.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direito público em tempos de crise:* estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 129-173.

SCHIAVINATTO, Anete Maria Lucas Veltroni. Pensar e repensar a inclusão social e os direitos fundamentais no ensino: aspectos relevantes do direito na educação. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry (Org.). *Ensaios sobre os direitos fundamentais e inclusão social.* Birigui: Boreal Editora, 2010; p. 101-115.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

SUPERTI, Eliane. *Proletariado e direito:* um estudo sobre as relações entre Positivismo e Direito do Trabalho no Brasil (1870-1934). Rio de Janeiro: Papel Virtual, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível".* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 63-78.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível".* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 349-371.

ISBN 978-85-62288-05-0

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS À DIGNIDADE HUMANA NO AMBIENTE DE TRABALHO E A PROTEÇÃO CONTRA O ASSÉDIO MORAL

Bruna IMAZU[11]
Taíse BACON[12]

RESUMO

A Constituição Federal assegura, dentre outros, o direito ao trabalho, inserido dentre os direitos sociais, partindo da premissa de que o exercício profissional deve se dar em condições dignas, com respeito mútuo e em ambiente saudável. O assédio moral, prática recorrente nas modernas relações de trabalho, apresenta-se como forma de violação aos direitos mencionados, ao passo que consiste em reiteradas agressões, em regra de natureza psicológica, que atingem diretamente a dignidade da vítima e, em muitos casos, compromete também sua saúde – física e emocional, motivo pelo qual se mostra de fundamental importância a normatização acerca do tema e, com isso, conferir efetividade aos direitos dos trabalhadores.

ABSTRACT

The Federal Constitution ensures, among others, the right to work, inserted among the social rights, based on the assumption that the professional exercise must happen on decent conditions, with mutual respect and on a healthy environment. The moral siege, a recurrent practice in modern labor relationships, presents itself as a form of violation of the rights mentioned above, whereas consists of repeated assaults, usually of psychological nature, which directly affect the dignity of the victim and, in many cases, also compromises their health - physical and emotional, reason that shows to be of fundamental importance the legislation around the subject and, therefore, give effectiveness to the rights of workers.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Violação. Dignidade.

KEY WORDS: Social Rights. Violation. Dignity.

[11] Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiária do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ).
[12] Graduada pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Advogada do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ).

ISBN 978-85-62288-05-0

INTRODUÇÃO

As relações de trabalho, à luz das normas constitucionais, devem ser pautadas pelo respeito à dignidade, em ambiente adequado e livre de agressões e desrespeito. O assédio moral, contrariando referidas garantias, configura forma de violação a direitos fundamentais do trabalhador, que tem sua estrutura psicológica diretamente abalada pela violência contra si dirigida.

Pode-se, através da análise do instituto, verificar-se que ocorre em 3 modalidades possíveis: horizontal e vertical, subdividida esta em ascendente e descendente. Também há necessidade da presença de requisitos indispensáveis a sua configuração.

Não se pode deixar de mencionar as consequências decorrentes, perceptíveis na saúde da vítima (em regra), bem como aquelas de natureza jurídica, podendo restar configurada a rescisão indireta do contrato de trabalho, bem como a demissão por justa causa do agente agressor. A isso se soma, ainda, a configuração de dano moral, do qual decorre a obrigação de indenizar o agredido para o empregador.

Para a elaboração do presente trabalho será empregado o método dedutivo e histórico, utilizando argumentos já reconhecidamente verdadeiros, buscando elementos, para tal finalidade, em obras que versem sobre o tema (livros, artigos científicos, jurisprudência e demais fontes disponíveis e consultadas no decorrer da pesquisa).

O problema em discussão será abordado através de pesquisa bibliográfica, apontando embasamento teórico para o tema.

Pelo exposto busca-se abordar o assédio moral, levando-se em consideração a gravidade da prática e as consequências decorrentes. Objetiva-se, com o presente, demonstrar que há direta violação a direitos fundamentais do trabalhador, motivo pelo qual o assunto demanda especial atenção.

1. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHADOR

1.1 Dos Direitos Fundamentais e Sociais

Os direitos fundamentais, amplamente discutidos e defendidos, hodiernamente assumem um papel de destaque nos ordenamentos jurídicos, uma vez que são direitos relacionados à condição humana e estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como bem assinala Brega Filho (2002, p. 67), ao conceituar direitos fundamentais, diz que estes “são os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e propiciar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna”. Os direitos fundamentais, portanto, são aqueles reconhecidos

ISBN 978-85-62288-05-0

constitucionalmente, indispensáveis ao ser humano. Ainda segundo o autor "é o mínimo necessário para a existência da vida humana. (BREGA FILHO, 2002, p. 66).

A Constituição Federal de 1988, ao tratar de tais direitos, trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais. Todavia, deve-se atentar que estes não se restringem apenas ao rol de artigos inseridos nesse título, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional, à medida que "a Constituição de 1988, embora tenha dado grande destaque aos direitos fundamentais, não definiu bem o seu conteúdo, fazendo referência a eles de maneira não sistematizada" (BREGA FILHO, 2002, p. 41).

Nesse sentido, em uma perspectiva mais didática, doutrinadores classificam os direitos fundamentais em diferentes gerações ou dimensões (havendo a prevalência do termo dimensões, no sentido de que uma não exclui a outra, mas se complementam, ao passo que gerações poderiam trazer o sentido de finitude), estas relacionadas ao momento histórico que tais direitos surgiram e ao seu conteúdo.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram à época do fim do absolutismo e o fortalecimento da burguesia. São direitos relacionados aos interesses do indivíduo e à sua liberdade, como o direito a honra, à propriedade, à vida, à intimidade, entre outros. Nos ensinamentos de Lenza (2011, p. 860), "mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor de liberdade". Nota-se que tais direitos exigem a não intervenção do Estado, de modo que os indivíduos possam ter seus direitos assegurados e, portanto, sua liberdade garantida.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão apareceram no período da Revolução Industrial europeia, no momento em que houve o crescimento da urbanização e da classe operária, passando a surgir questões relativas a desemprego, salário, condições de trabalho. Também estão relacionados ao momento em que eclodia a Primeira Guerra Mundial, surgindo aí a necessidade da consolidação de direitos que pudessem garantir ao ser humano melhores condições de vida, principalmente no âmbito trabalhista.

Tais direitos, ao contrário dos de primeira dimensão, exigiam uma prestação positiva do Estado e não sua abstenção. São os chamados direitos sociais, culturais e econômicos, os quais correspondem "aos direitos de igualdade (substancial, real e material e não meramente formal)" (LENZA, 2011, p. 861).

Dentre os direitos sociais estão incluídos o direito à educação, à saúde, à assistência social, ao trabalho, entre outros. Estes, somando-se aos direitos individuais ou também chamados de direitos civis e políticos, vieram no sentido de prover os meios necessários para a efetivação dos primeiros.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão fizeram-se presentes durante o período da Segunda Guerra Mundial. Tais direitos são chamados de

ISBN 978-85-62288-05-0

direitos de solidariedade e pertencem a toda coletividade. Entre eles se encontram o direito ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos, à comunicação, etc. E, como conclui Lenza (2011, p. 862) "os direitos da 3ª dimensão são direitos transindividuais que transcedem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade".

Há que se falar também na existência, segundo Bonavides (2011, p. 571-579), por exemplo, de outras dimensões de direito, como a quarta dimensão, referente ao direto à democracia, à informação, ao pluralismo, e os direitos de quinta dimensão, no qual se inclui o direito à paz. Todavia, antes de se falar em novos direitos fundamentais ou novas gerações de direito, deve-se efetivar aqueles que já existem, como bem aponta Brega Filho (2002, p. 29) em seu livro Direitos fundamentais na Constituição de 1988 na parte em que trata da banalização dos direitos fundamentais.

Definidos os contornos inicias sobre os direitos fundamentais e sua classificação, deve-se atentar, em decorrência do próprio tema tratado, aos direitos de segunda dimensão, quais sejam, os direitos sociais.

Os direitos sociais surgiram em decorrência de fatores sociais, políticos e econômicos, em uma época marcada pelo capitalismo e por dificuldades em que se encontravam os trabalhadores. A partir desse período, reconheceu-se então a necessidade da garantia de direitos não só a essa classe, mas a toda população, fazendo com que alguns países passassem a consolidá-los em suas Constituições, a citar-se como exemplo a Constituição de Weimar e a mexicana (BREGA FILHO, 2002, p. 14-15).

No Brasil, os direitos sociais foram previstos já na Constituição de 1824, de uma forma mais tímida e restrita (fazendo-se valer a aristocracia da época), mas que representaram os primeiros passos para sua firmação atual.

Embora a Constituição de 1891 tenha representado um retrocesso em relação a tais direitos, a Constituição de 1934 trouxe grandes inovações, principalmente no que diz respeito aos direitos dos trabalhadores.

> Elevou os direitos trabalhistas ao status de norma constitucional, ao estabelecer, no art. 121, as "condições de trabalho", prevendo, dentre outros direitos, a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de sexo, idade, nacionalidade ou estado civil; o salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; trabalho diário não excedente a oito horas; a proibição de trabalho a menores de 14 anos; férias anuais remuneradas; a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; assistência médica

ISBN 978-85-62288-05-0

> e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta o descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição e previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte (BONTEMPO, 2005, p. 40-41).

As demais Constituições também apresentaram diversos avanços quanto aos direitos sociais, em especial aos relacionados ao trabalho, mas foi com a Constituição de 1988 que estes assumiram um maior destaque, ao passo que foram inseridos dentre os direitos e garantias individuais, em outras palavras, passaram a ser considerados direitos fundamentais.

Nesse viés, o artigo 6º da Constituição de 1988 assim os define: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Com propriedade, complementa Lenza (2011, p. 974):

> Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88).

Nota-se que tais direitos exigem uma ação ativa do Estado, a fim de que estes sejam efetivamente cumpridos. Ademais, os direitos sociais, culturais e econômicos vieram a fim de dar eficácia real aos civis e políticos e, sendo direitos fundamentais, tem aplicação imediata.

1.2 Do Direito ao Trabalho

O trabalho nem sempre foi visto como uma ação que enobrece e dignifica o ser humano, uma vez que durante o período medieval, este era qualificado como castigo, punição. Todavia, ao longo da história, em decorrência dos avanços e das necessidades sociais, o trabalho passou a ser indispensável para a própria sobrevivência, sendo elevado, com o passar do tempo, a um patamar de proteção.

No Brasil, a Constituição de 1824 já tratava de direitos relacionados ao trabalho, mas foi com a de 1988 que tais ganharam maior destaque, ao passo que assumiram o posto de direitos fundamentais.

ISBN 978-85-62288-05-0

Atentando-se à CF/88, no sentido de que esta veio a valorizar o trabalho, evidencia-se que a mesma não trouxe em seu texto nenhum artigo que tratasse do *direito ao trabalho*, entretanto, isto não significa que este não se faz presente, à medida que a Constituição deve ser analisada em sua totalidade, pois integra uma unidade, um sistema e, a partir de uma interpretação extensiva, é possível dela extrair tal garantia.

O próprio artigo 6º, referido anteriormente, agrupa o trabalho como sendo um direito social. O art. 7º elenca, em seu rol, os direitos dos trabalhadores, mas como bem assinala José Afonso da Silva (2010, p. 289) "o art. 6º define o trabalho como direito social, mas nem ele nem o art. 7º trazem norma expressa conferindo o direito ao trabalho. Este, porém, ressai do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho".

Isto significa que, embora não haja expressamente a declaração "direito ao trabalho", este é sim garantido, podendo esse entendimento ser extraído através da própria leitura do texto constitucional, uma vez que as referências ao trabalho encontram-se de maneira esparsa.

A citarem-se alguns artigos em que se faz menção ao trabalho, este está presente no art. 1º da CF/88, que traz os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República, ao lado, dentre outros, da dignidade da pessoa humana. O art. 170 aduz que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna. Já o art. 193 reza que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Nesse sentido, pode-se concluir que "a Constituição Federal apresenta um aspecto econômico e outro social, sendo que o valor trabalho aparece como fundamento e base da Ordem Social e Econômica, e permeia toda a Constituição" (AMORIM, 2009, p. 83).

Considerando que o art. 6º inclui o direito ao trabalho como um direito social, pode-se entender que o mesmo deve ser efetuado pelo Estado, já que possui como característica sua prestação positiva. Ora, nesta lógica poderia extrair-se então a ideia de que o Estado deve garantir a todos um emprego, um trabalho, contudo, o conectivo 'ao' não vem no sentido de obrigar o Estado a tal feito, mas sim a assegurar condições de trabalho, oportunidades, garantias ao trabalhador, existência digna.

> O direito ao trabalho, enquanto previsto na Constituição, não impõe o dever de se garantir emprego para todos, mas se refere à possibilidade de se exercer licitamente a atividade. Por outro lado, o direito ao trabalho enquanto direito social, se espalha por todos os incisos do artigo 7o da CF/88. E é justamente por tal motivo que não existe um direito subjetivo em se exigir uma prestação na obtenção do emprego, justamente pela possibilidade em

ISBN 978-85-62288-05-0

> se exigir um seguro- desemprego. [...] Além disso, o direito ao trabalho não estabelece uma obrigação do Estado em arrumar trabalho para todos os que estejam desocupados, mas deve assumir um compromisso de empregar recursos para proporcionar ocupação aos que dela careçam. De outra maneira, a declaração do trabalho como dever social não implica num reconhecimento da obrigatoriedade do trabalho (AMORIM, 2009, p. 85).

Nesse mesmo sentido, Amorim (2009, p. 86) continua a tracejar o assunto, dizendo que o direito ao trabalho não se trata de um direito do cidadão em exigir do Estado um determinado posto.

> O direito humano ao trabalho concebido como direito subjetivo, não pode ser interpretado como um direito a determinado posto de trabalho, o que seria incompatível com o regime democrático de direito. Relaciona-se sim, com um direito a possuir oportunidades de emprego.

O direito ao trabalho, portanto, encontra-se presente na CF/88, com intuito de garantir a todos uma existência digna, e ao trabalhador os direitos que lhes fazem jus. Tais direitos constitucionais - ao lado das legislações infraconstitucionais e tratados internacionais – representam não só conquistas formais da classe operária e da população, como também sua proteção materializada.

2. DIGNIDADE HUMANA NO AMBIENTE DE TRABALHO

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, III da CF/88) constitui um dos princípios mais importantes e fundamentais do ordenamento jurídico pátrio. Esta se encontra expressa ou implicitamente prevista no texto constitucional e como valor supremo, deve permear toda interpretação jurídica.

A dignidade humana esteve presente desde a Constituição de 1946 em que dizia que “a todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna” (BRASIL, 2012, online). Nessa perspectiva, nota-se que a ideia de trabalho como sendo algo depreciativo se tornou completamente superada, uma vez que a dignidade passa a estar intimamente relacionada ao mesmo.

Tal princípio, mostrando-se cada vez mais relevante, acabou por se consolidar como valor mor de todo o ordenamento jurídico e, “não por acaso, está localizado no pórtico da Constituição” (FACHIN, 2006, p. 198). Embora sua importância venha assim demonstrada e seja de conhecimento de todos, conceituar o que vem a ser dignidade da pessoa não é tarefa tão simples, uma vez que se trata de algo subjetivo.

ISBN 978-85-62288-05-0

Contudo, Sarlet (2007, p. 42-43), com propriedade, conseguiu descrever o que vem a ser dignidade da pessoa humana, assim definindo-a:

> [...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. [...] pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente".

Deste modo, percebe-se que a dignidade está intimamente relacionada ao ser humano, devendo estar presente em todas as relações, o qual não deixa de incluir as trabalhistas. Extrai-se também que, embora seja de suma importância o seu respeito, esta pode ser violada, o que se demonstrará mais adiante.

A dignidade, nesta vertente, pode ser entendida de duas maneiras, como o trabalho sendo algo que dignifica o ser humano, como necessário para que haja uma existência digna, como forma de alcançar a dignidade, e em um segundo sentido como a dignidade inserida no trabalho, esta presente na atividade laborativa.

Em decorrência do tema tratado, atentar-se-á a essa segunda visão, analisando como é importante o princípio da dignidade da pessoa humana estar presente nas relações de trabalho, para que haja um ambiente adequado, garantidor dos direitos do trabalhador e que possa até mesmo elevar suas potencialidades.

> [...] o valor trabalho permeia toda a estrutura da 'Constituição Cidadã', recaindo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Enquanto tal, deve-se assegurar uma condição de vida digna aos trabalhadores e nos locais de trabalho. A Constituição por exemplo, seguindo diretrizes internacionais, prevê a existência de um meio ambiente do trabalho (AMORIM, 2009, p. 89-90).

Data venia, raros não são os casos em que a dignidade no ambiente do trabalho é ferida. Isto ocorre, por exemplo, "quando a pessoa é humilhada, discriminada, perseguida ou desprezada" (LEDUR, 1998, p. 97). Tais situações configuram o chamado assédio moral.

O assédio moral trata-se de uma coação moral, ou até mesmo física que ocorre no ambiente do trabalho. Desta forma, resta demonstrado que tal prática expõe o trabalhador a situações em que tem seus direitos suprimidos, colocando em

ISBN 978-85-62288-05-0

xeque o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, violando consequentemente a Constituição Federal. Na sequência será abordado este assunto, a fim de demonstrar que a constância de agressões psicológicas afeta sobremaneira a dignidade do trabalhador, implicando em severas consequências para a vida de suas vítimas.

3. ASSÉDIO MORAL COMO FORMA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Conceito

O assédio moral configura-se como meio de pressão psicológica, praticada de forma reiterada e com objetivo de excluir suas vítimas. Não se trata de fenômeno recente, sendo verificado nas relações de trabalho desde os primórdios das relações profissionais.

Ocorre que, com o desenvolvimento o fenômeno tornou-se frequente, sendo constatada sua ocorrência nas sociedades modernas e capitalistas, ou seja, da globalização. “O assédio moral é pertinente aos padrões morais da cultura e aos valores sociais do contexto. Ocorre em ambientes sociais de algum modo permissíveis” (TROMBETA e ZANELLI, 2010, p. 28).

O processo do também chamado terror psicológico desenvolve-se gradativamente, sendo influenciado por diversos fatores, em caráter individual, do grupo e da sociedade em que ocorre referido fenômeno, podendo ser definido, conforme doutrina Cataldi (2002, p. 84), como a exposição de trabalhadores a situações de humilhação e constrangimento, de forma reiterada durante a jornada de trabalho e em razão do exercício da função, as quais atuam de forma desumana, emanadas de condutas de superior hierárquico ou não, desestabilizando a vítima das agressões no ambiente profissional.

Trata-se de algo de difícil definição, dado o caráter não apenas jurídico, mas psicológico também, sendo necessário considerar todos esses elementos para configuração da prática. “Para a identificação precisa do assédio moral nas relações de trabalho é necessária a violação da dignidade do trabalhador por condutas abusivas desenvolvidas dentro do contexto profissional” (FERREIRA, 2010, p. 43). As condutas assediadoras devem ser verificadas durante o exercício do trabalho, de forma a comprometer a qualidade do meio ambiente laboral, não apenas físico, mas também psicológico.

A partir disso infere-se que a forma como se conceitua o assédio moral é diversificada, influenciada diretamente por variantes culturais, de modo a se constatar que não se trata de fenômeno facilmente definido. É pacífico, contudo, que constitui forma de violação de direitos do trabalhador, em especial no que se refere a sua dignidade. Trata-se de um meio de terror psicológico que acarreta

ISBN 978-85-62288-05-0

consequências negativas à saúde física e psicológica das vítimas, sendo de grande probabilidade a existência de reflexos pelo resto de suas vidas.

3.2 Sujeitos e Espécies de Assédio Moral

Outra questão importante a ser analisada na prática de assédio moral é a identificação dos sujeitos envolvidos na conduta, na qual devem estar presentes, necessariamente, agressor e vítima, podendo figurar várias vítimas e vários agressores no mesmo evento.

Nas relações de trabalho tem-se que o empregado, pela própria natureza do vínculo, ocupa a posição de parte mais frágil, vulnerável a agressões no curso do contrato de trabalho (em razão disso há garantias asseguradas pelo ordenamento jurídico, podendo-se mencionar, como exemplo, o princípio da proteção).

Em razão disso, nos casos de assédio moral, é comum a conclusão de que o empregado é a vítima e o empregador, o agressor. Embora muito difundida, não pode ser ela generalizada, uma vez que pode haver inversão dos papeis, figurando o empregador ou superior hierárquico no pólo passivo. Impende, também, mencionar que a prática pode se dar, ainda, entre companheiros de trabalho, sem a existência de relação de hierarquia entre eles.

Para melhor estudar o tema mostra-se pertinente analisar o perfil do agressor e da vítima.

O agressor, aquele que, com o objetivo de humilhar, desestabilizar emocionalmente sua vítima, assume comportamento perverso. Não se pode alegar, contudo, a existência de perfil específico, sendo possível identificar comportamentos distintos entre os próprios agressores. Segundo Ávila (2009, p. 37) a perversidade resulta no emprego de elementos destinados à destruição alheia, sem apresentar o mínimo sentimento de culpa.

As práticas adotadas são diversas, havendo grande leque de possibilidades de condutas. Estudos evidenciam que há maior incidência das seguintes modalidades: impossibilitar adequada comunicação dos companheiros de trabalho com a vítima, ataques a sua reputação, degradação das condições de trabalho e ataques diretos a sua saúde, empregando, inclusive, força física para tal (violência física, verbal e, até mesmo, sexual) (FERREIRA, 2010, p. 67). Assim, o agente seleciona a forma com a qual venha a alcançar seu objetivo perverso e, com isso, afastar a presença daquele objeto de desprezo.

Vítima, por sua vez, é aquele contra quem são praticadas as condutas hostis, não havendo distinção se empregado ou empregador – pode ser qualquer pessoa e não há parâmetros de ordem psicológica para estabelecer se há propensão ou não para se tornar vítima de assédio moral. É exposta a toda sorte de condutas tendentes a desestabilização emocional e exclusão profissional, que

ISBN 978-85-62288-05-0

consiste, como já mencionado, o objetivo do agressor. Não há um perfil definido para que a pessoa venha a se tornar vítima de assédio moral.

O agressor, então, dá início a atos tendentes a fragilizar a outra parte e, a partir de sentimentos de vergonha e humilhação disso decorrentes, busca excluí-la da organização profissional e, assim, afastar o suposto perigo. As consequências da hostilidade ficam latentes, o que é evidenciado pela doutrina: "O medo provoca no assediado comportamentos patológicos, que servirão como álibi para justificar retroativamente a agressão. O assediado reage, na maior parte das vezes, de maneira confusa" (TROMBETA e ZANELLI, 2010, p. 36).

Pode-se afirmar, ainda, que referido fenômeno só se opera em ambientes permissíveis ou nos quais se encontrem condições suficientes para que a violência psicológica se concretize, favorecendo ou dificultando interações – sociais e profissionais – entre aqueles que trabalham na organização.

Outro ponto a ser abordado diz respeito às espécies de assédio moral que podem ocorrer, consistindo em três formas possíveis, nas modalidades vertical – descendente e ascendente – e horizontal.

Vertical descendente é aquela de maior ocorrência. Trata-se de agressões proferidas pelo superior hierárquico contra o subordinado. Nesse caso, além de outras consequências como, por exemplo, a obrigação de indenizar o dano causado, resta configurada quebra das obrigações contratuais por parte do empregador, legitimando a rescisão indireta do contrato de trabalho, com fulcro no art. 483 da CLT.

Vertical ascendente, por sua vez, é configurado pela prática de condutas agressivas e humilhantes contra superior hierárquico, tendo como agente um ou mais subordinados. Sua ocorrência é rara, não sendo identificada facilmente. Configura-se, na maioria dos casos, na hipótese de um grupo opressor atuar contra uma só pessoa, levando à conclusão de que aquele que lidera tem interesse em assumir seu lugar na empresa (COSTA, 2005, p. 286). Insta destacar que a prática configura falta grave, nos termos do art. 482 da CLT, autorizando justa causa para rescisão do contrato de trabalho do agressor.

A última espécie prevista é o assédio moral horizontal, configurado quando os conflitos se dão entre trabalhadores de mesma hierarquia, entre os pares, sem envolver chefias e subordinados. De acordo com o esposado por Costa (2005, p. 285) tem sua ocorrência quando há relação de medo, hostilidade, entre os próprios companheiros de trabalho, sendo as condutas violentas praticadas por subordinado contra aqueles rotulados como improdutivos. Também pode ser deflagrada a partir do anseio de competição entre trabalhadores a fim de se definir quem terá ascensão profissional na organização.

ISBN 978-85-62288-05-0

Como conseqüência, ao agressor (ou agressores, uma vez que pode haver pluralidade de agentes) há a obrigação de reparar o dano causado, o que se implementará por meio de indenização a ser estabelecida, sem prejuízo da aplicação do art. 482 da CLT, culminando na rescisão do contrato de trabalho por justa causa, com fulcro nos incisos *b* (incontinência de conduta e mau procedimento) e *j* (ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem). Haverá responsabilização, ainda, para a empresa, uma vez que ao empregador é imputada responsabilidade civil objetiva.

Com base no exposto verifica-se que a prática de assédio moral pode ocorrer em formas variadas, sendo de significativa importância a correta identificação da espécie verificada no caso concreto para, a partir disso, serem tomadas as medidas cabíveis e aplicada a devida punição aos agentes das hostilidades e reparadas as lesões causadas aos agredidos.

3.3. Elementos e Caracterização

O assédio moral, conforme explanado anteriormente, consiste na prática de atos hostis tendentes a humilhar, desestabilizar o profissional em seu ambiente de trabalho para, de alguma maneira perversa, excluí-lo da organização. É característica marcante o objetivo de desestabilizar a vítima e, com isso, torná-la vulnerável, atingindo a dignidade do ser humano.

O tema em análise, para que possa se consumar, deve observar a presença de alguns requisitos: natureza psicológica, condutas abusivas, intencionalidade do agente, finalidade de exclusão. A isso se soma a necessidade de repetição das condutas tidas como atos de violência psicológica.

Natureza psicológica dos ataques direcionados à vítima devem objetivar atingir seu estado emocional e, com isso, desestabilizá-la. Esse elemento é identificado nas atitudes do agressor, sendo tipicamente configurada pelo intuito de excluir o trabalhador e, com isso, chegar ao desligamento deste da organização.

Às vítimas resta o sentimento de vergonha, humilhação, culpa. De acordo com Garcia e Tolfo (2011, p. 66) “abordar os sentimentos de culpa e vergonha relacionados a ocorrências de assédio moral implica em pensar nos danos psíquicos que podem resultar aos trabalhadores”.

Reiteração de condutas, como sugere o próprio nome, consiste no elemento da repetição. Não basta a ocorrência de um fato isolado para que haja um quadro de assédio moral. Cabe destacar que, para a configuração da conduta assediadora devem tais elementos estar presentes.

Com isso pode-se concluir que para a configuração do assédio moral faz-se necessária a presença de violência psicológica. Também são imprescindíveis a

ISBN 978-85-62288-05-0

abusividade das condutas, a intenção do agente de agredir sua vítima e a clara finalidade de excluí-la do ambiente laboral.

Condutas abusivas são aquelas capazes de ensejar os danos psicológicos, dado seu potencial para atingir a dignidade, a integridade física ou psíquica da vítima (ÁVILA, 2009, p. 61). Sua exteriorização se dá, frequentemente, por meio de atitudes, gestos, expressões ofensivas, enfim, por meio de atos hostis e que afetam, diretamente, as estruturas emocionais dos trabalhadores vitimados.

Intencionalidade do agente, por sua vez, é a vontade livre e consciente de humilhar, excluir, atingir diretamente a vítima. É através do requisito ligado à vontade do agente que se poderá atestar a ocorrência de assédio moral ou não. Está presente em todo o processo de aplicação da violência.

Finalidade de exclusão, conforme visto em outras passagens é elemento indispensável para configurar quadro de assédio moral. O agente agressor deve objetivar excluir o assediado, desestabilizá-lo e, sistematicamente, adotar posturas tendentes a não mais tê-lo presente na equipe profissional da organização. Guarda forte ligação com o requisito da intenção de assediar a vítima. Tem-se que “atos que tenham por finalidade a exclusão do indivíduo do ambiente de trabalho são atos discriminatórios, violadores, portanto, de direitos de personalidade da vítima” (ÁVILA, 2009, p. 69).

Vistos os elementos necessários à concretização do assédio moral infere-se que, ausente algum deles, não haverá a devida configuração, decorrendo efeitos jurídicos diversos.

O assunto em tela, dada a ausência de regulamentação legal específica (até o presente momento) deixa aberta a possibilidade de, equivocadamente, definir-se como tal uma conduta que não o configura, dado o aspecto subjetivo envolvido.

O exercício profissional, de uma forma geral, dá margem à ocorrência de conflitos pontuais, porém de gravidade insuficiente para configurarem assédio moral. Como dito anteriormente, são necessários diversos elementos para que a conduta seja concretizada. Nesse sentido podem ser mencionados o estresse, más condições de trabalhão e conflitos pontuais.

Vê-se, com isso, que, embora muito comum a prática de assédio moral nas organizações, nem todas as condutas configuram-no, motivo pelo qual devem ser observados os requisitos necessários para enquadrar-se como tal o caso concreto.

Outro ponto relevante diz respeito à execução dos atos perversos, os quais são praticados de forma gradual, sendo estabelecida sequência que, em regra, é seguida para a consecução do objetivo do agente. Nesse sentido as fases nas quais se desenvolvem as condutas são frequentes nos ambientes laborais permissíveis.

Aqui ocorrem, basicamente, cinco fases sucessivas, conforme expõe Ávila (2009, p. 32-33): A primeira configura-se no momento em que têm início as práticas

ISBN 978-85-62288-05-0

perversas, sendo possível confundi-la com conflitos pontuais, isolados. Na segunda evidenciam-se as agressões, delineando-se o intuito de exclusão da vítima, através da repetição de condutas por longo lapso temporal. Isso faz com que esta se apresente fragilizada perante toda a equipe, nitidamente excluída do grupo.

A terceira fase, por sua vez, é aquela na qual as condutas hostis vêm a conhecimento de todos, em especial por aqueles responsáveis por gerenciar o estabelecimento, os quais se tornam, de alguma forma, coniventes com a situação em andamento. Segundo Villela (2010, p. 870), "exterioriza-se através de atos intimidatórios ou insultuosos que visam provocar, na vítima, medos ou humilhações capazes de minar sua confiança e isolá-la do meio de trabalho".

A quarta fase configura-se quando a vítima, fragilizada, procura atendimento, apoio especializado a fim de tratar os problemas de saúde decorrentes da situação vivenciada no ambiente de trabalho. Na quinta e última fase consolida-se a exclusão da vida laboral, seja pelo desligamento voluntário por parte do ofendido, seja pela demissão por iniciativa do empregador (ÁVILA, 2009, p. 33).

Durante esse processo desenvolvem-se diversificadas ocorrências de cunho excludente, almejando o resultado final consistente no desligamento do assediado daquele estabelecimento profissional.

3.4. Consequências

As práticas assediadoras, conforme abordado ao longo do presente estudo, acarretam resultados diversos, comprometendo a qualidade do ambiente de trabalho e a realização das atividades desenvolvidas pela organização. Dessa forma, as consequências serão percebidas no ambiente de trabalho, na empresa e, de forma mais intensa, naqueles diretamente lesados pelas condutas aviltantes.

Pode-se dizer, com isso, que haverá reflexos negativos decorrentes das práticas assediadoras, comprometendo as condições de trabalho em ambiente saudável e harmonioso, para a vítima, de forma direta, e para os demais integrantes da equipe, indiretamente.

O ordenamento jurídico prevê garantias ao ambiente de trabalho, sendo estas, em especial, as contidas no art. 225 e no art. 7º, XXII, CF, constituindo obrigação do empregador a manutenção de ambiente sadio para o exercício das atividades profissionais.

São verificadas, na grande maioria dos casos, problemas de saúde (para a vítima) e de ordem econômica não só para o agredido, mas também, para o empregador (que pode não ser diretamente o agressor). É frequente que o sujeito assediado desenvolva problemas de saúde, podendo apresentar diversas naturezas. Nesse sentido Cataldi (2002, p. 87) elenca algumas das patologias mais frequentes: "Passam a conviver com depressão, palpitações, tremores, distúrbios do sono,

ISBN 978-85-62288-05-0

hipertensão, distúrbios digestivos, dores generalizadas, alterações da libido e pensamentos ou tentativas de suicídios que configuram um cotidiano sofrido".

Impende destacar, ainda, que a doença decorrente da prática de assédio moral é enquadrada como acidente de trabalho, sendo aplicáveis as normas pertinentes.

Acidente de trabalho é conceituado, atualmente, como aquele que ocorre no exercício de atividade laborativa a serviço da empresa ou em razão dessa, causando lesão corporal ou perturbação funcional, disso decorrendo a morte ou redução da capacidade profissional do trabalhador – permanente ou temporária – conforme dispõe o art. 7º da Lei n° 8.213/91. A situação configurada é, em síntese, de doença do trabalho, a qual "não está vinculada necessariamente a esta ou àquela profissão. Seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho (OLIVEIRA, 2005, p. 42).

Para que a doença apresentada seja enquadrada como profissional (e, por via de consequência, equiparada a acidente de trabalho, nos termos do da Lei 8.213/91) devem ser decorrentes de agentes causadores de transtornos mentais e do comportamento relacionados ao trabalho. Dessa forma, se apresentada patologia prevista no Anexo II, Lista B do Decreto n° 3.048/99 restará configurada doença profissional e disso decorrerão as devidas consequências jurídicas como, por exemplo, a garantia no emprego por um ano após o retorno às atividades laborativas.

Existindo quadro de assédio moral, em regra, o desfecho deste será o desligamento do empregado (por iniciativa própria ou demitido pelo empregador), tendo que buscar uma nova ocupação profissional.

Há reflexos, ainda, na produtividade do estabelecimento, uma vez que o trabalhador pode estar fisicamente presente, mas o rendimento de suas atividades está reduzido; também há de se mencionar que, em virtude dos problemas de saúde decorrentes, o assediado pode vir a se ausentar do trabalho mediante licença médica. É o que destaca Ferreira (2010, p. 73-74), ao apontar os fenômenos presenteísmo (estar fisicamente presente, sem contudo, apresentar a esperada produção) e absenteísmo (ausência ao trabalho, motivada para tratamento médico ou afastamento previdenciário, em geral auxílio doença).

Observa-se, com isso, que além de prejuízos àqueles que sofrem com as condutas hostis perpetradas há reflexos, também, à produtividade da empresa e, consequentemente, em suas finanças. "Traz sérios prejuízos ao próprio empreendimento, na forma de longas ausências decorrentes de afastamentos e pagamento de indenizações a título de danos morais e materiais [...]" (VILLELA, 2010, p. 87-880).

ISBN 978-85-62288-05-0

Outra consequência da prática em comento são os danos decorrentes da violência sofrida, os quais podem ser físicos, emocionais e, em muitos casos, financeiros. Amparados pelo ordenamento jurídico, deve haver indenização dos danos, uma vez que dentre as principais consequências jurídicas do assédio moral está o dano moral, dele decorrendo o dever de indenizar a vítima pelos ataques sofridos.

Não se trata de lesão de cunho material, não acarretando, em virtude disso, prejuízos patrimoniais. Há, em verdade, violação na esfera emocional, personalíssima do ofendido. Configura-se, assim, nítido desrespeito ao disposto no art. 5º, CF.

A partir do dano nasce a denominada responsabilidade civil, encontrando sua origem no desrespeito de direitos particulares, previstos em norma pré-existente. Nesse caso, o infrator deverá, através de compensação pecuniária, reparar o dano sofrido pelo agredido, a qual é denominada indenização (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 51).

É pacífico que nas relações de trabalho há responsabilidade objetiva do empregador, o qual responde por seus atos ou de seus empregados a outro trabalhador. Esse é o entendimento apresentado pela doutrina, em especial pelo exposto por Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 280) sobre o tema: “E essa responsabilidade é objetiva , independentemente de quem seja o sujeito vitimado pela conduta do empregado, pouco importando que seja um outro empregado ou um terceiro ao ambiente laboral (fornecedor, cliente, transeunte etc)”.

A partir do dano nasce a denominada responsabilidade civil, encontrando sua origem no desrespeito de direitos particulares, previstos em norma pré-existente. Nesse caso, o infrator deverá, através de compensação pecuniária, reparar o dano sofrido pelo agredido, a qual é denominada indenização (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 51).

Esta, por sua vez, não significa reduzir o dano sofrido a uma reparação financeira, mas sim de viabilizar o desenvolvimento de novas atividades a fim de afastar recordações dolorosas e que ajudem na recuperação emocional do indivíduo (OLIVEIRA, 2005, p. 118).

É de se anotar, ainda, que a condenação em danos morais apresenta caráter pedagógico, ao passo que evidencia punição àquele que transgride as normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho. Tem-se, com isso, no caso específico do assédio moral, que, como uma de suas consequências, dá origem a danos morais contra o trabalhador discriminado, gerando o dever de indenizá-lo por parte do empregador.

Não se pode deixar de analisar, ainda, a ocorrência de danos ao empregado no exercício de suas atividades profissionais. Se forem causados por outro

ISBN 978-85-62288-05-0

empregado haverá responsabilidade objetiva do empregador, em consonância com o exposto anteriormente.

Em caso de acidente de trabalho pode restar configurada, também, a responsabilização do empregador, partindo-se, para se chegar a tal conclusão, da definição de acidente de trabalho constante no art. 19 da Lei n° 8.213/91, bem como na previsão de direito a indenização pelo art. 7º, XXVIII, CF, para o qual deve haver demonstração de dolo ou culpa. Tem-se, a partir do conteúdo normativo, que, em regra, a responsabilidade do empregador pelo acidente de trabalho é subjetiva.

Vê-se, pelo exposto, que, de forma geral, o empregador responderá objetivamente por danos causados a seus empregados, mas, em se tratando de acidente de trabalho, será ela subjetiva, havendo necessidade de demonstrar a ocorrência de dolo ou culpa do agente.

Dessume-se, a partir do exposto, que do assédio moral decorrem consequências para o trabalhador vitimado, que tem atingida sua dignidade, sua saúde e, em grande escala, tem questionada sua capacidade profissional.

Os prejuízos decorrentes, contudo, não ficam restritos à vítima. São percebidos, também, pela empresa, uma vez que a queda na produtividade do empregado atingido é reduzida (dentre os motivos estão a desmotivação profissional, problemas de saúde e afastamentos por licença médica, exemplificativamente). Ocorre, ainda, impacto financeiro pelos motivos acima elencados.

3.5. Provas da Ocorrência de Assédio Moral

O assédio moral, para ser reconhecido juridicamente, deve ser provado, mediante demonstração da ocorrência dos elementos necessários a sua existência. A vítima, nesse sentido, deve levar a juízo elementos suficientes à configuração da conduta e dos danos sofridos.

Impende destacar que, de acordo com o disposto no art. 818, CLT cabe à parte que fizer as alegações prová-las. Subsidiariamente, aplica-se o disposto no art. 333, CPC, segundo o qual ao autor cabe provar fato constitutivo de seu direito e ao réu, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pela parte contrária.

Pode-se dizer, então, que a responsabilidade de provar o alegado cabe a quem fizer a indicação. Conforme entendimento doutrinário, referido ônus da prova “é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação” (DIDIER JUNIOR, 2008, p. 72), motivo pelo qual devem ser apresentados pelo interessado elementos suficientes à formação motivada do convencimento do magistrado.

ISBN 978-85-62288-05-0

3.6. Previsão Constitucional e Infraconstitucional acerca do Tema

O assédio moral é instituto que ainda não possui regulamentação específica em legislação federal. Não se pode, contudo, afirmar que não há instrumentos normativos hábeis a coibir as práticas de violência emocional perpetradas na execução da relação de trabalho. Nesse sentido imperioso analisar as disposições constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à matéria em comento.

Em âmbito constitucional há expressa previsão acerca das garantias da dignidade humana, alçada a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), tópico já estudado na parte introdutória do presente trabalho, dispensando aprofundamentos sobre o tema.

Também são previstas garantias na seara dos direitos sociais, consagrados, em especial, no art. 7º do texto constitucional e em disposições concernentes à ordem econômica e financeira, de acordo com o art. 170, segundo o qual esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Outra previsão constitucional aplicável ao instituto do assédio moral é a garantia de trabalho em ambiente saudável e livre de agentes prejudiciais ao trabalhador. Tem-se que o art. 225, relativo ao direito a meio ambiente saudável, é perfeitamente aplicável ao direito do trabalho, segundo doutrina Ávila (2009, p. 81), ao afirmar que "constitui dever do empregador prover a seus empregados um ambiente de trabalho sadio, com condições físicas e psicológicas ideais para o desenvolvimento das atividades laborais, com amparo no preceito constitucional do art. 225, *caput"*.

Com base no exposto, conclui-se que as normas constitucionais mencionadas são meios assecuratórios da efetividade do princípio da dignidade humana, garantia esta indispensável a uma sociedade justa e igualitária.

A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, não aborda, de forma direta, o assunto em tela. Contudo, não pode ser alegada sua inaplicabilidade, uma vez que, dentre suas disposições, encontram-se normas passíveis de incidência em casos de assédio moral.

Nesse sentido mostra-se aplicável o art. 483 da CLT, o qual dispõe sobre a rescisão indireta do contrato de trabalho, apresentando rol das hipóteses em que esta se torna possível. Aplicado aos casos de assédio moral, mostra-se cabível a incidência do dispositivo. Assim doutrina Villela (2010, p. 88), para quem as práticas agressivas podem autorizar a rescisão indireta do contrato de trabalho, com fulcro no dispositivo mencionado, consistente em resolução unilateral por culpa do empregador.

Constatada a prática de assédio moral, deve-se apurar as condições de sua ocorrência e se as condutas enquadram-se nas alíneas *a, b, d, e* e *g* do dispositivo mencionado.

ISBN 978-85-62288-05-0

Pode ocorrer, ainda, que as condutas assediadoras sejam praticadas, como visto anteriormente, entre companheiros de trabalho, independentemente de relação hierárquica entre estes.

Observada tal postura, legitima-se a aplicação do art. 482 da CLT, que apresenta as hipóteses nas quais o contrato de trabalho pode ser rescindido por justa causa, ou seja, quando o empregado comete falta grave, aquela que impossibilite a manutenção do vínculo laboral. "Justa causa é a forma de dispensa decorrente de ato grave praticado pelo empregado, implicando a cessação do contrato de trabalho por motivo devidamente evidenciado, de acordo com as hipóteses previstas na lei" (MARTINS, 2009, p. 357).

Incide em referida situação, especialmente, a conduta descrita nas alíneas *b* (mau procedimento, que consiste em conduta irregular, um procedimento incorreto, incompatível com a postura esperada pela sociedade) (MARTINS, 2009, p. 362-363) e *j* (atentar contra a honra ou boa fama ou, ainda, ofensas físicas de outrem no exercício de suas atividades laborativas).

Demonstra-se, a partir disso, que, na ocorrência de assédio moral por parte do empregado (nas modalidades vertical ascendente e horizontal), por aplicação da CLT, tem-se a configuração de justa causa, legitimando o encerramento do vínculo e as demais consequências disso decorrentes.

Infere-se, a partir do exposto, que a CLT, embora ainda sem contemplar expressamente o assédio moral, tema recorrente na atualidade, é aplicável quando de sua ocorrência, de forma a assegurar ao empregado lesado, no mínimo, os direitos decorrentes do encerramento da relação profissional em razão de culpa do empregador.

Diante da ausência de normatização própria, além da Constituição Federal e da CLT, pode ser aplicada a Lei n° 9.029/95 aos casos de assédio moral, a qual proíbe a exigência de atestado de gravidez e de outras práticas discriminatórias nas relações de trabalho (seja na fase admissional ou mesmo para a manutenção do vínculo).

Referida norma prevê que, havendo dispensa discriminatória, será originado direito a reintegração ou indenização ao empregado dispensado. Olmos (2008, p. 440), sobre o assunto, diz que "além das disposições constitucionais que asseguram a proteção contra a discriminação, todas as suas formas estão, de maneira geral, combatidas pela Lei 9.029/95". Observa-se, com isso, que, da mesma forma que aplicável o art. 483 da CLT aos casos de assédio moral, ainda que não seja previsto expressamente, o mesmo se dá com a Lei n° 9.029/95, especialmente seu art. 4º (FERREIRA, 2010, p. 111).

No que diz respeito a legislações estaduais e municipais há normas específicas sobre o assunto, normatizando-o quanto à ocorrência em âmbito da

ISBN 978-85-62288-05-0

administração pública. Nesse sentido há regulamentação nos municípios de São Paulo, Porto Alegre, Americana, dentre outros (2012, online). Nos Estados, por sua vez, o assédio moral recebe especial atenção e disciplina no Rio de Janeiro, Rio grande do Sul e Mato Grosso, por exemplo (2012, online).

Por fim, o assédio moral, embora constitua conduta de violência psicológica, não apresenta regulamentação pelo direito penal, não sendo possível a responsabilização do autor na esfera criminal.

CONCLUSÃO

Em breve análise buscou-se abordar o tema assédio moral, conferindo-se especial enfoque a sua abordagem à luz do direito constitucional e as garantias previstas aos trabalhadores, de forma a coibir práticas que atentem contra o direito ao trabalho e, em especial, ao respeito à dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CF).

Pelo exposto tem-se que o emprego de métodos repressivos à prática do assédio moral são importantes, motivo pelo qual a atual evolução legislativa sobre o assunto mostra-se de assaz importância à efetividade dos direitos dos trabalhadores.

Muito importante, também, a adoção de postura preventiva, a fim de que não sejam praticadas condutas agressivas em âmbito laboral.

Com isso almeja-se o respeito aos direitos dos trabalhadores, independentemente de seu grau hierárquico na organização profissional, tornando efetivas as disposições constitucionais (e infraconstitucionais) que asseguram o exercício profissional em condições dignas, nisso incluídos o bem estar dos trabalhadores, condições ambientais do trabalho, bem como o respeito mútuo esperado na convivência social.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ivam Gerage. *Cidadania e direito ao trabalho.* Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32789/public/32789-40560-1-PB.pdf> Acesso em: 03 ago. 2012.

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. *As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais:* eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. *Constituição* (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Presidência da República, Brasília/DF. Disponível em:

ISBN 978-85-62288-05-0

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso em: 07 ago. 2012.

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

CATALDI, Maria José. *O stress no ambiente de trabalho.* São Paulo: LTr, 2002.

COSTA, Fábio Natali. *O assédio moral nas relações empregatícias.* Revista do Ministério Público do Trabalho na Paraíba. João Pessoa, nº 1, fevereiro/2005

COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade humana e pessoa com deficiência:* aspectos legais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie, et. al. *Curso de direito processual civil:* direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: *Jus*PODIVM, 2008.

FACHIN, Zulmar. *Teoria geral do direito constitucional.* 2.ed. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho.* Campinas: Russell editores, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curdo de direito civil:* responsabilidade civil. Vol. III, 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, Ivonete Steinbach. TOLFO, Suzana da Rosa. *Assédio moral no trabalho:* culpa e vergonha pela humilhação social. Curitiba: Juruá, 2011.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade humana:* princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2009.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho.* 25ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito.* 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.* São Paulo: LTr, 2005.

OLMOS, Cristina Paranhos. *Discriminação na relação de emprego e proteção contra dispensa discriminatória.* São Paulo: LTr, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 33.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ISBN 978-85-62288-05-0

TROMBETA, Taisa. ZANELLI, José Carlos. *Características do assédio moral.* Curitiba: Juruá, 2010.

VILLELA, Fábio Goulart. *O princípio constitucional da pessoa humana no direito do trabalho.* Revista LTr legislação do Trabalho. N° 74. São Paulo: LTr, 2010.

ISBN 978-85-62288-05-0

OS DIREITOS HUMANOS E SEUS DESDOBRAMENTOS NO PANORAMA INTERNACIONAL MULTICULTURAL

Amanda Juncal PRUDENTE[13]
Mariana Tavares PEDI[14]

RESUMO

O presente trabalho busca traçar o sutil liame existente entre os conceitos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, bem como delimitar suas respectivas abrangências, dando ênfase nas características de documentos internacionais que já foram criados no sentido de universalizar tais direitos. Para que este ideal se concretizasse, nos embasamos em teorias que tratam do tema e na evolução histórica dos mesmos. Ainda na tentativa de demonstrar as aplicações práticas dos diversos direitos tutelados, salientamos alguns exemplos e seus desdobramentos em vários países cultural e economicamente distintos. Dessa maneira, enaltecemos o direito à vida, considerado, talvez, o bem jurídico mais importante na esfera dos diplomas positivados, deixando explicito o tratamento diferenciado dado aos seus desdobramentos em questões polêmicas como o aborto e a pena de morte.

ABSTRACT

The present work seek to trace the subtle link between the concepts of Human Rights and Fundamental Rights, as well as determine the extent of their respective ranges, giving emphasis on the features of international documents that had already been created in the sense of universalizate some rights. In order to materialize such idea, we based ourselves in theorys which treat the subject and on the historical evolution of these them. Still trying to demonstrate the practical applications of the several rights protected, we highlighted some examples and their consequences in many culturally and economically distinct countries. This way, we laud the right to life, considered, perhaps, the most important legal treasure in the sphere of positivized diplomas, expliciting the differential treatment given to its development into controversial issues like abortion and death penalty.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Países cultural e economicamente distintos. Direito à vida.

---

[13] Aluna de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq.
[14] Aluna de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ISBN 978-85-62288-05-0

KEY WORDS: Human Rights. Culturally and economically distinct countries. Right to life.

INTRODUÇÃO

Sempre quando o tema Direitos Humanos é abordado, paira a dúvida: o que o mundo tem feito para que as garantias mínimas de existência humana sejam efetivadas de forma justa e igualitária a todos? Por que se cria tanta polêmica em torno de algo que é de interesse do homem em si, de forma indiscriminada?

Para responder essas e outras questões é que o presente trabalho se mostra, no sentido de esclarecer porque os atuais documentos globais que se positivaram na tentativa de se estabelecer uma Lei Maior a toda população mundial estão falhando. Trazemos também o choque cultural que têm causado, mediante a imposição de direitos que estão intrinsecamente ligados às características típicas dos países em que foram criados. A problemática está no fato de que tais documentos não definem de maneira exata a abrangência dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, trazendo à tona a positivação de garantias e obrigações que entram em conflito ao depararem-se com culturas distintas. Mediante isso, consta, aqui, a conceituação, a caracterização de determinadas correntes, bem como a evolução histórica desses direitos, a fim de diferenciá-los, deixando claro que talvez a única possibilidade de se estabelecer um único documento a um mundo constituído de povos tão distintos é a positivação universal de Direitos Humanos, ou seja, aqueles que estão intimamente conectados ao homem, despido de qualquer carga cultural e sócio econômica que o possa envolver, bem como o respeito ao multiculturalismo e a diversidade, garantindo o mínimo de liberdade aos povos dentro do que se considera razoável.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 CONCEITO

Há a possibilidade de aproximação ou de diferenciação entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. A aproximação de tais conceitos ocorre no seio da perspectiva constitucionalista, que prega serem os direitos fundamentais os direitos humanos positivados nas constituições de cada Estado, em determinado momento histórico. Percebe-se que a diferença, neste caso, das terminologias é apenas de status, tendo a mesma significação prática. Já a diferenciação, fundamenta-se na perspectiva universalista. Através dela, os direitos humanos são encarados como inerentes à todas as pessoas em qualquer espaço, encontrados em tratados, pactos e convenções. É importante salientar, nesta teoria, que universais, ou seja, abrangente a todos, são os direitos humanos; a terminologia ‘direitos fundamentais’ traz consigo uma grande diferença quanto ao conteúdo, pois engloba

ISBN 978-85-62288-05-0

além dos direitos humanos, as características fundamentais típicas de cada cultura, de acordo com suas crenças e tradições. Isto funciona como uma espécie de "teoria dos círculos concêntricos", onde o posicionamento do circulo dos direitos humanos é inscrito no dos direitos fundamentais: tudo que é humano, é fundamental; mas nem tudo que é considerado fundamental é humano, pois está intrinsecamente ligado à cultura de cada região.

Conclui-se, com a idéia de Faustino da Rosa Júnior, que quando didaticamente abordados, os direitos humanos atuam no âmbito do direito internacional, enquanto os fundamentais são consagrados pelo direito constitucional no âmbito do direito interno. (2011, online).

1.2 EVOLUÇÃO

Depois de analisadas as terminologias, para a melhor compreensão dos direitos fundamentais, observa-se que eles correspondem à positivação da liberdade, valor intrínseco à condição humana. Também são anteriores à constituição, sendo inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e intributáveis. São negativos, porque o Estado não pode criar qualquer constrangimento ao individuo, quanto ao seu poder de auto-determinação, liberdade de ação ou de omissão. Postulam garantias institucionais e processuais. Independem de complementação legislativa, tendo eficácia imediata. Abrangem as condições mínimas de existência humana.

Há quem defenda que os direitos fundamentais tenham eficácia que valem para todos; são universais. Entretanto, reafirmamos que tais características estão intimamente ligadas aos direitos humanos, pois são estes que correspondem à totalidade dos homens.

Em se tratando do contexto histórico, atenta-se para o fato de que os direitos fundamentais, assim como os humanos, sempre existiram, sendo delineados de acordo com o espaço-tempo em que se inseriam. Há de se constatar, contudo, a existência de alguns documentos históricos que marcam a sua positivação. São eles: a Declaração de Independência dos EUA (1776), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa e a Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas (1948).

A idéia que une esses três documentos é a de que as diferenças sócio-econômicas, culturais, biológicas devem ser consideradas, mas apesar disso devemos encontrar um ponto supremamente importante que una todos os homens, porque são exatamente esses ideais que consagram os direitos humanos.

ISBN 978-85-62288-05-0

1.3 DIMENSÕES DE DIREITOS

Ainda tratando da evolução dos Direitos Fundamentais e analisando os eventos históricos que permitiram o seu surgimento e positivação através dos documentos supracitados, é possível classificá-los no que se chama de Dimensões de Direitos.

Atenta-se inicialmente para a diferenciação entre as terminologias "dimensão" e "geração", que vem sendo utilizadas por alguns doutrinadores no discorrer dos seus postulados sobre o tema. A última sugere, erroneamente, que haveria a substituição dos direitos à medida temporal que surgissem. É certo que os direitos existentes estão em constante evolução, outrossim, é também certo que os novos direitos não tem o condão de suprimir os antigos. Assim, diz-se que a primeira é mais adequada, pois deixa clara a ideia de que tais direitos coexistem harmoniosamente, somando-se e dando origem a um rol mais vasto dos mesmos. Segundo Paulo Bonavides, "o vocábulo 'dimensão' substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo 'geração', caso este ultimo venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade" (1999, p.525).

No tocante aos direitos de primeira dimensão, também chamados de direitos de defesa, observam-se aqueles que reconhecem determinadas liberdades para os membros da sociedade. Têm como escopo a limitação do poder estatal, exigindo não uma ação, mas antes uma omissão, verdadeira prestação negativa do Estado. São frutos do que, na história da democracia mundial, ficou conhecido como "movimento constitucionalista". Caracterizam-se pela subjetividade (faltam-lhes uma dimensão prática que permita a máxima concretização de seus objetivos) e estão previstos nos artigos 5º, 12 à 17 da Constituição brasileira de 1988. Entre eles estão, resumidamente, os direitos relacionados à liberdade de expressão, juntamente com o de imprensa, bem como àqueles que dizem respeito ao individuo, como direito à vida, a honra e a igualdade.

Já os de segunda dimensão se inserem em um contexto em que os direitos de defesa supramencionados se tornaram insuficientes para garantir a execução eficaz dos efeitos almejados pelos Direitos Fundamentais, sendo necessária a criação de meios para o seu funcionamento. Estão vinculados ao principio da igualdade. Segundo nos ensina Zulmar Fachin, "Se os direitos de primeira dimensão impõem a abstenção do Estado, os de segunda exigem que o Estado atue positivamente para efetivá-los". Essa atuação pode se dar de forma direta ou com o estimulo a participação de outras instituições. Nesse quadro estão os direitos sociais, econômicos e culturais que surgiram no século XX, como o direito à assistência médica, educação e oportunidades de trabalho, criados para garantir o pleno exercício das Liberdades Públicas (direitos de primeira dimensão) e na Constituição, estão previstos nos artigos 6º a 11.

ISBN 978-85-62288-05-0

Em seguida, tem-se os direitos de terceira dimensão, chamados de direitos de solidariedade justamente porque têm como principal característica sua titularidade coletiva, ou seja, tratam-se de garantias pertencentes a um grupo de pessoas indeterminadas, porém determináveis, e assim podem ser exercidas individualmente. Assegurar e concretizar esses direitos significa estendê-los de forma indistinta a diversas pessoas. Estes surgem durante a Segunda Grande Guerra, momento em que se consolidou a ideia de que era necessária a criação de outro grupo de direitos, que pertencessem não apenas ao individuo, mas que se concretizasse de forma transcendental. Nesse rol estão o direito à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, o direito ao patrimônio comum da humanidade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Há quem defenda, ainda, a existência de outras dimensões de direitos, tal como Paulo Bonavides, ao tratar dos direitos de quarta dimensão como sendo aqueles ligados à globalização e à política, como o direito à informação, à democracia e ao pluralismo. Segundo essa analise, a nova dimensão é própria do momento presente, apesar de ter se concretizado com o inicio da Nova Ordem Mundial, no fim da Guerra Fria. A partir de então vários documentos foram editados pela ONU a fim de se garantir maior proteção aos direitos de quarta dimensão. Contudo, uma segunda corrente rebate, defendendo que não se trata de novidade, mas única e exclusivamente de um desdobramento das dimensões pré-existentes. Assim, Vladimir Brega Filho afirma que o direito à democracia estão inseridos no direito à informação e à opinião, já reconhecidos como individuais (2002, p.25).

Faz-se mister ressaltar, enfim, que os Direitos Fundamentais, bem como suas dimensões, evoluem à medida que a humanidade caminha, deixando claro que há a possibilidade de surgimento de tantas dimensões quantas forem necessárias para acompanhar o desenvolvimento humano.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PANORAMAN INTERNACIONAL E A QUESTÃO DO MULTICULTURALISMO

Como foi anteriormente assinalado, alguns documentos marcaram a inserção dos direitos fundamentais no panorama internacional. Há de se atentar, porém, que a Declaração de Independência do EUA (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão propõem ao mundo a idéia de um direito fundamental baseado em suas próprias concepções do que é fundamental. Equivale a isso dizer que esses documentos tentaram impor ao resto do mundo uma posição vista apenas sob a ótica ocidental.

Em um segundo momento, as atrocidades cometidas durante a Segunda Grande Guerra despertaram a atenção do mundo para a necessidade de uma proteção internacional de direitos humanos, haja vista que o reconhecimento dos mesmos em constituições internas não foram suficientes para assegurar a dignidade

ISBN 978-85-62288-05-0

humana e evitar um conflito de tamanha magnitude. Sendo assim, em 1948 proclamou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Segundo Vladimir Brega Filho, "não houve concessão ou reconhecimento de direitos, mas *proclamação* deles, revelando que a sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade" (2002, p.17, grifo do autor). Em outras palavras, os direitos fundamentais preexistem ao ordenamento jurídico, contudo esse documento talvez represente a primeira tentativa de positivá-los e estendê-los a todos. Tentativa essa, falha, pois a Declaração tem valor apenas moral, já que não vincula os Estados a sua observância obrigatória. Não foi criado nenhum órgão responsável pela manutenção de tais direitos ou pela punição em caso de seu descumprimento. Nota-se, também, que os direitos em questão configuram-se como fundamentais, quando na verdade os direitos humanos é que deveriam estar postulados, dado o seu poder de abrangência universal.

Verifica-se, assim, um choque entre essa configuração da Declaração e o multiculturalismo. Como já explanado, os direitos fundamentais trazem consigo a especificidade do contexto geográfico, cultural e sócio-econômico em que se insere. É exatamente nesse ponto em que se encontra o choque: o mundo não se resume a uma única forma de pensar e agir, mas ao contrario disso, reúne uma quantidade expressiva de culturas e crenças.

Basta olhar para o Oriente Médio e perceber o quanto a burca diferencia as muçulmanas das nossas mulheres, ou então que semelhança pode haver, a ponto de se estabelecer os mesmos direitos fundamentais, entre as crianças da Etiópia e as da Europa? Até mesmo o direito à vida, que é tido como um dos mais básicos e essenciais ao homem, por estar inerentemente ligado à sua natureza, é passível de controvérsias, diante de seus vários desdobramentos e da maneira como são encarados nas diversas nações.

3. DIREITO À VIDA E O SEU VALOR NA SOCIEDADE MODERNA

O caput do Artigo 5º da Constituição brasileira, que prega "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", nos mostra que o direito à vida é o primeiro dos direitos humanos enunciados, sendo colocado em posição prioritária, pois é condição indispensável para a aquisição e exercício de todos os outros direitos, sejam fundamentais, sejam humanos. Esse ponto de vista é mera consequência do fato de ser a vida o bem mais precioso para o homem e assim, somente quem a tem pode exercer todos os demais direitos e deveres.

Dessa forma, vale lembrar que diante da tamanha importância desse bem, cabe ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de permanecer vivo e a segunda de se ter uma vida digna. Acepções essas

ISBN 978-85-62288-05-0

que estão intrinsecamente ligadas a outros valores de igual importância, tal como o direito à liberdade. Assim, ninguém pode ser desprovido da própria vida contra sua vontade, mas não existe um dever absoluto e incondicionado de viver.

Trata-se de um direito de primeira dimensão, ou seja, um direito de defesa, que surge com o escopo de garantir algumas liberdades à sociedade, bem como para limitar o poder do Estado. Não poderia ser diferente, pois se tratando do bem mais valioso para o homem, este não o deixaria a disposição das vontades e caprichos da autoridade estatal, enquadrando-se, assim, logo no primeiro rol de garantias ao homem que surge na evolução histórica. Mostra-se, ainda, como um direito humano, no sentido de que não existe possibilidade de variação do seu grau de importância de acordo com o contexto histórico, geográfico e cultural em que se insere. Pelo contrario, o que se verifica é que, independentemente do país em que for analisado, o direito à vida não se subtrai frente aos choques culturais que existem na sociedade moderna; trata-se de algo universal e que a todos interessa seu resguardo.

Contudo, assim como todos os princípios resguardados pela Constituição, o principio inerente à vida não é absoluto. Nesse sentido, pode-se dizer que a primeira acepção do direito à vida, sendo esta o direito de permanecer vivo, como já foi acima assinalado, é uníssono e parece ecoar com igual valia nas mais diversas povoações deste globo. Quando se trata, porém, da idéia de existência digna, tal direito pode encontrar diferentes interpretações no seio social. De fato, cada nação acredita em algo ser digno de acordo com suas ideologias filosóficas, religiosas, bem como seus níveis econômicos e educacionais e demais fatores que possam relativizar a importância e a própria conceituação como direito humano. Essa relativização parece ocorrer em desdobramentos do direito à vida, que configuram-se como polêmicas discussões a respeito de temas como o aborto e pena de morte. Esses pontos controversos deixam claro o liame sutil que separa a conceituação de vida e de vida digna.

3.1 PENA DE MORTE

Talvez o choque mais atroz entre o direito à vida digna e a sua fundamentalidade ao redor do globo centre-se na polêmica questão da pena de morte. Vale dizer que, se cada nação caracteriza como direito fundamental tudo aquilo que sua cultura julga supremamente importante a ponto de ser assim tutelado, em uma mesma linha de raciocínio, imagina-se que as mesmas nações possam garantir a execução de tais direitos, punindo a violação dos mesmos de diversas formas.

Sendo assim, em alguns países onde sua construção histórico-cultural os permite assim determinar, a violação de alguns bens jurídicos considerados imprescindíveis, é castigada com a pena de morte.

ISBN 978-85-62288-05-0

Observa-se, por exemplo, a história da Arábia Saudita. Nesse país do Oriente Médio, a unificação populacional por meio do elemento religioso precedeu a concretização da própria unidade estatal em 1744. Assim, o Estado Arábico já nasceu hermeticamente ligado à sua identidade religiosa. Nesse país, desde outrora e até os dias hodiernos, não há separação entre religião e política, de modo que as escrituras sagradas islâmicas constituem também os seu balizares legais, sendo a Charia o grande Código de Leis Islâmico, e o Corão e Suna, por conterem a opinião de personalidades religiosas icônicas, as maiores fontes de jurisprudência. Como assinala Ubiracy de Souza Braga, "a charia é, atualmente, a lei religiosa mais utilizada, e um dos três sistemas legais mais comuns do planeta, juntamente com a common law anglo-saxônica e o sistema romano-germânico" (Acesso em 06.08.2012, Disponível em <http://www.oreconcavo.com.br/2011/02/25/a-irmandade-muculmana-historia-ordem-politica/>).

Ora, em um país onde política e religião confundem-se em um verdadeiro estilo de vida, tudo aquilo que aos olhos de Alá (divindade islâmica) é considerado pecado, aos olhos do Estado é, da mesma forma, considerado crime. Assim, em uma tradição religiosa extramente severa, a sodomia, a apostasia, a homossexualidade e o adultério, são, ao lado de outras diversas práticas, punidos com a morte.

Na contramão deste austero exemplo, é possível apontarmos muitos países onde a pena de morte é abolida em todas as suas formas e circunstâncias. Procede-se ao caso da Alemanha, país onde a mancha histórica causada por sua participação na Segunda Grande Guerra acaba por acarretar, na atualidade, uma intensa preocupação com a tutela dos Direitos Humanos. É notoriamente sabido que o maior conflito do século XX foi responsável não somente por uma série de mortes, muitas causadas por sentimentos xenofóbicos nazistas, como também pela destruição de todo o continente europeu, bem como do próprio estado e nação alemãs. A presença da ONU na reconstrução do continente europeu no contexto do pós-guerra configurou-se não somente através de ações afirmativas que levaram a uma reorganização geográfica e populacional, mas também através da promulgação da já citada Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que levou diversos países, entre os quais a Alemanha principalmente, a consternarem-se quanto às atrocidades cometidas na guerra, despertando sua preocupação com os Direitos Humanos, e consequentemente, com a abolição da pena de morte.

No Brasil, nos termos do art. 5°, XLVII, a pena de morte é expressamente banida, sendo apenas permitida em casos de guerra declarada. Nesse sentido, não será admitida lei ou emenda constitucional que tutele a pena de morte em situações diferentes da supracitada, propostas essas que de acordo o art. 60, § 4º, IV feririam os direitos humanos, sob pena de perecerem em inconstitucionalidade. Aqui, evidencia-se a preocupação do diploma constitucional de 1988 com os Direitos

ISBN 978-85-62288-05-0

Humanos, sendo a pena capital permitida somente durante uma situação especialíssima quando a vida de um inimigo poderá ser tirada em benefício da segurança nacional. Dessa forma, durante guerra expressa, entende-se que a segurança de toda a população brasileira poderá prevalecer em detrimento da vida de indivíduo nocivo. Mas ainda assim, o Código Militar trata de explanar as circunstâncias em que a vida de alguém poderá ser tirada, evitando que a pena de morte seja propagada arbitrariamente durante o estado de guerra.

Independentemente das diversas abordagens que esse tipo de penalidade possa receber, analisando-se o globo como um todo, é possível aferir que a maioria dos países optou por não admitir a pena de morte, sendo essa um tendência global. De acordo com a Anistia Internacional, "uma maioria esmagadora de países não usaram a pena de morte em 2011. Apenas 21 de 198 países realizaram execuções – uma queda de mais te um terço em relação à última década"[15] (Acesso em 07.08.2012, Disponível em <http://www.amnesty.org/en/death-penalty/death-sentences-and-executions-in-2011>, tradução nossa). Em um panorama como esse, casos como o da Arábia Saudita são considerados exemplos de desrespeito aos direitos humanos.

Assim, no que toca à questão da pena de morte, pode-se centrar a discussão sobre sua admissibilidade na pergunta: o mesmo Estado que protege a vida como bem jurídico supremo, tem também o poder de tira-la?

De fato, existem argumentos atrativos a favor da pena de morte. Ressalta-se aqui a ideia de supremacia da coletividade. Nesse sentido, determinados crimes hediondos, necessitariam de penalidades à altura, de modo a serem efetivamente coibidos, servindo como um desincentivo à prática de novos delitos, assegurando-se o bem-estar social. Ainda, pode ser argumentado que a sociedade não tem a obrigação de arcar com os custos para se manter um delinquente encarcerado. Por fim, algumas pessoas podem alegar que a pena de morte é uma solução plausível para resolver o problema da superlotação de presídios. Esse último argumento é facilmente refutável pois, em consonância com os direitos humanos, não é justo tirar a vida de alguém, ainda que criminoso, simplesmente para se resolver um problema de desorganização, cuja responsabilidade cabe tão somente ao Estado.

A ideia de que é caro custear um delinquente encarcerado também parece errônea, pois, obviamente existem muitos outros gastos envolvendo a pena capital, dado que as custas com processos, maquinários, carrascos e outros aparatos podem ser tão altas quanto os gastos com o cárcere, e, ainda que sejam menores, não vale à pena compensar essa cifra com a vida de um ser humano.

Se, contudo, a principal finalidade da pena capital for a promoção da segurança coletiva, a ideia de um Estado que pune com a morte é paradoxalmente

[15] "An overwhelming majority of countries did not use the death penalty in 2011. Only 21 out of 198 countries carried out executions – a drop of more than a third over the last decade."

ISBN 978-85-62288-05-0

perigosa, ainda mais considerando-se a possibilidade de um governo tirar a vida, muito erroneamente, de um inocente. Nessa hipótese, o Estado estaria cometendo um erro irreparável, e no que toca aos Direitos Humanos, não pode haver situações de dúvida.

Destaca-se também, que a punição com morte configura-se como verdadeiro sentimento de vingança. Ideal este arcaico, o qual parece ter sido combatido há muitos anos. O próprio ordenamento jurídico brasileiro admite o princípio da vedação do retrocesso no tocante aos Direitos Fundamentais.

Sendo assim, esse entendimento da proibição da pena de morte, sob a justificativa do supremo valor dos direitos humanos tem prevalecido na sociedade atual. Na maioria dos países ocidentais, essa linha de raciocínio tem sido mais facilmente recepcionada. Contudo, em países de tradições político-religiosas mais intensas, como é o caso da citada Arábia Saudita, e também do Irã, e da China, o choque entre a proteção dos Direitos Humanos e a manutenção de suas identidades culturais tem gerado um árduo obstáculo para Tratados e Documentos que visam garantir a execução do direito à vida a nível internacional.

3.2 ABORTO

Tratando do aborto, considera-se como tal o cessar da gravidez pela interrupção da vida intrauterina, que pode se dar de maneira espontânea ou provocada. A polêmica maior sobre o tema gira em torno do aborto provocado, que se resume na ação de interrupção deliberada da gravidez; pela extração do feto da cavidade uterina de forma doméstica, química ou cirúrgica. Contudo, para uma abordagem mais crítica, faz-se mister definir quando se dá o inicio da vida, tema este pouco trabalhado em nossa atual Constituição, mas muito esmiuçado por doutrinadores. De forma sucinta, há quatro teorias quanto ao início da vida: a Teoria embriológica defende que o inicio da vida se dá a partir da terceira semana de gestação, momento em que ocorre a individualidade humana. A Teoria concepcionista, que defende que o início da vida começa com a implantação do embrião no útero, a chamada concepção. Essa teoria além de ser defendida pela Igreja Católica, é adotada pelo nosso ordenamento jurídico em seu artigo 2º do Código Civil, que prescreve: “ A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”. A Teoria neurológica, que defende que o início da vida começa com o início da atividade cerebral. E é aquela que considera o mesmo principio para diagnosticar o cessar da vida. E por fim, a Teoria ecológica defende que a vida se inicia de acordo com a capacidade de sobrevivência do feto fora do útero. Esta ultima, é adotada como critério de regulamentação do aborto nos EUA.

Apesar de a Constituição de 1988 não tratar expressamente sobre o tema, continua prevalecendo no Brasil os dispositivos do Código Penal de 1940, que, dos

ISBN 978-85-62288-05-0

artigos 124 a 128, elevam a qualificação de crime o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, bem como o aborto provocado por terceiro. Contudo, alguns casos são excluídos do tipo penal, como por exemplo, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, o chamado aborto necessário ou terapêutico. Outro exemplo se concretiza quando a gravidez resultar de estupro, chamado de aborto sentimental, que só ocorre se for precedido do consentimento da mulher. Neste caso fica evidenciado o conflito entre as duas acepções de vida, quais sejam, vida do feto versus a vida digna da mulher, ambas defendidas pela nossa constituição. Atualmente, segundo decisões do STF, passa a integrar o rol de exceções o aborto eugênico decorrente de anencefalia, que se justifica pela não formação (ou má formação) do cérebro do feto. Fica evidenciado aqui a influencia da Teoria Neurológica cominada com a Ecológica, que pregam, respectivamente, o inicio da vida com o começo da atividade cerebral do feto e a viabilidade de vida do mesmo após o parto.

Em países como o Chile, o aborto é proibido em qualquer circunstância, incluído aqueles para fins terapêuticos, como nos casos que trazem risco à vida da gestante, durante todo o período da gestação. Já em outros, como o Irã, o Afeganistão e alguns países da África, consideram a prática abortiva ilegal, ressalvados os casos em que acarretar a morte da mãe, bem como se estiverem associados à problemas de saúde físicos ou mentais.

Por outro lado, em países como Canadá e Estados Unidos, diferentemente do Brasil e dos outros mencionados, não criminalizam a prática abortiva. No primeiro, desde 1969 que a lei permite a prática de aborto em situações de risco à saúde, e, a partir de 1973, a interrupção voluntária da gravidez deixou de ser ilegal. O Canadá é um dos países do mundo que mais dá liberdade à prática abortiva; seu acesso é fornecido pela assistência médica pública, nos hospitais do país, para os cidadãos canadenses e para os residentes permanentes. Já nos Estados Unidos, o aborto é legal desde 1973 a partir do julgado da Suprema Corte no caso Roe VS Wade. Tal fato é uma realidade em todos os seus estados membros. Eles se baseiam na Teoria Ecológica supramencionada, que leva em conta a capacidade de sobrevivência do feto fora do útero. Teoria esta também adotada pelo Código Civil espanhol, segundo o qual só existe personalidade jurídica quando o recém-nascido sobrevive por 24 horas fora do útero.

Resumindo, o que queremos deixar claro, aqui, não é o fato de que cada país encara de uma forma diferente os vários temas que estão há alguns anos em discussão. Isso se mostra evidente em todo o trabalho, ao deixar claro que realidades socioculturais, econômicas e geográficas influenciam de maneira primordial no tratamento dado a determinados direitos. A ênfase maior deste capítulo está no fato de que alguns direitos básicos, como o direito a vida, mantém seu grau de importância onde quer que seja analisado. Contudo, seus desdobramentos não

ISBN 978-85-62288-05-0

merecem ou não podem merecer o mesmo tratamento. Com isso, diz-se que o direito à vida é um bem supremamente importante, localizado no rol dos direitos humanos, e que deve ter sua proteção garantida internacionalmente. Já outros temas que estão intrinsecamente conectados a esse direito original, como aborto e a pena de morte, não devem ter a mesma consideração, pois trata-se de assuntos que englobam não apenas o ser humano em si, mas toda a carga cultural do país em que está sendo analisado, configurando-se, assim, de maneira oposta ao direitos do homem, bem como sua universalização.

Desse modo, como se estabelecer tal distinção? Como criar bases concretas para dar origem a um documento único universal, que trate apenas do que é essencialmente caracterizado como humano, para toda uma multiplicidade de nações?

CONCLUSÃO

São 194 países e 6.990.470.913 pessoas vivendo no mundo. Como pensa Josué Emilio Möller, quando verificado o pluralismo cultural, revelando e fundamentando a diversidade de visões de mundo, remete-se a reflexões sobre o valor da tolerância em um ambiente compartilhado. (2006, p. 55).

É necessário, portanto, a construção de um projeto que caminhe rumo à harmonização cultural do globo, trazendo consigo a eficácia de uma lei no sentido de que vincule de forma obrigatória todos os Estados, estabelecendo inclusive sanções punitivas em caso de seu descumprimento.

A única maneira plausível de que tal projeto se concretize, é que cada país abra mão de uma pequena parcela do que julga ser correto, mediante sua própria crença, encontrando um ponto de equilíbrio que ligue todos os homens pelo que há de mais comum neles: a natureza humana.

Essa mesma natureza humana une todas as pessoas ao redor do direito à vida, que se configurando como Direito Humano, deve ser supremamente protegido em forma de tutela internacional. Lembra-se aqui, porém, que os mais diversos desdobramentos desse direito, por variarem à medida que varia o padrão cultural de cada sociedade, se estabelecem com direitos fundamentais, verdadeiras expressões de identidade cultural, de modo que não conseguem ser alcançados por essa tutela una de direitos.

De fato, existe uma gama de tratados e convenções que tentam postular os direitos humanos em um contexto internacional, contudo, seu ponto falho está em obrigar apenas os países signatários.

Faz-se mister a elaboração de uma nova declaração de direitos humanos universais, mas que, diferentemente dos tratados atuais, vincule a todos os países. Contrario também à Declaração de 1948, que funciona como uma Soft Law, deve-se

ISBN 978-85-62288-05-0

criar órgãos que garantam sua eficácia de forma obrigatória, tal como um Tribunal internacional ligado efetivação dos direitos positivados na Declaração.

Fala-se tanto da correlação entre direitos fundamentais e a dignidade humana que se esquece que o real valor da liberdade é ser respeitado dentro das suas diferenças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ACCIOLY, Hildebrando; BORBA, Paulo Casella; DO NASCIMENTO, G.E. Silva. *Manual de Direito Internacional Público.* Ed. Saraiva. 2009

BRAGA, Ubiracy de Souza. *"A Irmandade Muçulmana: história & ordem política."* UFRB – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia; 25 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.oreconcavo.com.br/2011/02/25/a-irmandade-muculmana-historia-ordem-politica/>. Acesso em agosto/2012.

BREGA, Vladimir Filho. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Ed. Juarez de Oliveira. 2002

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* Ed. Malheiros Editores. 1999

CASTILHO, Ricardo. *Direito Humanos.* Ed. Saraiva. 2010

COSTA SOUSA, Mônica Teresa. *Direito Internacional Humanitário.* Ed. Juruá. 2007

DIAS, Maria Clara; BARRETTO, Vicente de Paulo (organizador). *Dicionário de Filosofia do Direito. Direitos Humanos.* Ed. Unisinos. 2009

JUDT, Tony. *"Pós-Guerra – Uma história da Europa desde 1945".* Edição: 1/2008. Publicado em 09 de abril de 2008. Primeira parte; "Pós-Guerra: 1945 – 1953". Disponível em: <http://www.objetiva.com.br/arquivos/capas/9788573028799.pdf>. Acesso agosto/2012.

LOBO TORRES, Ricardo; BARRETTO, Vicente de Paulo (organizador). *Dicionário de Filosofia do Direito. Direitos Fundamentais.* Ed. Unisinos. 2009

MOLLER, Josué Emilio. *A Fundamentação Ético-Política dos Direitos Humanos.* Ed. Afiliada. 2006.

ISBN 978-85-62288-05-0

REFLEXÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL OU MENTAL

Juliana Cristina BORCAT[16]
Lívia Pelli PALUMBO[17]

RESUMO

O presente artigo apresenta breve análise sobre os direitos humanos e a pessoa com deficiência, especificamente a pessoa com deficiência intelectual ou mental. Traça disposições gerais acerca da capacidade e a incapacidade civil no ordenamento jurídico, apontamentos a respeito do conflito de normas entre o Código Civil, a Constituição Federal e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, com postura critica quanto ao tratamento da pessoa com deficiência intelectual ou mental no sentido de que o processo de interdição total deva ser aplicado excepcionalmente. Portanto, necessário o estudo de reflexões de uma nova proposta de regime jurídico da capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual ou mental.

ABSTRACT

This article presents a brief analysis about the human rights and the person with disability, specifically the person with intellectual or mental disability. It covers general provisions about the ability and inability in the civil law, notes about the conflict between the norms of the Civil Code, the Federal Constitution and the Convention on the Rights of People with Disabilities from UN, with a critical stance with the treatment of people with disabilities intellectual or mental towards that the interdict system should be applied exceptionally. Accordingly, necessary to study the reflections of a new legal framework proposal about the civil capacity of people with intellectual or mental disabilities

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Pessoa com deficiência intelectual ou mental. Capacidade civil. Código Civil. Constituição Federal. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. Reflexão para uma nova proposta de regime jurídico.

KEY-WORDS: Human rights. Person with intellectual ou mental disability. Civil

[16] Juliana Cristina Borcat: Advogada, Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino-Bauru, Mestranda do Curso de Mestrado 2011 do Centro Universitário de Bauru-ITE

[17] Lívia Pelli Palumbo: Advogada, Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino-Bauru, Pós-graduada em Direito Penal e Processual Pena pela Universidade Gama Filho. Mestranda do Curso de Mestrado 2011 do Centro Universitário de Bauru-ITE.

ISBN 978-85-62288-05-0

Capacity. Civil Code. Federal Constitution. The Convention on the Rights of People with Disabilities from UN. Reflection for a new legal framework proposal.

1 INTRODUÇÃO

As pessoas com deficiência, seus familiares e organizações, ao longo de muitos anos, têm lutado, permanentemente, pelo reconhecimento de seus direitos como cidadãos, uma vez que a deficiência era encarada como problema da pessoa e, nos dias atuais, entende-se como resultado da interação dela com o meio.

O Conceito de pessoa com deficiência é merecedor de muita atenção no presente trabalho, pois, quando trata dos direitos das pessoas com deficiência, observa-se que não temos uma sociedade preparada para o assunto.

O ordenamento jurídico civil vigente não possui uma definição adequada que corresponda aos anseios do cenário mundial atual totalmente engajado nos conceitos de direitos humanos. Nem mesmo o texto constitucional de 1988, apesar de contemplar direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, não traz uma conceituação que corresponda às expectativas atuais.

A questão é que a palavra “portadora” é uma palavra indesejada, nela se traz a ideia de que os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais causavam imediata exclusão dos cidadãos que os apresentavam. Atualmente, com o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, a expressão correta é “pessoa com deficiência”, uma vez que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

No presente estudo, analisa-se, especificamente, a deficiência intelectual ou mental, que se trata do desenvolvimento intelectual incompleto com manifestação até os dezoito anos. Porém, necessária a análise da diferenciação entre doença mental e deficiência intelectual ou mental.

A capacidade civil possui duas espécies, quais sejam: a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de fato ou de exercício, exigindo esta dois requisitos (consciência e vontade), e, na ausência destes, tem-se a situação de incapacidade e, dependendo do grau é considerada absoluta ou relativa (artigos 3º e 4º do Código Civil).

A incapacidade é a exceção e uma questão jurídica e não médica, uma vez que o magistrado, com base no laudo técnico e na entrevista pessoal, analisará a capacidade e os atos para os quais a pessoa necessitará de intervenção, procedimento denominado processo de interdição (artigo 1.177 e seguintes do Código de Processo Civil).

ISBN 978-85-62288-05-0

A proposta deste trabalho é colaborar com uma postura crítica no que concerne ao regime jurídico da capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental, de modo que a interdição civil deve ser encarada como medida excepcional, somente devendo ser adotada com muita cautela, analisando-se, minuciosamente, o caso, pois restringe os direitos fundamentais da pessoa, tais como a liberdade e a privacidade, mesmo que, a princípio, a interdição civil se justifique por proporcionar a proteção dos interesses do incapaz.

Portanto, necessária a análise de um sistema normativo coerente e harmonioso, que vise à proteção dos interesses do incapaz à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, bem como na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

2 OS DIREITOS HUMANOS E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

As pessoas com deficiência, seus familiares e organizações, ao longo de muitos anos, têm lutado permanentemente pelo reconhecimento de seus direitos como cidadãos.

Por muito tempo, a questão da deficiência foi elucidada como um problema da pessoa e não como resultado da relação deste como o meio.

A discriminação das pessoas com deficiência existe desde as civilizações antigas. Ocorre que, com a positivação da dignidade da pessoa humana como um valor jurídico a ser protegido, o que ocorreu logo após a segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a buscar respostas às atrocidades produzidas nas grandes guerras, dando ensejo a um sistema global de proteção aos direitos humanos.

Diversos fatores sociais, econômicos e políticos ensejaram em transformações em diferentes aspectos que concernem à proteção das pessoas com deficiência.

A construção dos direitos humanos e a pessoa com deficiência se deu em 4 (quatro) fases, quais sejam:

1- A deficiência simbolizava um pecado ou castigo que gerava intolerância da sociedade em relação às pessoas com deficiência;

2- A pessoa com deficiência era invisível;

3- Perspectivas médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, em que o foco era a pessoa portadora da enfermidade (tratava-se de uma ótica assistencialista);

4- Orientada pelo paradigma dos direitos humanos em que surgem os direitos à inclusão social e a preocupação se dá na relação entre a pessoa com deficiência e o meio em que se insere, bem como na análise e eliminação de obstáculos e barreiras (culturais, físicas ou sociais) a fim de pleno exercício dos direitos humanos.

ISBN 978-85-62288-05-0

No Brasil, na década de 70, iniciou-se um movimento chamado "vida-independente", que possuía como fundamento a eliminação da dependência e proteção e incentivo à pessoa com deficiência construírem sua autonomia, passando, portanto, a serem verdadeiros titulares de direito e não mais objeto das decisões que tomem sobre elas. Até os anos 80, a abordagem da deficiência sofreu diversas e rápidas transformações quanto ao seu conceito. Ainda, os direitos das pessoas com deficiência eram defendidos pelos órgãos internos, principalmente pelos não governamentais, como o Ministério Público, sendo que essa proteção teve início com a edição da emenda nº 12 à Constituição de 1967, em 1978, que expunha de forma concentrada, sendo a mesma proteção no atual texto constitucional, porém, de forma dispersa.

Os primeiros avanços nesta proteção se deram, com inspiração nas três mais importantes declarações universais de direitos, que foram: a Declaração dos Direitos de Virgínia de 1776, a *Declaration des Droits de L´Homme et du Citoyen* de 1789 e a Declaração Mundial dos Direitos dos Homens, que foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1948.

A atual Magna Carta traz o mais preciso e pormenorizado rol de direitos, identificando-os como civis, políticos, econômicos, culturais, sociais, além de conjunto de garantias constitucionais. O inciso II do artigo 4º rege as relações internacionais de nosso país pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

O sistema interamericano é o conjunto de instrumentos básicos comuns para todo o continente americano. Nesse sistema, dois são os documentos básicos referentes aos direitos da pessoa com deficiência, quais sejam: Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo de San Salvador (1988); e na Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (Guatemala, 1999).

Em suma, a abordagem da questão relacionada à deficiência passou a englobar uma nova dimensão que é sustentada nos direitos humanos e visa expressar a relevância da promoção e do reconhecimento das pessoas com deficiência enquanto cidadãs em pleno direito, conduzindo à elaboração de normas e regulamentos que possuem como essência a valorização da pessoa e fortalecimento do individuo e sua família, bem como a sua plena integração à sociedade.

3 CONCEITUAÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UM CONCEITO EM EVOLUÇÃO

O Conceito de pessoa com deficiência é merecedor de muita atenção no presente trabalho, pois, quando se fala em pessoa com deficiência, observa-se que

ISBN 978-85-62288-05-0

não temos uma sociedade preparada para o assunto.

O Código Civil de 2002 não possui uma definição adequada que corresponda aos anseios do cenário mundial atual, totalmente engajado nos conceitos de direitos humanos. Nem mesmo o texto constitucional de 1988, apesar de contemplar direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, não traz uma conceituação que corresponda às expectativas atuais.

Nesse diapasão, evidente a defasagem no sistema normativo.

A Constituição Federal foi elaborada em um momento histórico em que era normal utilizar-se de palavras com conotações negativas para referirem-se às pessoas com deficiência, tais como: paralítico, mongoloide, surdo-mudo, maneta, aleijado, retardado, débil mental etc.

Há dificuldade na qualificação da pessoa com deficiência, sendo esta classificada como minoria, incapaz, especial e, a mais utilizada, após o texto constitucional de 1988, a pessoa portadora de deficiência.

A questão é que a expressão "portadora" é uma palavra indesejada, nela se traz a ideia de que os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais causavam imediata exclusão dos cidadãos que os apresentavam e, ainda, acarretava uma atenção meramente assistencialista e insuficiente pela sociedade, que garantia condições superficiais de dignidade, autonomia e independência.

Portanto, atualmente, a expressão mais adequada é "pessoa com deficiência", não devendo mais a palavra "portar" ser utilizada, pois, a pessoa, núcleo central da expressão, "tem" uma deficiência e não a "porta" ou "carrega".

Através do Decreto Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008 e do Decreto de Promulgação nº 6949 de 25 de agosto de 2009, o Brasil assinou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - ONU - e a introduziu em nosso sistema constitucional que adotou a expressão "pessoa com deficiência".

Deve-se ter em mente que a Convenção se utiliza desse conceito devido à motivação da ONU para alteração da nomenclatura derivar do conceito da percepção que a deficiência é um conceito em evolução.

Nesse diapasão, nos ensina Eugênia Augusta Gonzaga Fávero[18]:

> "Junto com a contestação do termo "portador", concluiu-se que o melhor seria o "com": pessoa *com* deficiência". Quanto mais natural for o modo de se referir à deficiência, como qualquer outra característica da pessoa, mais legitimado é o texto. E também não é preciso falar ou escrever sempre da mesma forma. Para facilitar e não se pensar que é necessário usar sempre o mesmo termo – "pessoa com deficiência".

[18] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência**. Rio de Janeiro: WVA 2004, p. 22.

ISBN 978-85-62288-05-0

Ressalta-se que, quanto mais natural for a forma de referência à pessoa com deficiência, mais legitimado é o texto.

A deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Portanto, a deficiência deve ser vista como resultado da interação da pessoa e o meio e não como algo pertencente a suas características intrínsecas.

A definição de deficiência é trazida pelo artigo 1º da Convenção da ONU:

> "O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, metal, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas."

A caracterização da pessoa com deficiência não se dá pela falta de um membro, de capacidade intelectual reduzida ou de constatação de falha sensorial ou motora, a deficiência se dá em razão do grau de dificuldade para a inclusão social e integração na sociedade.

A diversidade faz parte da natureza humana, sendo a deficiência apenas mais uma característica desta diversidade, porém, o foco do conceito é como o homem lida com esta.

3.1 Conceito de Deficiência Intelectual e Mental

Deficiência intelectual ou mental é o desenvolvimento intelectual incompleto com manifestação até os dezoito anos.

O Código civil de 1916 tratava a deficiência mental utilizando-se da expressão "loucos de todo gênero". Clóvis Bevilácqua aduzia, na época, que não era necessária uma definição rigorosa para alienação mental e esta explanação, por si só, já admitia a falta de técnica do antigo diploma.

A redação do antigo diploma também falava em "fraqueza mental" com a intenção de abranger o maior número de situações possíveis que pudessem causar esse discernimento reduzido.

Evidente que as próprias expressões utilizadas pelo Código da época

ISBN 978-85-62288-05-0

buscavam tratar todas as pessoas com desenvolvimento mental incompleto da mesma forma e enquadrá-las todas em uma mesma norma de proteção.

Esse contexto está completamente divorciado dos ideais de direitos humanos já explanados no presente artigo.

Para melhor explanar a deficiência intelectual utilizamos os ensinamentos de Eugênia Augusta Gonzaga Fávero[19]:

> "Deficiência mental é o funcionamento intelectual significativo inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:
> - comunicação;
> - cuidado pessoal;
> - habilidades sociais;
> - utilização da comunidade;
> - saúde e segurança;
> - habilidades acadêmicas;
> - lazer; e
> - trabalho".

Porém, necessário atentar-se para a diferença entre doença mental e deficiência intelectual ou mental. A deficiência intelectual ou mental é até a idade adulta (dezoito anos), momento em que a pessoa desenvolve todo seu intelecto, já a doença mental é quando a pessoa tem um desenvolvimento comum até a idade adulta e depois passa a apresentar comprometimentos intelectuais.

A doença mental caracteriza uma das situações que chamamos de transtornos mentais, descritos na Lei 10.216/00 como alterações no funcionamento da mente que prejudicam o desempenho da pessoa na vida familiar, social, pessoal, no trabalho, nos estudos, na compreensão de si e dos outros, na tolerância aos problemas e na possibilidade de ter prazer na vida.

A doença mental é um transtorno que chega a um nível de patologia, mas além desta, o transtorno mental ainda engloba outras situações como dependência química, depressão, estresses, transtornos genéticos dentre outros.

Nesse diapasão cita-se Eugênia Augusta Gonzaga Fávero[20]:

> "a deficiência mental é o desenvolvimento mental incompleto, ou seja, a

[19] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência**. Rio de Janeiro: WVA 2004. p. 33.
[20] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência**. Rio de Janeiro: WVA 2004, p. 34.

ISBN 978-85-62288-05-0

> pessoa tem uma capacidade intelectual diminuída (por problemas genéticos ou por ausência de estimulação), que fica evidente desde o nascimento ou mais tarde, mas sempre até o final da adolescência. Na deficiência mental a pessoa não dispõe de "instrumentos intelectuais" que a façam ter total compreensão das coisas, mas esta falta de "instrumentos" pode ser compensada, pelo menos em parte, com a estimulação adequada e convivência social.
>
> No transtorno mental, a pessoa tem todos os "instrumentos intelectuais" (às vezes são mais inteligentes que a média), mas o funcionamento desses instrumentos é que comprometido. "Por outro lado, pode ocorrer que o deficiente mental venha a ter transtorno mental como qualquer outra pessoa, mas isso não tem, necessariamente, ligação com a deficiência."

Deve-se ressaltar ainda que nas últimas décadas, observa-se um processo de substituição do termo de deficiência mental para intelectual quando se trata de limitações no funcionamento intelectual.

Na tradução brasileira da Convenção da ONU, em 2008, foi utilizada a expressão "deficiência intelectual"[21] e os termos "impedimento mental" e "impedimento intelectual".

Em relevante estudo histórico feito sobre o processo de elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, mostra que uma das mais complexas resoluções foi especificamente a definição de pessoa com deficiência intelectual ou mental.

As representações da sociedade civil sugeriam a substituição do termo "mental" por "intelectual" e a incluir também o termo deficiência psicossocial.

Porém, o Brasil, dentre outros países, manifestaram dificuldades em aceitar essa terminologia, em razão de que a inserção da expressão "psicossocial" dificultasse o processo de ratificação da Convenção, uma vez que a legislação nacional trata de forma distinta a deficiência e a doença mental. Assim, a solução mediadora foi manter os termos "mental" e "intelectual", para possibilitar que cada país tivesse espaços de negociação na conceituação de pessoa com deficiência.

O preâmbulo da Convenção expressa os princípios norteadores daquele documento internacional e são fundamentais para o processo de entendimento do conteúdo de seus preceitos. Dessa forma, as suas recomendações preliminares não podem ser desconsideradas e tampouco desprezadas. Ao contrário, servem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais e

[21] SASSAKI, Romeu Kazumi. **Quem está incluído na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência?** Revista Reação, p. 12-15, ano XIV, n. 80, maio/jun. 2010. Disponível em: < http://www.apabb.org.br/visualizar/Quem-esta-incluido-na-Convenco-sobre-os-Direitos-das-Pessoas-com-Deficiencia/1374>. Acesso em: 11 jul. 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

infraconstitucionais.

Entretanto, a sociedade impõe severas restrições a pessoa com deficiência intelectual e mental, de modo que as limitações impostas pelo discernimento reduzido são agravadas pela discriminação da sociedade.

Necessária, portanto, a incorporação da Convenção da ONU no sistema jurídico brasileiro implica o reconhecimento da proteção jurídica às pessoas que se enquadram num conceito biomédico e, também, às que têm sua participação restringida em razão de fatores ambientais e barreiras sociais, de modo que os fatores ambientais devem ser examinados simultânea e conjuntamente à condição física, psíquica e sensorial de cada pessoa.

4 CAPACIDADE E INCAPACIDADE JURÍDICA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil Clóvis Bevilácqua (1916), ao dispor sobre a capacidade civil, em seu art. 2º prescrevia que: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. A palavra “homem” abrangia todas as pessoas, sem discriminação de sexo, raça, cor e nacionalidade, sendo aplicada de forma genérica e abstrata. Já o Código Civil Miguel Reale (2002) substituiu o termo “homem” por “toda pessoa”, e “obrigações” por “deveres”, pois estes podem decorrer da lei ou do contrato.

A capacidade civil possui duas espécies, quais sejam: a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de fato ou de exercício.

Portanto, tem-se que a capacidade de direito ou de gozo é inerente a todo ser humano, desde o nascimento com vida até o momento do óbito, capacidade esta que todos possuem e não pode ser recusada ao individuo, pois seria a negação de sua qualidade como pessoa, retirando-lhe os atributos de sua personalidade.

Já a capacidade de fato, de exercício ou de ação é a aptidão para exercitar direitos, ou seja, a faculdade de fazê-los valer, esse exercício pressupõe consciência e vontade. Portanto, necessário que a pessoa possua essas duas faculdades e, na ausência de alguma delas, a pessoa é considerada incapaz. Especificamente na falta de discernimento, a pessoa é considerada incapaz, necessitando da intervenção de outrem para exercer determinados atos da vida civil.

A incapacidade é conceito jurídico e pode ser absoluta ou relativa (de acordo com grau de imaturidade ou deficiência mental) e, para sua supressão, nosso sistema jurídico criou os institutos da representação e assistência.

“Incapacidade é a restrição legal aos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos

ISBN 978-85-62288-05-0

requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos"[22].

Da leitura dos dispositivos (artigos 3º e 4º[23] do Código Civil), conclui-se que são considerados civilmente capazes aqueles que possuem clareza de raciocínio, sendo, portanto, capazes de administrar seus bens e cuidar de si próprios, por outro lado, as pessoas sem discernimento algum ou com discernimento reduzido para os atos da vida civil são considerados legalmente incapazes.

A incapacidade por falta de discernimento é uma situação excepcional e só existirá em situações previstas pela lei e declaradas judicialmente, as quais a pessoa incapaz necessitará de intervenção, como forma estabelecida para proteção das pessoas e concretização do princípio da igualdade. A representação supre a incapacidade absoluta (artigo 3º) e a assistência (artigo 4º), a relativa.

Nota-se que a incapacidade civil possui gradações, sendo considerada absolutamente incapaz a pessoa que não possui nenhum discernimento para a prática dos atos da vida civil e, relativamente incapaz, a pessoa que possui discernimento reduzido para certos atos da vida civil.

A incapacidade é uma questão jurídica e não médica, uma vez que o magistrado, com base no laudo técnico e na entrevista pessoal, analisará a capacidade e os atos para os quais a pessoa necessitará de intervenção, procedimento este denominado processo de interdição, previsto nos artigos 1.177 e seguintes do Código de Processo Civil, que será objeto de estudo posteriormente.

4.1 Capacidade civil da pessoa com deficiência mental e intelectual

A proposta deste trabalho é colaborar com uma postura crítica no que concerne ao regime jurídico da capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental. Mas, antes de adentrar à referida análise, importante entender se há distinção ou não entre as deficiências de impedimento de natureza intelectual e mental. A regra é a capacidade civil, devendo a incapacidade ser interpretada restritivamente, sendo que as hipóteses que autorizam a interdição devem ser somente as expressas no texto da lei, sendo proibido o emprego de analogia ou

---

[22] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110.

[23] Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - os menores de dezesseis anos;
II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

ISBN 978-85-62288-05-0

interpretação extensiva. Nesse diapasão, aborda-se todas as hipóteses de deficiência enunciadas na Convenção, conjuntamente aos artigos 3º e 4º do Código Civil que definem as hipóteses de incapacidade.

Ressalta-se que a pessoa com deficiência física, em virtude do silencio do Código Civil, é civilmente capaz, pois não possui nenhum tipo de comprometimento intelectual ou mental, não estando sujeita, portanto, à interdição. Porém, destaca-se a denominada curatela especial, introduzida pelo Código Civil, em seu artigo 1.780:

> "A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o artigo 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens."

O caso de nomeação de curador para maior de idade civilmente capaz, independentemente de interdição judicial, trata-se de uma curatela limitada, onde o curador é nomeado apenas para cuidar dos negócios do curatelado ou administrar seus bens. É a situação em que o próprio requerente limita a curatela, que passa a possuir caráter personalizado.

Nesse diapasão, também não estão sujeitas ao regime de interdição as pessoas com deficiência sensorial, pois as limitações auditivas, visuais ou de fala, não impossibilitam a pessoa de zelar pessoalmente por seus próprios interesses.

Portanto, analisa-se, especificamente, a capacidade da pessoa com deficiência intelectual ou mental. Conforme já demonstrado, anteriormente, o artigo 3º, inciso II, do Código Civil, aduz que é absolutamente incapaz aquele que, "por enfermidade", ou "deficiência mental", não possui o "necessário discernimento" para realização dos atos da vida civil. Contudo, o artigo 4º, incisos II e III, considera relativamente incapazes os que "por deficiência mental, tem o discernimento reduzido" e os "excepcionais, sem desenvolvimento mental completo". Nota-se que não há consonância entre a terminologia da Convenção e a do Código Civil, pois a primeira utiliza-se das expressões "deficiência mental", que traz a ideia de patologias mentais e "deficiência intelectual", ideia de limitação quanto ao conhecimento, já a segunda norma, é mais detalhista, e não dá nome aos transtornos mentais que acarretam a incapacidade.

Incapacidade é uma consequência da deficiência, como, por exemplo, no caso da deficiência mental ou intelectual seria ter o funcionamento intelectual significativamente inferior à média, porem, essa incapacidade não implica em incapacidade para outras atividades, como por exemplo, para o trabalho, esporte, estudos, dentre outros.

Deve-se diferenciar as reais limitações da pessoa com deficiência mental e

ISBN 978-85-62288-05-0

intelectual e as limitações que a sociedade lhes impõe, como por exemplo, não lhes fornece oportunidades de trabalho, estudo, dentre outros, por causa da sua deficiência.

Porém, na prática, para decretação da interdição, processo que impõe limites à pessoa com deficiência intelectual ou mental para atuar em sua vida civil, o que se leva em consideração são os efeitos concretos que o transtorno mental acarreta na pessoa, analisa-se a perícia médica, o grau de comprometimento de seu discernimento e inteligência, sem analisar a adequação desse transtorno mental nos tipos legais descritos na lei civil.

Trata-se de incapacidade absoluta quando o transtorno mental acarreta ausência total de discernimento, todavia, se o transtorno mental resulta apenas em redução de raciocínio ou inteligência, inserindo a pessoa numa sutil percepção entre a razão e distorção da realidade, a incapacidade é relativa.

A questão é que não é possível definir se o transtorno mental é causa de incapacidade absoluta ou relativa, conforme já mencionado, sendo possível a identificação do enquadramento legal apenas com a análise do caso concreto. O mesmo transtorno mental pode apresentar intensidades diferentes de uma pessoa para outra.

São os elementos concretos pertencentes à vida de cada indivíduo que vão influir na avaliação da capacidade. Igualmente, há diversas barreiras culturais, físicas, econômicas, sociais, dentre outras, enfrentadas por cada pessoa com deficiência no seu dia-a-dia que são passíveis de limitação da autonomia e variam conforme cada caso.

A existência de um transtorno mental não implica necessariamente em limitação da capacidade civil, pois a pessoa ainda pode ter o discernimento necessário para cuidar de si e de seus bens. Dessa maneira, somente quando esse discernimento for suprimido ou reduzido, haverá fundamento para interdição.

Conclui-se que a interdição civil deve ser encarada como medida excepcional, somente devendo ser adotada com muita cautela, analisando-se, minuciosamente, o caso, pois restringe os direitos fundamentais da pessoa, tais como a liberdade e a privacidade, mesmo que, a princípio, a interdição civil se justifique por proporcionar a proteção dos interesses do incapaz.

5 O PROCESSO DE INTERDIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O artigo 1.767 do Código Civil[24] traz o rol das pessoas que estão sujeitas à

[24] Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:
I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

ISBN 978-85-62288-05-0

interdição, contemplando as pessoas com deficiência intelectual ou mental nos incisos I, III e V.

O inciso I engloba situações em que a pessoa com deficiência intelectual ou mental tenha a total falta de discernimento para a prática dos atos da vida civil, tratando-se, portanto, da incapacidade total, o que resulta no decreto da interdição total.

Porém, o inciso III trata de situações externas que geram discernimento reduzido para prática dos atos da vida civil como traumas, drogas, álcool, dentre outras.

O inciso IV, ao mencionar o termo "excepcionais", está totalmente ultrapassado, embora ao contemplar "sem completo desenvolvimento mental" diferenciou a deficiência intelectual ou mental da doença mental.

Nos casos dos incisos III e IV, as pessoas nessas situações devem ser interditadas apenas parcialmente, pois, o artigo 4º do Código Civil as trata como relativamente capazes. Evidente, nesses casos, a possibilidade de se pleitear a interdição parcial das pessoas com deficiência intelectual e mental.

A lei civil vigente é clara em seu artigo 1772 que, ao interditar as pessoas dos incisos III e IV do artigo 1767, o juiz deve sentenciar segundo o estado do desenvolvimento mental do interdito. E a curatela deverá ser restringida às limitações do artigo 1782, que dizem respeito somente a atos que envolvam mais que a mera administração de bens.

No processo de interdição, caso seja proclamada a incapacidade do requerido, o juiz nomeará um curador para representá-lo ou assisti-lo, a depender do grau declarado de sua incapacidade, se absoluta ou relativa, respectivamente.

O absolutamente incapaz será representado pelo curador, que irá exercer todos os atos jurídicos em nome de seus interesses, pois, com a interdição, sua vontade passa a ser totalmente desprezada na esfera do direito.

Já no que se refere ao relativamente incapaz, este terá limitações mais leves no que concerne à sua liberdade de agir, ficando impossibilitado de praticar, sozinho, somente alguns atos da vida civil e não todos. Em relação aos atos em que está impedido de praticar sozinho, contará com a assistência do curador e não a representação. Assim, o incapaz irá participar do ato, sendo somente necessária uma intervenção do curador, pois a vontade do relativamente incapaz não é totalmente desprezada na esfera do direito.

Portanto, os atos praticados pelo absolutamente incapaz, sem a representação do curador, são considerados nulos, enquanto os atos cometidos pelo

---

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
V - os pródigos.

ISBN 978-85-62288-05-0

relativamente incapaz, sem assistência do curador são considerados anuláveis.

O artigo 1768 do CC traz os legitimados para a propositura da ação de interdição, ou seja, os pais ou tutores, o cônjuge ou qualquer parente e o Ministério Público estadual (somente no caso de doença mental grave).

A interdição é processo judicial em que, exceto as hipóteses em que couber ao Ministério Púbico, devera ser iniciada por meio de advogado ou Defensoria Pública. Na petição inicial, deverão ser expostos os fatos que justifiquem tal medida excepcional.

O Código Civil é expresso ao indicar que se o objetivo da ação é interdição total, o legitimado deve se socorrer do inciso I do artigo 1767 e, no caso da interdição parcial, dos incisos III e IV.

Um excelente exemplo para elucidar a questão é o caso da pessoa com Síndrome de Down, em que o mais correto é a decretação da interdição parcial, pois, estamos diante de um caso em que deverá ser analisado os limites da deficiência.

A interdição é um processo simples, logo após a interposição da petição inicial, o juiz interrogará o interditando sobre o que entender necessário para análise de seu estado mental e, depois de 5 (cinco) dias, poderá impugnar o pedido, para tanto, poderá solicitar auxilio ao promotor, advogado ou defensor público.

O juiz, caso necessite de mais elementos para elaborar sua convicção sobre o estado mental do interditando, poderá utilizar-se de um perito para procedência de exame e elaboração de laudo sobre o assunto.

Na sentença de interdição, o juiz nomeará o curador do interdito, que irá representar ou assistir a pessoa com deficiência intelectual ou mental. Poderá ser nomeado como curador o cônjuge ou companheiro do interdito, o pai ou mãe e, na ausência deste, um descendente. Na falta destes, o juiz escolherá alguém de sua confiança.

A pessoa nomeada deverá prestar compromisso em juízo.

A interdição, para ser considerada uma garantia de direitos, deve ser aplicada da forma adequada, pois caso contrário, estará restringindo os direitos do incapaz.

O processo de interdição deve ser um instrumento para efetivação dos direitos humanos da pessoa com deficiencia e não militar contra eles.

Dentre os direitos assegurados pelo instituto da interdição, podemos citar o direito da pessoa com deficiência intelectual ou mental permanecer como independente de seus pais em prol de benefícios como plano de saúde, previdenciários, pensão em caso de morte. Enfim, trata-se do direito de ter um curador que o ajude a administrar seus bens da melhor maneira possível, desde que preste conta em juízo.

ISBN 978-85-62288-05-0

A interdição quando aplicada corretamente, é utilizada para o bem estar da pessoa com deficiência intelectual ou mental e não constitui discriminação.

Portanto, evidente que se o instituto da interdição não for aplicado corretamente, ou seja, seja decretada a total enquanto seria o caso de parcial, trata-se discriminação ao principio da dignidade da pessoa humana, em que a vontade do interdito é totalmente desprezada, bem como seus direitos mínimos e existenciais.

O correto é que a interdição total deva ser encarada como medida excepcional, somente devendo ser adotada com muita cautela, analisando-se, minuciosamente, o caso.

No que concerne à interdição parcial, os limites desta deve ser definido em sentença e a pessoa interditada não poderá praticar sozinha apenas os atos que envolvam a livre administração do seu patrimônio, porém, poderá praticar todos os demais atos da vida civil, como assinar contrato de trabalho, ingressar em uma faculdade, votar, dentre outros.

Assim ensina Eugênia Augusta Gonzaga Fávero[25]:

> "Caso a pessoa a ser interditada necessite de uma proteção maior, mas que não chegue a tolhê-la totalmente, pois tem discernimento, ainda que limitado, deve ser solicitada a interdição parcial que a equipare ao menor de 16 (dezesseis) a 18 (dezoito) anos. Nesta hipótese, assim como qualquer adolescente, ela não poderá casar sem autorização dos pais, abrir conta em banco sozinha, mas desde que assistida em todos os atos, poderá levar uma vida praticamente normal, trabalhando, estudando, votando etc."

A sentença de interdição parcial deve possuir uma avaliação pormenorizada da situação, expressando, minuciosamente, os atos que o interdito pode praticar pessoalmente e, caso o juiz se recuse a proceder dessa maneira, cabe apelação ao órgão de segunda instância do respectivo Estado.

Diante do apresentado, tem- se que os limites da curatela variam, ou seja, para os absolutamente incapazes, a curatela será total, e para os relativamente incapazes, será parcial.

O ponto controvertido é que, na prática forense, em quase todos os casos de interdição, o interdito vem sendo identificado como absolutamente incapaz, o que consiste em um afronta aos interesses do requerido, pois, com a curatela total, sua vontade é totalmente suprimida, passando, então, a ser representado em todos os atos de seus interesses, patrimoniais ou existenciais.

O curador passa, então, a não cuidar tão somente dos bens do incapaz, mas,

[25] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência**. Rio de Janeiro: WVA 2004, p. 249.

ISBN 978-85-62288-05-0

também, de sua pessoa, interferindo, assim, em sua autonomia e manifestação de vontade.

Neste diapasão, conclui-se que a interdição, nos moldes da doutrina civilista e jurisprudência pátria, visa à proteção do patrimônio do incapaz, colocando em segundo plano sua personalidade e seus interesses existenciais, de forma desvirtuada. O instituto do Código Civil almeja a proteção patrimonial em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Partindo da premissa de que o Projeto do Novo Código Civil é anterior à Constituição Federal de 1988 e que possui, em seus dispositivos, a proteção da personalidade e da dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais, conclui-se que o Código Civil está defasado dentro do sistema constitucional atual.

É evidente, então, que necessária se faz a análise de um sistema normativo coerente e harmonioso, que vise à proteção dos interesses do incapaz à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, bem como na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

7 CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A relação entre a pessoa e o meio, ou seja, a construção coletiva traz o dever do Estado de eliminação dos obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, de forma a atingir o desenvolvimento pessoal, profissional e social de cada um, que, com a quarta fase, passa de objeto de políticas assistencialistas e de tratamentos médicos para verdadeiros titulares de direito, independente de sexo, raça, origem, idade, classe social, religião, nacionalidade ou quaisquer outras condições intelectuais, sensoriais ou físicas.

Esse histórico serviu como inspiração para que, em 13 de dezembro de 2006, fosse adotada pela ONU a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que surgiu em resposta à manifestação da comunidade internacional contra os tratamentos desumanos proferidos à pessoa com deficiência.

A Convenção é um grande avanço para a alteração da percepção da deficiência, tratando-se de uma mudança de perspectiva que reconhece que todas as pessoas com deficiência devem ter oportunidades de alcançar de forma plena e efetiva sua participação na sociedade e seu potencial individual.

O real intuito da Convenção está previsto no artigo 1º, que define que o propósito da Convenção é a promoção, proteção e garantia do exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência e a promoção do respeito pela sua dignidade inerente.

Para realizar esse propósito, a Convenção demanda dos Estados-partes

ISBN 978-85-62288-05-0

medidas legislativas, administrativas e de outras naturezas, com a finalidade de implementação dos direitos nela narrados. Está presente na Convenção o conceito do *reasonable acommodation*, que prevê o dever do Estado de encontrar medidas razoáveis e apropriadas para proteção das pessoas com deficiência, bem como assegurar o exercício de seus direitos humanos em igualdade de condições com as demais pessoas. A violação do *reasonable acommodation* implica em discriminação, tanto nas esferas públicas como nas privadas.

Os Estados têm o dever de consultar as pessoas com deficiência, por meio de seus representantes e organizações, quando for elaborar e implementar as leis e medidas que efetivem a Convenção e outras políticas que possam causar impacto em suas vidas.

O artigo 3º da Convenção apresenta seus princípios gerais, que são:

> "a) O respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas;
>
> b) A não-discriminação;
>
> c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
>
> d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
>
> e) A igualdade de oportunidades;
>
> f) A acessibilidade;
>
> g) A igualdade entre o homem e a mulher;
>
> h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade".

A Convenção, na forma como foi aprovada, deu ensejo a um documento que foi o primeiro Tratado Internacional dos Direitos Humanos, aprovado na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, portanto, seus efeitos precisam ser bem analisados e efetivados, sob pena de perda de sua eficácia social.

Tal documento internacional foi assinado pelo Brasil no dia 30 de março de 2007, e entrou em vigor no cenário mundial apenas no dia 13 de maio de 2008 e, o Brasil seguindo essa tendência, editou o Decreto Legislativo (186/08) que lhe reconhece eficácia em âmbito nacional. Nesse contexto, a Convenção define direitos e obrigações de todos os seres humanos, tratando, portanto, de uma ferramenta de transformação social.

A Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência é um instrumento de proteção aos direitos humanos específicos e que faz parte do projeto de visibilidade do público- beneficiário que são as pessoas com deficiência.

Os Tratados de Direitos Humanos, além de outras funções, também possuem

ISBN 978-85-62288-05-0

a função de educar e auxiliar as pessoas que trabalham na pauta dos direitos humanos das pessoas com deficiência, influenciando, dessa forma, a própria legislação vigente, as políticas públicas e práticas locais, inclusive a própria opinião pública.

Em suma, entende-se que a Convenção converge em seus dispositivos conhecimentos teóricos e práticos sobre direitos humanos das pessoas com deficiência e atende suas demandas mais especificas, podendo servir de referencia positiva para os demais órgãos de monitoramento dos outros tratados.

O fundamento da Convenção é a mudança de paradigma da deficiência vista como uma perspectiva médica e assistencial para adequar-se ao universo dos direitos humanos que, hoje, predomina no mundo todo.

8 CRÍTICAS E REFLEXÕES SOBRE UM NOVO REGIME JURÍDICO DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIENCIA MENTAL OU INTELECTUAL

O regime da capacidade de exercício, no âmbito do Código Civil, alça somente a proteção do patrimônio do incapaz, partindo da premissa de que o incapaz é aquele que não consegue administrar pessoalmente seus próprios bens, sem levar em consideração que isso acaba por privar a pessoa com deficiência intelectual ou mental do exercício de seus direitos existenciais, que são aqueles que não podem ser valorados pecuniariamente.

Diante do exposto no presente trabalho, torna-se evidente a necessidade de um estudo sobre um novo regime jurídico para as pessoas com deficiência intelectual ou mental, pois, da maneira em que se apresenta atualmente, trata-se de um regime que aborda somente um viés patrimonialista, totalmente divorciado dos princípios constitucionais e direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, bem como totalmente divorciado dos valores e princípios previstos na Convenção da ONU.

Diante do enunciado de que o direito à dignidade da pessoa humana é chamado pela doutrina de fenômeno da repersonalização do direito e devido a todos, tem-se que os outros princípios e institutos jurídicos devam funcionar em prol de promover a máxima proteção da dignidade humana, tratando-se, então, de um metaprincípio informador de todos os demais princípios. A Carta Magna coloca a pessoa humana no centro de seu ordenamento jurídico, priorizando os valores existenciais em face aos interesses patrimoniais, o que contradiz com o que prioriza o Código Civil atual.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU incorpora a pessoa com deficiência na pauta internacional de direitos humanos e garante seu reconhecimento na sociedade, bem como sua autonomia e

ISBN 978-85-62288-05-0

independência, proporcionando o acesso e a equiparação de oportunidades para o exercício de igualdades nas mesmas bases e condições que os demais.

A Constituição Federal de 1988 não mais possui a condição de carta política e, dessa forma, os direitos fundamentais nela previstos possuem eficácia direta, inclusive nas relações entre os particulares.

As restrições ao exercício da capacidade civil para fins patrimoniais, negociais e direitos econômicos acabam por restringir os direitos existenciais da pessoa com deficiência intelectual ou mental, que são aqueles relativos ao nome, à saúde, à intimidade, ao trabalho, às questões afetivas e familiares, à integridade física, ao credo religioso, à cultura, à educação; dentre outros, que são garantidos na Constituição de 1988, bem como na Convenção da ONU, havendo então uma contradição com o Código Civil vigente.

Nesse diapasão, verifica-se que o critério do discernimento prejudica totalmente as situações existenciais que o incapaz tem direito de exercício de forma plena e equitativa como os demais.

O fato de a pessoa com deficiência intelectual ou mental possuir discernimento reduzido para gerir seus bens não significa que ela não tenha condições, de forma segura, de expressar sua vontade a respeito de questões de outra ordem, que condizem ao seu direito de ter uma vida digna, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

Os moldes atuais do Código Civil quando trata a pessoa com deficiência intelectual ou mental como incapaz para situações patrimoniais fere a dignidade humana dessas pessoas e as exclui da sociedade, impondo-lhes barreiras para que estas possam exercer sua capacidade.

Deve-se destacar ainda que, embora o Código Civil Brasileiro possua duas formas de interdição, ou seja, a total e a parcial, há uma verdadeira padronização na curatela em que a tendência é a decretação da incapacidade absoluta, na qual é nomeado o curador para representar o incapaz em todos os atos dali em diante, mesmo havendo indicadores de que o interditando apresente discernimento para certas situações.

Trata-se de um verdadeiro absurdo, pois, evidente que é uma curatela desproporcional, exagerada e violadora da dignidade humana da pessoa com deficiência intelectual ou mental, contrapondo-se com seus direitos fundamentais, revelando-se, portanto, inconstitucional.

Tal fato distancia-se da realidade e, levando-se em consideração não somente a Constituição Brasileira de 1988, mas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU que apresenta como um de seus princípios, como já abordado no presente trabalho, o respeito pela dignidade inerente, autonomia

ISBN 978-85-62288-05-0

individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, evidente que estamos diante de uma violação de direitos do incapaz, suprimindo o poder de decisão a respeito de questões, as quais esta pessoa poderia se manifestar com segurança, caso sua vontade fosse levada em consideração e respeitada.

Como já abordamos anteriormente, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência possui *status* de emenda constitucional, possuindo posição hierárquica superior ao Código Civil vigente e, havendo contradições entre estes, a prevalência é da primeira.

O correto é que seja efetuada uma curatela individualizada, condizente com a deficiência apresentada por cada pessoa, que seja proporcional às suas limitações.

Nos aspectos que concernem o instituto da curatela do novo Código Civil, que abrangem a interdição total e a parcial da pessoa com deficiência intelectual ou mental, deve ser realizada uma releitura constitucionalizada que tenha como principal objetivo a valorização da dignidade humana, fazendo com que a interdição seja fiel às limitações enfrentadas pelo incapaz.

É necessário definir as habilidades do interditando, seus talentos, aptidões, qualidades individuais, desejos, aspirações, ou seja, ultrapassar a simples identificação da patologia apresentada, para chegar-se a uma real conclusão sobre os obstáculos reais que a pessoa enfrenta em sua vida cotidiana.

Deve ser estudado um novo modelo social, no qual a deficiência deve ser encarada como resultado de uma equação que possui duas variáveis, quais sejam:

1- As limitações funcionais do corpo humano
2- Os obstáculos e barreiras, sejam elas: físicas, sociais, culturais, pessoais ou econômicas que são impostas pelo ambiente à pessoa com deficiência.

A sociedade cria essas limitações com base em uma característica do corpo humano, ou seja, é a própria sociedade que coletivamente dá ensejo à descapacidade.

Esse novo paradigma social deve ser consolidado com base no respeito à diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da humanidade, que tome como base a pessoa como ser humano, dotada de indissociável dignidade.

Portanto, devem ser feitas reflexões sobre um novo regime jurídico da capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual ou mental em que a curatela parcial seja adotada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser aplicada tanto em face dos absolutamente como aos relativamente incapazes.

Deverá ser realizada uma avaliação pormenorizada de cada caso, e a sentença judicial de interdição deverá expressar minuciosamente os atos em que o interdito não poderá praticar pessoalmente, sendo mantida, por exclusão, a capacidade civil para todos os demais atos não consignados pelo magistrado, sob pena de violação de sua dignidade.

ISBN 978-85-62288-05-0

Por tais motivos, o regime da capacidade civil do Código Civil vigente deve se adequar aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e aos dispositivos da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, sob pena de ser considerado inconstitucional.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico prevê duas espécies de capacidade, a de direito ou de fato, sendo que o regime da capacidade de fato exige dois requisitos (vontade e consciência) e protege tão somente o patrimônio do incapaz, partindo da premissa de que o incapaz é aquele que não consegue administrar pessoalmente seus próprios bens, sem levar em consideração que isso acaba por privar a pessoa com deficiência intelectual ou mental do exercício de seus direitos existenciais, que são aqueles que não podem ser valorados pecuniariamente, confrontando o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Magna Carta.

As restrições ao exercício da capacidade civil para fins patrimoniais, negociais e direitos econômicos acabam por restringir os direitos existenciais da pessoa com deficiência intelectual ou mental e nos moldes atuais do Código Civil quando trata a pessoa com deficiência intelectual ou mental como incapaz para essas situações, fere a dignidade humana dessas pessoas e as exclui da sociedade, impondo-lhes barreiras para que estas possam exercer sua vontade.

Diante do estudo, torna-se evidente a necessidade de uma análise sobre o regime jurídico para as pessoas com deficiência intelectual ou mental, pois, da maneira em que se apresenta atualmente, trata-se de um regime que aborda tão somente questões patrimoniais da pessoa com deficiência e não seus direitos existenciais, situação esta totalmente distorcida da nova visão de humanidade, reforçada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

O viés patrimonialista do Código Civil deixou ser prevalente com o texto constitucional de 1988 em que traz o principio da dignidade da pessoa humana e o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, que apresenta preocupação de correção das profundas desvantagens sociais e promoção da participação desse grupo de pessoas na vida em sociedade. Uma das exteriorizações dessa nova visão é a expressão que deve ser utilizada como a mais adequada ("pessoa com deficiência") e a ideia de que a deficiência não corresponde à falta de um membro, discernimento reduzido ou falha sensorial ou motora e, sim, do resultado da interação desta barreira e o meio social.

A Convenção da ONU converge em seus dispositivos conhecimentos teóricos e práticos sobre direitos humanos das pessoas com deficiência e atende suas demandas mais especificas.

Deve-se destacar ainda que, embora o Código Civil Brasileiro possua duas

ISBN 978-85-62288-05-0

formas de interdição, ou seja, a total e a parcial, há uma verdadeira padronização na curatela em que a tendência é a decretação da incapacidade absoluta, na qual é nomeado o curador para representar o incapaz em todos os atos dali em diante, sendo a vontade do interdito totalmente desprezada.

Portanto, tem-se que o regime da capacidade civil do Código Civil vigente deve se adequar aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional de 1988 e aos dispositivos da Convenção da ONU, sob pena de ser considerado inconstitucional, em razão de a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência possuir *status* de emenda constitucional, o que lhe confere posição hierárquica superior ao Código Civil vigente e, em caso de conflito de normas, a prevalência é a aplicação da Convenção.

A análise do presente estudo concluiu que o tratamento adequado seria a efetivação de uma curatela individualizada, condizente com a deficiência apresentada por cada pessoa, de forma que seja proporcional às suas limitações. Ainda, deve ser realizada uma releitura do sistema jurídico civil vigente de forma a constitucionalizá-lo, a fim de atingir o objetivo de valorização da dignidade da pessoa humana, alcançado com a limitação da interdição correspondente às necessidades reais de cada pessoa.

O novo modelo social que se sugere deve considerar duas questões: as limitações funcionais do corpo humano e os obstáculos e barreiras que a pessoa deve encarar e superar, com auxílio do Estado.

Esse novo paradigma social deve ser consolidado com base no respeito à diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da humanidade, respeitando o meta principio informador de todos os princípios: dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, devem ser feitas reflexões sobre um novo regime jurídico da capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual ou mental em que a curatela parcial seja adotada como regra no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTAFIM, Iara Guimarães. *Mobilização pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência é defendida em debate.* Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/14/mobilizacao-pelo-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-defendida-em-debate>. Acesso em: 16 jul. 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.* 4. ed. Brasília: CORDE, 2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

_____. *Barrados:* pessoa com deficiência sem acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar. Petrópolis: KBR, 2011.

_____. (coord.). *Direitos das pessoas portadoras de deficiência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. (coord.). *Efetivando direitos constitucionais.* Bauru: EDITE, 2003.

_____; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional.* 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

COSTA, Ana Maria Machado da. *O Reconhecimento da Pessoa com Transtorno Mental Severo Como Pessoa Com deficiência:* Uma Questão de Justiça. Disponível em: <http://www.inclusive.org.br/wp-content/uploads/O_reconhecimento.pdf. Acesso em: 11 jul. 2012.

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

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das Pessoas com deficiência.* 2. ed. Rio de janeiro: WVA.

FEIJÓ, Alexsandro Rhbami Aragao. *Pessoa portadora de deficiência: direitos humanos e proteção da pessoa portadora de deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça – Secretaria do Estado dos Direitos Humanos, 2002.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords). *Manual dos Direitos da Pessoa com deficiência.* São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Eduardo Paz. *Desenvolvimento e Direitos Humanos.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p. 23 – 34. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro:* Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Organização Mundial da Saúde. *Relatório Mundial sobre a deficiência.*

GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (org.). *Deficiência no Brasil:* uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

LUNARDI, Soraya Gasparetto (org.). *Inclusão Social e sua efetivação.* Curitiba: CRV, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil:* Parte Geral. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ISBN 978-85-62288-05-0

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão:* construindo uma sociedade para todos. 8. ed. Rio de janeiro: WVA, 2010.

_____. *Quem está incluído na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência?* Revista Reação, p. 12-15, ano XIV, n. 80, maio/jun. 2010. Disponível em: <http://www.apabb.org.br/visualizar/Quem-esta-incluido-na-Convenco-sobre-os-Direitos-das-Pessoas-com-Deficiencia/1374>. Acesso em: 11 jul. 2012.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. *A proteção Constitucional da pessoa com deficiência.* 4 ed. Brasília, 2011.

WERNECK, Claudia. *Ninguém mais vai ser bonzinho* na sociedade inclusiva. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

ZAHAR, Jorge (ed.). *Confiança e Medo na Cidade.* Autor. Zygmunt Bauman. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro, 2009.

ISBN 978-85-62288-05-0

OS "FILHOS" EXCLUÍDOS DO BRASIL: O CAMINHO ENTRE O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL ATÉ A ADOÇÃO TARDIA

Laiana Delakis RECANELLO*

RESUMO:

O presente trabalho tem como escopo a análise da medida de proteção de acolhimentos institucional e, por conseguinte, a adoção tardia. O método utilizado é o dedutivo, tendo em vista a análise geral das questões relacionadas à adoção no Brasil, bem como a problemática da institucionalização. Para tanto, utiliza-se de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais. Dentro da problemática levantada, busca-se realizar um estudo sobre os princípios norteadores da adoção, os quais se destacam a doutrina da proteção integral, o princípio do melhor interesse e o princípio da afetividade. Além disso, realiza-se uma análise dos aspectos jurídicos para a aplicação da medida de proteção de acolhimento institucional, como também a colocação em família substituta. Por fim, busca-se perfilhar os aspectos positivos e negativos da Lei de Adoção e, conclui-se que a falta de informação gera o preconceito, o que torna a adoção tardia cingida de mitos e exclusão social.

ABSTRACT:

The present work has the objective to analyze the extent of protection acolhimentos institutional and therefore the late adoption. The method used is deductive, in view of the general review of issues related to adoption in Brazil, as well as the issue of institutionalization. For this, it employs doctrinal and jurisprudential research. Inside the issue raised, we try to conduct a study on the adoption of guiding principles, which highlight the doctrine of integral protection, the principle of the best interests and the principle of affection. In addition, we make an analysis of the legal aspects for the application of protective measure of institutional care, as well as placement in a foster family. Finally, it seeks to align the positives and negatives of the Adoption Act and concluded that the lack of information leads to prejudice, which makes the late adoption girded with myths and social exclusion.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Acolhimento institucional. Exclusão social.

KEYWORDS: Adoption. Shelter. Social exclusion.

* Mestranda do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista da Fundação Araucária. Professora universitária. E-mail de contato: laiana_delakis@hotmail.com.

ISBN 978-85-62288-05-0

INTRODUÇÃO

A adoção é um ato jurídico em sentido estrito, uma vez que depende de determinação judicial para a sua efetivação. Primitivamente, a adoção funda-se em dois sentimentos, quais sejam: a vontade de amar e o desejo de ser amado.

O Estado Democrático de Direito têm as suas bases nos direitos humanos e no princípio da dignidade da pessoa humana, dentre os direitos albergados, tem-se o dever de proteção a criança abandonada pelo ente Estatal e pela sociedade. Um dos caminhos possíveis para a proteção das referidas crianças é por meio da criação do vínculo jurídico e afetivo entre duas pessoas, normalmente de identidades biológicas diferentes, ou seja, através da adoção.

Contudo, até a concretização da adoção e da realização dos mencionados sentimentos, verifica-se que há uma grande caminhada a ser percorrida, tanto pelo adotante quanto pela espera do adotado, tendo em vista os obstáculos criados pela lei.

Não se pode negar que a política de institucionalização de crianças no Brasil ainda é muito forte, resquícios pulsantes do antigo Código de Menores. Entretanto, a Lei 12.010/2009, mais conhecida como “Lei de Adoção”, vem pormenorizar novos ditames legais e políticas públicas sobre o tema.

Diante dessa nova perspectiva, vislumbra-se que a lei supramencionada priorizou a família natural e a família extensa, tendo em vista a conservação dos vínculos familiares e afetivos. Assim, não sendo possível a efetivação de tais práticas de reintegração, tem-se como possibilidade de reinserção familiar a adoção.

O artigo visa mostrar os desafios e preconceitos existentes na sociedade, bem como expor a problemática da institucionalização de crianças *ad eternum,* bem como a necessidade de políticas públicas voltadas para a quebra de paradigmas.

Protesta-se ainda, sobre a necessidade de transformação dos atuais métodos existentes em prol da adoção, com o fito minimizar a morosidade, haja vista os longos anos que os processos percorrem no Poder Judiciário, o que impede, muitas vezes, a reinserção familiar de milhares de crianças que se encontram institucionalizadas.

Para tanto, foram utilizados os métodos dedutivo e histórico, além de pesquisas bibliográfica e jurisprudencial.

Por fim, espera-se que o estudo aprofundado do tema possa trazer novas perspectivas jurídicas e práticas para a estimulação da adoção de crianças institucionalizadas no país, pois a informação é o melhor caminho para a perpetuação do amor.

ISBN 978-85-62288-05-0

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Primitivamente, a família romana fundava-se a partir do poder paterno, sendo este a autoridade familiar e religiosa, vez que exercia sobre os seus filhos um poder absoluto, independente da maioridade[26].

Observa-se que " [...] o pai tinha originariamente o energético *jus vitae necis*, o direito de expor o filho ou de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa mancipi* e o de entregá-lo como indenização *noxae deditio*"[27]. De acordo com historiador Fustel de Coulanges, a família romana era composta pelo pai, mãe, filhos e escravos, sendo que a figura paterna era o pontífice da religião doméstica, sendo que as crianças estavam subordinadas as ordens do chefe da família, conforme a seguir exposto:

> Aqui a natureza fala por si mesma bastante alto; ela quer que a criança tenha um protetor, um guia, um mestre. A religião está de acordo com a natureza; ela afirma que o pai será o chefe do culto, e que o filho deverá somente ajudá-lo em suas funções santas. Contudo, a natureza não exige essa subordinação senão durante certo número de anos; a religião exige mais. A natureza dá ao filho uma maioridade que a religião nunca lhe concede. Segundo os antigos princípios, o lar é indivisível, assim como a propriedade; os irmãos não se separam quando o pai morre e; com maior razão, dele não se poderão desligar durante a vida. No rigor do direito primitivo, os filhos continuam unidos ao lar paterno, e, por conseqüência, submetidos à sua autoridade; enquanto ele viver, serão sempre menores[28].

Já os gregos consideravam as crianças como patrimônio do Estado, visto que os infantes saudáveis e fortes poderiam ser preparados para guerra. Em Esparta, cidade famosa por suas grandes batalhas, os pais entregavam os seus filhos a um tribunal do Estado, para que o poder estatal dirigisse a vida e criação da nova geração de guerreiros[29].

No Oriente era comum o sacrifício de crianças em virtude da sua pureza ou quando se constatava alguma doença, deficiência ou deformidade[30].

---

[26] Cf. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 3.
[27] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. 36. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 287.
[28] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Martin Clairet, 2006. p. 95.
[29] Cf. MACIEL, *op. cit.,* 2007, p. 3-4.
[30] Cf. Ibidem, 2007, p. 3.

ISBN 978-85-62288-05-0

A Idade Média foi marcada pela ascensão do Cristianismo e o domínio da religião sobre o sistema jurídico daquela época[31].

A religião cristã maculava o homem como um ser pecador, e para a obtenção da salvação eterna era necessário seguir as orientações da autoridade religiosa[32].

Ademais, a religião atenuou tratamento rigoroso imposto às crianças, haja vista a perpetuação do direito a dignidade a todos. Contudo, dever-se-ia cumprir o quarto mandamento, "honrar pai e mãe"[33].

Nota-se que a relação pai e filho caracterizava-se pelo respeito à figura paterna, vez que a família exercia a função de transmissão da propriedade, reprodução, defesa e assistência, sendo que tais elementos contribuíram para a materialização da afetividade doméstica[34].

Os concílios canônicos foram grandes percussores de medidas de proteção à criança abandonada ou exposta ao perigo, tais medidas ainda eram tímidas, mas possibilitavam a aplicação penas corporais e espirituais aos pais faltosos[35].

Por conseguinte, o Concílio de Trento traçou que os filhos nascidos fora do sacramento do matrimônio estavam à margem do direito, tendo em vista que violavam a moral estabelecida pela Igreja Católica[36].

Assim, tem-se que o cristianismo trouxe uma nova concepção entre o ser humano e o Estado, vez que o exercício do poder paterno deixou de ter um caráter sacro, já que, anteriormente, cabia ao clero tal incursão religiosa[37].

Aliás, no referido período instaurou-se um conflito entre a orientação romana acerca do pátrio poder e a compreensão germânica branda do mesmo instituto, o qual pormenorizava o interesse do filho face ao do pai[38].

No Direito Moderno o poder familiar passou atribuir aos pais poderes e deveres inerentes ao encargo de criação dos filhos menores e não emancipados, garantindo assim a proteção integral da prole, lastreados na compreensão e diálogo familiar[39].

Já no Brasil, no período colonial, as Ordenações do Reino eram aplicadas, sendo que a figura paterna era autoridade máxima no âmbito familiar e, com a

---

[31] Cf. Ibidem, 2007, p. 4.
[32] Cf. Ibidem, 2007, p. 4.
[33] Cf. Ibidem, 2007, p. 4.
[34] Cf. PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 81-82.
[35] Cf. MACIEL, *op. cit.*, 2007, p. 4.
[36] Cf. Ibidem, 2007, p. 4.
[37] Cf. VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: À luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB-SC, 2005. p. 18.
[38] Cf. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Direito de Família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 397.
[39] Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 355.

ISBN 978-85-62288-05-0

finalidade de resguardar a sua autoridade, era assegurado ao pai o direito de castigar os filhos para educá-los. Diante de tal conduta repressiva paterna, se o resultado fosse lesão corporal ou morte do filho, o comportamento não era considerado crime, eis que se excluía a ilicitude[40].

Durante a fase imperial, iniciou-se a política de recolhimento no Brasil[41].

O período republicano foi marcado pela imigração dos escravos libertos as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, razão pela qual foram fundadas as entidades assistenciais para caridade e/ou higiene[42].

Diante do cenário internacional que reconhecia o direito da criança, por meio do Congresso Internacional de Menores, em 1911 e a Declaração de Gênova, em 1924, construiu-se a doutrina da situação irregular. Durante décadas, tal doutrina teve força na área da infância e juventude[43].

A partir da Constituição Federal de 1988 estabeleceu-se a doutrina da proteção integral, o referido diploma legal passou a tratar a família de forma mais efetiva, haja vista as modificações sociais e políticas, vez que as relações familiares passaram a se fortalecer no afeto, bem como se rompeu os padrões da família patriarcal hierarquizada vigente no ordenamento jurídico daquela época[44].

Nesta vertente, o Brasil adotou a doutrina da proteção integral e promulgou em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo a referida lei ser definida como:

> [...] um verdadeiro microssistema que cuida de todo arcabouço necessário para se efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infanto-juvenil. [...], em suma, todo instrumento necessário e indispensável para efetivar a norma constitucional[45].

Já no âmbito internacional, os direitos consagrados à infância e juventude se confundem com a evolução histórica dos direitos humanos, os quais se edificam no reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana[46].

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembléia das Nações Unidas em 1948 reconheceu o princípio da igualdade e dignidade a todo

---

[40] Cf. MACIEL, *op. cit.*, 2007, p. 4-5.
[41] Cf. Ibidem, 2007, p. 4-5.
[42] Cf. MACIEL, *op. cit*, 2007, p. 5.
[43] Cf. Ibidem, 2007, p. 6.
[44] Cf. SILVA, Cláudia Maria da Silva. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista brasileira de direito de família.** Porto Alegre. v. 1, n. 1, 1999. p. 124-125.
[45] MACIEL, *op. cit*, 2007, p. 9.
[46] Cf. CUSTÓDIO, Manoel Dorival. **Do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar**: O direito a família protegida. 2002. 50 f. Monografia (Especialização) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2002. p. 3-5.

ISBN 978-85-62288-05-0

ser humano. Já no continente americano, tais princípios foram abalizados pelo Pacto de San José da Costa Rica, em 1969[47].

Neste diapasão, os direitos da criança delineados na Declaração de Genebra de 1924 só foram concretizados na Declaração Universal dos Direitos da Criança aprovado pela Organização das Nações Unidas, em 1959[48].

Após intensa mobilização internacional, a Assembléia Geral da ONU em 1989 aprovou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o qual foi ratificado pelo Brasil[49].

Hodiernamente, o Brasil encontra-se no seleto grupo de países em prol da defesa dos direitos da criança e do adolescente[50], eis que o Estatuto da Criança e do Adolescente representa um dos mais importantes diplomas legais do ordenamento jurídico pátrio[51].

2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADOÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz no seu bojo princípios gerais e especiais norteadores das relações familiares, reflexos dos direitos humanos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração dos Direitos da Criança. Destacam-se na ordem jurídica constitucional os seguintes princípios: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade e respeito à diferença, princípio da solidariedade familiar, princípio da afetividade e doutrina da proteção integral. Tais diretrizes axiológicas visam garantir e fortalecer os vínculos familiares seja na família natural ou substituta.[52]

Dentre as referidas diretrizes elencadas no artigo 227 da Magna Carta, enfatiza-se a doutrina da proteção integral, princípio do melhor interesse e princípio da afetividade.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ensejou o nascimento de uma nova concepção jurídica de proteção à infância e juventude, qual seja a doutrina da proteção integral, eis que se reconheceu a criança como pessoa em desenvolvimento e sujeito de direitos fundamentais. Assim, assegurou-se aos infantes prioridade absoluta na concretização dos seus direitos, por meio do dever legal e concorrente da família, da sociedade e do Estado·.

No que tange ao princípio do melhor interesse da criança, tem-se que o infante merece atenção especial, com o fito de garantir o seu desenvolvimento

[47] Cf. Ibidem, 2002, p. 4-5.
[48] Cf. Ibidem, 2002, p. 4-5.
[49] Cf. Ibidem, 2002, p. 4-5.
[50] Cf. MACIEL, *op. cit.*, 2002, p. 9.
[51] Cf. PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002. p. 53.
[52] Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50/62.

ISBN 978-85-62288-05-0

saudável, seja no caráter pessoal, moral e psicológico. Tal princípio pode ser observado no artigo 227 e seguintes da Constituição Federal c/c artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste contexto, Rodrigo da Cunha Pereira alude sobre o princípio do melhor interesse da criança nos seguintes termos:

> Assim, o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente orienta o intérprete para que atribua a eles, em primeiro lugar, o direito de ter uma família, que por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, adquire o status de direito fundamental. Além disso, deve-se recorrer, também, ao contexto social e axiológico em que vive a criança ou adolescente do qual se trata, de modo a se averiguar em que consiste seu real bem-estar.[53]

Já, o princípio da afetividade tem como norte o afeto depreendido nas relações familiares, seja tal entidade familiar concebida de forma natural ou juridicamente.

Destarte, tem-se que:

> Uma das mais relevantes consequências do Princípio da Afetividade encontra-se na jurisdicização da paternidade sociafetiva, que abrange os filhos de criação. Isso porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos.[54]

Em suma, o maior desafio dos agentes é tornar tais princípios reais, efetivos e sólidos, vez que exige um comprometimento de todos para que o cotidiano de cada criança seja regrado das garantias elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente[55].

3 OS ASPECTOS JURÍDICOS PARA A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE PROTEÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Entre as medidas de proteção elencadas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe como medida excepcional o acolhimento institucional de crianças em entidades, no entanto a referida medida é bastante

[53] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 140
[54] Cf. Ibidem, 2005, p. 183-184.
[55] Cf. MACIEL, *op. cit.*, 2002, p. 15-16.

ISBN 978-85-62288-05-0

usual, apesar de a lei enfatizar a necessidade de políticas para a manutenção do infante junto à família natural ou ampliada.[56]

Inicialmente, é importante destacar que a exclusão de crianças no Brasil dá-se desde a época do descobrimento, vez que os jesuítas tinham a prática de isolar as crianças indígenas e negras da conduta "bárbara" de seus genitores. Isto posto, durante a fase imperial, a Igreja era responsável pelo acolhimento das crianças abandonadas, tal prática deu início a consolidação da política de recolhimento no Brasil[57].

A partir do século XVIII passou-se a utilizar no Brasil a roda dos expostos vez que era comum o abandono de crianças nas igrejas, ruas e conventos[58].

No que tange aos abandonos ocorridos naquela época, o *Jornal do Commercio* de janeiro de 1916, escrito por Escragnolle Doyle, alude que:

> Como todas as sociedades humanas em todas as épocas, a do Rio em 1738, se regia pela fome e pelo amor, Nem sempre era este satisfeito conforme mandava a Igreja. A reprodução da espécie se operava fora dos lares legítimos (...). Os enjeitados sempre mereceram desvelos da coroa portuguesa. Se Deus é pai de todos, o Rei bem o podia ser de muitos. As ordenações, os alvarás, as mercês cuidavam dos expostos, isentando até os maridos e os filhos de amas deles, do serviço militar, grande regalia no tempo (...). No Rio de Janeiro as crianças expostas pereciam nas ruas, nos adros das Igrejas, nas praias, sem que fé se movesse, esperança se apiedasse e a caridade as tutelasse. Rejeitados pela coroação dos progenitores, tinha a miséria por cobertor e a casa por berço. Delas se condoíam a Misericórdia e um outro particular. De vez em quando a própria Misericórdia alegava não ter rendas para sustentá-los. A Câmara, essa ouvia os gritos dos enjeitados. Padecia de surdez administrativa devida também, cumpre reconhecer, à escassez das rendas[59].

Por várias décadas, aplicou-se no Brasil o binômio carência e delinqüência, assim apresentava-se a doutrina da situação irregular[60].

Deste modo, a cultura de internação de carentes e delinqüentes foram predominantes no sistema jurídico nacional, visto que a segregação era vista como a única opção para a infância miserável[61].

---

[56] Cf. BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção:** categorias, paradigmas e práticas do direito de família. Curitiba: Juruá, 2010. p. 187-192.
[57] Cf. MACIEL, *op. cit*, 2007, p. 4-5.
[58] Cf. Ibidem, 2007, p. 4-5.
[59] O termo Misericórdia utilizado no texto, trata-se das Santas Casas de Misericórdia, as quais mantinham a "Roda dos Expostos", locais estes destinados a deixar as crianças rejeitadas pela família. Cf. PEREIRA *apud* MONCORVO FILHO, 1926, p. 34.
[60] Cf. MACIEL, *op. cit*, 2007, p. 6.

ISBN 978-85-62288-05-0

A partir da Constituição Federal de 1988 surgiram novos paradigmas, eis que a aprovação dos artigos 227 e 228 deram-se através da fusão de duas emendas populares, que contaram com assinaturas de aproximadamente duzentos mil eleitores e mais de um milhão de crianças e adolescentes[62].

A institucionalização que deveria ser uma medida temporária, comumente acaba tornando-se definitiva, pois ainda encontram-se enraizado na consciência social barreiras equivocadas e arbitrárias acerca do referido instituto. Em contrapartida, a adoção surge como um recurso definitivo para a reinserção familiar nos casos de desvinculação total com a família de origem.[63]

Neste sentido, tem-se o seguinte acórdão:

> Ementa: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ADOÇÃO. INAPTIDÃO DA GENITORA PARA O DESEMPENHO DA FUNÇÃO PARENTAL. SITUAÇÃO DE RISCO. Se a genitora não possui as mínimas condições pessoais para cuidar dos filhos, jamais tendo exercido de forma adequada a maternidade, sendo usuária de droga e mantém os filhos em constante situação de risco, fato que motivou o abrigamento dos infantes, então torna-se imperiosa a destituição do poder familiar, a fim de que as crianças, que ainda se encontram abrigadas, possam ser inseridas em família substituta e desfrutar de uma vida mais saudável, equilibrada e feliz. Recurso provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70044916104, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 19/10/2011)

É importante destacar que, o conteúdo do referido acórdão repete-se por diversas vezes no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a r. decisão aduz sobre o abrigamento, mas não encaminha a criança em situação de risco para uma família substituta, apenas faz menção a tal possibilidade, o que demonstra que a medida de proteção de acolhimento institucional poderá ser prolongada por períodos incalculáveis.

Há um desencontro de prioridades, vez que o acolhimento por longos períodos, os processos morosos de destituição do poder familiar, bem como o processo judicial-administrativo de adoção diminuem ainda mais as chances de reinserção em família substituta, uma vez que o brasileiro ainda possui grande preconceito acerca do tema, ainda mais quando se trata de adoção de crianças mais velhas.[64]

---

[61] Cf. Ibidem, 2007, p. 7.
[62] Cf. Ibidem, 2007, p. 8-9.
[63] Cf. DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 53-63.
[64] Cf. WEBER, Lidia Natalia Dobriansky. Da institucionalização à adoção: um caminho possível?

ISBN 978-85-62288-05-0

Neste diapasão, tem-se que o preconceito ainda encontra-se arraigado na população, interferindo na opção pela adoção, vez que a sociedade possui alguns mitos sobre o tema, exemplifica-se: a dificuldade na educação do adotado; medo da discriminação étnica por parte das outras pessoas; marginalidade dos pais como característica genética da criança; crianças adotadas são problemáticas; consideram os laços sanguíneos mais fortes do que os afetivos; a adoção pode ser um caminho para desbloquear a infertilidade de casais; entre outros absurdos.[65]

Além disso, a processo judicial burocrático da adoção impede a sua concretização, pois o pretenso adotante passa por diversas etapas, quais sejam: análise pessoal, depois cadastro de espera e por fim deve cumprir as exigências delineadas em lei, adiando assim por anos o direito de crianças institucionalizadas a um novo lar.[66] Salienta-se que, desestrutura física e humana do aparelho judiciário é um grande empecilho para a efetivação da adoção.

O preconceito deriva-se da falta de informação, portanto necessário se faz ações afirmativas, por meio de mecanismos jurídicos e psicossociais, com o fito de amparar e proteger as crianças que se encontram acolhidas no Brasil.[67]

4 DA COLAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA POR MEIO DA ADOÇÃO

Preliminarmente, é importante aludir que a Constituição Federal no artigo 227,§6º aboliu a distinção entre filhos naturais e adotivos, proibindo, portanto, quaisquer designações discriminatórias. Assim, com a finalidade de efetivar o comando do princípio da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, passou à regular regras específicas concernentes a adoção de menores de 18 (dezoito) anos, rompendo assim com a ideologia do assistencialismo.

Neste sentido, tem-se a filiação nos casos de adoção decorre de um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está adstrita à chancela judicial.

Deste modo, no que se refere à adoção, é necessário tecer algumas considerações sobre a adoção tardia. Verifica-se que o vocábulo “tardia” é um adjetivo usado para designar a adoção de crianças maiores.

Considera-se maior a criança que não é mais um bebê, ou seja, que tem uma certa independência do adulto para satisfação de suas necessidades básicas. Vários autores consideram a faixa etária entre dois e três anos como um limite entre a adoção precoce e a adoção tardia. Outros fatores também concorrem para essa

---

Disponível em: < http://pcdec.sites.uol.com.br/umcaminhopossivel.htm>. Acesso em 06/03/2011.

[65] Cf. Ibidem.

[66]Cf. PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção ainda gera dúvidas. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=700>. Acesso em 06/03/2011.

[67] Cf. BOCHNIA, *op. cit.*, 2010, p. 226.

ISBN 978-85-62288-05-0

avaliação é o tempo de permanência da criança em instituição e o seu nível de desenvolvimento.[68]

Ressalta-se que ainda persiste no Brasil a idéia de adoção de crianças com as seguintes características: menina, de pele branca, cabelos claros, com idade inferior a 03 (três) anos, sem irmãos e sem deficiência física e mental. Ocorrem que nos abrigos encontram-se institucionalizadas crianças geralmente de pele negra, meninos, maiores de 05 (cinco) anos de idade, com irmãos, com histórico de pais portadores de alguma doença física ou mental, como também genitores com vício em drogas e/ou álcool.

Neste diapasão têm-se as proposições de Marlizete Maldonado Vargas acerca das crianças consideradas "idosas":

> ou foram abandonadas tardiamente pelas mães, que por circunstâncias pessoais ou socioeconômicas, não puderam continuar se encarregando delas ou foram retiradas dos pais pelo poder judiciário, que os julgou incapazes de mantê-las em seu pátrio poder, ou, ainda, foram 'esquecidas' pelo Estado desde muito pequenas em 'orfanatos' que, na realidade, abrigam uma minoria de órfãos [...].[69]

Destaca-se ainda:

> Hodiernamente a opção pela adoção de crianças e adolescentes vem por vezes tardiamente, por dois motivos. Um, porque insistimos em uma convivência familiar salutar, que acreditamos seja recuperável, considerando que o acolhimento é temporário e excepcional e que resolverá magicamente o problema sem atendimento especial. Ora, nos encontramos na seguinte situação: é melhor acolhermos do que deixarmos à própria sorte. Ainda, temos aqui a problemática das crianças acolhidas, após várias tentativas de retorno, respeitando os vínculos, não destituídas e sem perspectiva de serem adotadas. Dois, porque quando decidimos pela destituição, ou seja, possibilitando a adoção, não se tem mais pessoas interessadas em acolhé-las. Consequentemente, estas permanecerão nos abrigos somente até os seus dezoito anos. Neste contexto, existem crianças que se encontram abrigadas sem perspectiva de adoção e nem de retorno.[70]

---

[68] Cf. VARGAS, Marlizete Maldonado. Adoção tardia. Disponível em: <www.unicap.br/sofia/arquivos/adocaotardia.doc>. Acesso em: 21. Ago. 2012.
[69] VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção tardia**: da família sonhada à família possível. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998. p. 35
[70] Cf. BOCHNIA, *op. cit*, 2010, p. 277-278.

ISBN 978-85-62288-05-0

Observa-se que diante dessa disparidade há uma grande exclusão social, crianças que não seguem as características desejadas são descartadas pelos pretensos pais. Deve-se avaliar que os referidos infantes passam por várias etapas de exclusão, sejam pelos genitores que não cumpriram seu papel como pais zelosos, seja através da institucionalização por longos períodos, sejam pelos pretensos adotantes que desejam outras características físicas.

Salienta-se que estas crianças encontram-se a mercê do preconceito, da exclusão social, da falta de informação de grande parte da população e principalmente de Políticas Públicas que promovam a adoção no país e em outras nações.

5 DOS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA "LEI DE ADOÇÃO" – LEI 12.010/2009

Verifica-se que, a Lei 12.010/2009, tem como escopo a tentativa de reduzir o tempo da permanência de crianças institucionalizadas e, por conseguinte, agilizar o processo de adoção.

Observa-se que, muitas mudanças são meras trocas de palavras, no que se refere à adoção, tal instituto transformou-se em medida excepcional, sendo necessário buscar a convivência familiar seja na família natural ou extensa.

A referida lei possui aspectos positivos, dentre os quais se destacam: a) o direito do adotado em conhecer a sua origem biológica; b) a manutenção dos cadastros nacionais e estaduais; c) a preferência entre o acolhimento familiar ao institucional; d) o direito de visita aos pais e, conseqüentemente, o dever de prestar alimentos aos filhos sob a guarda de outrem; e) a manutenção do vínculo fraternal, seja na adoção, guarda ou tutela; f) a limitação da permanência de crianças e adolescentes institucionalizados; entre outras medidas.

Entretanto, no que concerne a adoção, na tentativa de demonstrar a necessidade de buscar-se a manutenção dos laços com a família natural e ampliada, o mencionado instituto é mantido no plano subsidiário, o que gera mais entraves para o processo de adoção. Ademais, perdeu-se a oportunidade de regular a adoção homoafetiva.

Além disso, verifica-se que o medo acerca da adoção esbarra-se no preconceito, visto que as crianças que podem ser adotadas são, geralmente, da camada social mais pobre, no entanto, os pretensos adotantes exigem perfis irreais, o que impede o encontro desses dois grupos tão distintos. É necessário quebrar paradigmas e ter consciência de que a prioridade absoluta disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente é em relação à criança e adolescente e não ao adulto.[71]

[71] Cf. Ibidem, 2010, p. 202.

ISBN 978-85-62288-05-0

No que se refere à parte processual, tem-se que a morosidade é outro entreve a adoção, isto porque nas palavras de Anabel Vitória Mendonça, "é como se todos tivessem submetidos a um exame um concurso, e, por Deus, isso acaba dificultando a relação entre doar e o receber."[72]

Insta constar, que a morosidade afeta todo o Poder Judiciário, no entanto quando se trata de criança institucionalizada, o princípio da prioridade absoluta não é observado, tem em vista que tudo está atrasado, seja a falta de informação de quantas crianças encontram-se abrigadas, seja pelo desencontro de orientações e informações do magistrado, membro do Ministério Público, cartório ou equipe multidisciplinar. O que se vê na prática é que o tempo não é complacente com as crianças e, por conseguinte, diante da desestrutura física e humana do aparelho judiciário, tem-se que a possibilidade de reinserção em família substituta se torna cada vez mais difícil para as crianças mais velhas.

É necessário agir com rapidez e competência, com o fito de garantir a regularidade e a segurança jurídica, todavia quando se trata de crianças institucionalizadas é essencial que se busque o melhor interesse, seja por meio do retorno a família biológica, seja destituindo poder familiar e, conseqüentemente, a colocação em família substituta.[73]

Simone Franzoni Bochnia destaca o seguinte:

> A realidade bate a porto do Judiciário e os recursos e equipamentos não são suficientes para o atendimento da problemática exposta referente às crianças/adolescentes que, por exemplo, encontram-se abrigados, levando muitas vezes a utilização de recursos disponibilizados por àquela comunidade.[74]

Neste sentido, é vital a atuação em conjunto do magistrado, da equipe multidisciplinar e do Ministério Público, com a finalidade da fazer o melhor possível para a criança institucionalizada na busca por pais adotivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema é de grande relevância científica, jurídica e social, pois há um grande número de crianças que se encontram institucionalizadas a espera de uma referência familiar e principalmente de amor.

Ademais, o que se tem hoje é um Cadastro Nacional de Adoção com pretensos adotantes cheios de expectativas e desejos e de outro lado tem-se

[72] SOUZA, Anabel Vitória Mendonça. Adoção plena: um instituto do amor? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 3, n. 10, p. 147, jul./set. 2011.
[73] Cf. BOCHNIA, *op. cit*, 2010, p. 204.
[74] Cf. Ibidem, 2010, p. 134.

ISBN 978-85-62288-05-0

crianças abrigadas na esperança de serem adotadas. Contudo, o que se vê é uma grande dificuldade de articulação e de informação dos pretensos adotantes cadastrados e as referidas crianças.

Apesar de o tema adoção ser recorrente nos jornais, revistas e reportagens televisivas, nota-se que tais meios de comunicação tendem a apelar para a emoção do público, pouco é explorado os aspectos jurídicos, psicológicos e sociais que o ato gera na família.

Neste sentido, é essencial a atuação conjunta do magistrado, da equipe multidisciplinar e do Ministério Público, visto que tempo não é complacente com as crianças institucionalizadas. Além disso, diante da desestrutura física e humana do aparelho judiciário, tem-se que a possibilidade de reinserção em família substituta se torna cada vez mais difícil para as crianças mais velhas. A morosidade processual é um dos grandes entraves na concretização da adoção.

Por fim, o que se busca é a perpetuação do afeto!

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Presidência, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em: 25 jul. 2012.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente.* Brasília: Presidência, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 27 jul. 2012.

BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção:* categorias, paradigmas e práticas do direito de família. Curitiba: Juruá, 2010.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga:* estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Martin Clairet, 2006.

CUSTÓDIO, Manoel Dorival. *Do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar:* O direito a família protegida. 2002. 50 f. Monografia (Especialização) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2002.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da criança e do adolescente.* São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 3. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). *Curso de direito da criança e do adolescente:* aspectos teóricos e práticos. 2. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ISBN 978-85-62288-05-0

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil:* Direito de Família. 36. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.* São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente:* uma proposta interdisciplinar. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Adoção ainda gera dúvidas. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=700>. Acesso em 06 mar. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Destituição do poder familiar. Adoção. Inaptidão da genitora para o desempenho da função parental. Situação de risco. Apelação Cível Nº 70044916104, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 19/10/2011. Disponível em:< www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 05 jul. 2012.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil:* Direito de Família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Cláudia Maria da Silva. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista brasileira de direito de família.* Porto Alegre. v. 1, n. 1, 1999.

SOUZA, Anabel Vitória Mendonça. Adoção plena: um instituto do amor? *Revista Brasileira de Direito de Família,* Porto Alegre, ano 3, n. 10, jul./set. 2011.

VARGAS, Marlizete Maldonado. *Adoção tardia:* da família sonhada à família possível. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

_____. Adoção tardia. Disponível em: <www.unicap.br/sofia/arquivos/adocaotardia.doc>. Acesso em: 21 ago. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. *Poder familiar e tutela:* À luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB-SC, 2005.

WEBER, Lidia Natalia Dobriansky. Da institucionalização à adoção: um caminho possível? Disponível em: < http://pcdec.sites.uol.com.br/umcaminhopossivel.htm>. Acesso em 06 mar. 2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

NEOCONSTITUCIONALISMO E FRATERNIDADE: GARANTINDO DIREITOS EM TEMPOS DE MULTICULTURALISMO

Mayara Alice Souza PEGORER*
Edilson Francisco GOMES**

RESUMO

Há muito se tem buscado novas formas efetivas de garantir direitos, satisfazendo as necessidades humanas ante a evolução social. Contudo, a ampla pesquisa e produção doutrinárias acabam por olvidar velhos mecanismos de compreensão e exercício dos sistemas de proteção já existentes, deixando-se de lado a importância da própria construção do ser humano. Nesse sentido, o presente trabalho justifica-se pela necessidade de abordar o antigo valor da fraternidade como uma solução ainda atual para a efetividade do sistema constitucional de garantia de direitos. Assim, utiliza-se do método científico dedutivo para, partindo de breves apontamentos sobre as ideias de justiça construídas ao longo da História, demonstrar a insuficiência das visões jusnaturalista e juspositivista de forma apartada e, pelo paradigma do neoconstitucionalismo, concluir a necessidade atual de se relevar o antigo valor da fraternidade como instrumento de proteção aos direitos humanos e construção de uma sociedade mais justa, para a efetiva consecução do bem comum. Ao fim, traz exemplos dos reflexos desse princípio na própria Constituição Federal, bem assim em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

There has long been sought new ways to ensure effective rights, satisfying human needs in face the social evolution. However, extensive research and production doctrinal eventually forget old ways of understanding and exercise of existing protection systems, leaving aside the importance of the construction of the human being. In this sense, the present research is justified by the need to address the old value of the fraternity as a solution yet for the effectiveness of the current system of constitutional guarantee of rights. Thus, it uses the scientific method to deductive, starting with brief notes on the ideas of justice built throughout history, demonstrate

* Professora universitária, Mestranda em Ciência Jurídica pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP e bolsista da CAPES. E-mail: mayarapegorer@hotmail.com.

** Advogado. Professor universitário. Mestrando em Ciência Jurídica pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. E-mail: ediframes@hotmail.com.

ISBN 978-85-62288-05-0

the inadequacy of visions jusnaturalist and juspositivist so apart and, through of the paradigm of neoconstitutionalism, complete the current need to reveal the old value of the fraternity as an instrument of human rights protection and building a fairer society, for the effective achievement of the common good. At the end, brings examples of the consequences of this principle in the Federal Constitution, as well as on decisions of the Federal Supreme Court.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça. Direitos humanos. Neoconstitucionalismo. Fraternidade. Multiculturalismo.

KEYWORDS: Justice. Human rights. Neoconstitutionalism. Fraternity. Multiculturalism.

INTRODUÇÃO

Partindo-se do homem como ser social, o direito emerge diante da consciência das relações entre sujeitos e da necessidade de sua regulamentação, sua disciplina, assegurando a convivência pacífica em sociedade.

Assim, o direito regula as relações entre os indivíduos, diferindo-se da religião, que regula as relações do homem com a divindade, e da moral, que regula as relações do homem consigo mesmo, em sua consciência individual. (CURY, p. 02)

Immanuel Kant, através do que chamou “metafísica dos costumes”, procurou estudar as leis que regem a conduta humana sob enfoque estritamente racional, distinguindo moral e direito através de critérios listados por Bobbio (1997, p. 53-66) como explícitos (quanto seu conteúdo, segundo a obrigação da legalidade e pelas esferas de liberdade externa ou interna) e implícitos (que são a autonomia e heteronomia e a distinção entre imperativos categóricos e hipotéticos), já que Kant listou suas premissas sem as desenvolver.

Neste sentido, Bobbio (1997, p.71-72) aponta que o que Kant visa é o “ideal do direito, ao qual qualquer legislação deve adequar-se para poder ser considerada como justa”, isto é, coexistindo sua liberdade de arbítrio com a liberdade de arbítrio dos demais, através de uma lei universal. Assim, define seu ideal de justiça como liberdade.

Essa é uma de tantas outras definições de justiça construídas ao longo da História, as quais deixam claro que o direito não se confunde com a justiça (encontrando seu mais célebre exemplo no Julgamento de Nuremberg, ocorrido nos anos de 1945 e 1946, em que se julgaram profissionais da Alemanha nazista, entre eles juristas que faziam valer as leis arbitrárias sem qualquer questionamento de seu

ISBN 978-85-62288-05-0

conteúdo criminoso, agindo na máxima montesquiana, como meras “bocas da lei”), mas é um instrumento para seu alcance, sua efetivação.

O que não se pode olvidar é a mutabilidade das necessidades sociais, de forma que a justiça e, por conseguinte, o direito, acabam assumindo papéis sociais e valores diferentes no transcurso do tempo.

O presente trabalho, abordando brevemente alguns conceitos de justiça confeccionados, indaga qual é essa necessidade atual e os moldes como se apresenta, demonstrando ser preciso reavivar o valor da fraternidade como instrumento para a efetivação dos direitos humanos e princípio informador do sistema constitucional de garantia de direitos.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A IDEIA DE JUSTIÇA

O conceito de justiça vem sendo tema de muitas reflexões jurídico-filosóficas ao longo da História.

Paulo Nader (2011, p. 105) indica como essência do conceito de justiça a definição de Ulpiano (“dar a cada um o que é seu”), na medida em que se mostrou válida para todas as épocas e lugares por ter natureza formal, com conteúdo variável de acordo com a evolução cultural e sistemas políticos. O que varia, portanto, “é o que deve ser atribuído a cada um”, ganhando uma acepção diferente dependendo do contexto em que se insere (por exemplo, em sistemas capitalistas ou socialistas).

De fato, por envolver elementos tão abrangentes e subjetivos, nunca se logrou êxito em formular um conceito hermeticamente fechado, insuscetível de críticas e questionamentos. Seu conceito está permeado por valores questionáveis, que habitam no interior de todo homem.

Exemplificando, Daniel Nery traz que “a criança que acaba de ganhar um carrinho de brinquedo e o vê sendo quebrado pelo seu coleguinha já cria, em si, um sentimento de injustiça, mesmo que ela sequer saiba das discussões travadas há séculos por Platão, Kant, Hobbes e tantos outros” (NERY, 2009).

Assim, a noção de justiça dependerá dos valores, objetivos e realidade em que o interlocutor se insere, podendo até mesmo assumir significados absolutamente opostos; ora “a justiça é o dever-ser da ordem para os dirigentes, o dever-ser da esperança para os oprimidos. Podendo também ser o dever-ser da forma para o conhecimento oficial, enquanto é o dever-ser da contestação para o saber crítico” (AGUIAR, 2004, p. 15).

Quando se está diante da justiça como ordem, por exemplo, correlacionam-se os conceitos de direito e justiça para sair do direito natural e assegurar o direito à vida no alcance da paz social, como trazido na filosofia política de Thomas Hobbes,

ISBN 978-85-62288-05-0

em que “é justo aquilo que o soberano manda; é injusto aquilo que ele proíbe” (BOBBIO, 1997, p. 20).

Contudo, a crítica a tal concepção reside na tríade “justiça, ordem e segurança” do Estado como forma de legitimação da “justiça dos vencedores”, como instrumento de manutenção das relações entre dominantes e dominados, assegurando seus interesses para a preservação do *status quo*:

> A justiça dos vencedores é a única ideia de justiça que tem eficácia garantida pelo fato de se traduzir por meio de normas jurídicas, que a retiram do campo da ideologia possível para transformá-la em ideologia sancionadora, vigente e eficaz. Por isso, a justiça dos vencedores se torna a justiça mais comum, mesmo a nível teórico, pois todo poder quer ser tradutor de uma harmonia ordeira que nada mais é do que seu intuito constante de se perpetuar.
>
> Deus, a natureza, a razão, a ordem natural, o contrato social aí estão para, de alguma forma, se colocarem como tempo maior de uma dedução que é a expressão mais elaborada de uma ideologia que sustenta o poder dos vencedores. (AGUIAR, 2004, p. 24)

Por sua vez, na justiça como igualdade, derivada de Aristóteles, releva-se a proteção do direito natural fundamental à igualdade (comutativa e distributiva) como fim último do direito, possibilitando que todos os membros da sociedade recebam mesmo tratamento diante de certos critérios.

Entretanto, a crítica a essa visão se baseia nos critérios de igualdade impostos, justificando distinções naturais e úteis entre os indivíduos, que na época serviam para fundamentar, inclusive, a escravidão, apontando-a como algo justo e desejável, além de excluir da noção de cidadão os estrangeiros, as mulheres e os povos conquistados (ROSSO, ALVES, 2007, p. 72-73).

Kant, por sua vez, traz imensos progressos ao definir justiça como liberdade, isto é, determinar que o ordenamento jurídico estabeleça não somente a ordem e a igualdade, mas também imponha limites ao exercício das liberdades externas, garantindo, assim as liberdades individuais e possibilitando, por conseguinte, o exercício de todos os outros direitos naturais fundamentais, na busca da felicidade guiada pelos valores individuais.

Todavia, apesar de se desvincular da ideia de Estado paternalista acaba, justamente por refletir o pensamento da época, limitando a cidadania e, consequentemente, a titularidade dos direitos políticos àqueles que possuíssem independência econômica, de forma que a discriminação e a ideia, ainda que indireta, da supremacia de interesses dos poderosos, permanecia.

ISBN 978-85-62288-05-0

Ademais, diante da impossibilidade de exercício do direito de resistência às leis, ainda que consideradas injustas (governo tirânico), por não haver limites ao poder do soberano, vigendo o princípio da obediência ativa, resulta a manutenção do estado de dominação já pontuado quanto à teoria hobbesiana pois, na prática, apesar de destoarem na concepção de justiça, impõem a resignação do povo.

De qualquer forma, não obstante a subjetividade apontada e as críticas levantadas acerca das teorias da justiça como ordem, liberdade e igualdade, a ideia de justiça a ser alcançada através de uma ordem jurídica acabou sofrendo transformações espirais, atentando-se para as necessidades de sua aplicação.

Assim, Cury destaca três contribuições históricas para a construção da noção de justiça:

> [...] Nesse alicerce jurídico da humanidade destacam-se três grandes contribuições: 1) a contribuição hebraica, para a qual justiça é virtude, ou melhor, a virtude do homem bom e justo, a virtude entendida como disposição da alma; 2) a contribuição grega, concebendo a justiça como instrumento de equilíbrio e de harmonia da vida social; e, finalmente 3) a contribuição romana segundo a qual é a segurança de que aquilo que nos pertence nos é devido, ou, na sua máxima famosa *justitia est constants et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere*. (CURY, p. 03)

Distinguem-se, pois, duas visões essenciais de justiça: objetiva e subjetiva. Por aquela, a justiça é tão somente uma exigência da vida social, sendo a palavra muitas vezes utilizada para designar instituições do Poder Judiciário, por exemplo; por esta, caracteriza-se como virtude, qualidade subjetiva do sujeito (DOMINGOS, 2007, p. 286).

2 A INSUFICIÊNCIA DAS VISÕES APARTADAS: UM NOVO PARADIGMA

Apesar de, como anteriormente demonstrado, não se confundir com a justiça, o direito assume a função de concretizá-la, diante da multiplicidade de valores que a compõem. Assume, portanto, o desafio de compatibilizar os dois aspectos que a envolvem, objetivo e subjetivo.

A partir da segunda metade do século XIX, surgiram novas concepções jusfilosóficas para combater as visões unilateralmente jusnaturalista (frágeis, porque amparadas em uma validade metafísica, oriunda da natureza) e juspositivista (limitada pela validade estrita da norma), demonstrando sua insuficiência frente às necessidades de uma sociedade pluralista (HERRERA, PALLOTTA, 2010, p. 69).

Decerto, não se pode cair no fetichismo positivista, idealizando-se uma justiça imparcial, e nem em uma supremacia irrestrita de valores, deixando margem

ISBN 978-85-62288-05-0

para interpretações diversas; ao contrário, passou-se a crer em uma justiça comprometida, ciente dos desequilíbrios sociais em suas mais diversas facetas.

Neste sentido, Paulo Nader (2011, p. 108) aponta como critérios da noção de justiça: 1) formais: igualdade e proporcionalidade (que se complementam); 2) materiais: mérito, capacidade e necessidade.

Pode-se notar que o conceito de justiça passou a ser construído cada vez mais de maneira dialética, em constante transformação relacionada às práticas sociais, "assentada em uma concepção de mundo que emerge das relações concretas e contraditórias do social" (AGUIAR, 2004, p. 17).

Assim, originaram-se novas teorias da justiça preocupadas tanto com o aspecto formal quanto sua finalidade prática, como John Rawls, que formulou uma concepção de justiça como eqüidade combinada a uma concepção política da justiça para uma democracia constitucional, evitando se ater a proposições metafísicas e puramente filosóficas.

Portanto, não se pode crer mais em uma divisão extrema das correntes, opondo-se o discurso divino e o da razão prática; busca-se o equilíbrio entre elas com "o respeito aos direitos da personalidade, calcados nos princípios da igualdade social, da igualdade econômica, da igualdade cultural e, por último, da igualdade jurídica" (GIACÓIA, 2004, p. 34).

> Não há dúvidas que a tese da separação conceitual entre direito e moral é comum ao positivismo jurídico (*lato sensu*), ao reverso do pensamento jusnaturalista que sustente a subordinação do direito positivo a normas morais naturais. Isso significa que enquanto o positivismo jurídico nos seduz como cientistas neutros, o jusnaturalismo nos permite afirmar valores morais. Do exame, portanto, dessas concepções, constata-se serem elas inapropriadas frente uma sociedade pluralista e global, de modo que surge uma nova teoria para pensar o direito contemporâneo: o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo). (HERRERA, PALLOTTA, 2010, p. 76)

Esse novo paradigma, consubstanciado no neoconstitucionalismo, evidenciou uma "nova era de direitos", marcada pelo aumento dos bens merecedores de tutela, surgimento de outros sujeitos de direitos e consideração do homem na concretude das relações sociais, por suas diferenças e especificidades (CAMBI, p. 29-30).

Reintroduziram-se novas preocupações éticas e axiológicas à ciência do Direito, relacionando valores, princípios e regras: ao mesmo tempo que combate "a crença de subordinação do direito positivo a postulados metafísicos [...], considera que a relação moral e direito conceitualmente necessária como critério de correção

ISBN 978-85-62288-05-0

moral, ou de justiça, em relação ao direito positivo" (HERRERA, PALLOTTA, 2010, p. 74).

> Do exposto, verifica-se ser imprescindível compreender os elementos principais do conceito de direito numa perspectiva tridimensionalista, que compõe norma (legalidade), fato e valor (correção e justiça). Nossa abordagem consiste, portanto, em considerar que a temática do justo como proposição central da reflexão do direito, com o segundo pós-guerra, modificou-se para revelar um novo modo de compreender o direito, que implica reconhecer a complementaridade entre direito e moral como elementares imprescindíveis à reflexão do conceito de justiça.
>
> Daí a necessidade de um direito moralmente reflexivo que entenda que o ato de interpretar e aplicar o direito envolve o recurso permanente a instâncias intersubjetivas de valoração. Nessa perspectiva, o pós-positivismo requer justificabilidade moral, ao ponto de não ser positivista ou jusnaturalista; fornece a ideia de uma posição eclética, na medida em que apodera-se do procedimentalismo das regras do positivismo e dos postulados válidos-em-si-mesmos, de caráter universal e atemporal. (HERRERA, 2011, p.175)

Ademais, deve se ter em pauta o multiculturalismo (pluralismo), que "designa, originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas", e que logo passou a ser usado como "um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global" (SANTOS, 2010, p. 26). Por ele, o reconhecimento à diferença torna-se um pressuposto para a consubstanciação da democracia inclusiva.

Discorre Boaventura de Souza Santos (2010, p. 28), com base em obra de Robert Stam, que o multiculturalismo se trata de um conceito que aponta de maneira simultânea e alternativa para uma *descrição* (quando se pode falar na "1. a existência de uma multiplicidade de culturas no mundo; 2. a co-existência de culturas diversas no espaço de um mesmo Estado-nação; 3. a existência de culturas que se interinfluenciam tanto dentro como além do Estado-nação") e para um *projeto*.

Ora, é através dessa visão multicultural dos direitos humanos que se torna possível a construção de uma sociedade cosmopolita (forma de globalização "de baixo para cima", hegemônica), em que se oportuniza organização aos "subordinados" na defesa de seus interesses comuns, beneficiando-se das possibilidades de interação entre nações oportunizada no sistema global (SANTOS, p. 13-14).

ISBN 978-85-62288-05-0

Enfim, o ideal de justiça acaba assumindo hoje a função de orientar o exercício de governo para a realização da pessoa humana não somente em seus valores individuais, mas como parte de uma coletividade, guiado pelo princípio da proporcionalidade para a essencial preservação da dignidade da pessoa humana.

> É possível que o conceito de justiça tenha que enfrentar desafios ainda maiores, como o de compatibilizar-se com novas formas de conflitividade social, envolvendo grupos, massas e coletividades – característica do mundo moderno – que encobrem o indivíduo em sua aspiração pessoal por vida digna. É possível que continue não alcançando o espaço da paz. É também bem possível que prossiga não reduzindo, eficazmente, as tensões sociais. Mas, é preciso prosseguir, de qualquer forma, perseguindo seu real e mais abrangente sentido, qual seja, o de valorizar a pessoa humana na esfera de sua majestade moral. (GIACÓIA, 2004, p. 30)

Através das bases axiológicas neoconstitucionais e dos direitos humanos e fundamentais que a justiça se caracteriza como a constitucionalidade substancial das leis, buscando minar os obstáculos a um renascimento jurídico listados por Paulo Cunha (2009, p.85) como "o preconceito, designadamente o etnocentrismo intelectual, a dogmatização e a invocação deslocada e *ad nauseam* do argumento da autoridade, a ex-denominação teórica, o mito da especialização e do pensamento científico e sistemático", por intermédio "dos princípios da não discriminação intelectual, do pensamento crítico e sujeito, da expressão total e plural, da problematização e da supremacia da constituição e da constitucionalização do Direito". Contudo, como esperar do Estado a efetivação da justiça se os próprios indivíduos não têm consciência do contexto social em que se insere e do papel que nele exerce?

3 A NOVA NECESSIDADE DE UM ANTIGO VALOR

Diante das novas necessidades apontadas e do novo paradigma estabelecido, o elemento intersubjetivo da noção de justiça ganha relevo, relacionando-se à necessidade de se respeitar os outros indivíduos e seus direitos, assumir uma posição solidária para com os demais membros da sociedade, porquanto dependente deles, na busca do bem comum.

Ao se tomar o lema trazido pela Revolução Francesa, nota-se que enquanto o século XIX foi um período de consolidação do valor de liberdade e o século XX da igualdade, este é o momento de se volver os olhos para as necessidades coletivas, os direitos transcedentais, para o valor da fraternidade, afinal, consolidou-se

ISBN 978-85-62288-05-0

historicamente uma lógica individualista que acabou fragilizando o sentido das relações humanas.

Reaviva-se, assim, um preceito deixado pelo próprio cristianismo, valorizando-se a pessoa humana e a relação do indivíduo com o próximo, por sua própria consciência, independentemente de qualquer determinação legal.

Não obstante sua conotação subjetiva, relacionando-se de certa forma com a religião, a exemplo dos valores do cristianismo, a fraternidade é um valor universal, porquanto decorrente da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2008, p. 430):

> A vivência da Fraternidade no contexto das relações humanas gera novos compromissos, capazes de promover a solução para as necessidades que resultam no bem-estar dos outros e que, direta e indiretamente, preservam o próprio bem, em um movimento circular, propiciando o surgimento de uma mentalidade fraterna. (SILVA, 2008, p. 419-420)

É para a razão comunicativa (consciência e compreensão da própria situação e da situação dos outros na sociedade), por exemplo, que se volta teoria habermasiana, e para a preservação dos direitos humanos que se volta Hannah Arendt, enfrentando as dificuldades que os fenômenos modernos, como a globalização, impõem.

Neste sentido, Cury aponta o “império espontâneo” ao lado do império da lei, hoje colocado como solidariedade (um dos aspectos da fraternidade), que traz essa atuação livre e voluntária, dando “um novo sentido à distribuição de justiça”, pois “de um lado tem como base a aplicação da lei, de outro avalia os conflitos valorizando a vida, reconhecendo o respeito e a dignidade das partes no processo, interpretando-a segundo o preceito básico de ‘fazer ao outro aquilo que gostaria que fosse feito a si próprio’” (CURY, p. 11).

A fraternidade coloca-se, portanto, como um velho valor que deve ser reavivado para a solução das novas perspectivas sociais:

> Diferente dos demais pressupostos da Revolução Francesa, a fraternidade foi deixada de lado, foi esquecida; este *esquecimento* não é sem motivação já que falar em fraternidade implica em um compartilhar, em um romper de poderes, em pacto entre iguais... São essas razões que fizeram com que o conceito ficasse à margem, ou como afirma Resta, seja *a prima pobre que vem do interior*. Essa prima pobre tem uma riqueza fundada na não-violência, no amor, no diálogo, no cosmopolitismo, na amizade, no diálogo entre os diferentes dos mais *diferentes* cantos desse mundo. Ela é, então, a

ISBN 978-85-62288-05-0

> promessa que faltou da Revolução Iluminista e aparece hoje como uma nova possibilidade, uma aposta! (VIAL, 2006, p. 132, grifo do autor)

A tendência de se construir um Direito Fraterno foi tema abordado por Elígio Resta, que pontuou a necessidade de uma análise transdisciplinar dos fenômenos sociais. Sua obra foi objeto de estudo de Sandra Vial, trazendo a transdisciplinariedade como um transgredir e um integrar conjuntos, na medida em que importam na participação de outras ciências e na análise do contexto (VIAL, 2004, p. 74).

Dentre os pressupostos do Direito Fraterno listados pela autora, ressalta-se o fato de configurar-se como um acordo de iguais através de regras mínimas de convivência, opondo-se ao direito paterno e que, assim, "abandona os confins fechados da cidadania e projeta para uma nova forma de cosmopolitismo, para uma nova forma de co-divisão, de compartilhamento" (VIAL, 2006, p.122-124).

Segundo Álvaro Cruz e Lafayette Pozzoli (2010, p. 5548), "fica claramente apresentada como o grande objetivo da organização jurídica", uma vez que "a ordem jurídica, fundada no princípio da igualdade e da paz, voltada para a dignidade da pessoa humana, é o ordenamento da fraternidade."

Assim, a fraternidade encontrou espaço no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e até mesmo no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, traz a busca da construção de uma sociedade fraterna, elevando a fraternidade até mesmo como critério interpretativo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifo nosso)

Segundo Juliana Lopes, a Constituição Cidadã não se limita a tal previsão referente ao princípio da fraternidade, mas o pulveriza ao longo de seu texto, ao dispor sobre os direitos sociais, ao estabelecer como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária, ao possibilitar a ratificação de tratados e convenções sobre direitos humanos e cooperação, dentre outros. (LOPES, 2011, p. 104-105)

ISBN 978-85-62288-05-0

Portanto, a fraternidade passa a caracterizar-se como um instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana dentro do ordenamento, como forma de se atingir uma ordem jurídica justa em que, tendo em mente a busca pelo bem comum, os indivíduos passariam a se vincular por interesses comuns, figurando tanto como colaboradores quanto beneficiados.

Analisando a viabilidade de se conceber um direito fraterno e suas vantagens, Álvaro Cruz e Lafayette Pozzoli descrevem:

> [...] O direito fraterno é racional, é lógico e totalmente possível como demonstrado, e por isso merece a atenção de todos os cidadãos e, notadamente, a classe dos agentes do direito que são os maiores responsáveis pelas mais diversas doutrinas existentes no mundo jurídico.
>
> A defesa por um direito fraterno é a garantia de que teremos uma ordem jurídica voltada para o ser humano na sua vida digna e com isso, a conquista de um direito cada vez mais justo, atingindo a máxima eficácia no controle social pleno para o qual foi criado. (CRUZ, POZZOLI, 2010, p. 5551)

A construção de uma sociedade fraterna passa, por exemplo, pela promoção da igualdade das chamadas “minorias”, processo que não se limita apenas à tolerância (o que implicaria na ideia de concessão, mantendo a relação de superioridade), mas à efetiva aceitação e inclusão.

Nesse sentido, Fernando de Brito Alves (2010, p. 139-140) aborda a ética da alteridade, importante na fundamentação filosófica dos direitos das minorias, calcada na máxima do “amor ao próximo” e, depois, do proposto “amor ao distante”, “como suplantação de modelos éticos identitários, por outros que encaram a realidade de forma não invertida, aberta e comprometida com a construção de comunidades multiculturais, em sentido lato”.

Essa promoção da igualdade e, por sua vez, a consequente construção de uma sociedade fraterna importa num processo de conscientização da diferença e promoção de ações afirmativas (ações de discriminação lícita, porquanto resultem em práticas de distinção para estímulo da igualdade material) para grupos sociais como as mulheres, negros, homossexuais, portadores de deficiência, dentre outros.

Sintetizando tais ideias, tem-se que

> Esta hermenêutica pluralizadora, que se defende como condição de possibilidade na busca da averiguação e efetivação da dignidade humana ante os desafios e singularidades da contemporaneidade, encontra guarida nos postulados do Direito Fraterno, capaz de colocar em evidência toda a determinação histórica do Direito fechado na angústia dos confins estatais e

ISBN 978-85-62288-05-0

> coincidir com o espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, voltando os olhos à humanidade como lugar comum e universal. Não sob um prisma homogeneizante, que mascara as diferenças, mas numa perspectiva cosmopolita, que se reporta ao cósmico e ao valor universal, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela da dignidade recíproca e a efetivação da solidariedade como condição necessária e a contribuição coletiva essencial para o bem-estar social. (BUENO, 2007, p. 11)

Por tudo isso, o princípio da fraternidade está passando a fundamentar várias decisões e julgamentos do Supremo Tribunal Federal, como os exemplos a seguir listados pelo próprio órgão em sua página virtual (STF, 2009a):

- as ADIs 3105 e 3128, que entendeu constitucional a contribuição previdenciária de inativos (EC 41/2003), haja vista que a manutenção da previdência deve ser solidária;

- determinação do pagamento de Implante Diafragmático Muscular (MDM) pelo estado de Pernambuco a um estudante tetraplégico, em abril de 2008;

- a ADI 3510, em que se discutiu e liberou pesquisas com células-tronco embrionárias;

- a Pet 2288, que reconheceu a legalidade da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol;

- a decisão que julgou constitucional a proibição de importação de pneus usados.

Outra forma de emprego do princípio em pauta, descrito também pelo próprio Supremo Tribunal Federal, é o “amicus curiae”, que possibilita o auxílio de seus membros na tomada de importantes decisões, trazendo, além de eventuais informações técnicas, percepções sobre o modo de pensar das camadas sociais sobre determinado assunto controvertido, oferecendo subsídios da uma decisão que seja tecnicamente correta, mas também atenda aos anseios sociedade, alcançando realmente esse novo ideal de justiça:

> Para incrementar a participação da sociedade no dia-a-dia da aplicação do direitos, recentemente o STF começou a aceitar a presença do “amicus curiae”. Ele é um terceiro que intervém no processo de tomada de decisão judicial, frequentemente, em defesa dos interesses de grupos por ele representados, oferecendo informações acerca da questão jurídica controvertida, bem como novas alternativas interpretativas.
>
> É um instrumento utilizado, essencialmente, por entidades associativas, que oferecem memoriais com três tipos de informação: reforço a argumentações

ISBN 978-85-62288-05-0

> jurídicas já presentes no processo; elementos técnicos não legais ou dados sobre de fatos e indícios acerca das preferências políticas do grupo de interesses que representam. Um fator de abertura procedimental e de pluralização da jurisdição constitucional em nosso País.
>
> O Supremo Tribunal Federal, imbuído desse sentimento, vem realizando audiências públicas, a fim de que suas decisões, referente a temas de grande relevância social, possam ser tomadas levando em conta a participação popular, aproximando-as das reais necessidades da população brasileira, servindo como a última trincheira do cidadão frente ao abuso de poder, bem como possíveis excessos cometidos contra seus legítimos detentores, o povo. (STF, 2009b)

Nota-se, enfim, que o valor antigo da fraternidade acaba se configurando como uma nova solução aos entraves que prejudicam a efetivação dos direitos humanos, derrubando o sentimento individualista para a conscientização do indivíduo enquanto sociedade.

Assim, trazendo como fundamento do Direito a solidariedade (uma das faces do princípio da fraternidade, conforme outrora exposto), justifica-se a consagração normativa dos direitos transindividuais e a prática de ações afirmativas e justiça distributiva para sua consecução. (LOPES, 2011, p. 105)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar a fraternidade como um valor necessário ao direito e conseqüente efetivação da justiça não é utopia. Diante dos inúmeros conceitos de justiça formulados e das necessidades hodiernas, a conscientização da vida em sociedade e a humanização das relações se coloca como um instrumento promissor à proteção e promoção dos direitos humanos, do verdadeiro bem comum, com a efetivação da justiça social e restaurativa.

Mais do que se pensar em direitos de titularidade coletiva, como aqueles que compõem a terceira dimensão dos direitos fundamentais, chamados direitos de solidariedade, a fraternidade viabiliza a consecução plena de direitos de liberdade, sociais, culturais, econômicos e até mesmo de solidariedade, através do respeito mútuo e da amizade que aceita as diferenças na sociedade cosmopolita.

Desta forma, o que se propõe não é uma nova mudança de valores, mas a retomada de valores esquecidos fronte à globalização e à valoração do capital, para uma autopercepção do ser humano, fundada no altruísmo, no “enxergar o outro”, reavivando a fraternidade para que se possa efetivar a real justiça.

Afinal, a fraternidade importa em laços que vão além da solidariedade, que refletirão tanto nas relações interpessoais quanto nas relações internacionais,

ISBN 978-85-62288-05-0

alçando função de princípio norteador para uma ordem jurídica justa. Assim, a fraternidade passa a representar um princípio informador do Direito nos mais diversos âmbitos, abrangendo sua formulação, interpretação e aplicação.

Contudo, sabe-se que essa construção ainda se coloca como um ideal e seu alcance exige uma atuação conjunta da sociedade e do Estado, promovendo a plena conscientização dos indivíduos de seu papel, para a promoção de seus direitos e dos direitos do outro.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. *O que é justiça – uma abordagem dialética*. 6 ed. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2004.

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Brasília: UNB, 1997.

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

BUENO, Jorge Luiz da Rocha. *Direito fraterno: um novo olhar à compreensão dos contornos contemporâneos do princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos na flexibilização dos pactos interprivados*.216 f. Dissertação (Mestrado em Direito - Área de

Concentração: Direitos Sociais e Políticas Públicas) - Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 20 ago. 2012.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano1, n.6. fev. 2007, p. 01-44. Disponível em: <http//:www.panoptica.org>. Acesso em: 07. jun. 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência.* 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CRUZ, Álvaro Augusto Fernandes da. POZZOLI, Lafayette. Princípio Constitucional da Dignidade Humana e o Direito Fraterno. In: *XIX Encontro Nacional do Conpedi*, 2010, Fortaleza, CE. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi - Fortaleza CE. Florianópolis. SC : Conpedi, 2010. v. 1.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do direito natural ao direito fraterno. *Revista de Estudos constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, I (I), jan-jun 2009, p. 78-86.

CURY, Munir. *Direito e fraternidade*.Disponível em: <http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/39.pdf>. Acesso em: 03. jan. 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

DOMINGOS, Terezinha Oliveira. A teoria da justiça. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo*. v.4 n. 4. p. 283-302.

GIACÓIA, Gilberto. Justiça e dignidade. *Revista Em Tempo*, Marília, v. 6, p. 27-37, ago. 2004.

HERRERA, Luiz Henrique Martim. PALLOTTA, Fábio Paride. A compreensão do justo como proposição central da reflexão do direito: seus contornos no pós-positivismo. *Revista Argumenta*. n. 13. 2010. p. 65-78.

HERRERA, Luiz Henrique Martim. A compreensão do justo como proposição central da reflexão do direito: seus contornos no pós-positivismo. In: POZZOLI, Lafayette; SPLICIDO, Christiane. [Orgs.] *Teoria geral do direito: ensaios sobre dignidade humana e fraternidade*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2011. p. 163-176.

LOPES, Juliana Mantovani. O terceiro valor fundamental da revolução francesa e seus reflexos no contexto jurisdicional brasileiro. In: POZZOLI, Lafayette; SPLICIDO, Christiane. [Orgs.] *Teoria geral do direito: ensaios sobre dignidade humana e fraternidade*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2011. p. 101-110.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY, Daniel Christianini. O que é justiça, afinal? *Revista Autor*, 01 nov. de 2009. Disponível em: <http://www.revistaautor.com/index.php?option=com_content&task=view&id=522&Itemid=38>. Acesso em 10 dez. 2011.

PEGORER, Mayara Alice Souza; LIMA, Jairo Néia . Direito à diferença e políticas públicas: a atuação estatal em face dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres em um espaço multicultural. In: *XX Encontro Nacional do CONPEDI*, 2011, Belo Horizonte. Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2011. p. 8051-8070.

ROSSO, Paulo Sérgio. ALVES, Fernando de Brito. Igualdade formal e desigualdade utilitária: os discursos de legitimação da exclusão em Aristóteles e Rawls. *Revista Argumenta*. n.07. 2007. p. 69-86.

SANTOS, Boaventura de Sousa [Org.]. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

SILVA, Ildete Regina Vale da. Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica de UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolítica>.

STF, Notícias. *Decisões do STF espelham princípios revolucionários*. 13 jul. 2009a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 ago. 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

STF, Notícias. *Proteção à família, crianças e meio ambiente marcam o espírito fraternal da Constituição*. 13 jul. 2009b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 ago. 2012.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraterno. *Estudo & Debate,* Lajeado, v.11, n. 1, p. 75-80, 2004.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos,* Bauru, v.1, n. 46, p. 119-134, 2006.

ISBN 978-85-62288-05-0

INVESTIGAÇÃO POR PARTICULARES: UM ENFOQUE SOB Á LUZ DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Rodrigo Lemos ARTEIRO[75]

RESUMO:
O presente trabalho apresenta um enfoque da investigação criminal praticada por particulares em detrimento dos direitos fundamentais dos demais entes privados, sob a perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e do princípio da isonomia. Analisando ainda as formas de distribuição da tutela jurisdicional adequada ao restabelecimento de abusos e arbitrariedades engendradas neste tipo de atividade.

ABSTRACT: This paper presents an approach to criminal investigation carried on by individuals to the detriment of fundamental rights of other private entities, from the perspective of horizontal effectiveness of fundamental rights and the principle of equality. Analyzing further the spreading ways of restoring adequate legal protection from abuse and arbitrariness engendered this kind of activity.

PALAVRAS – CHAVE: Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal. Estado de Direito. Sistema Persecutório. Persecução Penal. Peças de Informação. Investigação Criminal.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Efficiency Horizontal. State of Law. Persecutory System. Criminal Prosecution. Parts Information. Criminal Investigation.

Introdução

O presente estudo visa analisar a investigação criminal perpetrada por particulares, sem perder de vista que se trata de uma atuação realizada para desvendar fatos penalmente relevantes, e é em regra uma função dotada de oficialidade, portanto, submetida à responsabilidade do Estado que cria órgãos

[75] Mestrando em ciências jurídicas do programa de mestrado da UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná. Docente das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Especialista em Direito pela mesma instituição. Professor convidado da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP. Advogado.

ISBN 978-85-62288-05-0

constitucionalmente autorizados e aptos a exercerem as atividades de desvendamento de delitos para subsidiar a persecução penal.

Contudo, não raras vezes entes dotados de personalidade jurídica de direito privado tomam a iniciativa de apurar e investigar crimes, por vezes auxiliando a polícia judiciária, e em outras oportunidades substituindo a ação policial sem que qualquer órgão público tome ciência de tais atos.

Os sujeitos de direito privado que atuam investigando delitos, na maioria das vezes, são pessoas jurídicas que se utilizam da investigação como elemento de pressão social para buscar estrategicamente resultados diversos da efetiva punição de crimes. Assim agindo, estes entes privados usurpam uma função pública e rompem com o dogma da isonomia ao se beneficiarem da superioridade inerente as suas estruturas organizacionais como instrumento para obter maior fortalecimento e poder social, político e econômico.

Nessa quadra, por ser evidente que a persecução penal como modalidade de atividade estatal deve ser desempenhada por órgãos públicos sob os estritos limites da legalidade, como maior razão ainda, se percebe que o ente privado fica também limitado pela lei, todavia, em perspectiva diversa, pois ao particular é dado com maior liberdade fazer tudo aquilo que o legislador não proíbe. De outro lado, os órgãos investigatórios que integram a estrutura da Administração Pública, não podem fazer nada além do que a lei expressamente autorize ou determine.

Por tais razões, teremos desdobramentos diversos no reconhecimento da ilicitude da prova colhida arbitrariamente pelo órgão público investigatório diante daquela obtida abusivamente pelo particular para incriminar outro ente privado. Isso não significa afirmar que a prova colhida pelo particular também não se submeta ao controle jurisdicional, pois nestes casos teremos a eficácia horizontal dos direitos fundamentais do investigado irradiando-se em face da ação de outro particular que detém posição privilegiada em relação ao primeiro.

1. O Sistema Persecutório do Estado

Nessa quadra, a Constituição Federal estampa em vários de seus dispositivos, de forma esparsa, um Sistema Persecutório com o fito de investigar, apurar, processar e punir fatos dotados de viés delituoso.

O mencionado Sistema está delineado no bojo da Constituição Federal, inicialmente, quando se nota a presença de normas orgânicas que criam os vários órgãos institucionalmente vinculados à função punitiva do Estado.

De início, vale referenciar à norma do artigo 144 do Constituição Federal instituindo as atividades policiais para a preservação da ordem pública e para a elucidação de crimes. Em seguida, há a previsão do Ministério Público com as suas funções disciplinadas no artigo 129 da Constituição Federal, dentre às mais

ISBN 978-85-62288-05-0

clássicas, a de promover exclusivamente a propositura da ação penal. E ainda, assumido o eixo central do Sistema Persecutório, com fundamento no art. 5º inc. XXXV do Diploma Constitucional, figura o Poder Judiciário, que vinculado à função de guardião da justiça e dos valores constitucionais conferidos aos indivíduos, realiza o controle de legalidade e de constitucionalidade das medidas investigatórias direcionadas a relativização e restrições aos direitos fundamentais dos investigados.

O Sistema Persecutório do Estado, conforme se pode inferir é marcado pela característica da oficialidade. Significa dizer, que os órgãos integrantes dessa estrutura pertencem ao poder público e exercem uma modalidade de função pública no intento de satisfazer concretamente o poder de punitivo estatal.

Posicionando-se sobre o tema esclarece Tourinho Filho:

> Como titular do direito de punir, quando alguém infringe a norma penal, deverá o Estado, para fazer valer o seu direito, procurar os elementos comprobatórios do fato infringente da norma e os de quem tenha sido o seu autor, entregando-os, a seguir, ao órgão do Ministério Público para promover a competente ação penal.
>
> O Estado realiza essa tarefa ingente por meio de órgãos por ele criados. O órgão do Ministério Público incumbe-se de ajuizar a ação penal e acompanhar o seu desenrolar até final. É o que se chama *persecutio criminis in judicio*. Mas, para o órgão do Ministério Público poder levar ao conhecimento do Juiz a notícia sobre um fato infringente da norma, apontando-lhe o autor, é intuitivo que tenha em mãos os elementos comprobatórios do fato e da respectiva autoria. E como consegui-los?
>
> Para tanto, o Estado criou outro órgão incumbido precipuamente dessa missão. É a Polícia Civil, como denomina o § 4º do art. 144 da Carta Política (mais conhecida como Polícia Judiciária), cuja finalidade é investigar fato infringente da norma e quem tenha sido seu autor, colhendo os necessários elementos probatórios a respeito. Feita essa investigação, as informações que a compõem são levadas ao Ministério Público, a fim de que este, se for o caso, promova a competente ação penal. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 195)

Aliado ao Sistema Persecutório assume também papel indispensável à consecução da justiça penal, a defesa do investigado, que se faz legítima desde o início das atividades investigatórias, porquanto, embora ainda não haja a prática de atos processuais em contraditório vigorando apenas um procedimento inquisitivo, o investigado perdura como sendo titular de direitos fundamentais extraprocessuais, tais como: o direito a liberdade; integridade física, psíquica e genética; inviolabilidade

ISBN 978-85-62288-05-0

domiciliar; a vida privada e a intimidade; dentre outros.

Infere-se do panorama acima alinhavado, que todos os agentes participantes da atividade persecutória do Estado já se encontram integrados e disciplinados no Texto Constitucional, imersos em forma de sistema, haja vista que cada uma das instituições desempenha funções independentes uma das outras, porém, interligadas harmonicamente no desenvolvimento da dialética processual penal.

2. A Investigação como atividade legitimada ao Estado

Constata-se da análise do Sistema Persecutório acima mencionado, que a atividade de investigar crimes qualifica-se como um serviço público essencial confiado soberanamente ao Estado, por meio da Constituição Federal, sobretudo, quando se considera que o ato de investigar não raras vezes ocasiona uma inevitável ingerência na esfera de direitos fundamentais do investigado, ou até mesmo de terceiros estranhos ao contexto fático apurado.

Expondo o conceito de investigação temos José Frederico Marques (1997, p.139) que leciona: ”A investigação é atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a preparar a ação penal”.

Diante desse quadro, discute-se a possibilidade de um ente particular, pessoa natural ou jurídica praticar atos investigatórios com o fito de satisfazer o poder punitivo do Estado.

Para a compreensão exata da questão é relevante diferenciar a investigação criminal propriamente dita, das meras peças de informações que respaldam uma *notitia criminis*. A princípio ambos os conceitos podem ser confundidos, porquanto, tanto um instrumento como outro servem para deflagrar a ação penal. A argumentação doutrinária alude que tanto o inquérito policial, como as demais peças informativas se inserem no rol dos elementos de convicção meramente dispensáveis para que o Ministério Público possa ingressar em juízo e, por isso, não se estabelece um tratamento diferenciado entre tais institutos substancialmente distintos.

Em essência, a investigação criminal estatal se diferencia das peças de informações por guardar previsão expressa no ordenamento jurídico, como um conjunto sequencial de diligências e atos específicos disciplinados no art. 6º do Código de Processo Penal. Tal fato possibilita um controle judicial das medidas investigatórias tomadas perante o Poder Judiciário. Por outro lado, as peças informativas ante a ausência de positivação legal expressa, ficam desaparelhadas da garantia constitucional do devido processo legal administrativo.

Vale registrar, que embora não haja no curso do inquérito policial como regra, a incidência das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa,

ISBN 978-85-62288-05-0

é patente a aplicabilidade do princípio do devido processo legal administrativo que é inerente a todo é qualquer procedimento levado a efeito por órgãos público imersos na sistemática do Estado de Direito.

Comungando com tal posição elucida Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do devido processo legal administrativo nos seguintes parâmetros:

> O próprio do Estado de Direito é subordinar o exercício do poder público à obediência de normas adrede concebidas para conformar-lhe a atuação, prevenindo, destarte, seu uso desatado ou descomedido. Deveras, o propósito nele consubstanciado é o de oferecer a todos os integrantes da Sociedade a segurança de que não serão amesquinhados pelos detentores do Poder nem surpreendidos com medidas e providências interferentes com a liberdade e a propriedade sem cautelas preestabelecidas para defendê-las eficazmente.
>
> Tal enquadramento da conduta estatal em pautas balizadoras, como se disse e é universalmente sabido, concerne tanto a aspectos materiais – pelo atrelamento do Estado a determinados fins antecipadamente propostos como os validamente perseguíveis – quanto a aspectos formais, ou seja, relativos ao preestabelecimento dos meios eleitos como as vias idôneas a serem percorridas para que, através delas – e somente através delas - , possa o Poder Público exprimir suas decisões. Estes últimos dizem com a prévia definição dos processos que canalizarão as manifestações estatais. A indicação das formas adequadas para aportar nos fins buscados define o *modus procedendi* obrigatório para o Poder Público, com o quê sua atuação fica inserida na intimidade de uma trilha cujo percurso correto é a maior garantia para o cumprimento dos bens jurídicos que o Estado de Direito visa resguardar. (MELLO, 2000, p. 88)

Permeando a mesma linha argumentativa, Nelson Nery Júnior esclarece esta temática demonstrando que o devido processo legal administrativo se revela como uma das vertentes do Princípio da Legalidade estrita incidindo no regramento dos atos da Administração Pública e propiciando um controle de sua atuação.

Assim, temos as seguintes orientações do aludido autor:

> O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que a manifestação da *cláusula substantive due process*. Os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, muito embora sob outra roupagem, ora denominando-o de garantia da

ISBN 978-85-62288-05-0

> legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. Já se identificou a garantia dos cidadãos contra os abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo manifestação do devido processo legal. (NERY JÚNIOR, 2010, p.84)

Nessa mesma linha discursiva, prossegue Nelson Nery Júnior ao cuidar da autonomia de vontade nas relações de direito privado:

> No direito privado prevalece o princípio da autonomia da vontade com a conseqüente liberdade de contratar, de realizar negócios e praticar atos jurídicos. Podem ser praticados quaisquer atos, mesmo que a lei não os preveja, desde que não atentem contra normas de ordem pública ou contra os bons costumes: o que não é proibido é permitido. É o que se denomina de princípio da atipicidade dos negócios jurídicos privados. No direito administrativo isto não se pode verificar: a administração somente pode agir *secundum legem*, vale dizer, não pode praticar atos nem celebrar negócios jurídicos atípicos: somente o que é permitido pela lei pode ser objeto da atividade administrativa. (NERY JÚNIOR, 2010, p.84)

Em meio a este contexto, é de se notar que as peças informativas ou dossiês investigatórios elaborados por particulares ao escaparem da garantia do devido processo legal administrativo, representam um conjunto de elementos de convicção que são reunidos aleatoriamente e não raras vezes arbitrariamente, sem qualquer regramento ou controle legal e efetivo por parte do Estado, tendendo a consumação de abusos, desmandos ou manipulação de informações.

Contudo, em se tratando exclusivamente de notícia de delito, tais informações em posse legítima de particulares podem ser usadas para deflagrar a ação penal pública a ser intentada pelo Ministério Público se não ensejar cerceamento de direitos fundamentais e nem lesar bens juridicamente relevantes[76].

Partindo dessas colocações acerca das peças de informações prossegue José Frederico Marques:

> Uma pessoa que tenha documentos em mãos, que demonstrem a prática de

[76] Em sede de peças de informações, temos na legislação processual penal a disciplina dos artigos 27 e 28 do Código de Processo Penal, o primeiro artigo confere o direito a qualquer pessoa do povo de provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba ação penal pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. O segundo dispositivo legal disciplina o controle judicial do arquivamento do inquérito policial e das peças de informação.

ISBN 978-85-62288-05-0

> infração penal por determinado indivíduo, pode remetê-los ao Ministério Público e dar causa, assim, a que este ingresse com a ação penal (Código de Processo Penal, artigo 27). Trata-se, no caso, de *notitia criminis* informativa, que se assemelha a verdadeira investigação realizada por órgãos não estatais. É o que sucede, por exemplo, com o estabelecimento bancário que consiga averiguar, por meio de exame contábil, o desfalque praticado por um de seus empregados. Podem os elementos dessa investigação particular ser enviados ao Ministério Público, diretamente, e só com isso provocar a acusação contra o indigitado autor daquele delito. (MARQUES, 1997, p. 143)

A questão ganha maior relevo, quando a investigação promovida por particulares versar sobre provas inquisitoriais obtidas com a supressão de direitos fundamentais do investigado ou de terceiros que não guardam qualquer vínculo com os fatos investigados. Ou seja, pessoas alheias aos fatos e que sequer sabem o que se está investigando ou que estão sendo ilicitamente monitoradas na sua vida cotidiana e mesmo nesta condição sofrem com as investidas arbitrárias.

Seguindo por este caminho, o particular assume postura inquisitorial e estará enveredando pelo o caminho da responsabilização criminal por seus atos, podendo responder por crimes tais como: calúnia, difamação, denunciação caluniosa, invasão de domicílio dentre outros.

O ente particular, embora tenha liberdade de ação para realizar tudo que não é proibido expressamente por lei, em decorrência da abertura do Princípio da Legalidade, ao reunir informações não tem aptidão para desvendar fatos em detrimento de valores constitucionalmente albergados pelo ordenamento jurídico vigente. Não é admissível conferir poderes a entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, que por autoridade própria e sem qualquer disposição legal ou controle estatal, venha a quebrar sigilos de dados em geral, tais como: bancários, telefônicos e fiscais, bem como mitigar garantias constitucionais dentre as quais o direito à intimidade e à vida privada.

Alinhando-se com tais postulados expõe Nucci (2009, p. 79): “ser indevida a instauração de qualquer tipo de procedimento escrito e oficial, procedendo-se a investigações preliminares ao inquérito policial”.

Por outro lado, não se deve perder de vista a presumível legalidade na elaboração das peças de informações, pois é inconcebível a desconsideração do direito processual legítimo de coleta e de produção de provas para fins estritamente instrutórios e que é conferido a toda e qualquer pessoa dotada de capacidade para estar em juízo. Certamente, que qualquer ente particular que litiga ou tem expectativas de litigar em juízo como parte ou interveniente detém nos limites da lei

ISBN 978-85-62288-05-0

a faculdade de produzir e se armar de provas acerca de suas pretensões.

Contudo, a obtenção de tais provas e informações quando visarem intentos inquisitoriais e ensejarem cerceamento de direitos fundamentais necessitará da adoção de um procedimento investigatório regrado e garantido por lei com a supervisão e o crivo do Poder Judiciário. Isso tudo, para que a autoridade judiciária competente pondere e analise a exata necessidade do deferimento de medidas direcionadas a obtenção de determinada informação e de sua relevância para o esclarecimento dos fatos investigados; tudo em respeito aos princípios e normas constitucionais submetidos à confrontação e ponderação pela lógica do postulado da proporcionalidade.

3. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais do investigado no plano horizontal

É sabido que a doutrina constitucionalista brasileira evoluiu para ampliar a proteção dos direitos fundamentais não apenas em face de desmandos e abusos do poder público em detrimento do particular, mas também para evitar que entes de direito privado causassem cerceamentos e restrições a direitos e liberdades em relação a eles mesmos.

Ou seja, constatou-se que não era apenas o Estado quem poderia figurar com órgão invasivo na órbita de direitos dos particulares, mas também que determinados entes particulares, tais como: associações, sociedades, fundações ou organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, tinham aptidão para se prevalecendo da postura de superioridade em determinadas relações jurídicas, praticar condutas e investidas inconstitucionais contra a esfera de direitos fundamentais dos cidadãos ou até mesmo em face de outras entidades privadas.

No plano teórico esclarece Eduardo Cambi:

> [...] os direitos fundamentais são “princípios” que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica sendo dotados de uma eficácia expansiva que inclui todos os âmbitos jurídicos. Podem ser analisadas na dimensão vertical (Estado-cidadão), mas também na horizontal (isto é, na esfera jurídica privada, entre pessoas e entidades não estatais, as quais se encontram em posição de igualdade formal), toda vez que houver desequilíbrio de poderes entre os particulares. Afinal, os direitos fundamentais não têm como inimigo exclusivo o Estado, na medida em que a violação a tais direitos podem prover também, e às vezes como maior gravidade, dos poderes privados e dos outros particulares. (CAMBI, 2010, p. 31-32)

ISBN 978-85-62288-05-0

Em meio a esta perspectiva, faz-se pertinente a aferição do fenômeno da investigação criminal entabulada por sujeitos dotados de personalidade jurídica de direito privado, para desvendar fatos criminosos perpetrados por esses mesmo particulares.

O fato de um particular se mobilizar reunindo informações disponibilizadas livremente ao público, sem qualquer conduta ilícita ou invasiva a direito alheio, como à guisa de exemplo extrair dados da internet, em tese enseja ato legítimo e apto ao próprio direito de produzir prova em eventual futura ação judicial. Normalmente, tal hipótese ocorre nas demandas aforadas na esfera cível, em que a parte interessada em litigar em juízo agrupa documentos e todo e qualquer elemento de prova para municiar seu advogado na formulação de uma petição inicial ou até mesmo de uma contestação.

Contudo, quando um ente particular reúne elementos informativos acerca da ocorrência de delitos se valendo de sua superioridade em relação ao investigado hipossuficiente e atua cerceando a esfera de direitos das pessoas mais vulneráveis se estará diante da prática de ato ilícito. Desse panorama, derivará uma modalidade de prova proibida pelo ordenamento jurídico vigente, por ruptura com o princípio da isonomia ante a absoluta falta de controle prévio e autorização judicial para a conduta invasiva.

Diante da ausência de norma legal expressa disciplinando os atos investigatórios dos particulares, que ofendem direitos fundamentais uns dos outros no intento de reunir informações para uma pretensão punitiva do Estado, resta ao Poder Judiciário suprir as lacunas normativas e interferir no resguardo dos valores constitucionais.

Reforçando tais assertivas, nestes termos, Luiz Guilherme Marinoni:

> [...] segundo os teóricos da eficácia imediata, os direito fundamentais são aplicáveis diretamente sobre as relações entre particulares. Além de normas de valor, teriam importância como direitos subjetivos contra entidades privadas portadoras de poderes sociais ou mesmo contra indivíduos que tenham posição de supremacia em relação a outros particulares. Outros, chegando mais longe, admitem sua incidência imediata também em relação a pessoas “comuns”. O que importa, nessa última perspectiva, é que se dispensa a intermediação do legislador – e assim as regras de direito privado – e se elimina a idéia de que os direitos fundamentais poderiam ser tomados apenas para preencher as normas abertas do legislador ordinário. (MARINONI, 2008, p. 143)

Ao tomar medidas inquisitoriais, o investigador privado restringe ilegalmente

ISBN 978-85-62288-05-0

direitos fundamentais no plano horizontal; e considerando, que a doutrina contempla a possibilidade de proteção dos direitos quando houver ingerência entre particulares, frise-se caberá ao Estado-juiz a incursionar na análise de tais questões visando restabelecer a normalidade na relação jurídica de direito material constitucional vilipendiada.

Nessa perspectiva, leciona Joaquim José Gomes Canotilho:

> [...] quando não há qualquer referência expressa na Constituição ou na lei relativamente à eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas relações horizontais entre particulares. Nestes casos, a função de protecção jurídica dos direitos e a consideração das normas consagradoras de direitos fundamentais como normas garantidoras de bens jurídicos (dignidade, liberdade, vida, integridade pessoal), aponta não apenas para o dever do legislador estabelecer uma ordenação adequada das relações jurídicas privadas sob o ponto de vista dos direitos, liberdades e garantias, mas também para a responsabilidade dos tribunais encontrarem uma solução justa para os casos de conflitos de posições fundamentais. (CANOTILHO, 2000 p.1248)

Portanto é de se notar que a tutela jurisdicional do Estado se faz viável, para a proteção dos direitos fundamentais não apenas no âmbito vertical limitando os excessos da superioridade estatal em face do particular menos privilegiado, como também coíbe os abusos que os particulares possam exercer uns contra os outros se valendo um deles de sua supremacia social, econômica, técnica ou até mesmo política sobre os demais, ainda que não exista um comando legislativo específico e expresso disciplinando o conflito de interesses entre sujeitos de direitos privados.

Aliás, o Poder Judiciário em uma visão clássica dos pactos constitucionais sempre exerceu e ainda exerce a função jurisdicional primacial de limitação do próprio Estado em seus atos persecutórios quando se vê tendencioso à violação de direitos constitucionais dos indivíduos. Com maior razão ainda poderá interferir para resguardar a tutela de direitos quando tais atos emanarem de particulares. Nesse passo, preleciona José Frederico Marques:

> [...] os direitos de liberdade que a Constituição assegura poder ser objeto do poder jurisdicional na esfera penal, não só em virtude de conflito que resolva com a aplicação do direito penal material como também em virtude de litígio e conflito de interesses sobre a aplicação do direito penal formal, ou processo penal. O Estado, no uso de sua atividade persecutória, pode, na fase de investigações policiais, ultrapassar os limites de seus direitos de

ISBN 978-85-62288-05-0

> supremacia, atingindo o status libertatis do indiciado. Nesta hipótese, se requerido um habeas-corpus em que a pretensão de liberdade se funde num dos dispositivos do processo penal em que é regulamentado o inquérito policial, a causa levada ao juiz penal é de natureza jurídico-penal, embora da esfera do direito penal formal. (MARQUES,1952, p. 18)

Registre-se ainda, que a postura do juiz investido de competência penal no curso da atividade persecutória não se revela apenas como uma função julgadora, mas também de fiscal do princípio da isonomia e da paridade de armas entre os sujeitos de direitos que figuram no panorama investigativo. Pautando-se pelo entendimento de que o magistrado é agente político contramajoritário no guarnecimento dos direitos fundamentais das minorias mais vulneráveis, se expressa Antônio Alberto Machado:

> A postura garantista do juiz no processo penal decorre até mesmo da necessidade de assegurar o princípio liberal da inocência, o que permite a intervenção do magistrado na produção da prova sempre que esse princípio estiver ameaçado pela possibilidade de uma condenação injusta, resultante da fragilidade do réu em face do aparelho repressivo do Estado.
>
> De mais a mais, a legitimidade do juiz resulta exatamente do seu posicionamento garantista ou constitucional dentro do processo, já que o magistrado não é escolhido pelos jurisdicionados e, portanto, não tem representatividade democrática da população. Logo, a sua atuação se legitima exatamente pela defesa que faz da Constituição e da legalidade democrática, isto é, pela defesa das liberdades fundamentais que representam o núcleo ético das democracias. (MACHADO, 2009 p. 365)

Note-se, que o juiz ao lidar com o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, restabelecendo um liame de igualdade que deve se formar entre os particulares presentes no procedimento investigatório deverá efetuar uma análise em perspectiva das posições e relações jurídicas que os particulares entabulam entre si, bem como em confrontação com o próprio Estado.

Seguindo esse entendimento temos Robert Alexy expondo:

> A vantangem da perspectiva baseada em posições e relações reside no seu poder de diferenciação. Visto que diferenciações são fundamentais na análise dos efeitos das normas de direitos fundamentais e dos direitos fundamentais no sistema jurídico, essa perspectiva deverá ser aqui, em princípio, preferida.

ISBN 978-85-62288-05-0

> Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos de ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos está o direito de que uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. Isso implica algum tipo de efeito das normas de direitos fundamentais nas normas de direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão. (ALEXY, 2008, p. 523)

A conformação da teoria dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, apenas terá condições de se estabelecer na prática, se os sujeitos de direitos imbricados nas relações jurídicas em questão ostentarem e forem analisados quanto às posições entre si e com o Estado. Por certo, que a depender das posições das pessoas nas relações jurídicas, se alcança também, o plano dos efeitos que a norma de direitos fundamentais opera no ordenamento jurídico. Em havendo um vínculo entre particulares nos polos das relações jurídicas os efeitos se operam na horizontal. Todavia, se a relação se convola entre o particular e o Estado, a eficácia das normas de direitos fundamentais irradia na perspectiva vertical.

4. A violação dos direitos fundamentais do investigado e a prova proibida

O Poder Judiciário deverá interferir nas relações jurídicas entre particulares, que suprimem direitos fundamentais um dos outros, por meio de investigações criminais arbitrárias, visando prestar tutela jurisdicional adequada à reparação dos interesses lesados neste contexto.

Diante deste panorama, caberá ao órgão jurisdicional competente a preservação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, concedendo tutela jurisdicional de cunho declaratório para atestar em favor do investigado, que todos e quaisquer elementos de convicção obtidos por particulares no curso das investigações criminais, são categorizados como provas constitucionalmente inadmissíveis.

ISBN 978-85-62288-05-0

Luiz Guilherme Marinoni, explica que: "o processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material" (2008, p. 245). No caso em apreço, trata-se do princípio da isonomia que deve nortear as relações entre os sujeitos de direitos materiais, quando intentarem interferir na órbita de direitos fundamentais uns dos outros por meio de investigação criminal.

Pelo que se depreende das circunstâncias acima apontadas, a declaração de ilicitude da prova colhida é a solução mais justa e eficiente para reprimir os atos usurpatórios dos particulares que se investem na função pública de investigadores. Ao se declarar judicialmente a ilegalidade das provas originariamente obtidas por investigações particulares, a rigor, também se terá como ilegal as demais provas que destas derivarem no curso da ação penal, ante a expressa vigência da teoria das provas ilícitas por derivação no ordenamento jurídico brasileiro.[77]

A medida jurisdicional declarando a proibição da prova colhida ilegalmente por investigações particulares se coaduna com as bases do Estado de Direito, e com o princípio da legalidade que deve nortear todos os atos emanados de autoridades públicas. Com maior ênfase, por se tratar de procedimentos investigatórios e processos judiciais, que se constituem em instrumentais republicanos institucionalmente afetados à consecução da justiça.

Leciona sobre o tema César Dario Mariano da Silva, nos exatos balizamentos:

> O processo, como meio pelo qual o Estado exerce jurisdição, tem de ser pautado pela estrita legalidade. Essa legalidade nada mais é do que a observância aos mandamentos constitucionais e legais que regem tanto o processo civil quanto o penal. É uma garantia das partes, que vêem no Estado o mecanismo para a solução de seus conflitos de interesses. (2002, p. 27-28)

Certamente, que a mesma lógica acerca da ilicitude da prova adotada para o processo civil e penal se estende à etapa investigatória da persecução penal que também se pautará nos dogmas do Estado de Direito.

Logo, é de se perceber, que em sendo ilegal as investigações perpetradas por entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, todo o fato por esta via elucidado será imprestável ao processo por estar em oposição com a ordem

[77] O § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal, com a nova redação conferida pela Lei nº 11.690/2008, positivou no ordenamento jurídico brasileiro a Teoria da Prova ilícita por derivação, dispondo: "São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeiras".

ISBN 978-85-62288-05-0

jurídica vigente.

Conclusão

A evolução das gerações dos direitos fundamentais conduziu a uma revisão da noção clássica de constitucionalismo baseada inicialmente na relação verticalizada de supremacia do Estado frente ao indivíduo. Diante de intensas modificações sociais operadas na segunda metade do século XX, notou-se um fortalecimento e uma consolidação de corporações e organizações de direito privado que assumiram posição de destaque no cenário político e econômico das sociedades de massas.

Por muitas vezes, tais entidades de direito privado, galgaram em certos setores de atuação um fortalecimento que superou a própria atividade estatal, fato este que atentou a doutrina constitucionalista para a necessidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais para o âmbito dos particulares. Não se concebia mais o Estado como o único invasor da esfera de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, pois, empresas; associações; partidos políticos; sindicatos e demais organizações já fortalecidas e de cunho privado, também praticavam abusos em detrimento de seus sócios, acionistas, trabalhadores, consumidores, associados, filiados e até contribuintes.

Essa contextualização teórica abarca a atividade investigatória perpetrada por tais entidades de direito privado, que se investem ilegalmente e com desvio de finalidade na ação inquisitiva do Estado, visando obter informações e dados para efeitos diversos daqueles inerentes a função político-criminal de consecução da justiça. É comum, notar-se empresas que se utilizam da investigação para pressionar um empregado a não reaver seus direitos trabalhistas. Não menos incomum é perceber que determinados partidos políticos praticam investigações de seus filiados para exercer pressão psicológica visando conduzir a votação de temas de interesses governamentais.

Em tempos de fortalecimento dos valores constitucionais na sociedade brasileira e no mundo, abre-se um panorama benéfico para o estudo e o aprimoramento prático da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, e que necessitam ser amparados, sobretudo, dos desmandos e dos abusos que uns praticam em face dos outros na seara do direito processual penal.

Os conflitos de interesses advindos de dissensos e ofensas a eficácia horizontal dos direitos fundamentais dos particulares, deverá reverberar no Poder Judiciário para que seja prestada a efetiva e adequada tutela jurisdicional no afã de restaurar as arbitrariedades e ilegalidades decorrentes dos desvios de finalidades próprios da atividade investigatória do Estado.

ISBN 978-85-62288-05-0

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4 ed.

Coimbra: Lisboa, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal.* volume 1. Campinas: Bookseller, 1997

_____. *Da Competência em Matéria Penal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 12. ed.São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson**.** *Princípios do Processo na Constituição Federal.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado.* 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, César Dario Mariano. *Provas Ilícitas.* 2. ed. São Paulo: Leud, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 1.

ISBN 978-85-62288-05-0

O "OLHAR DO OUTRO" SOBRE DIVERSOS RAMOS DA INCLUSÃO

Aline Tozato CENTINARI[78]
Alinne Cardim ALVES[79]

> Estamos diante de uma gente abençoada, uma gente que apesar de destituída de muitas de suas capacidades físicas, extrai o elixir da vida de toda pequena fagulha do fogo do espirito e prossegue feliz. Uma gente que aprende a viver em comunhão com a alegria e a esperança e nos ensina a humildade e o amor. Uma gente que faz da resignação o seu motor, da fraqueza a sua força, da diferença aquilo que os torna iguais. Iguais a nós todos, só que talvez mais em paz. Dessa paz extraem a potência e se tornam aptos. Dessa renascida aptidão nos dão o sinal com sua luta. Sua luta é nossa luta, gente abençoada.
>
> Gilberto Gil, cantor e compositor.[80]

RESUMO:

O objetivo do presente trabalho não é demostrar o que as pessoas com deficiência esperam da inclusão social, mas o ponto de vista que as pessoas sem deficiência têm da inclusão. Apontaremos também o ponto de vista do Estado nesse sentindo, pois este representa um obstáculo importante a ser vencido na garantia da efetivação dos direitos das pessoas com deficiência. Pontos de vista estes que chamaremos de "olhar do outro". O fundamento jurídico existente no ordenamento brasileiro é bastante amplo no apoio às pessoas com deficiência, no âmbito social, em áreas como educação, lazer, trabalho, embora encontrem barreira na ausência de comprometimento público para implementação, há todo aparto legal à disposição. O Estado nos propõe um modelo de sociedade democrática, onde não podemos deixar de ouvir e sentir a opinião dos "outros". Todavia, ficará claro ao longo deste trabalho que as pessoas com deficiência não são vistas, sentidas e ouvidas como

[78] Mestranda em Direito Constitucional pelo Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Pós Graduada "*Lato Sensu"* em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Advogada.

[79] Mestranda em Direito Constitucional pelo Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Advogada.

[80] Revista" Na luta". Pluralidade informação deficiência. Ano 2007-2009, p. 04.

ISBN 978-85-62288-05-0

nós, ou seja, que este “olhar do outro”, ressaltamos ser, a sociedade e o Estado, muitas vezes é negativo e impeditivo a construção de uma verdadeira sociedade inclusiva.

ABSTRACT:
The objective of this paper is not to demonstrate that people with disabilities expect social inclusion, but the point of view that people without disabilities have inclusion. Also point out the view of the State that feeling, because this is a major obstacle to be overcome in ensuring the realization of the rights of persons with disabilities. Views that they call the "look of the other." The legal basis exists in the brazilian legal system is quite broad in supporting people with disabilities in social, in areas such as education, recreation, employment, although the barrier are no public commitment to implementation, there are all support legally available. The state proposes a model of democratic society, where we can only feel and hear the views of the "other." However, this will become clear once the work that people with disabilities are not seen, felt and heard as us, ie, that "look the other" highlight being society and state, is often negative and impedes the construction of a truly inclusive society.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com Deficiência; Inclusão Social; Garantias Fundamentais.

KEYWORDS: Person with Disabilities; Social Inclusion; Fundamental Guarantees

INTRODUÇÃO

O modelo de sociedade estipulado por nossa Constituição Federal é aquele em que há fundamentalmente dignidade da pessoa humana e objetivamente justiça, solidariedade e ausência de qualquer forma de discriminação entre os cidadãos (arts. 1° e 3°, CF/88).

Entretanto, o que se observa na prática é que existem diversas barreiras para a construção dessa sociedade idealizada pelo legislador constitucional, principalmente no que diz respeito as pessoas com deficiência.

Infelizmente hoje, as pessoas com deficiência esbarram em grandes obstáculos para conseguirem seu verdadeiro espaço nesta sociedade que se diz “justa, solidária e livre de preconceito”. As dificuldades não estão apenas nas barreiras físicas, ou na falta de direitos, o maior problema parece estar entre nós.

Sendo assim, como acreditar que a sociedade esta preparada para a inclusão social? Tendo em vista que a grande maioria da população enxerga as pessoas com deficiência com um olhar ainda carregado de medo e preconceito.

ISBN 978-85-62288-05-0

Sentimentos estes que levam a pessoa com deficiência a se sentir mais desprezada socialmente. Mas qual a solução?

É preciso que se altere o "olhar do outro". Mudar a forma como as pessoas sem deficiência vêm as pessoas com deficiência. De que maneira? A saída está em o Estado deixar de ser tão omisso, e passar, além de trabalhar pela implementação de políticas públicas e fiscalização das leis, deve buscar a mudança da visão social para à inclusão através da informação.

Para vencer esse obstáculo é necessário investir na informação clara e objetiva à sociedade. O que todos temos que entender é que as pessoas com deficiência são como nós. Pessoas iguais independentemente de qualquer característica especial. Os indivíduos precisam saber como as pessoas com deficiência podem contribuir para a sociedade e vice-versa. Diferenças existem, por isso é necessário compreensão e aceitação da imensa diversidade humana.

Importante esclarecer que a informação não deve ser levada apenas àqueles que possuem alguma formação universitária ou tenham contato direto com essas pessoas, mas também àqueles que não têm uma proximidade com o assunto, e que poderão ter a oportunidade de um dia compartilhar momentos, espaços com alguma pessoa com deficiência.

Já foi abordado com ênfase temas como: o feminismo, homossexualismo, cotas raciais, índios. Agora é a vez das pessoas com deficiência. Um grupo que por diversos motivos históricos culturais foi excluído e afastado do convívio social. Pessoas que por muito tempo ficaram esquecidas na sociedade e agoram lutam pela inclusão social.

Quando não temos informação sobre o assunto, nos deixamos levar pelo o que é mais comodo, pelo o que a maioria diz como deve ser. E isso não é diferente em relação às pessoas com deficiência. Por conta da visão negativa que a maioria da sociedade tem da inclusão social, propomos uma reflexão sobre o olhar do "outro", olhar este que envolve a sociedade e o Estado, que às vezes atuam como a "pedra no nosso sapato" na construção de uma sociedade inclusiva.

O NOVO CONCEITO

Assim, antes de iniciarmos nossa abordagem sobre o tema, e já começarmos a praticar um "olhar diferente" sobre o assunto, importante é deixar claro qual o termo correto a ser utilizado quando nos referimos à estas pessoas.

Ferreira e Guimarães[81] sugerem que devemos dar uma atenção especial à história, ao percurso da deficiência, para que possamos compreender o que se apresenta nos dias atuais em relação a ela. É preciso dedicar um espaço às

[81]FERREIRA, Maria Elisa Caputo; GUIMARÃES, Marly. *Educação inclusiva*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 21

ISBN 978-85-62288-05-0

"marcas" cunhadas nas "pessoas com deficiência". Durante séculos a história, através da mitologia, da religiosidade e da supersticiosidade, contribuiu significativamente para que a vida se apresentasse como mero "pano de fundo", já que a "deficiência é o que mais realça, visto o impacto e o desconforto que gera no outro".

Desta forma, verificasse que o preconceito sempre existiu durante todas as épocas. Platão[82] defendia:

> (...) os melhores homens deveriam unir-se com as melhores mulheres, o mais frequente possível e o defeituoso" com as "defeituosas" o mais raro possível. Os filhos do primeiro deviam ser criados os do segundo não (deveriam ser expostos para perecerem), para garantir a mais alta qualidade da raça.[83]

Veja que desde os primórdios existia o preconceito e, não havia preocupação com este tema. Passou-se a despertar um olhar humanitário com o final da Segunda Guerra Mundial, tendo em vista que os soldados que sobreviveram, muitas vezes apresentavam-se mutilados.

Somente na década de 80, após diversos movimentos sociais por todo mundo, as pessoas com deficiência passaram a ser vistas como sujeitos e não mais como objetos.

Indubitavelmente o maior avanço se deu com novo conceito trazido pela Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência em seu artigo 1°, que diz:

> Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Atualmente, esse conceito extraído da Convenção Internacional deve ser acrescido a todos os direitos fundamentais trazidos na Constituição Federal como igualdade, fraternidade, pluralismo, promoção do bem de todos.

Ademais, a consideração pela "pessoa" trazida pela Convenção demonstra que precisamos nos preocupar com o uso de termos incorretos, pois estes acabam acentuando o preconceito. A maior conquista repita-se, é a utilização do termo

---

[82]RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes Ribeiro. *Manual das Pessoas com Deficiência*. 1.ed. São Paulo. Verbatim, 2010, p.23

[83]RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes Ribeiro. *Manual das Pessoas com Deficiência*. 1.ed. São Paulo. Verbatim, 2010, p.23.

ISBN 978-85-62288-05-0

"pessoa". Pois, no momento em que passamos a dar ênfase à pessoa com deficiência, abandonamos termos como portadores, incapazes. Hoje o termo correto é: Pessoas com deficiência. Estamos dizendo que estas pessoas passaram a pertencer a uma mesma categoria (mesmo que de fato), iniciando-se o primeiro passo à inclusão.

O GRANDE ESPELHO - O "OLHAR" DO OUTRO SOBRE A INCLUSÃO

De acordo, com os novos conceitos trazidos, os novos direitos reconhecidos, as pessoas com deficiência saíram da área da invisibilidade e passaram a sair de casa, buscando sempre, além do reconhecimento como membros da comunidade, a efetividade aos seus direitos básicos.

Face disto, felizmente, as pessoas com deficiência passaram a fazer parte do nosso cotidiano e, assim como nós, estão presentes em todos os lugares. Porém, as pessoas sem deficiência mostram-se despreparadas para enfrentar esse fato. Muitas vezes não agem naturalmente na presença de uma pessoa com deficiência, gerando uma sensação de desconforto e diminuição às elas.

Amaral[84] traz uma importante contribuição para compreendermos melhor porque isso acontece.

> Utilizando o termo "diferença significativa" para tratar do desvio, anomalia, anormalidade e, mais especificamente, da deficiência, esclarece o autor:[...] nas situações em que entrar realisticamente em pleno contato com a diferença significativa (ou mesmo entrar em contato com o sentimento de rejeição que ela pode gerar) não é uma possibilidade psicológica imediata, e havendo a necessidade de "fugir" da questão, podemos assumir a postura de avestruz: enfiamos a cabeça na areia para não ver o que não queremos ou não podemos ver.

Na maioria das vezes, as pessoas sem deficiência apresentam dificuldades para aceitarem pessoas com deficiência, isto porque estas não têm o conhecimento de suas habilidades e dificuldades. Normalmente, a ideia da pessoa com deficiência esta ligada à pessoa doente. Esse é um pensamento que imediatamente deve ser abolido.

As pessoas com deficiência podem apresentar um tempo diferenciado de aprendizado ou para que consigam processar alguma informação, em contrapartida

[84] AMARAL, Lígia Assumpção. Sobre crocodilos e avestruzes: falando de diferenças físicas,preconceitos e sua superação. In: AQUINO, Julio Groppa. *Diferenças e preconceito na escola*. São Paulo: Summus, 1998, p. 11-30. Apud Nardi, Laura Cristina. A deficiência pelo olhar dos "normais" / Laura Cristina Nardi. – 2008. 109 f.; 30 cm. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Passo Fundo, 2008.Orientadora: Profª. Drª. Tatiana Bolívar Lebedeff..

ISBN 978-85-62288-05-0

podem adquirir muitos conhecimentos e habilidades que as vezes não são adquiridos por pessoas sem deficiência. Deve-se valorizar os seus potenciais e não supervalorizar suas dificuldades. Não se podem verificar suas singularidades, mas serem vistas como realmente são, todas iguais.

Glat e Pletsch[85] comentam que a forma como a sociedade "olha" as pessoas com deficiência tem influência direta sobre o seu desenvolvimento. No relato das autoras:

> Nossa sociedade tem restrições ao que é diferente, àquilo a que não está habituada. Portanto, a constituição da pessoa com deficiência pode ser prejudicada pela quebrada expectativa do seu grupo social, pelo estranhamento em relação à inteligência desse indivíduo, pelos preconceitos e estigmas presentes na sociedade frente às diferenças. Assim, o "olhar" da sociedade irá influenciar o desempenho da pessoa deficiente. Se o "olhar" voltado para ela for de incapacidade, provavelmente ela se tornará incapaz.

Dependendo de quem está olhando e de como olha para o "diferente", esta visão pode ter um sentido de vantagem ou desvantagem à pessoa com deficiência.

Nessa linha, Denise Teresinha da Rosa Quintão[86] utiliza a expressão "grande espelho" para referir-se ao olhar do outro em relação ao sujeito com deficiência. A autora indaga qual seria a imagem que é retornada a este sujeito no que se refere a sua relação com a sociedade:

> Se [...] o que se encontra é uma defesa narcísica contra o "choque" da imagem da imperfeição, qual a imagem retornaria ao portador diante do "grande espelho" – o olhar do outro? Se de acordo com os significantes do discurso social, o que temos como valor é a imagem de um corpo perfeito onde as falhas precisam ser restauradas, qual o efeito subjetivo disso no sujeito portador? Talvez sua dor precise ser anestesiada, a fim de preservar este ideal de perfeição e assegurar um modo possível de relação social – o que não deixa de impor suas consequências.

---

[85] GLAT, Rosana; PLETSCH, Márcia Denise. Orientação familiar como estratégia facilitadorado desenvolvimento e inclusão de pessoas com necessidades especiais. *Revista do Centro de Educação*, n. 24, 2004.) Apud Nardi, Laura Cristina. A deficiência pelo olhar dos "normais" / Laura Cristina Nardi. – 2008. 109 f.; 30 cm. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Passo Fundo, 2008.Orientadora: Profª. Drª. Tatiana Bolívar Lebedeff, p. 3.

[86] QUINTÃO, Denise Teresinha da Rosa. Algumas reflexões sobre a pessoa portadora de deficiência e sua relação com o social. *Psicologia e Sociedade*, Porto Alegre, v.17, n.1, p.1-8, jan.2005. Apud Nardi, Laura Cristina. A deficiência pelo olhar dos "normais" / Laura Cristina Nardi. – 2008. 109 f.; 30 cm. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Passo Fundo, 2008.Orientadora: Profª. Drª. Tatiana Bolívar Lebedeff, p.56.

ISBN 978-85-62288-05-0

As pessoas deveriam ver a vida como um grande espelho; não deveriam fazer ou falar aquilo que não gostariam de ouvir ou de sentir.

O próprio olhar de descrédito do outro, faz como a pessoa com deficiência se veja como um desprivilegiado pela vida. Este sentimento é reafirmando quando elas passam a frequentar lugares públicos e, as pessoas sem deficiência as tratam com desprezo. Sabemos que esse olhar às pessoas com deficiência decorre de preconceitos e estigmas que vão sendo construídos na sociedade e acabam se configurando como verdades incontestáveis e com tendência a se perpetuar.

Muitas vezes, as pessoas sem deficiência se aproximam das pessoas com deficiências, porém esse tipo de aproximação é falha, pois vem marcada pelos sinais do preconceito. É muito comum quando um indivíduo se depara com uma pessoa com deficiência, e não age com naturalidade. Geralmente não ficam tranquilos em uma conversa, ficam acanhados ao mencionar, por exemplo, termos como correr ou andar, diante de uma pessoa que esta sob uma cadeira de rodas. Precisamos entender que elas usam normalmente esses termos.

Procurar transformar o desconhecido em algo familiar acaba sendo desastroso.

São neste sentido as palavras de Farr[87], que diz:

> Quando este estranho é assimilado ao familiar, adquire um aspecto menos ameaçador". E ainda ressalta que a teoria das representações sociais possui uma dupla função: " tornar o estranho familiar e o invisível perceptível.

Rangel[88] traz uma importante contribuição sobre as relações entre os, já ditos, estigmas e o preconceito.

> O estigma é uma marca, um rótulo que se atribui a pessoas com certos atributos que se incluem em determinadas classes ou categorias diversas, porém comuns na perspectiva de desqualificação social. Os rótulos dos estigmas decorrem de preconceitos, ou seja, de idéias preconcebidas, cristalizadas, consolidadas no pensamento, crenças, expectativas socioeducativas.

---

[87] FARR, Robert M. Lãs representaciones sociales. In: MOSCOVICI, Serge. Psicologia social II: Pensiamento y vida social. Psicologia social y problemas sociales. Paidós: Barcelona, 1993, p. 495-506.

[88] A pesquisa de representação social como forma de enfrentamento de problemas socioeducativos. São Paulo: Idéias & Letras, 2004. Apud Nardi, Laura Cristina. A deficiência pelo olhar dos "normais" / Laura Cristina Nardi. – 2008. 109 f.; 30 cm. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Passo Fundo, 2008.Orientadora: Profª. Drª. Tatiana Bolívar Lebedeff, p. 67.

ISBN 978-85-62288-05-0

É possível pensar em mudanças, na desconstrução de estigmas e de preconceitos. Continua o autor ao sugerir estratégias para que isso seja possível:

> A luta e o remédio contra o preconceito e o estigma encontram-se nas análises críticas e situadas que encaminham novos significados, ou seja, que argumentam e apoiam ressignificações. Dessas ressignificações podem surgir novos conceitos, mais reais, mais consistentes, mais abertos e flexíveis, e, portanto mais humanos. [89]

Concluindo, o que buscamos como este trabalho é informar os "outros", dizemos, Estado e Sociedade que as barreiras, medos, anseios frente à inclusão social, podem ser vencidos, na medida que alcançamos conhecimento sobre o assunto.

Por isso é hora de vencer esses obstáculos e buscarmos a verdadeira sociedade inclusiva.

DA AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Em análise ao nosso ordenamento jurídico, ao longo dos anos podemos elencar diversos embriões sobre o tema os quais foram implantados na busca de uma sociedade livre de preconceitos. Dizemos isto pela vasta legislação existente em relação a proteção dos direitos e garantias das pessoas com deficiência. Este conteúdo normativo é bastante relevante, porém de pouca efetividade na prática.

O mundo hoje passa por transformações profundas, o que derruba os modelos, conceitos e teorias anteriormente utilizadas para solucionar as crises mundiais. Diante da rápida transformação da estrutura do Estado, logo nos remetemos à ideia da justiça. Queremos dizer, até onde a legislação brasileira conseguirá fazer justiça aos direitos dessa categoria até então renegada pela sociedade. Podemos questionar se as leis que surgiram para proteção dos direitos e garantias fundamentais são justas. Ou ainda, podemos imaginar se elas apenas não buscam compensar àqueles que não foram beneficiados pela loteria natural da vida. Sendo assim, perguntamos: Nossa legislação sobre os direitos e garantias das pessoas com deficiência é justa?

---

[89] Idem ao 8. O estigma" foi criado pelos gregos com o objetivo de fazer marcas corporais naqueles sujeitos que tinham algo de "extraordinário ou mau". Ess as marcas eram feitas com fogo ou cortes no corpo e anunciavam que a pessoa que as carregava era um "escravo, um criminoso ou traidor", portanto deveria ser evitada, principalmente nos locais públicos (GOFFMAN, 1978, p. 11). GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

ISBN 978-85-62288-05-0

> Uma das grandes questões da filosofia política: Uma sociedade justa procura promover a virtude de seus cidadãos? Ou a lei deveria ser neutra quanto às concepções concernentes a virtude, deixando os cidadãos livres para escolher, por conta própria, a melhor forma de viver? Aristóteles ensina que a justiça significa dar às pessoas aquilo que elas merecem. E para determinar quem merece o quê, devemos estabelecer quais virtudes são dignas de honra e recompensa. Aristóteles sustentava que não podemos imaginar o que é uma Constituição justa sem antes refletir sobre a forma de vida mais desejável. Para ele, a lei não pode ser neutra no que tange a qualidade de vida. Em contrapartida, filósofos modernos- de Immanuel Kant, no século XVIII, a John Raws, no século XX afirmaram que os princípios da justiça que definem nossos direitos devem basear-se em nenhuma concepção particular de virtude ou da melhor forma de vida. Ao contrário, uma sociedade justa e aquela que respeita a liberdade de cada indivíduo para escolher a própria concepção do que seja uma vida boa.[90]

Valendo- nos das palavras de Aristóteles, "justiça seria dar a cada um aquilo que elas merecem". E, as pessoas com deficiência merecem muito mais do que a criação de normas sem efetividade, expectativas de direitos, projetos arquitetônicos que já nascem falidos, dentro outras desculpas as quais não podemos mais concordar. O que sempre precisamos buscar é como viver bem em uma sociedade, onde a justiça prevaleça e os indivíduos tenham seus direitos e garantias respeitados. A vida em uma sociedade democrática sempre terá dúvida pelo certo e pelo errado, mas isso não é obstáculo para o desenvolvimento.

Em uma sociedade democrática, não há espaços para a os defensores do utilitarismo, pois esta visão somente visa à satisfação dos interesses da maioria, acessamos a primeira falha no respeito a direitos e garantias e decadência no trato humano, pois democracia nem sempre é fazer valer a vontade da maioria, mas ouvir a minoria e fazer com ela tenha força de mudança.

Como o Estado está cuidando de reparar a exclusão social praticada durante todos esses séculos, a qual não permitiu a inclusão dessas pessoas de forma natural com a sociedade que vive é que passamos a abordar o próximo tópico.

O "OLHAR DO OUTRO" - ESTADO

Por gerações e gerações falou-se apenas em Direito do Estado sem se referir aos direitos fundamentais dos cidadãos. Por outro lado a Filosofia Constitucional defendia indissociabilidade do Estado e dos Direitos Fundamentais. No nosso ponto de vista, não seria possível esse divórcio entre Estado e Direitos

[90] SANDEL. Michael J. *Justiça o que é fazer a coisa certa*. 4 ed. Rio de Janeiro, 2011. p. 17/18

ISBN 978-85-62288-05-0

Fundamentais pensando em um Estado Democrático de Direito, pois ele esta envolvido com a Justiça e com a sociedade.

O Estado se estrutura através de uma Constituição que visa proclamar e garantir os direitos fundamentais. Este é o núcleo da estabilidade de uma comunidade, pois esses termos nos remetem a preceitos e valores normativos.

No Brasil, tudo estaria pior se não tivéssemos os direitos fundamentais. Assim, mesmo com a previsão deles em nossa Constituição, há uma dificuldade em acessar esses direitos junto ao Estado, tendo em vista que apesar dele produzir legislação a favor das pessoas com deficiência, não vem dando conta de efetivá-las, o que é chamado pela doutrina de crise de efetividade de direitos. É como tivéssemos rasgado a Constituição na parte dos direitos e garantias fundamentais.

A constituição de 1988 trouxe diversos mecanismos que possibilitam o indivíduo na busca de seus direitos, por exemplo: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de segurança coletiva, mandado de injunção, habeas data, ação civil pública, ação popular, o acesso à justiça. Foi uma tentativa de trazer instrumentos mais céleres para o alcance dos direitos fundamentais.

No que tange à competência com o cuidado, proteção e garantia das pessoas com deficiências, a Constituição atribui este papel à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme dispõe em seu artigo 23 e seu inciso II. Já na esfera da competência legislativa, a União Federal, os Estados e o Distrito Federal, por força do artigo 24, inciso XIV atuam de forma concorrente. Assim, nenhum deles poderia se esquivar da responsabilidade dessa proteção, o que na prática não acontece.

O texto legal de 1988 está arraigado de normas programáticas, as quais encontraram uma enorme dificuldade de implementação, uma vez que muitas delas ainda não saíram do papel. E as que saíram, esbarram nas batalhas entre União, Estado e Municípios, que jogam de um para o outro a responsabilidade de efetivá-las.

Desta forma, o próprio Estado cria vários obstáculos para um mundo inclusivo, os quais elencamos:

- O Estado não presta à informação correta às pessoas com deficiência sobre os seus direitos, que ficam a mercê de prestação dos serviços básicos. A informação muitas vezes é prestada por instituições, associações, pais de pessoas com deficiência que se unem pela solidariedade em busca da efetivação dos direitos fundamentais.

- O Estado não consegue alcançar as classes menos favorecidas economicamente. Por mais que elas tenham acesso a um tratamento, à escola, ao lazer (dentro outros), tudo é sempre muito sofrido. Estes dependem de uma ação na justiça, de uma discussão para conseguir vaga escolar ou emprego, sofrem

ISBN 978-85-62288-05-0

constrangimento ao chegar a um local que não tenha rampas de acesso, demoraram horas e horas para conseguir embarcar em um ônibus que seja adaptado.

- O Estado não fiscaliza a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência nos aspectos sociais: direito ao trabalho, saúde, educação, lazer, cultura, transporte.

- O Estado realiza dotações orçamentárias para efetivação dos direitos fundamentais, mas muitas vezes acabam sendo irreais, pois visam mais sua imagem do que o lado social.

O artigo com o tema "Rasgaram Nossa Constituição"[91] retrata este Estado de Direito de fato que hoje se apresenta no Brasil:

> (...) 77% das pessoas com deficiência acreditam que seus direitos não são respeitados. Esse reconhecimento poderia ter resultado em atitudes de impacto da população com deficiência. São 10% da população brasileira que, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), tem alguma deficiência, e desse sentimento de desrespeito esperaríamos protesto e engajamento na luta por seus direitos básicos. Mas não é isso que acontece: a naturalização da exclusão da deficiência é de tal forma violenta no Brasil que é capaz de transformar o que deveria ser uma política de construção de direitos em uma prática de concessão de favores. Mas as respostas coletadas pela pesquisa vão mais além, demonstram também a esmagadora experiência vivida, pela maioria das pessoas com deficiência, de não conseguirem alcançar seus direitos básicos de ter acesso à saúde, educação e profissionalização. Todos garantidos pela Constituição. E mais, mostram a falta de acessibilidade nos prédios públicos, nos prédios particulares de uso coletivo, nos transportes. É o direito básico de ir e vir ininterruptamente retirado das pessoas com deficiência. Onde ficou o tão louvado Estado Democrático de Direito?Essa pesquisa revelou a ausência de políticas públicas consistentes e deve começar a mostrar a todos que não há como fugir dessa realidade: para construir um Brasil democrático é indispensável realizar grandes transformações nas condições de cidadania das pessoas com deficiência. Segundo pesquisa internacional, temos a melhor e,infelizmente, a menos respeitada legislação das Américas. É por isso que digo: o resultado reafirmou minha convicção de que, podendo, o

[91]Artigo Rasgaram a Constituição Teresa Costa d'Amaral Jornal da TardeSão Paulo, 31 de dezembro de 2010, site: http://www.ibdd.org.br/noticias/artigoteresa20%20rasgaram%20a%20constituicao.asp, acesso em 11 de agosto de 2012).

ISBN 978-85-62288-05-0

Estado torce contra. E a Constituição que tenha suas páginas amarelecidas e rasgadas.

Quando conseguimos levar informação à sociedade sobre como vivem as pessoas com deficiência dentro do nosso Estado, poderemos um dia conseguir que eles entendam a nossa luta por esses direitos e nos ajudem a construir um mundo inclusivo. Mas por outro lado, quando pensamos no Estado, vemos que ele se apresenta como uma “pedra no nosso sapato”.

Frisamos: a maioria das cidades não respeita o direito universal das pessoas com deficiência de ir e vir. Não há fiscalização nas obras realizadas. As leis existem a mais de 20 anos sem efetivação pela inércia do Estado.

No ano passado completou-se 20 anos de vigência da Lei 8213/91 que estabelece o Plano de Benefícios da Previdência. Se a lei estivesse em prática, teríamos um grande número de pessoas com deficiência formalmente empregadas, sustentando suas famílias, sendo cidadãs. Mas a realidade é outra. Existe nas empresas um flagrante desrespeito à legislação vigente, a grande maioria pouco se preocupa com o cumprimento da cota. Desconhecem seu texto, desqualificam o espírito da lei, pior ainda, quando se preocupam relegam sua execução a um segundo plano, perpetuando o desrespeito a um verdadeiro Estado de direito.

Podemos citar outro exemplo recente no que tange a construção dos estádios para a Copa do Mundo de 2014 no Brasil. Foram disponibilizados R$ 4.098.500,00 para acessibilidade e R$ 72.240.00 para inclusão social por conta do plano viver sem limites da atual Presidente da República, mas até agora o que verificamos e são afirmações dos próprios organizadores do evento é que estes estádios não serão acessíveis às pessoas com deficiência. Onde este dinheiro esta sendo utilizado?

Depois disso, vem à informação de que ganhamos as paraolimpíadas, mas não houve comemoração. Pois é, mais uma vez o Estado demostrando que não terá capacidade efetiva de realizar as obras necessárias e providenciar o suporte que os atletas precisam, agindo novamente como impedimento na construção da sociedade inclusiva.

Por isso, afirmamos que a mudança no “olhar do Estado” para a efetivação dos direitos fundamentais, pode ser mais difícil de alcançar do que o da sociedade. Pois, de certa forma, o tema hoje vem sendo debatido e discutido em diversos ambientes, porém quando o tema chega a Brasília, encontramos a barreiras políticas, orçamentos manipulados e má vontade dos “grandes”. Hoje ainda o que existem são meras expectativas de que o Brasil poderá um dia alcançar um desenvolvimento pleno de programas capazes de cessar a exclusão das pessoas com deficiência.

ISBN 978-85-62288-05-0

O "OLHAR DO OUTRO" SOBRE DIVERSOS RAMOS DA INCLUSÃO

Conforme foi exposto acima, o objetivo deste trabalho não é mostrar o olhar da pessoa com deficiência frente à inclusão social, mas apontar a visão que a sociedade e o Estado têm em relação a estas pessoas e, como tem sido o comportamento destes nesse sentido.

A INCLUSÃO SOCIAL NO MERCADO DE TRABALHO

Qualquer pessoa, independentemente se com ou sem deficiência tem direito ao trabalho, pois trata-se de um direito que está ligado ao seu direito de subsistência e exercício da dignidade humana.

> Nós trabalhamos por que precisamos do dinheiro para sobreviver. Mas também trabalhamos por que isso contribui para a nossa dignidade, o nosso valor como pessoas. O trabalho nós dá mais controle sobre nossas vidas e nos conecta com outras pessoas. Sinto-me realmente privilegiado em ser remunerado pelo que adoro de fazer. Toda sociedade que exclui pessoas do trabalho por qualquer motivo- sua deficiência ou sua cor ou seu gênero- está destruindo a esperança e ignorando talentos. Se fizermos isso, colocaremos em risco todo o futuro. [92]

A Lei 8.213/91, regulamentada pelo Decreto 3.298/99 surgiu para obrigar as empresas a contratarem um percentual de pessoas com deficiência. Apesar da regulamentação, há uma boa parte da mão de obra disponível ainda não aproveitada e, o argumento dos empregadores diante disto, é a dificuldade em incluir as pessoas com deficiência nas funções disponíveis com suas habilidades e capacidade profissional.

A lei de cotas obriga as empresas acima de 100 funcionários a reservar de 2% a 5% dos postos de trabalho às pessoas com deficiência. Todavia, a lei esbarrou na dificuldade de capacitação profissional dos candidatos e de transportes adaptados aos locais de trabalho.

Alocar essas pessoas, não pode significar apenas cumprir a lei, mas sim incluí-las de verdade, em funções compatíveis com a suas habilidades e capacidade profissional. A empresa precisa cruzar os talentos com as vagas que tem, aproveitando melhor este profissional. O foco não pode ficar na deficiência e sim no potencial e na habilidade e competência que esses profissionais apresentam. Também devem receber treinamento para a multifuncionalidade, para que possam

[92] Robert White apud SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos.* 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

ISBN 978-85-62288-05-0

aprender diversas atividades. Assim, quando ingressam na empresa devem passar por testes para verificar que funções são capazes de exercer. Dizer que o surdo somente pode atuar em áreas que exige maior concentração é desprezável e preconceituoso.

Hoje existe disponível no mercado muita tecnologia à disposição. Ferramentas que aumentariam a eficiência do mercado de trabalho e facilitaria que a pessoa com deficiência pudesse aprender, interagir e relacionar-se melhor. Mas o Estado não fornece e muito menos facilita o acessos à esses novos recursos. A aquisição desses recursos ainda é bastante cara e não há estimulo algum para que o empregador veja vantagem ao adquiri-la.

Cada dia mais surgem novas oportunidades para as pessoas com deficiência se incluírem no mercado de trabalho, mas ainda falta vontade das empresas em aderir os planos de desenvolvimento existentes por falta de informação e incentivo do Estado.

Citamos algumas novidades do mercado.

Os empregadores devem ficar atentos a algumas novas formas de colocação no trabalho que vem surgindo, como por exemplo, os teletrabalhos os quais vem abrindo um excelente campo às pessoas com deficiência.

> O teletrabalho se comunica instantaneamente com o mercado de trabalho mediante a utilização de um conjunto de recursos: fax, telefone, modem, secretaria eletrônica (e-mail), internet, copiadora, mensageiro e serviços postais comuns (incluíndo mala direta). Esse tipo de escritório esta se tornando um sucesso na vida de muitas pessoas com deficiência severa, tanto no Brasil como em outros países.[93]

Outra opção pouco explorada também é a contratação de aprendizes com deficiência, visto que estes também preenchem as cotas exigidas pela legislação. É uma oportunidade para qualificar as pessoas com deficiência e ao mesmo tempo atender as exigências da norma.

Foi a Lei 11.180/05 que trouxe essa possibilidade da contratação do aprendiz e, ainda ampliou a idade máxima do público alvo: de 18 para 24 anos. Todavia, não há esse limite máximo de idade quando se fala em pessoas com deficiências.

Outra novidade diz respeito a contratação de pessoas com deficiências para ministrar palestras de superação e prestar consultoria nas empresas. No caso dos consultores é preciso que a pessoa tenha experiência profissional na área que vai atuar. Quanto aos palestrantes, a experiência em áreas específicas nem sempre é

[93] SASSAKI, Romeu Kazumi. *Teletrabalho*. Reação, ano XII, n.61, mar./abril.2008. p.10-16.

ISBN 978-85-62288-05-0

necessária, pois eles constantemente são procurados para conversas motivacionais e de autoajuda, em que contam histórias pessoais ou abordam temas relativos a inclusão.

Embora possamos enxergar avanços no que diz respeito à inclusão social no mercado de trabalho, esse avanço não é suficiente para zerar a exclusão social. Pois muitas empresas alocam essas pessoas em cargos menos produtivos, deixando as pessoas com deficiência esquecidas na empresa.

As empresas precisam contribuir para a construção de uma sociedade inclusiva, compartilhando os sonhos, sentimentos, desejos das pessoas com deficiência para que sua ação não pareça uma "falsa bondade". A inclusão dever ser feita para o desenvolvimento da solidariedade e não apenas por um fim social, ou seja, para que a empresa se beneficie do marketing da prática da inclusão social.

No que tange o Estado, este não fiscaliza as empresas, aplicando as penalidades previstas na legislação existentes. A lei existe e não é COBRADA.

Por isso, o que esperamos aqui é a mudança do "olhar do outro", face os empregadores, para que possam ver a inclusão como forma de estimular a solidariedade no ambiente de trabalho, bem como permitir-se a troca de grandes experiências, o que será sempre positivo.

A INLCUSÃO SOCIAL NA CULTURA, NO ESPORTE E NO LAZER.

As limitações para uma pessoa com deficiência são impostas pela sociedade, uma vez que cada indivíduo pode ter uma capacidade maior ou menor de realizar algum tipo de desafio.

O marco inicial do movimento esportivo para pessoa com deficiência no Brasil se deu com a exibição da equipe de basquete em cadeiras de rodas " Pam Am Jets" em 1958, formada por funcionários com deficiência da Pan American World Airlines.

No mesmo ano foram fundados dois clubes esportivos para pessoas com deficiência, um na cidade de São Paulo e outro no Rio de Janeiro, os primeiros do Brasil. Eram respectivamente, o CPSP- Clube dos Paraplégicos de São Paulo e o Clube Otimismo.

E assim, vários outros clubes tem surgido, todavia muitos no silêncio e apenas com incentivo de voluntários. O que devemos pensar é que esses clubes vão muito além do desenvolvimento do esporte, passam a serem grandes defensores dos direitos da pessoa com deficiência e contribuem de forma decisiva para o processo de inclusão e cidadânia.

Por isso, é necessário um maior gerenciamento nos esportes a fim de atrair novos participantes, novos patrocinadores e melhorar a infraestrutura. As oportunidades devem ser dadas à todos. Quando falamos em esporte para pessoas

ISBN 978-85-62288-05-0

com deficiência tudo depende de adaptação e infelizmente isso só é possível àqueles que têm uma melhor condição financeira.

A título de exemplo da inclusão no esporte hoje, citamos pessoas com deficiência que realizam mergulho, com a única diferença de existem algumas exigências a mais para garantir sua segurança. A Sociedade Brasileira de Mergulho adaptado (SBMA) promove atividades que levam as pessoas com deficiência ao contato com as belezas do mar, de maneira segura e prazerosa. O mergulho traz ao indivíduo uma enorme satisfação e emoções diversas. Pode ser realizado por pessoas com deficiência física, auditiva, visual entre outras.

Podem ainda participar de amostras de arte adaptadas, com obras em auto relevo que permitem a exploração sensorial através dos sentidos possibilitando que as pessoas com deficiência visual apreciem a exposição[94].

A pessoa com deficiência pode praticar também o surf, desde que esteja com uma prancha adaptada. Pode praticar o voo livre (até porque lá em cima não existem barreiras arquitetônicas como aqui em baixo que atrapalham e atrasam a locomoção); kart; basquete; tênis; dança. Os esportes e as atividades físicas são questões fundamentais ao pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Vale ressaltar que diariamente as pessoas com deficiências são indagadas de como conseguem realizar aquele tipo de esporte. Isto é prova de que ainda são vistos com aquela visão negativa, com olhar de incapacidade, isso decorrente ainda da má informação da sociedade sobre o assunto.

No que tange a Cultura, somente em 1981, na cidade de São Paulo, foi autorizada a criação de uma rampa provisória de madeira, na entrada do Teatro Municipal, possibilitando às pessoas com deficiência o acesso à diversão. Há apenas trinta e um anos foi possível um deficiente se encantar com um espetáculo.

A sociedade cria alguns estereótipos a serem seguidos e tudo que for considerado fora daquele contexto é tido como diferente. Vivemos em um país multicultural, o que nós remete a diferentes culturas, crenças, religiões, pensamentos. Fatores estes que aumentam a barreira de uma sociedade inclusiva. Devemos cobrar uma posição mais enérgica dos entes federativos para o desenvolvimento da cultura e do lazer. Resultado este que aumentará o respeito a diversidade humana.

> Dentro dessa visão inclusiva, precisamos entender que todos tem o direito de se emocionar ao estar junto a uma obra de arte; de se divertir ou aprender assistindo a um programa de televisão; de conhecer e opinar sobre a Cultura; de participar plenamente de atividades, movimentos e debates

[94] Revista Sentidos. *A inclusão social com muito alto astral*. Ano 6 – n°36. Aurea Editora.

ISBN 978-85-62288-05-0

culturais, passados e contemporâneos; de acessar a internet, navegar pelas páginas, pesquisar e compreender o conteúdo[95].

Todos nós, independentemente da característica especial de cada, um temos o direito de participar efetivamente da cultura, do esporte e do lazer da sociedade. Para isso, é preciso mais uma vez que as pessoas sem deficiência entendam isso, e que o Estado promova e facilite o acesso e participação das pessoas com deficiência ao lazer em geral.

A INCLUSÃO SOCIAL NA SAÚDE

A Constituição Federal em seu artigo 196, afirma que:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, com o texto de 1988 avançou-se ao determinar que as ações e serviços de saúde devam tratar da promoção desse direito, bem como de sua proteção e recuperação e que o acesso de tais benefícios devem ser universais e igualitários. É um grande compromisso assumido pelo Poder Público[96].

É importante destacar que essa norma de saúde tem eficácia plena e a expressão deve ser entendida como sendo a saúde responsabilidade de todos os níveis de governo, ou seja, do Município, Distrito-Federal, Estados-Membros e da União. Hoje não se pode mais defender a ideia da existência de normas programáticas, ou seja, que a aplicação dependa de planos ou programas governamentais.

No Brasil, sabemos do fracasso na prestação desses serviços a todos os cidadãos.

---

[95] Revista “Na luta”. Acessibilidade nos meios de comunicação. p. 56.

[96] Rogério Gesta Leal[96] afirma que o direito á saúde constitui uma das dimensões do mínimo existencial á dignidade da pessoa humana, denominada, pelo autor, indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial, por se afigurar como:(...) umas das condições indispensáveis á construção de uma sociedade livre, justa, solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades e á promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. (LEAL,2012).

ISBN 978-85-62288-05-0

> O nível de saúde da população expressam a organização social e econômica do País, sendo indicador final dessa organização, o nível de saúde das pessoas com deficiência[97].

As pessoas com deficiência precisam contar com ações preventivas do Estado, como o que veio definido na lei 7.853/89, onde sua finalidade é evitar a ocorrência de deficiências. É necessário que as pessoas com deficiências tenham acesso a planejamento familiar, acompanhamento de gravidez (pois algumas deficiências hoje já podem ser diagnosticadas pelo ultrassom); a nutrição da mulher (fator este relevante para a evolução da criança), imunização de doenças de metabolismo e seu diagnóstico, dentre outros. Mais uma vez, vemos o Estado contribuindo para o ciclo da invisibilidade, em não disponibilizar acesso a esses serviços de forma gratuita e eficiente a quem precisa.

As pessoas com deficiência têm direito a um tratamento especializado de saúde em reabilitação e habilitação, o que envolve uma orientação multidisciplinar de médicos, fonodiologos, nutricionistas, psicólogos em estabelecimento público e privado. Deve-se ter em mente que o SUS é responsável por financiar os valores referentes à saúde, devendo sempre encaixar as pessoas com deficiências em locais que lhe ofereçam um tratamento adequado. Na negativa dessa prestação deve-se procurar a justiça, pois é dever do Estado e direito do cidadão ter a prestação de saúde adequada. Mais uma vez encontramos o Estado sendo a "pedra no nosso sapato", ao negar bens e serviços utilizando-se do princípio da reserva do possível. Entretanto, quando este entra em conflito com a vida e a dignidade não pode prevalecer.

O caminho é longo para superar esse comportamento omissivo dos entes federativos que precisa fornecer a este grupo de pessoas o direito á saúde no que tange a fatores médicos, pessoais, psicológicos. Tudo dependerá da ação conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para que se alcance efetivamente o direito á saúde.

A omissão não é justificável até por que referente às pessoas com deficiência, já há planos e legislação vigente, que estão apenas aguardando efetividade. Valendo-nos das palavras de Luiz Alberto David Araujo[98], "se a lei já manda fazer e não feito... é hora de cobrar".

A INCLUSÃO SOCIAL NA EDUCAÇÃO

[97] FÁVERA, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das Pessoas com Deficiência.* 2. ed. Rio de Janeiro. WVA, 2007.
[98] ARAUJO, Luiz Alberto David. Barrados. *Pessoas com Deficiência sem Acessibilidade: como, o que e de quem cobrar*. Petrópolis. Ed. KBR, 2011

ISBN 978-85-62288-05-0

Inquestionável é o fato de que as pessoas com deficiência, assim como qualquer outra, têm constitucionalmente garantido o direito de acesso a educação. Mas o problema surge também quando da efetivação desse direito.

O direito à educação compreende um valor de cidadania e dignidade da pessoa humana, itens essenciais ao Estado Democrático de Direito. Consiste num processo de desenvolvimento do indivíduo que implica a boa formação moral, física, espiritual e intelectual do ser humano.

A escola é, sem dúvida, o ponto de partida para uma longa viagem de construção de saberes, transformação e também esperança para uma vida melhor[99].

> A escola é o local onde as gerações se encontram, se entendem e se reconhecem como parte de um TODO humano e social indivisível, desenvolvendo juntos a técnica, a instituição, a flexibilidade, e a arte de se formar, entre si, parcerias indispensáveis para o futuro da nação. Nesse modelo de escola as dificuldades e limitações (reais, temporárias ou não) de cada estudante, funcionam como um estimulo para o enfrentamento dos desafios da vida comunitária, que com certeza transcendem os limites do ensinamento que as salas de aula, hoje, proporcionam aos alunos.[100]

Nas escolas regulares e especiais o convívio geralmente é com grupos homogêneos de indivíduos o que evita a troca de experiências com outras crianças. Desta forma, as escolas regulares formam médicos, arquitetos, advogados, jornalistas que não tiveram a oportunidade de ter um convívio social amplo e humano com pessoas com deficiência. Esses cidadãos poderão excluir o desejo de incluir porque não lhes foram cultivados esse sentimento com os outros.

Felizmente, tem-se notado hoje um movimento mundial pela inclusão das pessoas com deficiência nas escolas de ensino regular e isto, apesar de todo preconceito e desinformação que ainda é predominante na sociedade, mostra-se como positivo no que se refere à inclusão social, porém ainda não é suficiente.

No aspecto jurídico, seria possível escrever um artigo inteiro apenas para apresentar normas existentes para fundamentar o direito da pessoa com deficiência e o direito a educação. Mas este não é o foco no momento, o objetivo é apenas aponta-los para relembrarmos sua existência e analisarmos sua efetividade, além do "olhar do outro" nesse sentindo.

Iniciamos pela Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, acima já exposta, que garante à aplicação de todos os direitos fundamentais as pessoas com deficiência.

---

[99] Revista Sentidos. A inclusão social com muito alto astral. Ano 6 – n°36. Aurea Editora. p. 60.
[100] WERNECK, Cláudia. *Quem cabe no seu todos?*. 3. Ed. Rio de Janeiro.WVA,2006. p. 153.

ISBN 978-85-62288-05-0

É nesse sentindo também, a Declaração de Salamanca de 1994, que tratou especificamente da educação inclusiva, tendo como princípio orientador o fato de que "todas as escolas deveriam acomodar todas as crianças, independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, linguisticas ou outras".[101]

Nessa linha podemos mencionar também a Convenção Interamericana, realizada na Guatemala em maio de 1999 (Decreto nº 3.956/2001), com o objetivo de eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência.

E a luz das diretrizes internacionais observamos a legislação interna vigente referente a inclusão das pessoas com deficiências nas escolas de ensino regular.

O principal e mais importante instrumento existente no ordenamento jurídico brasileiro hoje é a Constituição Federal de 1988. Esta tratou desse direito à educação especificadamente no Título VIII, Capítulo III, Seção I – arts. 205 a 214, além de outros dispositivos esparsos como:

O art. 6º que trata dos direitos sociais; arts. 22, 23,24 e 30 que falam sobre a competência da União, Estados e Municípios no que se refere a educação; arts. 34 e 35 que dispõem sobre a intervenção em caso de não aplicação do mínimo de recursos exigidos para o ensino; art. 150 estabelece imunidade tributária aos estabelecimentos de ensino sem fins lucrativos, dentre outros.

Em se tratando de educação inclusiva, merece relevância os artigos art. 205 que descreve a educação como um direito de todos e dever do estado. Nesse "todos", por óbvio, estão incluídas as pessoas com deficiência. O art. 206, por sua vez, cuidou dos princípios que regem o sistema educacional, onde faz menção ao tratamento igualitário dos alunos pelas instituições de ensino; e ainda, o art 208, III que fez menção ao tratamento especializado as crianças com deficiência preferencialmente nas escolas de ensino regular.

Como mais uma vez se vê, o problema da efetividade da educação inclusiva não está no aspecto jurídico. Normas já existem em número suficiente. O problema esta na falta de estrutura física e profissional das escolas de ensino regular para receber essas pessoas.

O Estado aqui também ainda é bastante omisso, pois não se preocupa em disponibilar meios para adaptação dessas estruturas, meios para capacitar os profissionais que irão trabalhar com essas pessoas. E sendo um direito social, conforme acima exposto, é um direito subjetivo e, consequentemente, um DEVER do Estado.

Mesmo assim acreditamos que este não seja o maior problema. O maior obstáculo de se promover a educação inclusiva está, assim como em todos os

[101] CARVALHO, Rosita Elder. *A Nova LDB e a Educação Especial* p. 56. Artigo de Eugênia Augusta Gonzaga Fávero. "O direito das pessoas com deficiência de acesso à educação". p.155.

ISBN 978-85-62288-05-0

aspectos sociais, na ideia que a própria sociedade tem de inclusão. Mais uma vez o "olhar do outro" aparece como impecilho para se efetivar esta forma de inclusão.

Principalmente pelos pais das crianças sem deficiência muito se questiona quanto aos efeitos que essa forma de inclusão vai causar na própria pessoa com deficiência e também nos demais alunos.

E, por isso, alguns pontos podem ser destacados no sentido do que a educação inclusiva NÃO É! Por exemplo:

Incluir uma criança com deficiência em uma escola de ensino regular não é deixa-lá sem suporte. Ela não ficará ficará desamparada. Haverá também um atendimento especializado a fim de que a deixe confortável no ambiente. Ela precisa se sentir incluída no meio, e não ainda mais excluída.

A educação inclusiva não é, e não será, um estado permanente. A educação inclusiva é um processo que se altera. A inclusão deve ser sempre temporária, pois precisa ser revista continuamente para que ela esteja sempre se adaptando as necessidades de determinado momento.

Incluir a pessoa com deficiência nas escolas regulares, não significa que os demais alunos terão o mesmo currículo que os alunos com deficiência. Esta é uma preocupação muito grande dos pais, o medo na defasagem do ensino para que os alunos com deficiência possam acompanhar. A defasagem do ensino não é e nem pode ser o objetivo da inclusão na educação. Os alunos com deficiência é que terão de ter um currículo especial na medida de suas capacidades.

Sobre um outro ponto de vista, existe a preocupação dos pais dos alunos com deficiência. O medo de desamparo de seus filhos.

Deve ficar claro, que as escolas especiais não podem ser substituídas pelas escolas comuns.

> O Ministério Público entende que uma criança com necessidades especiais também tem necessidades comuns. O direito dela de acesso à educação não é suprido nem só com o ensino comum nem só com o especial. Ela precisa dos dois[102].

Diante disso, observa-se que a educação inclusiva não trará prejuízos a ninguém. Os alunos com deficiência não ficarão a própria sorte dentro da sala de aula, e os demais, não terão a qualidade de ensino prejudicada por conta destes. A educação inclusiva só trará benefícios para todos, independentemente da característica individual de cada um. As crianças aprenderão a conviver desde cedo com o que a grande maioria das pessoas considera "diferente".

[102] Revista sentidos. Artigo diversidade na prática. Ano 6. N° 36. Ed agosto-setembro 2006. p. 62.

ISBN 978-85-62288-05-0

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi de fazermos uma reflexão sobre o olhar do "outro" para a inclusão em diversos aspectos sociais, incluindo o "olhar" do Estado sobre esta questão.

Vimos que na prática, o louvado Estado Democrático de Direito não parece justo, pois ainda há muito que se transformar em relação às condições de cidadania das pessoas com deficiência.

As pessoas com deficiência precisam ser compreendidas, visto que, só assim poderemos acabar com o preconceito e a indiferença. A compreensão somente será possível com a informação clara e objetiva sobre o assunto.

Hoje, o principal fator da discriminação social no país é, sem dúvida, a questão cultural. As pessoas sem deficiência têm engessada a visão negativa da inclusão. Por isso, não podemos negar que o Estado não possibilitando o acesso à informação a todas as pessoas, contribui para que o tema não seja enfrentado com seriedade e a situação permaneça a mesma.

As crianças são ensinadas desde cedo a subirem no muro do preconceito. A discriminação começa muitas vezes dentro da própria família e, nunca nada foi feito para que isso fosse cessado.

O Estado precisa criar ferramentas positivas para que seja possível o desenvolvimento da solidariedade

É preciso despertar a atenção das pessoas para que elas levem o tema às mesas de bares, reuniões familiares, escolas. Queremos que a sociedade tenha condições de criar uma capacidade reflexiva sobre o assunto, as quais lhe possibilitarão entender os benefícios que inclusão social trará para todos.

Por outro lado, busca-se do também do Estado à promoção e execução de políticas públicas capazes de reduzir a zero a questão da exclusão das pessoas com deficiência.

Todos nós, ainda que pessoas sem deficiência, devemos exigir o mínimo de cuidado com essas pessoas, pois talvez nunca tenhamos parado para pensar que um dia possamos ser uma pessoa com deficiência por conta de um acidente, uma doença ou até mesmo pela velhice.

E se há dúvida de como começar a exigir esse mínimo, poderiam, por exemplo, disponibilizar elevadores e rampas nos prédios públicas. Isso evitaria o constrangimento da pessoa em ser carregada no colo para chegar ao lugar desejado; calçadas em bom estado de conservação evitariam tropeços e possibilitariam pessoas com deficiência física transitarem livremente; banheiros adaptados; vagas de estacionamento reservada; praias com cadeiras adaptadas.

ISBN 978-85-62288-05-0

Mas o outro grande problema do Brasil é a falta de uma fiscalização rígida para que estes projetos sejam executados. Em muitos países como nos Estados Unidos, a pessoa com deficiência pode denunciar o estabelecimento que não está cumprindo a lei e, este deverá arcar com multas elevadas. Essa realidade esta longe ainda de ser alcançada por nós.

Todos precisamos debater sobre tema, sejam pessoas com ou sem deficiência, além é claro, o Estado. TODOS temos quer ter o desejo de alcançar um mundo inclusivo, o qual somente será possível quando nos conhecermos a nós mesmos e passarmos a dividir nossos sentimentos.

É preciso vencer os medos, barreiras e os estigmas do preconceito, pois as pessoas com deficiência merecem muito mais do que o Estado e sociedade vêm lhes oferecendo.

Todos devemos buscar pela efetiva sociedade inclusiva e fazer com que o Estado e a sociedade deixem ser "a pedra no nosso sapato".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Barrados. Pessoas com Deficiência sem Acessibilidade: como, o que e de quem cobrar*. 1.ed. Petrópolis: KBR, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

AMARAL, Lígia Assumpção. Sobre crocodilos e avestruzes: falando de diferenças físicas,preconceitos e sua superação. In: AQUINO, Julio Groppa. Diferenças e preconceito na escola. São Paulo: Summus, 1998, p. 11-30. Apud Nardi, Laura Cristina. A deficiência pelo olhar dos "normais" / Laura Cristina Nardi. – 2008. 109 f.; 30 cm. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Passo Fundo, 2008.Orientadora: Profª. Drª. Tatiana Bolívar Lebedeff..

AMARAL, Teresa Costa d'. Artigo. *Rasgaram a Constituição***.** São Paulo, 31 de dezembro.2011Disponívelem:< http://www.ibdd.org.br/noticias/artigoteresa20%20rasgaram%20a%20constituicao.asp, acesso em 11 de agosto de 2012>

CARVALHO, Rosita Elder. A Nova LDB e a Educação Especial *apud* Artigo de Eugênia Augusta Gonzaga Fávero. "O direito das pessoas com deficiência de acesso à educação".

FARR, Robert M. Lãs representaciones sociales. In: MOSCOVICI, Serge. Psicologia social II: Pensiamento y vida social. Psicologia social y problemas sociales. Paidós: Barcelona, 1993, p. 495-506.

A pesquisa de representação social como forma de enfrentamento de problemas socioeducativos. São Paulo: Idéias & Letras, 2004. Apud Nardi, Laura Cristina. A deficiência pelo olhar dos "normais" / Laura Cristina Nardi. – 2008. 109 f.; 30 cm.

ISBN 978-85-62288-05-0

Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Passo Fundo, 2008.Orientadora: Profª. Drª. Tatiana Bolívar Lebedeff.

FERREIRA, Maria Elisa Caputo; GUIMARÃES, Marly. *Educação inclusiva*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GLAT, Rosana; PLETSCH, Márcia Denise. Orientação familiar como estratégia facilitadorado desenvolvimento e inclusão de pessoas com necessidades especiais. Revista do Centro de Educação, n. 24, 2004.) Apud Nardi, Laura Cristina. A deficiência pelo olhar dos "normais" / Laura Cristina Nardi. – 2008. 109 f.; 30 cm. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Passo Fundo, 2008.Orientadora: Profª. Drª. Tatiana Bolívar Lebedeff.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Organização Mundial da Saúde. *Relatório Mundial sobre a deficiência.*

QUINTÃO, Denise Teresinha da Rosa. Algumas reflexões sobre a pessoa portadora de deficiência e sua relação com o social. Psicologia e Sociedade, Porto Alegre, v.17, n.1, p.1-8, jan.2005. Apud Nardi, Laura Cristina. A deficiência pelo olhar dos "normais" / Laura Cristina Nardi. – 2008. 109 f.; 30 cm. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Passo Fundo, 2008.Orientadora: Profª. Drª. Tatiana Bolívar Lebedeff.

LEAL, Rogério Gesta. *A Quem Compete o Dever de Saúde no Direito Brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional.* Disponível em:< htpp://tjrs.jus.br/poder judiciário/.../DireitoSaude.doc . Acesso em 25.07.2012

Revista Sentidos. A Inclusão Social com muito alto astral. Aurea Editora. Ano 6 – n° 36. agosto/setembro.

Revista na Luta. Acessibilidade nos meios de comunicação. Ano 2007-2009.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes Ribeiro. *Manual das Pessoas com Deficiência*. 1.ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

Robert White apud SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: construindo uma sociedade para todos. 8. ed. Rio de janeiro: WVA, 2010.

SANDEL. Michael J. *Justiça o que é fazer a coisa certa*. 4 ed. Ed. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2011.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos.* 8. ed. Rio de janeiro: WVA, 2010.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Teletrabalho. Reação, ano XII, n.61, mar./abril.2008.

WERNECK, Cláudia. *Quem Cabe no Seu Todos?* 3. Ed. Rio de Janeiro: WVA, 2006.

WERNECK, Claudia. *Ninguém Vai Ser Bonzinho na Sociedade Inclusiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: WVA, 2000.

_____, Teresa Costa d'. *Esquecer o Parapan.* Rio de Janeiro, 21 de outubro de 2009.Disponívelem:< http://www.ibdd.org.br/noticias/artigoteresa20%20rasgaram%20a%20constituicao.asp, acesso em 11 de agosto de 2012>.

ISBN 978-85-62288-05-0

30 anos do AIPD: Ano internacional das pessoas com deficientes 1981-2011/ Secretaria dos Direitos da Pessoa com deficiência, Memorial da Inclusão- São Paulo: imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

IMUNIDADE SOBRE OS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO E O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

Gabriela Bonini PAGLIONE[103]
Raquel de Naday Di CREDDO[104]

RESUMO:
O presente artigo trata da imunidade dos templos de qualquer culto. Analisa a atividade tributária, enumera as diversas limitações ao poder de tributar, elencando os princípios a ela aplicados: legalidade tributária, anterioridade, irretroatividade, isonomia, vedação ao tributo confiscatório, liberdade de tráfego e capacidade contributiva. Esboça sobre a teoria geral das imunidades, previstas no artigo 150, VI, bem como nos demais dispositivos expostos ao longo da Constituição Federal. Por último, faz um estudo aprofundado sobre a imunidade conferida aos templos de qualquer culto, apontando os principais julgados referentes ao tema. Conceitua a imunidade, bem como os seus elementos, tais como o termo "culto" e a sua finalidade essencial, determinando o campo de abrangência no qual não poderão ser instituídos impostos. A importância dessa imunidade reside no fato de garantir um direito fundamental, que é o da liberdade religiosa e deve ser amplamente interpretado de forma a garantir maior efetividade a esse objetivo.

ABSTRACT:
This article deals with the immunity of churches of any denomination. It analyzes the tax activity, enumerates the different constraints on the power to tax and lists the principles applied to it: lawfulness of taxation, prior tax, non-retroactivity, isonomy, the forbidding of the forfeiture tax, freedom of traffic, contributory ability. It outlines of the general theory of immunity set out in Article 150, VI, and other legal provisions exposed along the Federal Constitution. Finally, it is an in-depth study on the immunity granted to the temples of any denomination, indicating the main trials on the subject. It conceptualizes immunity, as well as its elements, such as the term "worship" and its essential purpose, determining the scope field in which no tax should be imposed. The importance of this immunity lies in the fact that it guarantees a fundamental right, which is that of religious freedom and should be broadly interpreted so as to ensure greater effectiveness to this goal.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Imunidades. Templos de qualquer culto.

[103] Mestranda do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho/PR.
[104] Aluna especial junto ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho/PR.

ISBN 978-85-62288-05-0

KEYWORDS: Constitution. Immunities. Temples of any denomination.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um estado laico, não possui nenhuma religião previamente definida a ser imposta a sociedade e, como um Estado Fundamental de Direito, protege a liberdade religiosa, de todas as suas formas.

Dentre as diversas formas de proteção à livre manifestação da fé conferidas pelo constituinte, a imunidade sobre os templos de qualquer culto, prevista no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal, visa impedir a criação de impostos sobre a entidade, obstando que os entes dotados de competência tributária exerçam esse poder.

O surgimento da norma imunizatória se deu para evitar que a incidência de tributos em certas hipóteses possa colidir com direitos fundamentais e também para que o Estado, através da cobrança de tributos, não subjugue as entidades de cunho religioso, de maneira a influenciar opiniões ou embaraçar-lhes o funcionamento.

O objeto do presente estudo, portanto, é a imunidade conferida aos templos de qualquer culto que, apesar de ser um instituto antigo, previsto pela primeira vez na Carta Magna de 1891 ainda possui divergências polêmicas com relação à sua definição e abrangência.

O presente trabalho busca encontrar o equilíbrio entre as opiniões divergentes sobre o tema, tentando alcançar todas as posições contrárias relacionadas às imunidades sobre os templos de qualquer culto.

1 Conceito de imunidade

Bernardo Ribeiro de Moraes (1998, p. 105) explana sobre a origem etimológica da palavra:

> *Imunitas*, ou exonerado de *múnus*, indica a liberação de munus *ou encargos, dispensa de carga, de* ônus, de obrigação ou até de penalidade. Quem não está sujeito a *munus* tem 'imunidade' (*múnus* público é aquilo que procede de autoridade pública, ou da lei, e obriga o individuo a certos encargos). Oferece, o vocábulo imunidade, em principio, um privilégio concedido a alguma pessoa de não ser obrigada a determinados encargos ou ônus (liberação de *múnus*).

Dentre as diversas formas de desoneração tributária, ou seja, os modos pelo qual o legislador atribuiu barreiras para impedir a cobrança de tributos, as

ISBN 978-85-62288-05-0

imunidades são aquelas estabelecidas diretamente pela Constituição e obstam que os entes federativos, dotados de competência tributária, exerçam esse poder sobre determinada matéria.

Representam, portanto, uma delimitação negativa dessa competência. Assim, a própria Constituição, ao definir as pessoas, bens e serviços que serão tributados, já proíbe o exercício do fisco em relação a eles. Neste sentido, tem-se que as imunidades são:

> (...)a classe finita e imediatamente determinável de norma jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas. (CARVALHO, 2005, p. 185).

As regras de imunidade somente podem ser estabelecidas pela Constituição, uma vez que são regras, ainda que negativas, de competência tributária. Neste sentido também entende Geraldo Ataliba (1964, p. 231) que aduz que a imunidade é "ontologicamente constitucional" e que só a "soberana Assembléia Constituinte" pode estabelecer limitações e condições do exercício do poder tributário.

Fundamenta-se na idéia de proteção de valores políticos, sociais, religiosos e éticos que a Constituição reputou relevantes conferindo que não serão atingidas pelo tributo determinadas situações que possuem alguma especificidade relacionada a esses valores[105].

Marcio Pestana (2001, p. 63) acredita que a norma imunizatória possui característica da bipolaridade, pois a toda imunidade haverá, de outro lado, uma não imunidade, ou seja, uma possibilidade de serrem tributadas as demais situações que não foram imunizadas.

Regina Helena Costa (2009, p. 79) ensina que as imunidades têm dupla natureza. A primeira, de norma constitucional, demarcatória de competência tributária, determinando as situações de intributabilidade, e a segunda, um direito público subjetivo, daquele favorecido direta ou indiretamente pela não tributação.

Desta forma, a dupla função da norma imunitória é no sentido de que, ao mesmo tempo em que delineia a competência tributária de maneira a restringi-la, assegura ao sujeito por ela determinado um direito público de que ele não será atingido pela atividade tributante estatal.

---

[105] Para Márcio Pestana: "Os valores, sob o foco da teoria objetiva histórico-cultural, desenvolvem-se a partir do espírito humano, aptidão de modificar a natureza, adaptando-a ao seu querer. O homem outorga sentido às coisas e aos atos, permitindo-lhe criar um mundo histórico, cultural. Dessa confluência do *olhar* do homem sobre a natureza exsurge o valor, que não possui, em si, uma experiência ontológica, mas manifesta-se nas coisas valiosas. (2001, p. 63, grifo do autor)

ISBN 978-85-62288-05-0

Elas têm como objetivo a proteção de direitos fundamentais que o constituinte procurou proteger, tais como o exercício da liberdade sindical, da liberdade de organização partidária, da liberdade de culto, e da liberdade de expressão intelectual e de informação. Neste ponto, convém citar o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADIn 939/DF:

> [...]o imposto pode ser meio eficiente de suprimir ou embaraçar a liberdade da manifestação do pensamento, a crítica dos governos e homens públicos, enfim, de direitos que não são apenas individuais, mas indispensáveis à pureza do regime democrático

Portanto, tem-se que o imposto pode ocasionar diversos empecilhos para o escorreito andamento do Estado Social Democrático de Direito e pode ser objeto de manipulação do legislador e dos entes políticos. Para isso, as imunidades são importante meio de freio para a atividade discricionária dos entes políticos, impedindo que estes privilegiem certas situações que poderiam colocar em posição de desconforto o Regime Democrático, bem como as garantias fundamentais de cada contribuinte.

1.2 A imunidade e os direitos fundamentais

Conforme já explanado, através da atividade tributária e da cobrança de tributos o Estado busca angariar receitas para poder gerir a sociedade e garantir que o bem comum e a finalidade essencial sejam atingidos.

Tendo isso em vista, a justificativa de alguns entes serem dotados de imunidade, liberando diversos potenciais contribuintes do recolhimento de receita, deve ser encontrada na Constituição Federal, que busca defender.

Regina Helena Costa (2001, p. 77) afirma que os direitos fundamentais dão suporte à atividade tributante do Estado, ao mesmo tempo em que configuram limites intransponíveis a essa mesma atividade. Ou seja, ainda que buscando garantir os direitos fundamentais, a atividade tributária não pode ir de encontro a eles.

De acordo com a autora (2001, p. 37) as imunidades são manifestações ou aplicações de um princípio, do qual batiza de princípio da não-obstância do exercício de direitos fundamentais por via da tributação, ou seja, os direitos e liberdades afirmados no texto constitucional devem conviver em harmonia com a atividade tributária do Estado.

Desta forma, nenhuma atividade tributante poderá adentrar na esfera daqueles direitos e liberdades emanadas no texto constitucional, pois são protegidas pelas imunidades.

ISBN 978-85-62288-05-0

A tributação atinge também o direito fundamental da dignidade da pessoa humana. O constituinte, ao determinar as regras de incidência ou ao impor limites à tributação deve levar em conta a essência da sociedade e o que esta considera relevante e essencial para o seu funcionamento. A educação e a proteção dos livros e periódicos, a liberdade religiosa e a profusão da fé, as entidades de assistência social, são diversos institutos que, de uma forma ou outra, garantem a dignidade humana e, para isso, devem ser protegidos da tributação[106].

Ainda que o constituinte tenha reputado relevante proteger alguns valores, não exonerou, as entidades sindicais do recolhimento das contribuições previdenciárias dos seus empregados, pois neste caso, considerou um valor maior a ser atendido.

Com isso, tem-se que o intérprete da norma, ao analisá-la, deve levar em conta o real objetivo com que o constituinte impôs a sua observância, para que o Estado possa atingir o bem coletivo:

> Ao interprete caberá o papel de analisar a relação do fenômeno impositivo com os seus objetivos, relacionados à transferência de riquezas **para o Estado atingir seus objetivos principais. Caso contrário, continuaremos a ter uma desproporção entre a tributação e a verdadeira cidadania.** (Elali, 2005, p. 33, grifo do autor)

Neste sentido, também entende Misabel Derzi (2010, p. 123):

> Ao erigir a República Federativa em Estado Democrático de Direito e ao construir um sistema tributário norteado pelo reforço ao federalismo e dirigido pela igualdade, capacidade contributiva, segurança e certeza do direito, a Carta Brasileira atual mostrou-se pródiga em normas limitadoras do poder de tributar e secularmente inspiradas pela Ciência das Finanças. Estudá-las em suas causas, funções e origens históricas somente pode ser enriquecedor para o intérprete, mas não se deve descurar de que o fio condutor é o valor jurídico, a diretriz pelo Direito.

A interpretação teleológica da norma limitadora é de extrema importância para que não ocorra um desajuste entre a realidade social com a tributação. Faz-se necessário considerar os mecanismos principais de defesa dos direitos fundamentais:

---

[106] De acordo com Regina Helena Costa: "A par dessa missão, as normas imunizantes operam como instrumentos de proteção de outros direitos fundamentais. Constituem, assim, ao mesmo tempo, direitos e garantias de outros direitos." (2001, p. 83)

ISBN 978-85-62288-05-0

> Para que a política fiscal, ou tributária, possa adequar a imposição tributária à realidade circunstancial do país, deve-se observar diferentes fatores, analisando-se, pois, a finalidade e o modo pelo qual atingir-se-á tal objetivo. Deve o Poder Público, através de seus agentes, examinar as razões da tributação e, somente depois, definir o que fazer, num processo político, que não se pode limitar a apenas um fator, mas tem que analisar diferentes fatores. A política tributária, ou fiscal, é um mecanismo que efetivamente pode auxiliar o Governo a solucionar problemas, ou a piorá-los caso se isole da realidade do Estado. (Elali, 2005, p. 38)

A política fiscal, portanto, deve levar em consideração os direitos fundamentais consagrados na constituição, como a dignidade da pessoa humana, a capacidade contributiva, a uniformidade geográfica e, em alguns casos, defendidos pelas imunidades, com a liberdade religiosa e cultural.

3 IMUNIDADES SOBRE OS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO

3.1 Amparo Legal

Roque Antonio Carraza (2006, p. 731) remonta à época do Império no qual a religião era somente uma: católica apostólica romana. Devido a este fato, apesar de os bispos, sacerdotes e religiosos possuírem muitas regalias, a Igreja perdia sua autonomia, ficando à mercê das vontades do Estado, sendo que diversos bispos e sacerdotes que tinham posições diferentes das do Estado foram presos.

Apesar de a Igreja gozar de amplos privilégios, ficava adstrita às opiniões do Estado, podendo prestar auxílio aos seus fiéis somente naquilo em que era autorizada. Era, portanto, subjugada pelos governantes. De acordo com o autor, com a proclamação da República em 1889, separou-se a Igreja do Estado, tornando-se este laico.

Com relação à imunidade, a Constituição de 1891, segundo Regina Helena Costa (2006, p. 156), foi a primeira que tratou sobre o assunto, vedando, no artigo 11, §2º, o embaraço aos cultos por via da tributação, comando que foi posteriormente reproduzido pelas Constituições de 1934 (art. 17, II) e 1937 (art. 32, *b*). A Constituição de 1946, no artigo 31, V, *a*, sucedida pelas Constituições de 1967 (art. 20, III, *b*) e 1967 (art. 19, III, *c*) tornou imunes os templos de qualquer culto.

Hoje, referido dispositivo, contido no artigo 150, VI, b[107], visa garantir a eficácia do artigo 5º, inciso VI, que certifica a todos a inviolabilidade da liberdade de

[107] Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
VI – Instituir impostos sobre:

ISBN 978-85-62288-05-0

consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

> (...)trata-se de reafirmação do princípio da liberdade de crença e prática religiosa, que a Constituição prestigia no art. 5º, VI a VIII. Nenhum óbice há de ser criado para impedir ou dificultar esse direito de todo cidadão. E entendeu o constituinte de eximi-lo também do ônus representado pela exigência de impostos. (CARVALHO, 2006, p. 190).

Ao longo da Constituição Federal há diversos dispositivos que visam assegurar a liberdade religiosa, garantindo que ninguém será privado de professar a sua fé.

Logo nos incisos VI e VIII do referido artigo 5º estão presentes dois dispositivos[108] que asseguram a assistência das entidades civis e militares de internação coletiva, bem como, que proíbe a privação de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, a não ser que seja para eximir-se de obrigação legal imposta a todos e se recusar a cumprir alguma obrigação alternativa, respectivamente.

Ademais, a norma imunizante dos templos de qualquer culto está abalizada pelo artigo 19, I, da CF, que veda às pessoas políticas estabelecerem cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança.

Nesse caso, da mesma forma que a norma imunizante visa conceder a ampla liberdade de culto, proibindo que o Estado limite esta atividade através da tributação, referido dispositivo busca separar totalmente a religião do Estado, impedindo que pessoas políticas possam intervir de qualquer forma no funcionamento destes cultos.

Ainda que pesem argumentos contrários, como o de Roberto Camilo Junior (online) que afirma que a política discriminatória de determinadas religiões é incompatível com a isonomia, bem como o fato de toda a sociedade custear a imunidade das entidades religiosas, tais argumentos não convencem.

Não haveria lógica o constituinte em diversos dispositivos ter conferido ampla proteção à liberdade religiosa se também tivesse colocado ao alcance do governo o poder de instituir tributos sobre os templos, uma ferramenta que poderia ser utilizada para subjugar ou embaraçar-lhes o funcionamento.

---

b) templos de qualquer culto

[108] Art. 5º [...]

VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei

ISBN 978-85-62288-05-0

Caso contrário, poderia ser cobrado o Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) sobre o templo, o Imposto Sobre Serviço (ISS) sobre o serviço religioso, na celebração de casamentos, por exemplo, o imposto de renda sobre as oferendas, bem como o Imposto de Transmissão sobre Bens imóveis (ITBI) sobre a aquisição de bens imóveis.

Importante destacar, também, que apesar de as imunidades em geral atingirem também as taxas e contribuições, em casos já elencados na Constituição, o Supremo Tribunal Federal, decidiu, no RE 129.930, que a imunidade somente é aplicável aos impostos, não sendo extensiva às contribuições sindicais[109]. Veja-se:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. IMUNIDADE. C.F., 1967, ART. 21, §2º, I, ART. 19, III, "B"; C.F., 1988, ART. 149, ART. 150, VI, "B". I. A Imunidade do art. 19, III da CF/67 (CF/88, art. 150, VI) diz respeito apenas a impostos. A Contribuição é espécie tributária distinta, que não se confunde co m o imposto. È o caso da contribuição sindical, instituída no interesse de categoria profissional (CF/67, art. 21, §2º, I; CF/88, art. 149), assim não abrangida pela imunidade do art. 19, III, CF/67, ou art. 150, VI, CF/88. (RE129.930/SP- São Paulo; relator: Min. Carlos Velloso; julgamento: 07/05/1991; órgão julgador: Segunda Turma)

Ademais, o já citado artigo 150, VI, fala expressamente sobre a vedação de instituição de impostos, não podendo o sujeito passivo da obrigação, no caso os templos, se eximirem da responsabilidade da cobrança de taxas e contribuições, outras modalidades de tributos.

A imunidade, portanto, tem o objetivo não apenas de garantir o bom funcionamento de determinada religião, mas assegurar que as pessoas possam professas sua fé livremente, independente de sua religião. A proteção, portanto confere aos templos de qualquer culto que contra eles não serão instituídos impostos que, relacionados com finalidades essenciais, poderiam prejudicá-los e embaraçar-lhes o funcionamento.

3.2 Capacidade econômica e capacidade contributiva

Diante do argumento de que as Igrejas possuem muitos recursos financeiros, e que, por esse motivo, não deveriam estar protegidas pela imunidade de impostos, Regina Helena Costa (2001, p. 86) chama a atenção para a diferença entre capacidade econômica e capacidade contributiva. A capacidade contributiva pressupõe a capacidade econômica, mas as duas não se coincidem.

---

[109] Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça também já assim o decidiu no julgado em RMS 21049/MG.

ISBN 978-85-62288-05-0

Nas suas palavras:

> Em verdade, a imunidade pressupõe a existência de capacidade econômica. Com efeito, ausente tal capacidade, despindo-se o fato em foco de conteúdo econômico, a situação seria de mera não-incidência, na dicção da doutrina tradicional; ou, como preferimos, de irrelevância para o Direito Tributário. Em outras palavras, tal situação traduzir-se-ia em "atipicidade", e não haveria sentido na instituição de imunidade. Não estaria presente, nesse contexto, a capacidade contributiva, em seu sentido objetivo. (COSTA, 2001, p. 87)

Desta forma, tem-se que, para que a instituição possa ser imune de tributação é necessário que ela possua capacidade econômica para tal fato, ou seja, realize atividades que envolvam recursos financeiros passíveis de tributação. Caso contrário, estaríamos na esfera de não incidência simples, diante de um fato que não teria relevância no Direito Tributário.

É certo que a capacidade contributiva pressupõe a capacidade econômica. Porém, não se pode afirmar que o contrário é verdadeiro, pois, para a defesa de certas situações, a capacidade contributiva será superada por outro valor fundamental que o constituinte considerou mais relevante.

A sociedade deve ser, um última análise, a beneficiada pela concessão da imunidade. Neste caso, ainda que possa ser verificada a capacidade contributiva de algumas entidades, a Constituição buscou preservar um valor econômico, político e social maior.

É evidente que os partidos políticos, as entidades sindicais dos trabalhadores possuem capacidade econômica, ou seja, possuem patrimônio para gerir suas atividades, porém, o constituinte buscando valores maiores, quais sejam, o pluralismo político e a livre associação sindical e profissional, respectivamente, proibiu a cobrança de tributos sobre eles.

Da mesma forma, buscou-se conceder a toda a sociedade liberdade de culto e profusão da fé religiosa, ou seja, princípio garantido na Constituição.

Regina Helena Costa defende ainda que, para as normas imunizantes, deve ser feita uma interpretação teleológica e sistemática, para desta forma efetivar o princípio ou liberdade por ela objetivado. Veja-se:

> A partir da identificação do objetivo (ou objetivos) da norma imunizante, deve o intérprete realizar a interpretação mediante a qual o mesmo será atingido em sua plenitude, sem restrições ou alargamentos do espectro eficacial da norma, não autorizados pela própria. (Costa, 2001, p. 115)

ISBN 978-85-62288-05-0

Realizando uma hermenêutica ampla, ainda que algumas igrejas sejam dotadas de poderio econômico, nenhuma possui capacidade contributiva, posto que o constituinte, para garantir um valor maior (liberdade de religião) conferiu a todas a proibição da criação de impostos sobre seu patrimônio, renda e serviços.

3.3 Questões jurisprudenciais relevantes

Neste ponto, se faz importante destacar alguns julgados importantes que tiveram relevância com o tema abordado.

3.3.1 Imunidade religiosa e os tributos indiretos

Como é cediço, a repercussão tributária nos tributos indiretos (ICMS e IPI, basicamente) envolve dois contribuintes: o contribuinte de fato e o contribuinte de direito.

O julgamento nos Embargos de Divergência Recurso Extraordinário n. 210.251/SP decidiu, por maioria, que a imunidade prevista no art. 150, VI, "c", da CF aplica-se às operações de vendas de mercadorias fabricadas por entidades imunes, impedindo a incidência de ICMS, desde que o lucro obtido seja revertido na consecução da finalidade precípua da entidade.[110]

Porém, quando a entidade coloca-se como contribuinte de fato do tributo, adquirindo o bem, entende-se que o tributo deve incidir, uma vez que os efeitos econômicos, nesse caso, iria beneficiar não aqueles sujeitos detentores à imunidade, mas sim terceiros estranhos, negando o objetivo alvitrado pelo constituinte[111].

Diante do exposto, convém destacar o entendimento de Eduardo Sabbag (2011, p. 334, grifo do autor):

> Em síntese, seguindo a linha de entendimento do STF, podemos assegurar: (**I**) **não incide** o ICMS nas operações de vendas de mercadorias fabricadas pelos templos (objetos sacros), com a condição de que o lucro obtido seja vertido na consecução da finalidade precípua da entidade religiosa; (**II**) **incide**

[110] Roque Antonio Carrazza (2006, p. 732) possui entendimento contrário ao consagrado pela Corte Suprema. Afirma que a imunidade não se estende à venda de objetos sacros, ainda que os seus lucros sejam revertidos em benefício do culto. De acordo com o autor, essas não são funções essenciais de nenhum culto, sendo que as atividades espirituais não se coadunam com essas atividades que, apesar de lícitas, são temporais.

[111] Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: "TRIBUTÁRIO, TEMPLO. IMUNIDADE. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. [...] 6. A Suprema Corte tem entendido que a tributação somente é afastada se a entidade imune é sujeito passivo 'de direito" do ICMS. Nesse sentido, reconhece a imunidade do ICMS nos casos de importação de bens incorporados ao patrimônio. 7. Isso não ocorre na hipótese de consumo de energia elétrica e de serviços de comunicação, em que o recorrente é simples contribuinte 'de fato'. É inviável estender a imunidade em proveito das concessionárias-fornecedoras (contribuintes 'de direito' não imunes)."

ISBN 978-85-62288-05-0

o ICMS nas operações de **compras** de mercadorias, uma vez que na compra não está se pagando o tributo, mas o preço do bem.

Por isso, quando entidade religiosa vende mercadorias religiosas e as utiliza na sua finalidade essencial, não é possível a tributação. Porém, quando a entidade religiosa efetua compras, trata-se de contribuinte "de fato", incidindo, portanto, o tributo.

3.3.2 Imunidade religiosa e os cemitérios

Recentemente o Supremo Tribunal Federal discutiu sobre a possibilidade ou não da imunidade dos cemitérios.

O Recurso Extraordinário 578.562/BA reconheceu a imunidade aos cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSITUCIONAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IPTU ARTIGO 150,VI, 'B', CB/88. CEMITÉRIO. EXTENSAO DE ENTIDADE DE CUNHO RELIGIOSO. 1. Os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão abrangidos pela garantia contemplada no artigo 150 da Constituição do Brasil. Impossibilidade da incidência de IPTU em relação a eles. (RE 578.562-9/BA-Bahia; relator: Min. Eros Grau; julgamento: 05/05/1992; órgão julgador: tribunal pleno)

Porém, no Recurso Extraordinário n. 544.815, ainda pendente de julgamento, pleiteia-se a imunidade de IPTU relativamente à um cemitério particular, localizada cidade de Santo André, em São Paulo. Nele, a autora alega que em virtude do passamento de pessoas queridas, são realizadas homenagens e ritos diante de seus jazigos, o que confere ao ato a forma de culto.

Portanto, ainda não está decidido, para Supremo Tribunal Federal, se os cemitérios que possuem caráter comercial, alugando jazigos e serviços com a obtenção de lucro financeiro, possuem imunidades da mesma forma que são conferidas àqueles que são extensões dos templos dedicados à religião.

3.3.3 Serviços públicos estaduais

A ADIn 3.421/PR tratou sobre a questão da imunidade de ICMS sobre os serviços públicos de água, luz telefone e gás, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo.

ISBN 978-85-62288-05-0

De acordo com o requerente, a norma prevista a Lei nº14.586/2004, do Estado do Paraná, que isentava os templos de qualquer culto da cobrança de ICMS dos serviços públicos já elencados contrariava o disposto na Lei Complementar nº24/1975, na qual há exigência de prévio convenio interestadual, firmado no âmbito do CONFAZ (Conselho Nacional Fazendário), para os Estados promoverem renúncia de receitas relativas ao tributo, consistindo, dessa forma, em "guerra fiscal". Ressalta ainda que não se trata de imunidade, pois a circulação de mercadoria não se encontra mencionada na norma do §4º, art. 150 do texto constitucional.

O tribunal, porém, julgou improcedente a ADIN, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, Min. Marco Aurélio. De acordo com o ministro:

> A proibição de introduzir-se benefício fiscal, sem o assentimento dos demais estados, tem como móvel evitar competição entre as unidades da Federação e isso não acontece na espécie. Friso, mais uma vez, que a disciplina não revela isenção alusiva a contribuinte de direito, a contribuinte que esteja no mercado, mas a contribuintes de fato, de especificidade toda própria, ou seja, igrejas e templos, notando-se, mais, que tudo ocorre no tocante ao preço de serviços públicos e à incidência de ICMS. (ADIn 3.421/PR – Paraná; relator: Min. Marco Aurélio; julgamento 05/05/2010, órgão julgador tribunal pleno)

Não constitui, portanto, a chamada "guerra fiscal" pois o contribuinte beneficiário é o contribuinte de fato, e não o de direito, sendo este último aquele que vai arcar com os encargos financeiros.

Conforme já exposto há incidência do ICMS na energia elétrica, não se tratando, de uma imunidade conferida aos templos de qualquer culto, pois não é ele quem vai suportar o encargo do ICMS, mas é possível o Estado interpor norma isentiva de contribuição para o imposto.

De todo o exposto, depreende-se que a imunidade deve ser aplicada com razoabilidade, de maneira a não ferir a livre concorrência e a igualdade tributária, onerando de maneira excessiva a sociedade em detrimento dos templos de qualquer culto.

CONCLUSÃO

O poder de tributar é atividade conferida aos entes federados que, utilizando de sua supremacia instituem tributos no intuito de gerar recursos para a própria máquina administrativa e para a sociedade, na realização da finalidade pública.

Para que esse poder de tributar não seja exercido de maneira desmedida, o constituinte impôs barreiras consistentes nos princípios e nas imunidades, que

ISBN 978-85-62288-05-0

norteiam a atividade tributária, impedindo a cobrança de tributos sobre determinadas entidades.

A imunidade sobre os templos de qualquer culto é uma forma de limitação ao poder de tributar que impede que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios instituam impostos sobre essas entidades religiosas.

Ainda que existam muitos argumentos contrários a essa imunidade, tais como o fato da não instituição de tributos sobre a entidade religiosa acabar atingindo toda a sociedade que a custeia, bem como a política discriminatória de determinadas religiões, tem-se que o objetivo de referida imunidade não foi somente proteger os locais de culto, sendo sua necessidade precípua revelada na livre manifestação da fé e liberdade religiosa, bem como certificando a todos a inviolabilidade da liberdade de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

O objetivo de referida imunidade não foi somente proteger os locais de culto, mas sim a livre manifestação da fé e liberdade religiosa, bem como certifica a todos a inviolabilidade da liberdade de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Desta forma, impede que os entes federados, através da cobrança de tributos, possam criar embaraços ao seu regular funcionamento.

Como se trata da defesa de um direito fundamental consistente na liberdade religiosa, não pode ser modificado por emenda constitucional, sendo atribuído o caráter de cláusula pétrea.

É indubitável que, na defesa desse direito fundamental a interpretação da imunidade deve ser ampla, de maneira a atingir de forma coerente o objetivo do constituinte.

Logo, tem-se que a doutrina dominante atualmente considera que templo não abrange somente o local físico onde são celebradas as atividades religiosas, mas sim toda a sua extensão.

Ademais, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas, pois caso contrário somente estariam imunizados da cobrança dos impostos sobre a propriedade imóvel: Imposto Predial Territorial Urbano e Imposto Territorial Rural.

Da mesma forma, todas as religiões pautadas na moral e nos bons costumes, independentemente da quantidade de fiéis seguidores, não devem ter embaraços ao seu funcionamento, sendo garantida dessa forma a isonomia tributária.

É necessário diferenciar a capacidade contributiva da capacidade econômica, pois as entidades religiosas, ainda que possuam, a capacidade econômica, ou seja,

ISBN 978-85-62288-05-0

expressividade financeira para gerir sua atividade, não possuem a capacidade econômica, consistente na impossibilidade de ter sua renda, patrimônio e serviços tributados.

Diante da natureza controversa dessa imunidade surgiram diversos questionamentos junto ao Supremo Tribunal Federal. O primeiro deles, diz respeito aos impostos indiretos, cujo entendimento atual na Corte Suprema se volta para o fato de que as entidades religiosas, quando vendem mercadorias religiosas não são passíveis de tributação, porem quando comprar qualquer mercadoria, incide o imposto, vez que elas se tratam de contribuinte de fato.

Outro fato relevante, ainda pendente de julgamento, se encontra nos cemitérios privados, que possuem o intuito de lucro, e a questão se possuem ou não imunidade da mesma forma que são conferidas àqueles que são extensões dos templos dedicados à religião.

Isto posto, enquanto o Tribunal não apresenta entendimento edificado sobre algumas questões, utilizando-se da Razoabilidade, princípio basilar no Direito brasileiro, é possível resolver as controvérsias suscitadas.

Por fim trata-se de um tema polêmico, e que, apesar de ser tratado pela primeira vez na Constituição de 1981, até hoje possui divergências na doutrina acerca de toda a proteção a liberdade religiosa. É salutar, portanto, discutir os casos de incidência ou não do imposto para que assim se possa atingir a uniformidade geográfica e a igualdade tributária a todas as entidades religiosas.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Natureza jurídica da contribuição de melhoria.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16ª ed. Atualizada por Dejalma campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Atualizada por Misael Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARRETO, Aires F. *Curso de direito tributário municipal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; BARRETO, Paulo Ayres. *Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

ISBN 978-85-62288-05-0

BASTOS, Celso Ribeiro de. *Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.* 6.v. t. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Celso Ribeiro de. Imunidade Tributária. *In:* MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades tributárias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BORGES, José Souto Maior. *Isenções tributárias*. 1 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

BRASIL. STF. ICMS - SERVIÇOS PÚBLICOS ESTADUAIS PRÓPRIOS, DELEGADOS, TERCEIRIZADOS OU PRIVATIZADOS DE ÁGUA, LUZ, TELEFONE E GÁS - IGREJAS E TEMPLOS DE QUALQUER CRENÇA - CONTAS - AFASTAMENTO - "GUERRA FISCAL" - AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO. Longe fica de exigir consenso dos Estados a outorga de benefício a igrejas e templos de qualquer crença para excluir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços nas contas de serviços públicos de água, luz, telefone e gás. ADIn 3.421/PR – Paraná; relator: Min. Marco Aurélio; julgamento 05/05/2010, órgão julgador tribunal pleno. Disponível em< http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611722&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203421 > Acesso em 08/10/2011

BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade de emenda constitucional e de lei complementar. Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originaria, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precipua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no paragrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutaveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributaria reciproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I,e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins

ISBN 978-85-62288-05-0

lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em conseqüência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). [...]. ADIN 939-7/DF – Distrito Federal; relator: Min. Sydney Sanches; julgamento: 15/12/1993; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 07.09.2011.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário. Constitucional. Recurso Extraordinário. Tributário. Contribuição sindical. Imunidade. C.F., 1967, ART. 21, §2º, I, ART. 19, III, “B”; C.F., 1988, ART. 149, ART. 150, VI, “B”. I. A Imunidade do art. 19, III da CF/67 (CF/88, art. 150, VI) diz respeito apenas a impostos. A Contribuição é espécie tributária distinta, que não se confunde co m o imposto. È o caso da contribuição sindical, instituída no interesse de categoria profissional (CF/67, art. 21, §2º, I; CF/88, art. 149), assim não abrangida pela imunidade do art. 19, III, CF/67, ou art. 150, VI, CF/88. RE 129.930/SP- São Paulo; relator: Min. Carlos Velloso; julgamento: 07/05/1991; órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 07.09.2011.

BRASIL. STF. Recurso extraordinário. Constitucional. Imunidade tributária. IPTU. Artigo 150, vi, "b", CB/88. Cemitério. Extensão de entidade de cunho religioso. 1. Os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão abrangidos pela garantia contemplada no artigo 150 da Constituição do Brasil. Impossibilidade da incidência de IPTU em relação a eles. 2. A imunidade aos tributos de que gozam os templos de qualquer culto é projetada a partir da interpretação da totalidade que o texto da Constituição é, sobretudo do disposto nos artigos 5º, VI, 19, I e 150, VI, "b". 3. As áreas da incidência e da imunidade tributária são antípodas. Recurso extraordinário provido. RE 578.562/BA – Bahia; relator: Min. Eros Grau; julgamento: 21/05/2008; órgão julgador: tribunal pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=578562&base=baseAcordaos>. Acesso em 02.07.2011.

BRASIL. STF. Embargos de divergência em recurso extraordinário. Imunidade tributária. Art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal. 3. Entidades beneficentes. Preservação, proteção e estimulo às instituições beneficiadas. 4. Embargos de divergência rejeitados. EDv 210.251- /SP – São Paulo; relator: Min. Ellen Gracie; julgamento: 26/02/2003; órgão julgador: tribunal pleno. Disponível em: <http http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em 07.09.2011.

BRASIL. STF. Recurso em Habeas Corpus. Constitucional. Imunidade tributária. IPTU. Artigo 150, vi, "b", CB/88. Cemitério. Extensão de entidade de cunho religioso. 1. Os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso

ISBN 978-85-62288-05-0

estão abrangidos pela garantia contemplada no artigo 150 da Constituição do Brasil. Impossibilidade da incidência de IPTU em relação a eles. 2. A imunidade aos tributos de que gozam os templos de qualquer culto é projetada a partir da interpretação da totalidade que o texto da Constituição é, sobretudo do disposto nos artigos 5º, VI, 19, I e 150, VI, "b". 3. As áreas da incidência e da imunidade tributária são antípodas. Recurso extraordinário provido. RE 578.562/BA – Bahia; relator: Min. Eros Grau; julgamento: 21/05/2008; órgão julgador: tribunal pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=578562&base=baseAcordaos>. Acesso em 18.09.2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Sacha Calmon Navarros. Imunidade Tributária. *In:* MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades tributárias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Imunidades tributárias. Teoria e análise da jurisprudência do STF*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Limitações constitucionais ao poder de tributar. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional.* V. 2 São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNIOR, Roberto Camilo. *Imunidade tributária dos templos religiosos*. Disponível em<http://www.almeidaadvogados.com.br/almeidalaw/Portugues/detNoticia.php?codnoticia=264&codnoticia_categoria=3&PHPSESSID=17a7afe349705aec7b4dd9ca255bfa75> Acesso em 08/10/2011.

ELALI, André. Sobre a imunidade tributária como garantia constitucional e como mecanismo de políticas fiscais – questões pontuais. *In:* PEIXOTO, Marcelo Magalhães; CARVALHO, Cristiano. *Imunidade tributária*. São Paulo: MP Editora, 2005.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Resenha Tributária e IBET – instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 1980.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Novo mapa das religiões.*Coordenação: Marcelo Cortes Neri. Rio de Janeiro: FGV, CPS, 2011. Disponível em: <http://www.fgv.br/cps/religiao/>. Acesso em 28/10/2011.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema tributário na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

ISBN 978-85-62288-05-0

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 27. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

_____. Imunidades tributárias. *In:* MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades tributárias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. – h 27

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Malheiros, 2005.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. A imunidade tributária e seus novos aspectos. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades tributárias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NETO, Roberto Medaglia Marroni. Imunidades dos templos de qualquer culto. *In:* DIFINI, Luis Felipe Silveira. *Imunidades tributárias e direitos fundamentais*. Posto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário.* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *DireitoTributário: Constituição e Código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PESTANA, Márcio. *O princípio da Imunidade Tributária.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ISBN 978-85-62288-05-0

O DIREITO DE ACESSO A MEDICAMENTOS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Cláudia Karina Ladeia BATISTA•
Mário Lúcio Garcez CALIL••

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é estudar as relações entre o direito de acesso a medicamentos e o direito de exclusividade na exploração de inventos farmacêuticos, a partir do direito fundamental à saúde em suas várias dimensões, o que se buscará por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental. Justifica-se o presente estudo, tendo em vista que o acesso a medicamentos constituiu, atualmente, parcela indispensável do direito fundamental à saúde, devendo ser equilibrado com o direito de patente, tendo em vista que toda propriedade, inclusive a imaterial, tem uma função social. Conclui-se que é necessário harmonizar o direito à preservação da propriedade imaterial e, via de consequência, de exclusividade na exploração econômica do produto desenvolvido e patenteado, com o direito de acesso aos medicamentos, sob pena de se esvaziar ambas as garantias constitucionais.

ABSTRACT

The goal of this work is to study the relationship between the right of access to medicines and the right to exclusivity in the exploitation of pharmaceutical inventions, from the fundamental right to health in its various dimensions, which will be sought through literature and documentary. Justified in the present study, given that access to medicines was currently indispensable part of the fundamental right to health must be balanced with the patent law, in order that all property, including intangible, has a function social. We conclude that it is necessary to harmonize the law of the conservation of intangible property and, as a consequence, the economic exploitation exclusive product developed and patented with the right of access to drugs, failing to empty both constitutional guarantees.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de acesso a medicamentos. Direito de patente. Preservação da propriedade imaterial.

• Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru-SP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba-SP). Professora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
•• Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru-SP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba-SP). Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

ISBN 978-85-62288-05-0

KEYWORDS: Right of access to medicines. Patent law. Preservation of intangible property.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é estudar as relações entre o direito de acesso a medicamentos e o direito de exclusividade na exploração de inventos farmacêuticos, a partir do direito fundamental à saúde em suas várias dimensões, o que se buscará por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental.

A fundamentalidade do direito à saúde é evidente no texto constitucional de 1988. O direito de propriedade imaterial também é expresso na referida Carta, contudo, não alcançando o mesmo dimensionamento e, portanto, não sendo merecedor do mesmo nível de segurança e garantia.

Parcela fundamental da saúde na atual quadra da história repousa na utilização de fármacos medicinais como forma de prevenção e cura de doenças, assim como a necessidade de constante desenvolvimento de tais produtos. Não se pode imaginar, hoje, a saúde sem os medicamentos adequados ao tratamento de cada mal.

O trabalho se divide em três partes. A primeira trata do direito à saúde em suas diversas dimensões, inclusive, o acesso a medicamentos. A segunda aborda a relação entre os direitos à saúde e à propriedade imaterial. A terceira se refere à função social das patentes farmacêuticas e o equilíbrio entre a propriedade intelectual e o acesso a medicamentos.

Justifica-se o presente estudo, tendo em vista que o acesso a medicamentos constituiu, atualmente, parcela indispensável do direito fundamental à saúde, devendo ser equilibrado com o direito de patente, tendo em vista que toda propriedade, inclusive a imaterial, tem uma função social.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O próprio conceito de “saúde” é de complexidade extrema, posto que é composto por fatores pessoais, ambientais e até mesmo administrativos. Referida complexidade se projeta para além das ciências médicas e das ciências humanas em geral, vindo cobrar do Direito uma conceituação sólida e aplicável aos casos concretos.

Em sentido amplo, “saúde” é a condição harmoniosa de equilíbrio funcional, físico e psíquico do indivíduo integrado dinamicamente no seu ambiente natural e

ISBN 978-85-62288-05-0

social ou a busca constante por tal estado, de forma que qualquer conceituação parte da idéia de equilíbrio interno e ambiental do homem.[112]

Em um Estado Democrático e Social de Direito, que tem a obrigação de garantir o bem-estar da população aos poderes públicos, enquanto parcela essencial da dignidade humana e instrumento de preservação da própria vida, a saúde passou a contar como um direito humano.

No Século XX, passando as Constituições modernas a incorporar cartas de direitos fundamentais, a vida e a dignidade humana passaram a emoldurar todo o quadro de prerrogativas e de garantias que o Estado deveria efetivar, tanto a partir de abstenções quanto por intermédio de intervenções estatais na economia e na sociedade.

Assim, faz-se evidente que os direitos fundamentais formam um sistema de proteção à dignidade da pessoa humana. Referida proteção deve ocorrer da forma mais ampla possível, de modo a abranger tanto uma dimensão negativa (de abstenção) quanto uma dimensão positiva (de ação).

O direito à saúde, especificamente, é um dos direitos mais relevantes e complexos de que se tem notícia. Sua definição, inclusive nos tratados internacionais de direitos humanos, ocorre da forma mais ampla possível, abrangendo desde o direito à assistência até o direito ao desenvolvimento.[113]

> Assim, o direito à saúde pode ser analisado sob a perspectiva de diferentes dimensões. A dimensão defensiva objetiva proteger o titular contra violações cometidas pelo Estado ou particulares, que venham a interferir ou ameaçar o exercício do direito à saúde, enquanto que a dimensão prestacional compreende a consecução de medidas que garantam o gozo do direito à saúde, bem como a organização de instituições, serviços e ações, sem os quais não seria possível a fruição de tal direito, o que conduz, portanto, a existência de um nexo entre a dimensão defensiva e prestacional do direito à saúde para com o aspecto individual e coletivo desta, qual seja, a preservação da liberdade individual e promoção da igualdade material.[114]

Não é possível analisar o direito fundamental à saúde sem se considerar ambas as suas dimensões, inclusive no que concerne aos casos concretos. Tendo em vista que se trata de um direito amplíssimo, suas dimensões (defensiva e prestacional) são complementares e interdependentes.

---

[112] DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário.* São Paulo: Verbatim, 2010, p. 10-13.
[113] DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. *Revista Direito e Democracia.* Canoas. v. 3. n. 1, 2002, p. 9.
[114] FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde:* parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 87-88.

ISBN 978-85-62288-05-0

Desse modo, vulnerar o direito social à saúde é vulnerar o direito à vida e à liberdade, "[...] entendida como possibilidade de cura ou convivência com a doença, de modo que permita, em alguma medida, o exercício da autodeterminação e da consecução de um projeto de vida".[115]

Trata-se, portanto, de direito extremamente complexo, assim como o próprio conceito de "saúde". Ambas as suas dimensões compreendem uma imensa gama de direitos relacionados à vida e à dignidade em vários graus de proteção. Nesse sentido, assim afirma Suely Dallari:

> Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção. As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que tipo de cidade pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão, etc. Note-se, porém, que ainda sob a ótica individual, o direito à saúde implica a liberdade do profissional de saúde para determinar o tratamento. Ele deve, portanto, poder escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada. É óbvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido socioeconômica e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento. Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir a outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho, da propaganda enganosa. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade. É claro que, enquanto direito coletivo, a saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado. Apenas o Estado que tiver seu direito ao desenvolvimento reconhecido

[115] SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo:* teoria e prática. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 18.

ISBN 978-85-62288-05-0

> poderá garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo.[116]

A abstenção estatal preserva a dignidade; a intervenção governamental garante a vida. Assim, o direito à saúde depende da liberdade, do desenvolvimento, da proteção ao meio ambiente e de ações que possibilitem seu exercício. A Constituição afirma o dever de todos os entes estatais no cuidado com a saúde.[117]

Em Estados Democráticos e Sociais de Direito, a exemplo do Brasil, os poderes públicos devem cumprir uma tarefa essencial: garantir o bem-estar do povo. A concretização de tal dever se demonstra completamente impossível sem a efetiva preservação da saúde da população do país.

O direito à saúde, portanto, deve ser implementado por intermédio dos serviços públicos sanitários, pela construção de hospitais e postos de atendimento à população, pela contratação de profissionais especializados e, em especial, pelo acesso a medicamentos voltados à prevenção e à cura de doenças.

As ações estatais, portanto, são indispensáveis para a realização total do direito humano-fundamental à saúde. Não bastasse, é claro que não poderia se efetivar o direito à saúde de forma plena sem que fosse assegurado o direito de acesso aos medicamentos, insumos essenciais aos procedimentos médicos e ambulatoriais.

2. DIREITO DE ACESSO AOS MEDICAMENTOS COMO DIMENSÃO ESSENCIAL DO DIREITO À SAÚDE

É impossível efetivar o direito à saúde de maneira completa sem se garantir o acesso a medicamentos. A ambivalência do referido direito determina que sejam tomadas posturas e ações estatais voltadas à sua efetivação, de modo que o acesso a medicação, essencial à prevenção e à cura, é seu evidente corolário.

O abastecimento e a distribuição de medicamentos devem ser feitos de forma abrangente, articulada e organizada, buscando sempre o atendimento integral da população, observada, em especial, a diretriz de descentralização, constante do Artigo 198, I, da Constituição Federal.[118]

Não se trata apenas de uma questão jurídica. As ciências médicas, há séculos, têm o medicamento como ferramenta essencial à prevenção e à cura de doenças. A relação entre medicina e medicamentos resta, inclusive, cristalizada na comunidade, constituindo um anseio social. De acordo com Ramiro Nóbrega:

---

[116] DALLARI, Sueli Gandolfi. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. *Physis.* Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 20 [1], 2010, p. 59-60.
[117] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* 1988. n.p.
[118] MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Direito sanitário.* São Paulo: Imprensa Oficial, 2012, p. 99.

ISBN 978-85-62288-05-0

> Saúde e medicamentos estão estreitamente ligados em nossa sociedade. É difícil pensar a saúde ou a doença sem pensar em medicamentos. Quando vamos ao médico, esperamos receber uma receita ao final da consulta. E desejamos comprar aquele remédio que acreditamos ser a solução para os nossos problemas. Mas antes de efetuar a compra, duas coisas são necessárias: o medicamento deve estar disponível e precisamos de dinheiro para comprá-lo. Os avanços tecnológicos permitiram o desenvolvimento de medicamentos para quase todos os males, principalmente para aqueles mais "rentáveis" para a indústria farmacêutica. Doenças antes mortais já possuem cura ou tratamento adequado. Câncer, AIDS, diabetes, impotência, disfunções hormonais, etc., não há mal para o qual não exista uma pílula que combata seus efeitos. Esse fantástico desenvolvimento traz muitas soluções, mas cria inúmeras necessidades. Encontrar o medicamento desejado é fácil, mas adquiri-lo tornou-se um problema.[119]

Os medicamentos, portanto, são essenciais à saúde na atual quadra da história. O desenvolvimento da tecnologia médica cria, em relação ao Estado, o dever fundamental de adequação às novas técnicas, e sua conseqüente utilização voltada ao bem-estar da população, consistente na prevenção e na cura de doenças.

A evolução científica da medicina, ao identificar problemas de saúde e encontrar soluções, torna-se constantemente mais ampla. O Direito, enquanto sistema dinâmico que é, não pode ficar imune a tal evolução, devendo caminhar lado a lado com o desenvolvimento medicinal.[120]

Além disso, a dimensão híbrida do direito à saúde determina a mesma complexidade no que se relaciona ao direito de acesso a medicamentos. Não é apenas um direito social, voltado à ação estatal; tem, também, uma dimensão libertária, defensiva. De acordo com Suely Dallari:

> É, portanto, na estrutura formal do Estado Democrático de Direito brasileiro e num ambiente onde o direito à saúde é percebido, ao mesmo tempo, com características de direito individual, privilegiando a liberdade, de direito coletivo, privilegiando a igualdade, e dependente do reconhecimento do direito ao desenvolvimento do Estado onde ele se realiza, que será

[119] NOBREGA, Ramiro. Acesso a medicamentos: direito garantido no Brasil? In: COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho; DALLARI, Sueli Gandolfi. (Org.) *O direito achado na rua:* introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 307.
[120] MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Idem*, p. 18.

ISBN 978-85-62288-05-0

> examinado o caso da assistência farmacêutica, parte do Sistema Único de Saúde brasileiro (SUS). [...] O direito ao medicamento compartilha dessas características, não sendo parte exclusivamente do que se convencionou chamar de direito social e nem somente do direito civil. De fato, o medicamento é um objeto híbrido, ao mesmo tempo mercadoria e bem sanitário, fazendo com que o direito que dele se ocupa tenha aspectos puramente contratuais clássicos, decorrentes de sua faceta mercadológica, outros claramente associados aos direitos sociais, que implicam a disciplina legal do acesso a eles enquanto bens indispensáveis ao cuidado da saúde, e outros ainda que estão na estrita dependência do desenvolvimento econômico-social e cultural e que vêm sendo denominados por seu caráter transindividual, identificáveis na proteção aos conhecimentos tradicionais ou na avaliação dos riscos e benefícios éticos dos ensaios clínicos, por exemplo. [...] Para cuidar do direito ao medicamento, convém recordar, novamente, que ele não pode ser - em nenhuma hipótese - confundido com o direito à saúde, embora seja parte dos direitos que interessam à saúde.[121]

O direito de acesso a medicamentos, dessa forma, compartilha a natureza do próprio direito à saúde. Ao mesmo tempo em que se deve preservar a liberdade de comércio das empresas produtoras e distribuidoras de fármacos, não se deve perder de vista a dimensão social que têm tais produtos.

Enquanto serviço público essencial é evidente que as ações voltadas à saúde devem encontrar regulação estatal. Em relação ao fornecimento de medicamentos não pode ser diferente. Tanto que existem, na legislação, diversos instrumentos regulamentadores em relação a tal esfera jurídica.

Nesse diapasão, foi instituída pela Portaria MS-GM n. 3916/98 a Política Nacional de Medicamentos, que fixou a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). A lista "[...] serve como norte para a elaboração de listas de medicamentos pelos entes federados".[122] No entanto:

> [...] é importante esclarecer que a lista de medicamentos essenciais é instrumento para viabilizar garantias mínimas à população e não pode servir para limitar o acesso integral do indivíduo aos tratamentos que se mostrem necessários à manutenção de sua saúde. Até porque, a lista de medicamentos essenciais contém os medicamentos básicos, para as patologias mais comuns, de modo que terapias relevantes para o tratamento

[121] DALLARI, Sueli Gandolfi. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. *Idem*, p. 63-65.
[122] MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Idem*, p. 107.

ISBN 978-85-62288-05-0

> de alguns quadro de saúde podem estar excluídas de seu rol. O fundamental, tanto para pedido administrativo quanto para eventual ação judicial, é haver evidência científica da necessidade do produto fármaco ou do insumo terapêutico.[123]

Como se denota, mesmo a RENAME, listagem fixada oficialmente pelo Ministério da Saúde, não se sobrepõe ao direito à saúde, de modo que, no caso concreto, havendo enfermidade mais grave ou complexa, deve ser, em qualquer caso, assegurado o acesso ao medicamento adequado.

Tendo em conta sua relação direta com o direito à vida e a dignidade humana, é possível afirmar a obrigatoriedade de o Estado assegurar até mesmo o acesso a medicamentos que não constam da RENAME, de fármacos ainda não registrados pela ANVISA, ou até mesmo de fórmulas experimentais.

Apesar de não encerrar todo o conteúdo do direito à saúde, o direito de acesso a medicamentos é uma de suas facetas essenciais, tanto por questões sociais quanto jurídicas, de modo que deve ser, de maneira plena, garantido pelo Estado. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - 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, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, 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 conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por

[123] *Ibidem*, p. 107.

ISBN 978-85-62288-05-0

> censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.[124]

Como se demonstra, a Corte Suprema, ao interpretar a Constituição Federal de 1988, posicionou-se no sentido da "fundamentalidade" do direito de acesso a medicamentos, inclusive enquanto direito social que o Estado deve garantir, especialmente no que concerne às pessoas carentes.

Ocorre que o direito de acesso a medicamentos deve restar equilibrado com o direito de propriedade imaterial referente às patentes de medicamentos. Como se demonstrará, não se pode pensar o desenvolvimento de novos medicamentos sem o respeito ao monopólio de utilização que o registro de patentes proporciona.

Não é possível, contudo, perder de vista o direito fundamental à saúde e o direito de acesso aos medicamentos, a serem ambos efetivados pelo Estado. É necessário, assim, que tais os direitos restem compatibilizados de maneira razoável, de forma a que se possa concretizar ambos.

[124] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 271.286-RS.* Rel. Min. Celso de Mello. 2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2012, n.p.

ISBN 978-85-62288-05-0

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A FUNÇÃO SOCIAL DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS

O direito de propriedade faz parte da própria história da humanidade, tendo sido essencial para a formação do próprio conceito de "economia". A evolução, porém, determinou o reconhecimento de direitos de propriedade para além dos bens corpóreos, palpáveis, diretamente resultantes do desenvolvimento humano. A propriedade intelectual, portanto:

> [...] corresponde ao produto do pensamento e da inteligência humana, que também tornou-se com o passar dos tempos, objeto da propriedade industrial. A propriedade intelectual é o esforço dispendido pelo ser humano, voltado à realização de obras literárias, artísticas e científicas, como também, é o direito autoral.[125]

Com o passar das décadas, a propriedade intelectual se tornou fundamental para a economia ao redor do mundo, decorrente, em grande parte, da necessidade de compensação por custos de pesquisas voltadas ao desenvolvimento de novos bens de consumo que, de úteis, passaram à essencialidade.

Nesse diapasão, a preservação do pesquisador no que se relaciona à concorrência é essencial para que a busca por novos produtos se mantenha financeiramente interessante. Tal característica tem especial relevância no que concerne às pesquisas que envolvem fármacos medicinais.

> Ao se conferir proteção, pelos direitos de propriedade intelectual, ao desenvolvedor da inovação, atribui-se a ele a capacidade de reaver o investimento feito no desenvolvimento do novo produto ou processo produtivo. O resultado econômico de um custoso projeto de pesquisa e desenvolvimento, muitas vezes, não é previsível, sendo incerto o seu sucesso financeiro. Em vista disso, ao se conferir direitos exclusivos de propriedade ao criador da idéia sobre o modo como a expressa faz com que possa se apropriar do valor social gerado, o que talvez não ocorresse se outros indivíduos pudessem usar, fruir e dispor da inovação sem ter contribuído para o seu desenvolvimento. Além disso, importa notar que, se na evolução biológica os mais aptos sobrevivem, na evolução econômica os mais aptos são emulados. Vale dizer, os mais aptos no mercado de inovações (os inovadores) atraem os concorrentes. Se estes tiverem o poder de se apropriar dos resultados da inovação dos mais aptos, imprimirão

[125] MUJALLI, Walter Brasil. *A Propriedade Industrial* - Nova Lei de Patentes. Leme: Editora de Direito, 1997, p. 238.

ISBN 978-85-62288-05-0

> deslealmente a concorrência, vez que se beneficiarão dos frutos decorrentes sem terem incorrido nos custos inerentes.[126]

A Constituição de 1988 não se manteve inerte no que concerne a tal fato histórico-social. Tratou, portanto, de preservar o direito de propriedade intelectual. Ocorre que tal preservação não se deu pelo mesmo formato de garantis fundamental conferido à propriedade material. Assim:

> O direito de propriedade a que se refere o *caput* do art. 5.º é, indiscutivelmente, um dos direitos fundamentais do homem. Mas a disposição contida no inciso XXIX tem antes o aspecto de comando constitucional dirigido ao legislador ordinário- reprise-se: 'a lei assegurará...' - e não propriamente um reconhecimento automático de um direito fundamental do autor intelectual.[127]

A natureza "não fundamental" do direito à propriedade imaterial demonstra claramente a possibilidade de relativização de tal direito. Ainda mais quando se está diante do conflito entre o referido direito e uma garantia fundamental. Referido conflito pode se dar, não raro, em relação ao direito à saúde.

Como se afirmou acima, o direito ao acesso a medicamentos deve ser assegurado por todos os poderes públicos. Referido direito deve, evidentemente, restar equilibrado com a garantia da propriedade imaterial referente aos medicamentos que são objeto de patentes registradas.

Inicialmente, o acesso a medicamentos somente pode ser garantido se houver quantidade suficiente de medicamentos a custos razoáveis. Mesmo se houver tal reserva, novos medicamentos são sempre caros demais para pessoas pobres, especialmente em países em desenvolvimento.[128]

A cadeia de suprimentos refere-se a todos os envolvidos na questão da distribuição de medicamentos, desde a saída da fábrica até o momento da venda e compra, com uma série infindável de oportunidades para o aumento de preços de tais produtos,[129] inclusive de forma arbitrária.

A iniciativa privada, evidentemente, está voltada à obtenção de capital em troca de bens ou serviços. É de sua natureza buscar otimização dos lucros por

---

[126]. TIMM, Luciano Benetti; BRENDLER, Gustavo. Análise econômica da propriedade intelectual: *Commons* vs. *Anticommons*. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI.* Nov. 2009, p. 1017-1037. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 28 maio 2012., p. 1027.

[127] FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 83.

[128] HASSIM, Adila; HEYWOOD, Mark; BERGER, Jonathan. *Health & democracy:* a guide to human rights, health law and policy in post-apartheid South Africa. South Africa: Siber Ink, 2007, p. 438.

[129] *Idem*, p. 441.

ISBN 978-85-62288-05-0

intermédio da diminuição dos custos de produção e de fornecimento dos referidos bens, bem como tentar proteger-se da concorrência.

No caso específico dos fármacos medicinais, apesar da necessidade de obtenção de dividendos, os profissionais do ramo deveriam ter em mente que seu trabalho envolve indubitavelmente a preservação da vida humana, da pesquisa que resultou em sua criação à distribuição do produto final.

A questão econômica, contudo, leva as empresas cujo objeto é o estudo, a fabricação e a distribuição de medicamentos a se concentrarem na busca por lucros gigantescos, deixando de lado a prevenção e a cura de doenças, negligenciando-se, em especial, as necessidades das pessoas carentes.

> Moldado pela demanda efetiva dos países industrializados, o mercado de medicamentos mostra-se inadaptado às necessidades de saúde das nações em desenvolvimento, trazendo assim o problema das doenças negligenciadas. Neste setor da inovação farmacêutica, as empresas são naturalmente conduzidas a concentrar seus interesses nos males que atingem, principalmente, os mercados mais rentáveis. Dessa maneira, as forças do mercado condicionam o setor de pesquisa e desenvolvimento farmacêutico mundial. Enquanto determinadas classes terapêuticas contam com uma intensa concentração de recursos financeiros, outras são excluídas dos programas de pesquisa. Resultado: para as doenças "negligenciadas", como o Mal de Chagas, a dengue, a Leishmaniose ou a Lepra, não existem medicamentos ou as drogas são antigas e pouco eficazes. Neste contexto, qual o papel da patente farmacêutica na questão "mercado/doenças negligenciados"? A resposta: nenhum. A equação entre o interesse da patente e a existência de um mercado lucrativo explica, em grande parte, a inutilidade dos direitos de propriedade intelectual quando se destinam a estimular o setor privado de pesquisa farmacêutica a tratar de atividades em benefício dos doentes de mercados mais ou menos restritos, e mais importante, pouco rentáveis.[130]

Desta forma, uma parte extremamente relevante do direito de acesso a medicamentos esbarra em questões econômicas, especialmente no que concerne à propriedade intelectual, ou seja, ao direito de exploração dos medicamentos criados a partir de pesquisas custosas e complexas.

A preservação da propriedade imaterial, contudo, não se pode sobrepor ao direito fundamental à saúde; deve com ele restar compatibilizada, equilibrada, de

[130] BRÉGER, Thomas. Economia internacional do saber e da pobreza: a exclusão dos países em desenvolvimento do mercado mundial de medicamentos. *Revista de Direito Sanitário.* São Paulo v. 12, n. 1. Mar./Jun., 2011, p. 145.

ISBN 978-85-62288-05-0

modo a preservar ambos os direitos, da empresa e do cidadão que depende do medicamento para prevenir e curar doenças.

A proteção à propriedade intelectual não pode inviabilizar nem comprometer o dever dos Estados de garantir o respeito, a proteção e a implementação do direito ao acesso a medicamentos, pois a propriedade intelectual é um produto social que possui uma indubitável função social.[131]

No Estado Democrático de Direito, a propriedade tem um regime diverso daquele que havia no Estado Liberal. Aqui, a propriedade não deve ser sinônimo de riqueza individual; deve, sim, cumprir uma função social, de distribuição e circulação da riqueza, exigência que alcança a propriedade imaterial.

A concessão do privilégio de exploração temporária do invento assegura ao autor o interesse no desenvolvimento da pesquisa, vez que terá ele um meio eficaz de recuperar os recursos investidos. Assim, um eficaz sistema de análise para a concessão de patentes acaba por representar importantíssimo fomento à atividade inventiva.

O desenvolvimento de novas tecnologias constitui, por sua vez, meio de efetivação de direitos sociais, notadamente na área de saúde. A proteção e o incentivo à atividade inventiva estão diretamente relacionados com o estabelecimento do direito de exploração exclusiva da inovação durante um lapso temporal.

> De todas as estratégias até hoje experimentadas, nenhuma tem se mostrado mais eficiente na promoção da pesquisa e no desenvolvimento do progresso técnico, econômico e social do que o sistema de patentes. É a melhor forma até hoje conhecida para estimular o progresso industrial. Os países que melhor asseguram esse direito exclusivo aos seus inventores são os que mais conseguiram desenvolver-se. Os que hesitaram em fazê-lo ficaram marcando passou ou muito lentamente progrediram, para não dizer que perderam suas melhores inteligências em favor dos primeiros. Até hoje tem sido uma constante: o progresso está na razão direta do grau de exclusividade conferida aos inventores.[132]

A proteção da patente fomenta a inovação, resultando indiscutível o efeito de que a grande maioria dos medicamentos verdadeiramente novos e valiosos é a criação da indústria farmacêutica privada e se deve a seus esforços próprios de

---

[131] BARRETO, Ana Cristina Costa. Direito à saúde e patentes farmacêuticas: o acesso a medicamentos como preocupação global para o desenvolvimento. *Aurora.* Ano 5. N. 7. Jan. 2011, p. 9.

[132] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 285.

ISBN 978-85-62288-05-0

investigação. Nesta ordem de idéias, o problema de uma proteção eficaz das criações desempenha um papel decisivo.[133]

CONCLUSÃO

O direito à saúde é extremamente relevante e, além disso, de evidente complexidade, inclusive no que tange à sua definição e abrangência. Tem dimensão dúplice, ambivalente, constituindo tanto um direito fundamental de índole social quanto um direito libertário, de natureza defensiva, buscando preservar a dignidade em diversos graus.

Nesse sentido, ações estatais são indispensáveis para que se possa realizar tal direito de forma plena. Dentre tais ações, o acesso a medicamentos se revela indispensável, pois, é claro, não se poderia efetivar o direito à saúde sem os insumos essenciais aos procedimentos médicos e ambulatoriais.

O direito ao acesso a medicamentos, dessa forma, compartilha a natureza do próprio direito à saúde, restando necessário preservar a liberdade de comércio das empresas produtoras e distribuidoras de fármacos, contudo, não se podendo perder de vista a dimensão social inerente a tais produtos.

É evidente que o desenvolvimento de novas tecnologias é um meio de efetivação de direitos sociais, de modo que a proteção à atividade inventiva resta diretamente relacionada à exclusividade na exploração da inovação. Tê-lo, porém, como absoluto, equivale a esvaziar uma indispensável dimensão do direito à saúde.

Assim, é necessário harmonizar o direito à preservação da propriedade imaterial e, via de consequência, de exclusividade na exploração econômica do produto desenvolvido e patenteado, com o direito de acesso aos medicamentos, sob pena de se esvaziar ambas as garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Ana Cristina Costa. Direito à saúde e patentes farmacêuticas: o acesso a medicamentos como preocupação global para o desenvolvimento. *Aurora.* Ano 5. N. 7. Jan. 2011, p. 11-11.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 271.286-RS.* Rel. Min. Celso de Mello. 2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2012, n.p.

BRÉGER, Thomas. Economia internacional do saber e da pobreza: a exclusão dos países em desenvolvimento do mercado mundial de medicamentos. *Revista de Direito Sanitário.* São Paulo v. 12, n. 1. Mar./Jun., 2011, p. 135-188.

COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho; DALLARI, Sueli Gandolfi.

[133] SOARES, José Carlos Tinoco. *Tratado da Propriedade Industrial:* patentes e seus sucedâneos. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998, p. 519.

ISBN 978-85-62288-05-0

(Org.). *O direito achado na rua:* introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. *Physis.* Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 20 [1], 2010, p. 57-75.

_____. Direito Sanitário. *Revista Direito e Democracia.* Canoas. v. 3. n. 1, 2002, p. 07-14.

_____; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário.* São Paulo: Verbatim, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde:* parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

HASSIM, Adila; HEYWOOD, Mark; BERGER, Jonathan. *Health & democracy:* a guide to human rights, health law and policy in post-apartheid South Africa. South Africa: Siber Ink, 2007.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Direito sanitário.* São Paulo: Imprensa Oficial, 2012.

MUJALLI, Walter Brasil. *A Propriedade Industrial* - Nova Lei de Patentes. Leme: Editora de Direito, 1997

NOBREGA, Ramiro. Acesso a medicamentos: direito garantido no Brasil? In: COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho; DALLARI, Sueli Gandolfi. (Org.) *O direito achado na rua:* introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 307-317.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo:* teoria e prática. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

TIMM, Luciano Benetti; BRENDLER, Gustavo. Análise econômica da propriedade intelectual: *Commons* vs. *Anticommons*. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI.* Nov. 2009. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 28 maio 2012, p. 1017-1037.

ISBN 978-85-62288-05-0

O CORTE DO GENITAL FEMININO E A LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

Ana Carolina Greco PAES[134]
Sérgio Tibiriça AMARAL[135]

RESUMO:
O presente artigo visa estabelecer um paralelo entre os direitos humanos da mulher e a liberdade religiosa, mais especificamente a liberdade de culto e de liturgia, que podem incluir o corte do genital feminino. A liberdade religiosa é um direito fundamental, assim como a dignidade da mulher que foi internalizada por tratados internacionais de direitos humanos. Há um confronto entre tais direitos fundamentais, sendo que ambos não podem sofrer grandes restrições por se tratarem de garantias fundamentais. Será analisado sob qual perspectiva o direito pode encarar a questão do corte do genital feminino e, a partir desse enquadramento, se é possível limitar a liberdade religiosa em relação a essa pratica.

RESUME:
Cet article a pour but établir un parallèle entre les droits humains des femmes et la liberté religieuse, en particulier la liberté de culte et de liturgie, où peut être inclus la mutilation génitale féminine. La liberté religieuse est un droit fondamental, mais en revanche, la dignité des femmes est internalisé par des traités internationaux des droits humains. Cela provoque une confrontation entre ces droits fondamentaux, compte tenu que tous les deux ne peuvent pas souffrir plus de restrictions, vu qu'ils sont des garanties fondamentales. L'objectif de cetravail est d'analyser dans quelle perspective la loi peut faire face à la question de la mutilation génitale féminine, et à partir de cette analyse, si on peut limiter la liberté religieuse par rapport à cette pratique.

PALAVRAS CHAVES: Direitos Fundamentais, Liberdade Religiosa, Dignidade da mulher, Corte do genital feminino.

MOTS-CLES: Droits Fondamentaux, Liberté Religieuse, Dignité des femmes, Mutilation Génitale Féminine.

[134] Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP – karol_324@hotmail.com
[135] Doutor e Mestre em Direito. Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP – sergio@unitoledo.br

ISBN 978-85-62288-05-0

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LIBERDADE RELIGIOSA

O direito à liberdade religiosa é citado pela primeira vez em forma de lei na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia em 1976, que compunha uma das treze colônias dos Estados Unidos da América. Foi a primeira carta de Direitos Fundamentais, de acordo com a concepção moderna, pois trazia em seu bojo as bases dos direitos humanos, entre os quais o de liberdade religiosa "todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião com os ditames da consciência" (SILVA, 2000, p. 158). Não havia interferência do Estado nas relações privadas e a declaração visava conter o poder do Estado, estabelecendo limites.

Em 1987 a Constituição dos EUA foi elaborada e, para sua entrada em vigor, foi necessária a ratificação de pelo menos nove das treze colônias. Algumas afirmaram que só ratificariam a Constituição caso fosse incluída uma carta de direitos. Neste contexto, nasceram as dez emendas da Constituição. A primeira foi a liberdade de religião e culto, juntamente com a liberdade de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição. São as primeiras manifestações da liberdade religiosa no contexto histórico (SILVA, 2000, p. 158), mas também envolvia as liturgias, como cânticos, cultos e outros sacramentos.

2. A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais foram divididos em três dimensões (há de se ressaltar que nesse ponto, há divergência doutrinária). Perfilha-se para os fins que este trabalho almeja, do aspecto tridimensional adotado por Ingo Wolfgang Sarlet, em que a liberdade religiosa se enquadra como direito de primeira dimensão, ao invés de gerações:

> Num primeiro momento é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo 'gerações' por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais temo caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de sorte que o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais (SARLET, 19998, p. 48).

As duas primeiras dimensões que tratam respectivamente, da liberdade e igualdade, possuem caráter individual, em detrimento ao foco coletivo. Houve necessidade de limitar o poder do Estado sobre indivíduo, justamente porque a positivação dos direitos do homem é necessária para que não ocorra abuso por

ISBN 978-85-62288-05-0

parte dos governantes; o indivíduo possui direitos e deve saber quais são para que assim possa torná-los efetivos.

Em seu estudo, Celso Lafer afirma que a proclamação dos direitos humanos nasce quando a lei "passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes". (LAFER, p. 123) O homem emancipado e isolado em sociedades secularizadas, necessitava de um porto seguro, um direito sólido, positivado, alienado da religião. A incerteza de um "direito divino", monopolizado pela religião, não dava garantias aos indivíduos de que o devido processo legal seria efetuado de forma justa, embasado em leis elaboradas tendo em vista o indivíduo e não somente o bem estar do governante, obedecendo ao devido processo legal.

> Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2000, p. 517).

O pano de fundo histórico era de uma grande ruptura religiosa no ocidente. A Igreja Católica Apostólica Romana – que por muitos anos ditou como deveria ser, não apenas o direito, mas a vida em sociedade como um todo, perde seu poder com a reforma religiosa, que fez surgir uma nova e diferente forma de pensar. As estruturas da sociedade foram alteradas, pois essa ruptura religiosa contribuiu para mudanças econômicas, culturais e, principalmente sociais. É neste contexto que a liberdade religiosa é positivada.

Existem óticas sob as quais os direitos fundamentais podem ser analisados e interpretados. A liberdade religiosa, sendo um direito fundamental, também se inclui como objeto dessas interpretações. Segundo a classificação de Celso Lafer, existem duas delas, a saber: "*ex parte populi* – a dos que estão submetidos ao poder – e a perspectiva *ex parte principis* – a dos que detêm o poder e buscam conservá-lo" (LAFER, 1988, p. 125).

A *ex parte populi* tem raiz no direito natural – trata-se de direitos que nascem com o indivíduo, que existem desde sempre. Esses direitos são considerados inerentes ao indivíduo independente de positivação. A perspectiva *ex parte principis*, tem origem na "governabilidade de um conjunto de homens e coisas num dado território" (LAFER,1988, p. 126). Dessa forma, a população será levada em conta pelo governo para que o direito fundamental seja observado e seguido. O governante deve respeitar o direito fundamental e aplicar a razoabilidade, "baseado numa ética de responsabilidade, de quais os direitos humanos que devem efetivamente ser tutelados, levando-se em conta os recursos disponíveis e a

ISBN 978-85-62288-05-0

necessidade de evitar, com a discórdia excessiva a desagregação da unidade do poder" (LAFER, 1988, p. 126).

Ao analisar o direito fundamental sob estas perspectivas, surgem questões atinentes a fruição de tais direitos. Quanto a *ex parte principis*, o governante se preocupa com a ordem que deve ser mantida frente aos direitos que surgem com a primeira dimensão, tais como a liberdade religiosa, de reunião e o direito de fazer greve. O governante deve limitar tais direitos a fim de viabilizar a vida em sociedade de forma organizada. Em relação a *ex parte populli,* Celso Lafer define.

> Na perspectiva *ex parte populi*, que é a da liberdade, uma das contradições, na prática, da tutela, resulta do fato de os direitos de primeira geração almejarem limitar os poderes do Estado, demarcando com nitidez a fronteira entre o Estado e sociedade, e os direitos de segunda geração exigirem a ampliação dos poderes do Estado. É por essa razão que são distintas as técnicas jurídicas que ensejam a fruição, *ex parte populi*, dos direitos de primeira e de segunda geração (LAFER, 1988, p. 128 e 129).

Existem também classificações que podem ser feitas quanto o conteúdo da liberdade religiosa. Uma delas é feita por Jayme Weingartner Neto:

> A liberdade religiosa compreende duas grandes dimensões, apresentando-se como direito subjetivo (1) e como vetor objetivo (2). Examinada na ótica do direito subjetivo, comporta duas outras categorias, consoante o titular respectivo: direitos subjetivos individuais (1.1), que pertence aos brasileiro e estrangeiros (pessoas naturais), incluindo os menores os incapacitados (com as devidas particularidades, especialmente no seu exercício); e direitos subjetivos das pessoas jurídicas (1.2), titulados pelas igrejas e confissões religiosas. Vista pelo prisma objetivo, a liberdade religiosa apresenta pelo menos três vertentes: princípios (2.1), deveres de proteção (2.2) e garantias institucionais (2.3) (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 68).

A classificação feita com base no aspecto objetivo dos direitos fundamentais ainda não possui grande expressão no ordenamento pátrio. No direito comparado, ainda existem discussões a respeito de suas diretrizes, contudo, em relação à sua terminologia será levado em consideração o estudo feito por Ingo Wolfgang Sarlet.

> os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da

ISBN 978-85-62288-05-0

> Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. (SARLET, 1998, p. 143)

O fato dos direitos fundamentais serem caracterizados por uma perspectiva jurídico-objetiva implica em desdobramentos importantes no que diz respeito aos limites e restrições de tais direitos. Esse caráter objetivo dos direitos fundamentais influencia o Estado a não levar em conta somente o indivíduo, mas a coletividade. Canotilho afirma que a fundamentação visa o significado do direito fundamental para a coletividade e não somente para o individuo. O contrário ocorre na fundamentação subjetiva, que busca os interesses apenas do individuo. (CANOTILHO, 2002, p. 1124)

> Com base nesta premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos (SARLET, 1998, pag. 146).

A liberdade religiosa se preocupa com a coletividade, uma anomalia na forma de culto mascarado por uma aparente proteção à liberdade religiosa de um indivíduo, por exemplo, pode levar a sociedade a uma desordem. A religião, se mal utilizada, pode ser instrumento discriminatório ou motivação para a prática de direitos repudiosos. Um deles é o corte do genital feminino, que desvaloriza de forma manifesta a pessoa da mulher colocando-a em um patamar de inferioridade.

> A liberdade religiosa, como a liberdade de consciência, é um direito de natureza tão elevada, e tão difíceis de palpar são, em teoria, as suas relações com os interesses individuais e sociais do homem, que o povo não se pode apaixonar por ela, compreender-lhe o alcance, tentar-lhe a reivindicação enquanto não despertam com uma provocação direta e material (BARBOSA, 1953 – 1964, p. 83).

Por este motivo é que a liberdade religiosa é tão variável. Existem países que ainda não são laicos, como por exemplo, a Arábia Saudita. Outros países, como a França, levam sua característica laica às ultimas conseqüências proibindo, por exemplo, qualquer tipo de manifestação religiosa em locais públicos.

ISBN 978-85-62288-05-0

No Brasil a liberdade religiosa é total, mas não absoluta, pois de acordo com a maior parte da doutrina, todos os direitos podem sofrer restrições estabelecidas pelo exercício de outros direitos. O Estado é laico, mas permite um grande espectro das manifestações religiosas, como sacrifício de animais, utilização do fumo em locais fechados e manifestações aparentes não de uma religião específica, mas de todas, como uso do véu islâmico, o quipâ judaico e a cruz cristã. Portanto, o Estado respalda todas as religiões, dentro dos limites permitidos.

3 A LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa é um direito que aparece na Constituição, mas não deve ser entendido apenas *ipsis litteris* na sua previsão. Há outros aspectos da liberdade religiosa nela tutelados, que são alcançados pois a liberdade estabelece a possibilidade de realizar ou não diversas condutas relacionadas com a fé das pessoas, como sacramentos e sacrifícios de animais para as religiões africanas.

Alguns autores entendem que a liberdade religiosa está dentro da liberdade de pensamento. Dessa forma, tem-se a liberdade de pensamento como a liberdade máxima das quais derivam outras liberdades.

> A liberdade de pensamento, ou de opinião, é qualificada por alguns autores como simultaneamente primária e primeira, isto pelo fato de aparecer cronologicamente e logicamente antes de outras liberdades que são senão um consectário seu? Exemplifique-se: a liberdade de opinião permite algum ter ou não crenças religiosas. No caso positivo, contudo, estas deverão se eternar por meio de outra liberdade, a dos cultos. Destarte, esta última aparece como uma liberdade secundária comandada pela liberdade de pensamento que lhe é anterior (BASTOS, 2001, p. 296).

Há também outra perspectiva sob a qual a liberdade religiosa pode ser encarada, como um dos primeiros direitos à liberdade, sendo que por isso mesmo figurou na primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos. Há argumentos doutrinários importantes que fundamentam essa afirmação de preferência, e foram elencados no livro de Paulo Pulido Adragão. No tocante à identidade nacional de um povo, que é um dos argumentos usados pelo doutrinador, há exemplos que podem ser citados. Por muito tempo, o que uniu o povo judeu - principalmente antes de ser criado o Estado de Israel - foi a identidade religiosa.

> - A liberdade religiosa liga-se diretamente à dignidade da pessoa humana, ao núcleo da dignidade pessoal, porque tem a ver com o estatuto e a origem

ISBN 978-85-62288-05-0

> do ser pessoal. Por isso, a resposta à pergunta sobre o sentido do mundo e da vida repercute-se na inteira experiência humana.
>
> - Ela teve prioridade cronológica na sua explicitação, muito antes do constitucionalismo: a expressão *libertas religionis* é forjada no século III d.C. (TERTULIANO). Por isso, a liberdade religiosa pode ser chamada a mãe de todas as liberdades.
>
> - Estas afirmações admitem comprovação empírica, quanto às suas consequências: a liberdade religiosa é, frequentemente, ponto de partida para a conquista das outras liberdade; a autodeterminação religiosa pode aliás ter um papel determinante na conscientização da identidade nacional de um povo.
>
> - Significativamente, a liberdade religiosa ocupa o primeiro lugar no conjunto de Emendas à Constituição dos Estados Unidos que garantem os direitos fundamentais mais importantes, conhecidos como o *Bill of Rights* (ADRAGÃO, 2002, p. 506/507).

Essas são duas óticas sob as quais a liberdade religiosa pode ser interpretada: ela pode ser uma liberdade secundária, se vista como liberdade que advém da liberdade de pensamento; ou como liberdade primária, uma vez que foi a primeira liberdade a ser positivada na Carta de Direitos dos EUA.

Os Estados Unidos da América do Norte determina o juramento sob a Bíblia em vários Estados-membros, enquanto que a Inglaterra, desde 1688, excluiu da linha de sucessão do trono os membros não anglicanos ou protestantes. Já no Chile há total liberdade religiosa, embora a Lei Maior chilena estabeleça o catolicismo como religião oficial. Portanto, cada Estado, dentro da sua soberania, dá um tratamento diferente para a temática religiosa.

Com relação ao que vem a ser a liberdade religiosa, tem-se grande dificuldade em enquadrá-la no que diz respeito a sua abrangência e limites, que variam no tempo, espaço e circunstâncias. Trata-se de um termo amplo que abrange alguns aspectos da vida religiosa e outros da vida civil, como o casamento e até mesmo política, no caso da escusa de consciência.

Mas, dentro do chamado núcleo básico, os doutrinadores são unânimes que tal liberdade enquadra, pelo menos, liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.

> Ela se inclui entre as liberdades espirituais. Sua exteriorização é forma de manifestação do pensamento. Mas, sem dúvida, é de conteúdo mais complexo pelas implicações que suscita. Ela compreende três formas de expressão (três liberdades): (a) a liberdade de crença; (b) a liberdade de

ISBN 978-85-62288-05-0

> culto; (c) e a liberdade de organização religiosa. Todas estão garantidas na Constituição (SILVA, 2000, p. 251).

No mesmo sentido, Paulo Pulido Adragão inclui, além das três formas explicitadas, algumas outras formas que a liberdade religiosa abarca:

> "Da noção de religião apresentada já se depreende o amplo conteúdo próprio da liberdade religiosa: ela abrange a liberdade de crenças (de ter, ou não ter, ou deixar de ter uma religião), a liberdade de culto, o direito a divulgação das próprias convicções religiosas, a liberdade de reunião e associação religiosas. Não é possível, aqui, ser exaustivo: qualquer enumeração do conteúdo de um direito fundamental terá sempre de renunciar à pretensão positivista de ser completa, pela própria natureza do direito, referido a uma multiplicidade de concretos comportamentos humanos" (ADRAGÃO, 2002, p. 507).

Feitas tais considerações a respeito dos institutos que a liberdade religiosa alcança, é necessário enquadrá-la no ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Para isso, será utilizada a classificação feita por Canotilho para os direitos, possibilitando limitações da liberdade religiosa.

A liberdade religiosa se enquadra no rol dos chamados "*Civil Rights* da terminologia americana, ou seja, os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão e proclamados nas constituições ou leis avulsas" (CANOTILHO, 2002, p. 360). São direitos comuns a todos da sociedade pertencentes a determinado ordenamento jurídico.

Trata-se de uma liberdade individual que se liga ao *status negativus* "visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado" (CANOTILHO, 2002 p. 361). O cidadão tem o direito de não ter interferência em relação a sua opção religiosa, por exemplo. Teoricamente, da mesma forma que o Estado não impõe uma religião, não deveriam existir intervenções estatais na forma de exercício dessa liberdade religiosa. Deve-se ressaltar que a liberdade religiosa em suas espécies - como a liberdade de culto podem sofrer restrições no caso concreto.

> Esse traço específico é o da alternativa de comportamentos, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento. Assim como vimos, o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre <<viver ou morrer>>). A componente negativa das liberdades constitui também uma dimensão

ISBN 978-85-62288-05-0

> fundamental (ex.: ter ou não religião, fazer ou não parte de uma associação, escolher ou não outra profissão (CANOTILHO, 2002, p. 1124).

Pode ser considerada também uma garantia institucional, uma vez que para que haja a efetivação da liberdade de culto, algumas prerrogativas são dadas, como por exemplo, ao local de culto (igreja, templo, salão, etc). Este é beneficiado de forma institucional para que o indivíduo possa exercer a sua liberdade religiosa. No caso concreto, há isenção tributária do local de culto.

Em relação à classificação material dos direitos fundamentais, a que melhor enquadra a liberdade religiosa na Constituição pátria é a "aproximação tendencial aos traços distintivos dos direitos, liberdades e garantias". Canotilho afirma que "os direitos, liberdades e garantias valem, de forma tendencial, como direitos *self executing*, independentemente da mediação concretizadora ou densificadora dos poderes públicos" (CANOTILHO, 2002, p. 367). Esses direitos possuem aplicação imediata.

> Trata-se de direitos cuja referencia primaria é a sua função de defesa, auto - impondo-se como 'direitos negativos' diretamente conformadores de uma abstenção ou proibição de agressão por pares dos destinatários passivos, públicos e privados. Nesta medida, ficam fora da categoria de direitos, liberdades e garantias, os direitos fundamentais que consistam, e na medida em que consistam exclusivamente, em prestações do Estado, por serem fundamentalmente instituídos a nível de político-legislativo (CANOTILHO, 2002, p. 367).

A liberdade religiosa se faz no ter ou não uma religião, dessa forma o Estado protege o cidadão para que ele não sofra interferência de nenhuma parte. O cidadão que opta por uma religião pode exercer seu culto; o cidadão que opta por não ter religião, não deve ser coagido a se enquadrar em alguma religião, nem sofrer discriminação por sua escolha.

> A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.

ISBN 978-85-62288-05-0

> Tão pouco o fenômeno possui expressão meramente individual; ele é também um fenômeno comunitário. As pessoas vivem-no em conjunto, prestam culto em conjunto e sentem mesmo que a religião implica uma relação de umas com as outras pessoas. A liberdade religiosa é também a liberdade das confissões religiosas (MIRANDA, 1993 – 1998, p. 359).

Após ter sido feita tal classificação a respeito da liberdade religiosa no ordenamento jurídico, é possível entender em quais aspectos a liberdade religiosa podem ser cerceada. A história testifica inúmeras barbáries que ocorreram em nome de um sentimento religioso. Entre alguns exemplos estão as cruzadas, a santa inquisição, a intifada, etc. Não apenas pelo sentimento religioso, mas também porque a liberdade de culto ou a liberdade de liturgia podem ferir outros princípios igualmente fundamentais, tais como o direito a vida ou o direito da dignidade da pessoa humana.

A dificuldade em se estabelecer, antecipadamente, limites e restrições à liberdade religiosa está no seu status, pois trata-se de um direito que faz parte do núcleo imodificável da Constituição, pilar da democracia brasileira. Além da liberdade religiosa ser um direito fundamental de várias vertentes, também é um vetor, ou seja, um princípio estruturador e anterior à Constituição, que apenas o reconheceu. Por ser uma liberdade e uma garantia fundamental, fundante do Estado, só deve ser restringida em casos excepcionais. Existem poucos valores de mesma natureza que podem ensejar, em tese e no caso concreto, a possibilidade de uma limitação.

4. A LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

A princípio, no período colonial do Brasil, havia forte resistência dos portugueses em relação às demais religiões, a única religião tolerada era a católica. A exemplo de Portugal, o Brasil tinha uma concordata com o Vaticano. A concordata é um tipo especial de tratado que envolve o Vaticano, sendo que por esse tratado, o Brasil teria uma religião oficial e pagaria uma quantia anual de colaboração financeira para os cofres da Santa Sé. Por isso, as demais religiões seriam apenas permitidas, desde que não tivessem templos.

A coroa brasileira, por outro lado, poderia nomear bispos e ainda utilizaria toda a estrutura física de Igreja Católica Apostólica Romana como cartório civil, para casamento e registro de nascimento, bem como outras atividades notariais.

No Brasil Império, a liberdade religiosa era limitada, pois não existia a possibilidade de construir templos que não católicos. Alguns autores chegam a dizer que era mesmo inexistente devido à influência exercida pela colonização portuguesa, e da aliança que havia entre a igreja Católica e o Estado.

ISBN 978-85-62288-05-0

As demais denominações eram extra-oficiais. Não tinham o direito de se reunir e celebrar seus cultos em templos, mas apensas nas casas. Havia a liberdade de crença, porém, não havia a liberdade total de culto e de organizar denominações (BASTOS, 2001, p. 252).

Além disso, religiosos de outras denominações que não a católica, não podiam ser enterrados nos cemitérios, que também eram controlados pela Igreja. Todavia, a principal restrição era no tocante aos direitos políticos, que estavam restritos aos católicos romanos. Os protestantes, por exemplo, não podiam votar e mesmo serem candidatos a cargos. Não havia separação entre a Igreja e o Estado.

Isso muda na República, pois o pensamento republicano não era compatível com qualquer tipo de intolerância, inclusive a religiosa, além do fato dos militares que tornaram o País uma federação presidencialista, enxergarem a Igreja Católica Apostólica Romana como uma ameaça ao novo modelo.

Dessa forma, houve a separação entre Igreja e Estado, ou seja, o Estado se tornou laico. Rui Barbosa teve grande influência nesse período.

> A Constituição de 1891 consolidou essa separação e os princípios básicos da liberdade religiosa (arts. 11, parag. 2º; 72, parágrafos 3º a 7º, 28 e 29). Assim, o Estado brasileiro se tornou laico, admitindo e respeitando todas as vocações religiosas. O Decreto 119-A/1890 reconheceu personalidade jurídica a todas as igrejas e confissões religiosas. O art. 113, item 5, da Constituição de 1934 estatuiu que as associações religiosas adquiriram personalidade jurídica nos termos da lei civil (BASTOS, 2001, p. 254).

Durante o Brasil republicano é que a liberdade religiosa enfim assume seu caráter pleno, não havendo mais a interferência estatal sobre qual religião o indivíduo deve seguir, bem como a forma que este procede para exercer sua religião. O Estado estabelece inclusive a possibilidade de não possuir religião, assegurando direitos políticos a todos.

Essa liberdade religiosa foi reafirmada em 1934, com a posição laica do Estado, que foi bastante democrática. Já na Constituição de 1937, a liberdade religiosa deixa de ser elencada explicitamente, mas nem mesmo o Ditador Getúlio Vargas ousa restringir as manifestações religiosas, embora o tenha feito no tocante aos partidos políticos.

Na Constituição de 1946, volta a figurar a liberdade religiosa “os princípios de separação entre a Igreja e o Estado são reconsagrados no art. 31, inciso, III. Os mesmos princípios foram mantidos na Constituição de 1967/1969” (SORIANO, 2002, p. 82). Na atual Constituição, a liberdade religiosa não é mencionada *ipsis litteris*, há porém algumas vertentes da liberdade religiosa.

ISBN 978-85-62288-05-0

Na Constituição Federal de 1988, embora o legislador diga que o Estado é laico, traz traços do pensamento cristão presente na sociedade da época, "O simples fato de o preâmbulo de nossa Carta mencionar a expressão 'sob a proteção de Deus' é indicativo de que a maioria da Assembléia Constituinte de 1988 professava a fé, sendo esta uma fé baseada num Deus único" (Cruz, 2009, p. 24). Sabe-se que o Brasil foi colonizado pelos Portugueses, que eram católicos, houve a catequização dos índios. Dessa forma o preâmbulo é apenas um reflexo cultural e histórico do que foi a colonização do país.

Na interpretação da Constituição deve se levar em conta a maior efetividade dos direitos - garantidos pela liberdade religiosa - a todas as religiões e não somente a cristã, pelo fato do Estado ser laico. Deve-se assegurar também os direitos dos que professam nenhuma religião, o que também está alcançado pelo conteúdo do dispositivo da Lei Maior.

A Lei Maior garante como direito individual nos seguintes dispositivos: no artigo 5º inciso VI remete a liberdade de consciência e de crença, apesar de distintas, estão ligadas a liberdade religiosa, além de prever o livre exercício dos cultos religiosos e da proteção aos locais de culto e suas liturgias; no inciso VII permite a assistência religiosa em entidades civis e militares de internação coletivas; já no inciso VII regula a escusa de consciência. A Constituição se preocupou em assegurar a livre determinação do indivíduo em relação a sua religiosidade.

5 A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A Constituição Federal em seu artigo 5º, Parágrafo 2º, diz respeito à internalização de tratados internacionais, entre os quais estão os direitos humanos em nível regional e global que envolvem a proteção da liberdade religiosa.

Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos integram a Constituição com assento Constitucional, já os demais tratados integram o ordenamento jurídico como lei ordinária.

> Os tratados internacionais de direitos humanos, excepcionados pela Constituição, além de terem a natureza de norma materialmente constitucional, têm incorporação imediata no ordenamento jurídico interno. Já, os demais tratados (tradicionais ou comuns), além de apresentarem natureza infra constitucional nos termos do artigo 102, III, b da Constituição (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), não são incorporados de forma automática pelo nosso ordenamento interno. Ou seja, um é o regime adotado quando se tratar de tratados internacionais que disponham sobre direitos humanos; outro é o aplicável quando o tratado que estiver em jogo não for de direitos

ISBN 978-85-62288-05-0

humanos, mas sim um tratado tradicional ou comum (MAZZUOLLI, 2000, p. 156).

Para a interpretação dos direitos fundamentais, não devem ser levados em conta somente os artigos descritos na Constituição Federal. Observa-se que o rol não é taxativo, há outros direitos fundamentais não elencados na Constituição.

> O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. Essa interpretação é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade (art. 150, III,b da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental (MENDES, 2010, p. 346).

Sendo assim, há que se observar aquilo que o Brasil acordou em tratados internacionais para que seja possível vislumbrar algumas outras diretrizes dadas à liberdade religiosa.

Em votação histórica no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello vislumbrou o status de supralegalidade dos Tratados Internacionais, até o julgamento que ocorreu em 03 de Dezembro de 2008 no RE 466.343-SP a doutrina era divida quanto ao status que recebia do tratado Internacional. Alguns a colocavam no patamar de lei ordinária, outros afirmavam que possuía status de norma constitucional. Porém o Ministro inovou na interpretação e deu aos Tratados Internacionais um tratamento diferenciado, o da supra legalidade, onde não são tratados como lei ordinária, mas possuem um espaço especial na Constituição.

> Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui características de supra legalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supra legalidade.
>
> Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipara-los á legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana (Voto do Ministro Celso de Mello no RE 466.343- SP).

ISBN 978-85-62288-05-0

A Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe no art. 12 o seguinte:

Liberdade de Consciência e de Religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças. Ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar a sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crença.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.
4. Os pais e quando for o caso os tutores, tem direito a que seus filhos ou pupilos recebem educação religiosa e moral que esteja de acorde com suas próprias convicções.

Nos artigos acima citados fica clara a preocupação do Direito Internacional em relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão, neste caso, a liberdade religiosa é o foco. O direito se preocupa em não coagir o indivíduo a ter uma religião ou ser obrigado a fazer algo contrário a sua religião. A liberdade de crença é tutelada para que haja pleno funcionamento das liberdades conquistadas na primeira dimensão dos direitos.

Quanto à internalização dos direitos fundamentais há um ponto importante, uma vez que os direitos humanos internalizados possuem status constitucional, há a possibilidade de haver confronto com uma norma constitucional e um tratado de Direitos Humanos internalizado. Desta forma a solução se dá por aquele dispositivo mais benéfico ao indivíduo.

> O raciocínio é simples: abstraindo-se a referência aos tratados, o texto constitucional dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros '*decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados'* (artigo 5º, paragrafo 2º). Um dos princípios constitucionais expressamente consagrados pela Magna Carta, o qual, inclusive, é norteador da República Federativa do Brasil, nas suas relações internacionais é o principio da *prevalência dos direitos humanos* (CF, art. 4º,

ISBN 978-85-62288-05-0

> II) que, aliás, é a primeira vez que aparece em uma Constituição brasileira, como princípio fundamental a reger as relações internacionais do Estado brasileiro. Ora, se é *princípio* da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos, a outro entendimento não se pode chegar, senão o de que todo tratado internacional de *direitos humanos terá prevalência* no que for mais benéfico, ás normas constitucionais em vigor. A conclusão, aqui, mais uma vez, decorre da própria lógica jurídica, que não pode ser afastada, interpretando-se corretamente aqueles preceitos (MAZZUOLI, 2000, p. 131).

Num confronto entre a proteção internacional e a da Lei maior, prevalece a que for mais benéfica ao indivíduo. Tanto pode ser aplicada a Constituição como o Tratado Internacional, essa interpretação deve ser feita de acordo com cada caso.

6 RESTRIÇÕES E LIMITES DO DIREITO A LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

Por se tratar de um direito fundamental, há possibilidade de restrições, pois o direito é limitado. Para facilitar a visualização dos limites da liberdade religiosa no sistema constitucional brasileiro, é necessário que seja definido o que pode ser entendido como possibilidades jurídicas de limites e restrições. Há uma abordagem de limites e restrição.

Jorge Reis Novais os conceitua da seguinte maneira.

> Etimologicamente há, porém, uma diferença de perspectivas: enquanto restrição (do latim *restringere*) tem o sentido principal de supressão ou diminuição de algo, já limite (do latim *limitare* ou *delimitare*) tem o sentido de extrema, de fronteira. Assim, enquanto que restrição procura traduzir a ideia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, limite sugere a relação ou colocação dos contornos desse conteúdo, ainda que na colocação de limites a alguma coisa venha sempre implicado o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro. Nessa medida, a colocação de limites é também inclusão e exclusão, preenchimento e restrição (NOVAIS, 2003, p. 155).

Objetiva-se dar contornos a liberdade religiosa, e não estabelecer seu âmbito de proteção observando os limites que podem ser dados a ela, e sim as restrições que ela pode sofrer quanto direito fundamental dentro de uma coletividade, que passa por mudanças.

ISBN 978-85-62288-05-0

As restrições dadas a esse mesmo direito no ordenamento comparado serão brevemente comentadas. Para tanto, será tido como base o resumo feito por Paulo Pulido Adragão em sua tese de doutorado.

> 1. Nos EUA, a Constituição não os refere explicitamente, mas deve considerar-se a imposição de limites, a cargo da jurisprudência do Supremo Tribunal, através da interpretação extensiva dos conceitos de estabelecimento de uma religião e de interesse governamental, enquanto fim prosseguido pelas leis restritivas da liberdade religiosa.
> 2. Em França, a ordem pública é o único limite explícito à liberdade religiosa que consta do *bloco de constitucionalidade*, para além da aplicabilidade dos limites gerais aos direitos fundamentais. Deve acrescentar-se a extensa definição jurisprudencial de limites à liberdade de manifestação da religião, obra do conselho Estado no Parecer sobre o *foulard*, em 1979.
> 3. Na Alemanha, a Constituição não refere qualquer limite especifico da liberdade religiosa, estando a sua identificação a cargo da jurisprudência e da doutrina.
> 4. Em Itália, só a Constituição define os limites à liberdade religiosa, podendo aí referir-se a não violação do ordenamento jurídico pelos estatutos confessionais, os bons costumes, bem como a refracção dos limites à liberdade de associação sobre as pessoas coletivas religiosas. A doutrina refere-se ainda à limitação da liberdade religiosa pela ordem publica.
> 5. Em Espanha, a Constituição espanhola subordina a liberdade religiosa ao conceito indeterminado de ordem pública. A partir dele, a Lei Orgânica da Liberdade Religiosa constrói uma clausula geral de limites, que integra, como seus elementos, os direitos alheios, a segurança, a saúde e a moralidade pública (ADRAGÃO, 2002, p. 266).

Nota-se que o Brasil adota um sistema misto em relação às restrições, algumas delas estão descritas na própria constituição em forma de “limites ou restrições estabelecidos por lei”.

Outras restrições tem base nas leis ordinárias, leis que não possuem status constitucional, que podem ser definidos como “limites ou restrições constitucionais imediatos” enquanto aqueles que não possuem restrições expressas na Constituição ou que sejam por ela permitidas, encontram suas restrições nos “limites imanentes”.

Essas três formas de restrições citadas acima foram da seguinte forma explicadas por Canotilho: “limite ou restrições constitucionais imediatos” nesses casos, a própria constituição limita o direito fundamental, mostrando suas restrições;

ISBN 978-85-62288-05-0

outra forma é pelo “limite ou restrição estabelecido por lei”, a Constituição autoriza que outra lei regule o direito fundamental por ela estabelecido; por fim, os “limites imanentes ou limites constitucionais não escritos”.

Os limites imanentes são parâmetros de restrição complexos pois, se não efetuados de forma criteriosa, podem servir para restringir direitos fundamentais de forma aleatória. Esses limites embasam-se na possibilidade da restrição de um direito fundamental somente com base em “limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos” (CANOTILHO, 2002, p.1143).

Os limites imanentes embasam restrições que não estão expressas na Constituição de forma literal, mas que devem ser observadas para que não haja um caos social, ou para que o direito não seja usado como provedor de arbitrariedades. É fato que os limites imanentes devem ser bem fundamentados para que não haja a limitação de um direito conquistado.

> Logo, quando em conformidade à intenção constituinte os poderes públicos atuam no domínio das liberdades individuais em ordem a compatibilizar o seu exercício com os outros valores igualmente dignos de tutela jurídica não estão a criar constitutivamente novos limites aos direitos fundamentais, não estão verdadeiramente a restringir o seu conteúdo, mas apenas a declarar, interpretar ou concretizar os referidos limites imanente que demarcam, a priori, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p. 440).

Os limites imanentes buscam uma conformidade com todo o ordenamento jurídico, usar de forma abusiva tais limites leva a restrição de direitos fundamentais indistintamente, porém, se respeitado o ordenamento jurídico, os limites imanentes atuam de forma a organizar os direitos, efetivando-os da melhor forma dentro do ordenamento.

Tendo como base tais considerações a respeito das formas como podem ser feitas as restrições, há pelo menos uma restrição que cabe ao direito de liberdade religiosa (e direitos fundamentais como um todo). Tal restrição não visa apenas os ramos do direito de liberdade e sim seu núcleo de proteção. Esta restrição pode ser definida como garantia da ordem pública.

6.1 A ordem pública

A restrição imposta pela ordem pública é uma restrição que os direitos fundamentais sofrem e que pode não estar expressamente descrita na Constituição. Visa assegurar os patrimônios de ordem pública, e nesse rol de patrimônios, está à

ISBN 978-85-62288-05-0

vida em sociedade para a garantia de um equilíbrio nas relações sociais. Tal proteção é feita pela atividade de polícia do Estado.

> Assim para além da atividade de polícia no âmbito da prevenção da ocorrência dos ilícitos penal e de ordenação social, reconhece-se à Administração, com base numa *reserva* ou *cláusula geral de polícia*, uma competência geral de *prevenção e eliminação de perigos*, de proteção contra atividades intoleravelmente perturbadoras da *ordem pública*, entendendo-se como tal aquelas situações que, a não verem o seu curso de desenvolvimento impedido, conduzem necessariamente a danos nos bens de ordem pública (NOVAIS, 2003, p. 476).

O que ocorre é a intervenção do Estado e a restrição do direito fundamental em relação a ilícitos penais que possam decorrer da liberdade religiosa. Não é o fato da liberdade religiosa ser um direito fundamental que faz ela ter plenos poderes a ponto de não sofrer intervenção do direito penal. Aldir Guedes Soriano afirma que "atividades ilícitas não são admitidas pelo ordenamento jurídico, mesmo quando praticadas sob pretextos religiosos" (SORIANO, 2002, p. 15).

Paulo Gustavo Gonet Branco assim afirma sobre as restrições que podem sofrer os direitos fundamentais.

> Em outros casos, ainda, a limitação intrínseca da norma de direito fundamental encontrará embasamento na consideração da função social que o direito proclamado exerce, em especial tendo em vista o seu significado para o regime político.
>
> Para descobrir as condutas que estão enfeixadas no suposto de fato da norma advoga-se, outras vezes, que se verifique se a conduta não está definida como crime (MENDES, 2010, p. 368).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, em Habeas Corpus, que foi improvido sob a argumentação de que a prática da liberdade religiosa não legitima o ilícito penal "curandeirismo", justamente pelos motivos supracitados (STF: RHC 62.240/SP, RTJ, 114/1038, Rel. Min. Francisco Rezek).

Por fim, nota-se que Rui Barbosa já vislumbrava essa restrição ao direito de liberdade. Por volta de 1941 - em um de seus pareceres à imprensa quando discutia questões religiosas sobre a excomunhão dos maçons assinada inclusive pelo papa - Rui Barbosa se pronuncia em defesa da liberdade religiosa, que até então estava sob domínio da Igreja Católica.

ISBN 978-85-62288-05-0

> Não temos preferências pronunciadas nem pela Igreja nem pelo Estado.
>
> O que queremos é que dominem nas relações dos cultos com o poder civil os dous grandes princípios que constituem a nossa bandeira política e que são os princípios eternos da ordem e da liberdade.
>
> Liberdade para a Igreja e liberdade para o Estado, eis a nossa doutrina.
>
> Que as igrejas, essas associações resultantes da identidade de crenças, vivam livres na adoração de seus Deus, na propagação de sua fé, na difusão de suas doutrinas, que elas, independentes de qualquer poder estranho, possam elevar-se à adoração do eterno princípio de todos os seres; que, por seu lado, o Estado, único poder nas sociedades livres, gire independente na órbita de sua ação, e não queria comprimir os cultos senão quando eles ofenderem a ordem e a paz das sociedades: eis o nosso *desideratum* (BARBOSA, 1953-1964, p. 148).

Essa forma de restrição não é expressamente autorizada pela Constituição, contudo, ela se aplica ao Direito Fundamental justamente pela ótica objetiva de que os direitos fundamentais possuem. Esta ótica é congruente com a ótica *ex part populli*, onde a efetivação e o controle do Direito Fundamental é exercido também pelo Estado, ou seja, não é somente uma garantia do indivíduo.

> Está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade, na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. Com base nesta premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e pela qual não pode ser dissociado, podendo falar-se neste contexto, de ma responsabilidade comunitária dos indivíduos (SARLET, 1988, p.146).

Essa restrição em garantia da ordem pública não está explicitamente contida na Constituição, mas pode ser encontrada na Convenção de Direitos Humanos que foi internalizada pela Constituição Federal, no artigo 12, 3 desta Convenção.

6.1.2 Os ilícitos

ISBN 978-85-62288-05-0

Existe uma clara limitação da liberdade religiosa, quando ela afronta normas penais, conforme supracitado. A liberdade religiosa, apesar de ser uma garantia do cidadão, deve estar consoante com a ordem pública. Para que haja a manutenção da ordem pública deve ser observado aquilo que o ordenamento jurídico incrimina. Inclusive o código penal encontra escopo na Constituição Federal, ele foi criado para a efetivação inclusive dos direitos fundamentais.

> Os princípios que no campo penal constituem instrumentos de tutela dos direitos humanos de primeira geração, embora pesem episódicas derrogações, estão hoje, pelo menos em termos legais, inclusive alguns com gabarito constitucional, consagrados em todo o mundo civilizado. Constam inclusive no mais importante documento legislativo do nosso século, 'A Declaração Universal dos Direitos do Homem,' editada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 (LUISI, 1991, p. 104).

O Código Penal tem base Constitucional o que também faz a liberdade religiosa ser limitada por ele, pois além da limitação imanente, há a limitação que deriva da escolha feita pelo legislador constituinte, que deu ao legislador originário o poder de criar as lei penais que devem ser observadas inclusive, pelos princípios. Sob essa perspectiva há como analisar algumas condutas praticadas em nome da religião e qual a possível restrição que a liberdade religiosa pode sofrer nestes casos.

6.1.2.1 Do corte do genital feminino

Dentro dos ilícitos penais que pode ser cometidos em nome da liberdade de culto está o corte do genital feminino, que pode ser feito em várias modalidades, desde a retirada do clitóris (ablação) com efeito de retirar o prazer da mulher no ato sexual até a costura dos grandes lábios da vagina (infibulação) o que impede por completo a mulher de ter prazer na relação sexual.

Atualmente, entre 100 e 140 milhões de mulheres sofreram ablação de clitóris no mundo todo, especialmente na África Subsaariana, mas também em outras regiões onde a prática é tradicional, e inclusive nos países da Europa e América do Norte, onde o total chega a 6,5 milhões, segundo dados do Instituto Nacional de Estudos Demográficos da França (Ined), liderado por Armelle Andro e Marie Lesclingand. A imigração levou a ablação a países europeus, como a França. Segundo as estimativas do Ined, de 42 mil a 61 mil mulheres francesas sofreram a extirpação do clitóris. (disponível em <http://www.ined.fr/fr/publications/population/>21/08/2012)

ISBN 978-85-62288-05-0

Trata-se de uma prática ritual de caráter religioso que tem a finalidade de preservar a mulher das relações sexuais impuras antes do casamento. A mutilação que traz desconforto durante a relação sexual para que dessa forma seja preservada a honra do marido. No entanto, embora o corte do genital feminino seja feito por um clérigo, sua prática não é aceita por todos os islâmicos.

> Esta práticas, para além das lesões com caráter permanente que provocam, levam á amputação de órgãos saudáveis como é o caso do clitóris e, com freqüência, também dos pequenos e grandes lábios. O termo mais corrente, mesmo em documentos internacionais, é Mutilação Genital Feminina, carregando assim, valores ocidentais de defesa dos direitos humanos, numa caminhada iniciada com a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948) (MARTINGO, 2009, p. 29).

Em relação a essa prática, tem-se que é uma prática mais cultural do que necessariamente religiosa, embora, possa ser embasada por algumas religioões, como por exemplo o Islã. Segundo o jurista Sami Aldeeb Abu-Sahlieh há uma interpretação abusiva do Corão que pode levar ao entendimento de que Maomé incentivou a circuncisão feminina.

> Quando aludindo aos argumentos religiosos a favor da circuncisão, tanto masculina como feminina, no Islamismo, faz referência ao que ele define como uma interpretação abusiva da Sura 2:124, em conjunção com a Sura 16:123. O Islamismo, ao adotar o Velho Testamento como referência, vai igualmente adotar Abraão como seu Profeta. Ao fazê-lo, e uma vez que a circuncisão foi ordenada por Deus a Abraão como sinal de aliança entre seu povo e Deus, os defensores do corte veem-no como uma obrigação para os descendentes do patriarca, indistintamente para homens e mulheres (Martingo, 2009, p. 171).

O que interessa para este tema é que uma vez que tal ato pode ser legitimado pela liberdade religiosa, mostra-se sua restrição no tocante a esta prática ser um ilícito penal. O artigo 129 do Código Penal descreve a seguinte conduta: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem” mais adiante no parágrafo 1 inciso III afirma ser a lesão corporal de natureza grave aquela que resulta a debilidade permanente de membro, sentido ou função. A respeito deste tipo penal, Cezar Roberto Bitencourt afirmou:

ISBN 978-85-62288-05-0

> "O bem jurídico penalmente protegido é a integridade corporal e a saúde da pessoa humana, isto é a incolumidade do indivíduo. A proteção legal abrange não só a integridade anatômica como a normalidade fisiológica e psíquica." (BITENCOURT, 2011, p. 186)

Fica evidente que o bem tutelado não diz respeito somente à integridade física da mulher, pois o tipo penal prevê a tutela de sua normalidade psíquica. O órgão genital feminino não só é um meio de procriação quando realizado o ato sexual, mas também corresponde às necessidades físicas da mulher, quanto às suas necessidades básicas. Além do que, em relação à ablação do clitóris, tem-se que a mulher perde prazer na relação sexual atingindo diretamente sua integridade psíquica.

A lesão provocada por este ato é de natureza gravíssima uma vez que resulta na "perda ou inutilização de membro, sentido ou função"; (Artigo 129, parágrafo 2º, inciso III do Código Penal). Nesse caso, depende qual o tipo de corte feito na genital feminina. Caso seja a ablação do clitóris, ele resulta na perda do sentido e função, uma vez que o clitóris é extirpado do corpo da mulher. Caso trate-se da infibulação – em que se costura os grandes lábios – nos referimos à inutilização da função do órgão. Por esses motivos, não há como enquadrar tal conduta a não ser no descrito neste inciso.

> Há perda quando cessa o sentido ou função, ou quando o membro ou órgão é extraído ou amputado... A perda pode operar-se por meio de mutilação ou amputação, a primeira ocorre no momento da ação delituosa, seccionando o órgão; a segunda decorre de intervenção cirúrgica, com a finalidade de minorar as consequências. Há inutilização quando cessa ou interrompe-se definitivamente a atividade do membro, sentido ou função; na inutilização, não há a exclusão, mas a subsistência, embora inoperante. Inutilização de membro, sentido ou função não é outra coisa que a sua perda funcional; e perda é o perecimento físico, é a eliminação material do órgão. Na inutilização o membro permanece ligado ao corpo, mas inoperante em sua atividade própria ou função. (BITENCOURT, 2011, p. 200)

A "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra mulher" visa assegurar à mulher igualdade na sociedade, toda e qualquer forma de discriminação é veemente combatida. O Estado deve resguardar a mulher de qualquer abuso de poder, haja vista que a história testifica o status de inferioridade que foi garantido a mulher, por esse fato se justifica a adoção de medidas que visam a igualdade entre homens e mulheres (WEIS, 1999-2006, p. 83).

ISBN 978-85-62288-05-0

> Relembrando que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesma condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade (MAZZUOLI, 2001, p. 380).

O artigo 5º da Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher assim dispõe:

> **"Artigo 5º** - Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para:
> a)Modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que esteja baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres."

Por ser um tratado de direitos humanos, adentra o ordenamento jurídico com status supralegal. Neste caso a proteção da mulher, para determinadas religiões pode estar em confronto com sua liberdade de culto que é assegurada pela Constituição Federal. Porém, por ser o tratado mais favorável à vítima, ele é quem prevalece sobre a norma Constitucional. Este é mais um motivo pelo qual o corte do genital feminino não pode ser uma prerrogativa da liberdade religiosa.

7 CONCLUSÃO

No Brasil, não existem dados ou registros sobre tais práticas. Na França tornou-se comum famílias islâmicas receberem um dia a visita de uma *sagefemme* , que é uma parteira árabe, vinda expressamente da África para executar esse "trabalho", que viola a dignidade do ser humano. Na Espanha ocorre um fenômeno inverso: as meninas árabes islâmicas são levadas por seus pais ao país de origem para que lá seja realizada a mutilação. Segundo médicos, algumas dessas mutilações ocorrem na própria Espanha. Canadá, Suécia e Estados Unidos da América do Norte consideram o problema como grave e estão concedendo asilo a mães e filhas árabes islâmicas, quando estas últimas sentem-se ameaçadas pela ablação do clitóris em seus países de origem (disponível em <http://elpais.com/tag/mutilacion_genital/a/> 21/08/2012).

ISBN 978-85-62288-05-0

Tendo em vista o que foi explanado, tem-se que a liberdade religiosa é um direito de primeira dimensão e que pode ser analisado sob diversos aspectos. Dentre esses aspectos estão a visão subjetiva, que leva em conta o direito do individuo exercer sua liberdade religiosa, e o aspecto objetivo que tem por base a coletividade. O aspecto objetivo legitima, inclusive, algumas restrições e limitações que o direito fundamental pode sofrer.

Na doutrina, a liberdade religiosa é encarada sob dois enfoques; o de que é a primeira liberdade, foi a primeira liberdade positivada, a primeira liberdade citada em relatos históricos como direito, entre outros argumentos. Há também o posicionamento de alguns autores que afirmam ser uma liberdade que deriva da liberdade de pensamento. A liberdade religiosa se ramifica, em pelo menos, três aspectos, que são a liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.

Em relação à classificação que pode ser dada a liberdade religiosa, foi levado em conta a classificação de direitos fundamentais feitas por Canotilho. Se enquadra no rol dos *Civil Rights*, direitos comuns a todos; liga-se ao *status negativus*, defende o cidadão de interferências externas no exercício de sua liberdade; e por fim, pode ser considerado um direito institucional, levando-se em conta o subsídio que o Estado dá aos locais de culto, isentando-os de tributos. Trata-se também de um direito *self executing*, pois possui aplicação imediata.

A liberdade religiosa no ordenamento jurídico já passou por várias transformações, desde a completa união entre Estado e Igreja (no período colonial) à total separação entre Estado e Igreja (período republicano). Atualmente a liberdade religiosa possui vertentes que são tuteladas na Constituição Federal. Entre elas estão a liberdade de culto, de liturgia, de crença, entre outras. Além desse rol há também os tratados internacionais internalizados pelo ordenamento jurídico pátrio que possuem status de supralegalidade e devem ser avaliados em consonância com a Constituição. No caso de conflito entre ambos, prevalece o que mais tutela o direito da vítima.

Por fim, há a questão do corte do genital feminino, que é a extirpação do clitóris, chamada ablação, ou a costura dos grandes lábios, chamada de infibulação. Tais práticas podem ter prerrogativa religiosa.

Atualmente, a mulher tem tido proteção especial no direito internacional e pátrio, pois a violência contra a mulher tem sido reprimida, o status de inferioridade que antes cabia à mulher tem sido repensado.

Sendo assim, a liberdade religiosa está em confronto direto com a dignidade da mulher. Há dois interesses divergentes, por haver divergência entre estes direitos - ambos de status constitucional, haja visto que há tratados celebrados em prol da mulher - possuem status de supralegalidade, ou seja, um deve prevalecer.

ISBN 978-85-62288-05-0

Analisando pela hierarquia das leis, tem-se uma norma com status constitucional e um tratado internalizado, supralegal, que protege a dignidade da mulher. Neste caso deve prevalecer o tratado internacional, uma vez que é mais favorável a vítima, tutelando seus direitos, sua integridade física, e psíquica. Física, pois há relatos científicos de que a infibulação é extremamente prejudicial à saúde da mulher; e psíquicas, pois ambas (ablação e infibulação) causam total desconforto a mulher durante o ato sexual, além de ser um sinal de total submissão e inferioridade da mulher.

No tocante às limitações ou restrições que a liberdade religiosa pode sofrer, há que se observar os limites imanentes que remetem à ordem pública e, por essa razão, proíbem que sejam cometido ilícitos em nome da liberdade religiosa. Como explanado, o corte do genital feminino se enquadra no crime de lesão corporal, uma vez que há danos permanentes para a mulher com essa prática.

8 BIBLIOGRAFIA

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado.* Coimbra: Almedina, 2002. 561 p. (Colecção teses) ISBN 972-40-1767-2

ANDRO, Armelle e LESCLINGAND, Marie in: *Female Genital Mutilation: situation in Africaand France;* disponível em <http://www.ined.fr/fr/publications/population/> 21/08/2012

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa:* trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1953-1964. V2. Tomo II

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 503 p. ISBN 85-02-02173-7

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2 ISBN 978-85-02-10436-5

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. 793 p. ISBN 85-7420-205-3

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506 p. ISBN 972-40-1806-7

CRISTALDO, Janer, in: *Clítores o novo passaporte:* disponível em <http://elpais.com/tag/mutilacion_genital/a/> 21/08/2012

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença:* as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009. 250 p.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 406 p. ISBN 978-85-7164-011-5

LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Fabris, 1991. 123 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

MARTINGO, Carla. *O corte dos genitais femininos em Portugal: O caso das guineenses.* Lisboa. Alto comissariado para a imigração e diálogo intercultural (ACIDI,I.P.), 2009, 245 p. ISBN 978-989-8000-77-4

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais.* Campinas: Agá Juris, 2000. 502 p. ISBN 8587540270

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. 264 p. ISBN 85-87984-18-7

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p. ISBN 978-85-02-09033-0

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993-1998. t. 4 ISBN 9723204800

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra Ed., 2003. 1008 p. ISBN 972-32-1177-7

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p. ISBN 85-7348-069-6

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 17. ed., rev. e atual. nos termos da reforma con São Paulo: Malheiros, 2000. 871 p. ISBN 8574201502

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional.* São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002. 195 p. ISBN 85-7453-247-9

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição:* fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 339 p. ISBN 978-85-7348-513-4

WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos.* São Paulo: Malheiros, 1999-2006. 148 p. ISBN 85-7420-140-5

ISBN 978-85-62288-05-0

ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Cláudia Haas AMARAL[136]
Léia Fernanda de Souza Ritti RICCI[137]

RESUMO:
Na ausência de políticas públicas adequadas para atender aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário recebe a atribuição de aplicar o direito de acordo com a sua interpretação, o que às vezes pode extrapolar a sua competência, e isso é entendido como invasão de competência. Mas uma análise crítica do tema leva à conclusão que o ativismo judicial pode ser positivo quando utilizado em prol dos direitos fundamentais, portanto, não deve ser incluído nos temas discriminados pela doutrina, pois num momento em que as políticas públicas parecem ineficazes, traduz a confiança no Poder Judiciário, que deve ser imparcial e afastado dos interesses políticos, cabendo, naquele momento, àquele órgão a efetividade de muitos direitos fundamentais.

ABSTRACT:
In the absence of adequate public policies to answer fundamental rights, the Judiciary is assigned to enforce the law according to his interpretation, which sometimes can extrapolate its jurisdiction, and this is understood as invasion of competence. But a critical review of the subject leads to the conclusion that judicial activism can be good when used in favor of the fundamental rights, so, shouldn't be included in the topics discriminated by doctrine, because nowadays when public policies seem ineffective, translates the trust in the judiciary, which should be impartial and far from political interests, fitting at that moment that organ the effectiveness of many fundamental rights.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial, Constituição, direitos fundamentais, Poder Judiciário, políticas públicas, efetividade.

[136] Advogada. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- UENP. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Administração Pública pelas Faculdades Bagozzi.
[137] Assessora jurídica da Defensoria Pública do Paraná. Especialista em Direito do Trabalho pela UNIDERP. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Professora de Direito Eleitoral na Faculdade de Telêmaco Borba-PR- FATEB.

ISBN 978-85-62288-05-0

KEYWORDS: Judicial activism, Constitution, fundamental rights, Judiciary, public policy effectiveness.

Introdução

O Constitucionalismo inaugurou uma fase histórica que garantiu os direitos fundamentais dos indivíduos, trazendo a sensação de que havia segurança jurídica para seus conflitos, porque estariam amparados pela supremacia das normas estabelecidas na Magna Carta. Paralelamente, surge a ideia de institucionalização do Estado Democrático de Direito, fundado na igualdade republicana, na busca pela justiça social e concretização dos direitos e garantais fundamentais. Na Constituição, estão garantidos os valores e bens necessários à defesa dos direitos das minorias, portanto, os direitos fundamentais prevalecem sobre os demais, tanto que são elevados à categoria de cláusula pétrea. O texto da Constituição Federal de 1988 já inicia tratando dos direitos fundamentais, o que representa a importância que é dada ao tema na Constituição. Por muito tempo, acreditou-se que a norma positivada na Carta Maior representou real garantia dos direitos fundamentais.

Contudo, com o decorrer do tempo, a dogmática passou a ser questionada, porque mesmo diante de tantas garantias, os direitos das minorias continuavam sonegados, surgindo discussões para atribuir a responsabilidade a qualquer dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Portanto, o Poder Constituinte Originário e o Derivado seriam os primeiros responsáveis pela definição das normas de direitos fundamentais, que serão regulamentados pelo Poder Legislativo, mas no momento da aplicação, pode demandar esforços do Poder Judiciário, que por meio da jurisprudência como fonte de direitos e deveres, deve encontrar a melhor interpretação dentro do que existe positivado e garantir a efetividade dos direitos individuais.

O reconhecimento dos esforços dos Tribunais para exarar equacionamentos eficazes e justos é visível, a exemplo do que ocorre no Superior Tribunal de Justiça, que tem a função de guardião infraconstitucional, uniformizando a cidadania, que tem elaborado uma jurisprudência que uniformiza gradativamente o direito, e o Superior Tribunal Federal, que possui o domínio da jurisdição constitucional, tem sido consultado para responder problemas dos mais variados matizes, pois a evolução da sociedade busca adaptar novos conceitos, novos comportamentos, novas necessidades.

Mas pelo fato de o Poder Judiciário ser a última instância a analisar as diversas questões que surgem ao longo do tempo, acarreta discussão em torno de sua hermenêutica constitucional, pois, no mínimo, é entendida como interferência na competência dos demais Poderes, acarretando críticas severas, recebendo tais atos advindos do Poder Judiciário até um nome específico: ativismo judicial.

ISBN 978-85-62288-05-0

O presente trabalho tem por finalidade avaliar se o ativismo judicial pode ser visto de maneira positiva quando utilizado para beneficiar direitos fundamentais que estão sendo desatendidos, seja por omissão da norma, seja por necessidade de melhor interpretação, direitos estes que por sua essencialidade não podem ser esquecidos sob a justificativa de que não há previsão legal. Por meio deste estudo, verificar-se-ão quais os reflexos e a contribuição que o ativismo judicial levará para o futuro dos direitos fundamentais, ao trazer novas interpretações.

1. Judicialização: relevância da distinção

No ordenamento jurídico brasileiro, cada poder possui suas competências, definidas em determinados artigos da Constituição Federal de 1988. São harmônicos e independentes[138], obedecendo a lógica da doutrina iluminista de Rousseau (contrato social), Montesquieu (tripartição de poderes), Kant e demais filósofos dos ideais adotados pelo estado democrático de direito. Trata-se de um sistema no qual a Constituição centraliza o modo de produção das leis e dos atos normativos, centraliza as decisões dos tribunais que se subordinam a ela, limitando as leis e o poder de atuação do Estado. A interpretação final das normas é feita por um órgão superior de justiça, que deve interpretar as normas constitucionais de forma vinculante. Assim é o estado democrático de direito, e no caso do Brasil, a interpretação das leis constitucionais é feita pelo Supremo Tribunal Federal, que aplica a Constituição de forma direta ou indireta[139] por meio de sua jurisdição, que é constitucional.

O estado democrático de direito pressupõe que as questões relevantes de caráter político, social ou moral são competência das instituições políticas tradicionais, que são o Poder Legislativo e o Poder Executivo, a eles cabe a criação do direito. Mas certos fatores políticos passaram a desgastar estas instituições, como por exemplo, quando estes poderes, com o intuito de não aumentar as dívidas públicas, não trabalham em prol de políticas públicas que reduzam as desigualdades sociais, havendo certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral, e esta morosidade transfere o poder de decisão das suas políticas para o Poder Judiciário.

Existem outros fatores, como o reconhecimento de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas, e como independente que é, prefere-se que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na

[138] Constituição Federal de 1988: Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
[139] Luís Roberto Barroso explica que a aplicação direta das leis refere-se às situações contempladas na Constituição, e que a indireta se dá no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

ISBN 978-85-62288-05-0

sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas controversos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação, etc., como estratégia para os políticos não se comprometerem diante do seu eleitorado.

Diante da falta de comprometimento das instituições políticas, coube ao Poder Judiciário o poder de decisão para questões que já deveriam estar sob consenso, e a este fenômeno denominou-se judicialização. No Brasil, ela decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Barroso[140] defende que nesse contexto, a judicialização constitui um fato contra o qual não se deve lutar, pois é uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não teriam a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

As considerações acima são relevantes para esclarecer que judicialização não significa o mesmo que ativismo judicial, pois resulta de uma tendência a transferir para o Poder Judiciário casos mais complexos, quando não há interesse dos outros órgãos em adequar soluções para eles. A judicialização é um fato natural que vem ocorrendo diante da dinâmica das relações sociais e políticas, ele é inevitável, causado pela necessidade de intervenção; o ativismo judicial é uma escolha, porque reflete a participação dos juízes em casos atualmente considerados relevantes, pois ao longo do tempo percebeu-se que a expectativa causada pela norma positivada na Constituição não correspondeu às expectativas, e necessitam de maior atendimento por parte do Judiciário, que passa a expandir o alcance da Constituição. Portanto, num segundo momento, a judicialização pode se transformar em ativismo judicial, de modo que as considerações anteriores servem de norte para a compreensão das críticas e vantagens que o ativismo judicial pode vir a apresentar, especialmente se utilizado em prol da defesa de direitos de classes que não foram favorecidas pelas circunstâncias políticas e sociais.

[140] Op. cit., p. 08.

ISBN 978-85-62288-05-0

2. Ativismo judicial

O termo "ativismo judicial" é uma expressão originada dos Estados Unidos, porque advém de discussões ocorridas em casuísticas do período do *"New Deal"* norte- americano[141], por volta dos anos 40 em diante, em que o Poder Judiciário (lá chamado de "Suprema Corte") daquele país interferiu na vida privada dos indivíduos, proferindo jurisprudências de caráter eminentemente político, sem participação do Congresso e do Presidente, sendo entendida como uma arbitrariedade da Suprema Corte daquele país ao intervir daquela forma inédita até então. Inclusive ocorreram dois grupos de discussão, liderados por uma corrente que defendia o ativismo judicial para promoção do bem-estar social, e outra corrente que asseverava que o Judiciário possuía função relevante, mas limitada no sistema norte-americano. O período foi positivo para afirmar jurisprudências progressistas com relação aos direitos fundamentais, não obstantes as críticas ideológicas, ora conservadoras, ora progressistas. Mas dentro deste caldo de cultura, o fenômeno do ativismo judicial começou a consolidar-se no sentido de maior participação dos juízes na concretização dos fins constitucionais, interferindo na atuação dos demais poderes, e com isso ocupando espaços vazios, lacunas que porventura ocorram.

Aqui no Brasil, o ativismo judicial tem precedentes em posturas ativistas do Supremo Tribunal Federal, com diferentes linhas de decisão. Como exemplos, citam-se: casos não expressamente contemplados na Constituição e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como o caso da vedação do nepotismo, da paternidade afetiva, e o casamento de homossexuais; declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, baseados em critérios menos rígidos do que os de patente e ostensiva violação à Constituição (interpretação conforme a Constituição), como exemplo, no caso da verticalização das coligações, e direito à eutanásia; imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador, como por exemplo, no precedente sobre greve no serviço público ou criação de municípios, quanto no caso de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde[142].

Citam-se ainda ações civis públicas cujas decisões permitem que o Judiciário controle a destinação de recursos para a educação, para a saúde, em que não se podem aceitar argumentos da administração pública, relacionados à falta de

[141] O New Deal (cuja tradução literal em português seria "novo acordo" ou "novo trato") foi o nome dado à série de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, e assistir os prejudicados pela Grande Depressão. (http://pt.wikipedia.org/wiki/New_Deal. Acesso em 20.08.2012).
[142] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p.11.

ISBN 978-85-62288-05-0

orçamento, para deixar de construir e reformar escolas, ou deixar de fornecer equipamentos para hospitais[143].

As hipóteses acima descritas distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.

Mas considerando que tais atos do Poder Judiciário advêm de necessidades que a dinâmica do direito traz, e também ante as omissões legislativas, extrai-se que se trata de uma consequência do princípio da supremacia da constituição e da institucionalização do Estado Democrático de Direito, fundado na igualdade republicana, na busca pela justiça social e concretização dos direitos e garantias fundamentais. Alguns direitos que deveriam estar resguardados e assegurados, por diversos fatores, acabaram por perder uma aplicação eficaz, carecendo então de novas interpretações.

Nesse novo contexto, simples análise dos exemplos anteriores permite verificar que a Constituição passa a ser considerada, a partir de um novo campo teórico, como fonte de valores e bens que devem ser resguardados e protegidos, uma vez que determina o respeito à dignidade das minorias.

Flávia Piovesan salienta que:

> (...) a busca do texto em resguardar o valor da dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais. Constata-se, assim, uma nova topografia constitucional, na medida em que o texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, à cláusula pétrea, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e garantias fundamentais." (PIOVESAN, 2000, p. 55).

O ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).

O controle de constitucionalidade traduz um exemplo de ativismo judicial, pois se contrapondo a um ato legislativo ou um ato de um membro eleito pelo povo, o Judiciário opõe-se à vontade de representantes do povo. O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial.

[143] REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.08.2009, DJE 27.08.2009; RE 410.715 AgR/SP- Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 03.02.2006, p. 76.10.

ISBN 978-85-62288-05-0

A importância do ativismo na efetivação dos direitos e garantias fundamentais é posto à prova toda vez que o fiel respeito às formalidades legais acaba por gerar injustiças, cabendo ao magistrado superar os formalismos excessivos para concretizar os direitos fundamentais. Se o rigor excessivo da lei impede a efetivação dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário encontrar a melhor forma de alcançar a justiça. E justiça, segundo Chaïm Perelman,

> “consiste, por certo, na aplicação da ideia de igualdade, porém como um elemento indeterminado, ou seja, que possibilite o levantamento e discussão de suas divergências. De tal elemento variável, numa pluralidade de determinações, é que advirão as mais opostas fórmulas de justiça, até que se chegue a um ideal de limite, sendo justiça a igualdade, não absoluta, mas a parcial, como algo possível de execução prática. Ser justo é tratar a todos de forma igual, contudo tendo em mente a ideia de "limite", em contraposição às possibilidades de realização de tais critérios de distribuição do que seja justo” (PERELMAN, 2000, p. 19).

Ou então, na concepção de justiça de John Rawls, que preceitua:

> "Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda de liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros". (...) "Portanto, numa sociedade justa, as liberdades da cidadania igual são invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais" (RAWLS, 2008, p. 4).

Neste aspecto, cumpre ao Judiciário o dever de adaptar o conceito de justiça para o alcance dos direitos fundamentais, porque se a norma não atende aos anseios dos indivíduos, então não há justiça, e naquele momento, deverá o magistrado superar as formalidades para assegurar o direito fundamental do cidadão.

3. Comprometimento do juiz na efetivação dos direitos e garantias fundamentais

Os direitos fundamentais encontram-se enumerados no artigo 5ª. e incisos da Constituição Federal de 1988. Para Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais constituem a dimensão substancial da democracia em contraposição aos direitos políticos, dimensão meramente formal, porque incorporam valores mais importantes,

ISBN 978-85-62288-05-0

e pressupostos da democracia política. E isso decorre da natureza dos bens jurídicos protegidos por eles, que são dotados das características da: universalidade, igualdade, indisponibilidade, atribuídos pelas normas constitucionais, e que, inclusive, se sobrepõem aos poderes constituídos (apud ALVES, 2010, p. 93).

> "Os direitos fundamentais são uma espécie de "espaço vedado", de núcleo duro da democracia, e estão imunes aos acordos, compromissos, e negociações políticas que devem apenas, portanto, alcançar aspectos secundários da vida das pessoas. [...] Os direitos fundamentais são reconhecidos na medida em que os seus destinatários principais se organizam e reivindicam o reconhecimento desses direitos, que podem ser novos, em sentido estrito, ou decorrer de ampliação de concepções restritivas de direitos antigos. Ainda que sejam distintas as expectativas e as dinâmicas concretas das forças sociais e atores presentes em diferentes contextos institucionais, em um contexto de conquista de direitos e de amadurecimento da cidadania, a força dessas novas subjetividades se manifesta de maneira singular ao mundo do direito (ALVES, 2010, p. 93)".

Das considerações acima, denota-se que, considerando-se o regime constitucional democrático pluralista, por mais que se considere q ue o Judiciário não pode ser o idealizador solitário dos direitos fundamentais, porque eles transcendem interesses políticos e sociais, fato é que o Judiciário tem o dever de intervir se verificar violação ou omissão nos direitos, porque se uma situação permanece sem resposta, caberá ao Poder Judiciário, que tem poderes suficientes para tanto, atuar de maneira efetiva para solucionar a questão.

A isso cabe agregar, em suma, que a função judicante não tem competência para, de maneira ampla, definir o conjunto das políticas públicas. Se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. Alguns direitos fundamentais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional.

Questiona-se, portanto, até que ponto, depois de esgotadas outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a tutela jurisdicional visando a implementação dos direitos fundamentais, sem que a intervenção do Poder Judiciário neste campo venha a se caracterizar como afronta à divisão e independência dos Poderes que constituem o Estado Democrático de Direito. Ora, basta o Poder Judiciário exercitar a prudência[144] que Aristóteles

[144] Prudência é a ação ponderada, discutida, examinada, enfim, deliberada. Aristóteles desenvolveu o conceito de *phronêsis,* legado por Platão, e concebeu uma importantíssima teoria geral da ação, uma hermenêutica da existência humana enquanto agente no mundo e sobre o mundo. A

ISBN 978-85-62288-05-0

ensinou e assim confirmar a suma importância que tal operador do Direito exerce na sua função judicante, que não é a de interferir no trabalho do Poder Executivo, nem do Poder Legislativo, mas, sim, o de garantir a paz social buscando a igualdade e a dignidade humanas, pois dentre inúmeras definições, o Poder Judiciário se traduz como sustentáculo para o Estado Democrático de Direito.

Se num primeiro momento espera-se do Judiciário que se pronuncie sobre a lei, num segundo momento espera-se que seus atos traduzam a efetivação dos direitos fundamentais, ora suprindo omissões legislativas, ora encontrando a melhor interpretação para temas controversos. É necessário que observe a lei não apenas formalmente, mas também a observe substancialmente, nos seus direcionamentos. Não basta o juiz ser impulsionado a agir quando alguém for lesado no seu direito fundamental, é necessário também que o juiz esteja preparado para adaptar seus conhecimentos à realidade local e contemporânea, e para isso necessita de um conhecimento multidisciplinar, conhecendo aspectos sociais, políticos e, naturalmente, legais, para que decida a fim de efetivar os direitos fundamentais.

O juiz não deve basear sua decisão apenas no que é legalmente previsto. Ao contrário, deve atentar-se, além da lei, à realidade social e aos direitos e às garantias fundamentais dos jurisdicionados.

O artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988[145] prevê a fundamentação das decisões judiciais. Esta é a forma de ele legitimar-se materialmente, pois o poder de fundamentação de suas decisões servirá para efetivar os direitos da cidadania, em favor da coletividade.

> "A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação" (RE 540.995, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 19.02.2008, DJE de 02.05.2008).

A fundamentação das decisões judiciais também é considerada "uma imposição do princípio do devido processo legal em que se busca a exteriorização

---

phronêsis/Prudência é virtude opinativa da alma, a *Prudentia* é considerada a mãe e a guia das virtudes. A ação prudente é cautelosa, mas, ao contrário do que pensa o senso comum, Prudência não é morosidade, aliás, não admite perda de tempo. É rápida e certeira, pois, o *kairós* (o tempo, do grego, no sentido de agir bem, no momento certo) é inerente à virtude da Prudência. "Nem antes, nem depois", como Odisseu (Ulisses) orienta a seu filho Telêmaco, na Odisséia Homérica. Tendo examinado cuidadosa e cautelosamente a questão que se apresenta, ao Prudente urge agir de imediato. Mas examina, delibera.

[145] Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

ISBN 978-85-62288-05-0

das razões de decidir, o revelar do prisma pelo qual o Poder Judiciário interpretou a lei e os fatos da causa" (PORTANOVA, 2001, p. 248).

Sobre a interferência necessária do Judiciário em assuntos constitucionais, Luís Roberto Barroso assevera que:

> "Na medida em que o assunto está na Constituição, ele sai da esfera política, da deliberação parlamentar, e se torna matéria de interpretação judicial. Então, em uma primeira abordagem, a Constituição de 88 contribui sim para que o Judiciário tenha um papel muito mais ativo na vida do país. Mas há um segundo motivo para isso. O atual sistema político brasileiro levou a um descolamento entre a sociedade civil e a classe política. Há algumas demandas da sociedade que não são atendidas a tempo pelo Congresso Nacional. E o que acontece? Nos espaços em que havia demandas sociais importantes e o Legislativo não atuou, o Judiciário se expandiu". (BARROSO, 2008).

Mauro Capeletti argumenta: "Percebe-se, desta forma, que o verdadeiro problema não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do *grau de criatividade* e dos *modos*, *limites* e *aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários". E prossegue: "Reconhece-se o fato de que todo ato de interpretação tem "[...] certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha [...]", o que "[...] não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Essa liberdade ou discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos" (CAPELETTI, 1993, p. 21-23).

Desta maneira, é possível perceber a importância da postura e a responsabilidade constante da atuação dos juízes, pois eles representam, como membros do Poder Judiciário, fundamentais peças na concretização dos valores e fins objetivados pela Constituição Federal, conforme prevê em seu artigo 3º.:

> "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

ISBN 978-85-62288-05-0

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Para a realização dos direitos fundamentais e da própria justiça social, deverá crescer o índice de sensibilidade por parte daqueles aos quais foi delegada a difícil missão de zelar pelo cumprimento da Constituição, de tal modo que, em se tratando do reconhecimento de um direito subjetivo a determinada prestação social, destaca-se o princípio da proporcionalidade, que servirá de parâmetro no indispensável processo de ponderação de bens que se impõe quando da decisão acerca da concessão, ou não, de um direito subjetivo individual ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva dos direitos sociais. (SARLET, 2008, p. 20).

O Direito e seus operadores, em especial o Poder Judiciário, possuem como missão primeira e fundamental a implementação das garantias fundamentais do indivíduo, assegurando a este a possibilidade de viver dignamente, tendo respeitadas suas necessidades, tudo para que a sociedade caminhe rumo ao desenvolvimento almejado pelo Estado Democrático de Direito.

A prudência do jurista se qualifica pela regra de escolha, de correção de critério que assegura a decisão justa e o bem humano. Sobre a prudência aristotélica, o pensador francês Pierre Aubenque (citado por Félix, 2008), afirmou: "Não há justiça, se a decisão é tardia. O momento, o tempo, que permite que a justiça ocorra, é determinado pela Prudência". Renomado estudioso dessa doutrina em Tomás de Aquino, o Professor Doutor Jean Lauand (citado por Félix, 2008), também atesta: "Na verdade, a *prudentia*, enquanto virtude da decisão, é a própria base da justiça e a *iurisprudentia* nada mais é do que a *prudentia* do *ius*".

O pensamento prudencial deve guiar o juiz na compreensão teórica e prática dos direitos fundamentais.

O juiz deve utilizar a interdisciplinaridade da Filosofia com a Sociologia e o Direito para exercitar a prudência aristotélica, logo após constatar que a virtude da Prudência se estabelece em circunstâncias bem peculiares.

Conforme atesta Aubenque, citado por Félix, 2008: "é a indeterminação dos futuros que faz do homem princípio; o inacabamento do mundo é o nascimento do homem".

É por isso que não há como se atribuir à ciência meramente lógica, um valor moral, ela não é meritória, é o que é, da forma como se apresenta. Por isso que a prudência faz-se indispensável aqui, no Direito aliado ao caso concreto, após análise de fatores externos e internos que tornam o cidadão desamparado e carente da atuação dos demais Poderes, momento em que o Poder Judiciário deve intervir de forma invasiva, se necessário, para que o Direito seja atendido.

ISBN 978-85-62288-05-0

A tarefa do juiz, portanto, exige comprometimento com uma atividade jurisdicional voltada para a pessoa humana tendo como norte a dignidade humana. Uma jurisdição determinada a não favorecer a injustiça no mundo, jamais se prevalecendo do fato de que a norma foi omissa ou por dificuldades de interpretação literal.

4. Direito e realidade social

Os direitos fundamentais ora comportam prestação positiva do bem ou do direito que constitui o seu objeto; ora comportam interpretação adequada para serem efetivados; ora comportam atos omissivos, de não interferência estatal. No contexto dos direitos fundamentais, exige-se do Estado e da sociedade uma atuação concreta para que sejam efetivados. Ou seja, o juiz tem a seu dispor meios para efetivar os direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados.

A realidade social é um fator de apreciação judicial no desenvolvimento de um processo, quando surgem questionamentos sobre a norma positivada. É necessário afastar a postura dogmática quando se fizer necessário reconhecer um direito fundamental.

É indispensável ao Judiciário, como aos demais Poderes, a observância e o respeito aos fins colimados pela Constituição, mediante uma interpretação das "normas infraconstitucionais à luz das garantias de justiça contidas na Constituição Federal, procurando extrair das normas processuais um resultado que confira ao processo o máximo de efetividade, desde, é claro, que não seja pago o preço do direito de defesa" (MARINONI, 2007, p. 34).

Para tanto, efetivar os direitos fundamentais não significa examinar a existência de recursos, mas, sim, a observância de princípios de igualdade e de justiça material.

Atualmente, devido aos processos de globalização econômica e cultural, justifica-se com maior intensidade a positivação de direitos fundamentais, de modo a desfazer assimetrias de interesses e de gozo de direitos e de bens e para refazer ou construir o equilíbrio de obrigações nos contratos de massa e de consumo, tome-se como exemplo o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº. 8.078/90), ou mesmo o Código Civil (Lei nº. 10.406/2002). Na ausência de normas a regulamentar tais direitos, abrem-se precedentes para o Judiciário decidir de acordo com seu entendimento.

O modo como deve ser operada a concretização dos direitos fundamentais, e modulada a vinculação deles resultante, depende da compreensão de que a fundamentalidade implica duplo comando da Constituição para o legislador, no campo da legislação ordinária e, para o juiz, no exame dos elementos do caso concreto. O primeiro comando refere-se à necessidade de delimitar, na lei ordinária

ISBN 978-85-62288-05-0

ou na incidência do caso concreto, o alcance da prestação e dos limites de recursos, ambos envolvidos no direito fundamental individual ou social. O segundo comando trata do imperativo de que, nem o legislador, nem o juiz, no processo de concretização e de delimitação, podem esvaziar o direito da liberdade de gozo que lhe é inerente (direito de exercer a autonomia). Os direitos fundamentais resistem às práticas de esvaziamento de direitos que possam surgir da legislação ordinária ou da atividade jurisdicional.

Verifica-se que a classificação dos direitos humanos em gerações ocorre de acordo com o momento histórico em que se identificam novos anseios humanos, os quais, diante de uma opressão vivida, buscam a participação política e o seu espaço dentro do sistema social vigente, para tornar suas vidas menos sofridas.

Segundo Boaventura Souza Santos:

> Os direitos humanos estão no cerne desta tensão: enquanto a primeira geração de direitos humanos (os direitos cívicos e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerado como o principal violador potencial dos direitos humanos, a segunda e terceira gerações (direitos econômicos e sociais e direitos culturais, da qualidade de vida, etc) pressupõem que o Estado é o principal garante dos direitos humanos. (SANTOS, 2003, p. 10).

Não pode haver escusas para que os direitos do cidadão sejam desatendidos. A sociedade clama por soluções para os mais variados casos, questões trazidas pela evolução da sociedade, de um direito dinâmico, que muitas vezes não estão expressas no texto constitucional.

No entendimento de Bobbio, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, reconheceram-se os direitos políticos, os quais conceberam a liberdade não negativamente, mas no sentido de autonomia, positivamente, e que tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla dos membros de uma comunidade, proclamando-se os direitos sociais, surgindo também novas exigências, novos valores, da liberdade no Estado, e como terceira consequência desse amadurecimento, os direitos sociais, que traduzem novos valores como os do bem-estar e da igualdade não apenas no plano formal, e sim por meio do Estado. São estes últimos direitos nos quais o cidadão participa, e adapta-se de acordo com o desenvolvimento técnico e econômico da sociedade. (BOBBIO, 1992, p. 33-34).

ISBN 978-85-62288-05-0

> "A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, originada da Revolução Francesa, associou o regime constitucional à garantia dos direitos fundamentais, tanto que as solenes Declarações de Direitos no preâmbulo dos textos constitucionais implicam verdadeira submissão do Estado aos direitos fundamentais, topograficamente inseridos em primeiro plano, exprimindo, em três vetores cardeais, todo conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização, qual seja, a LIBERDADE, a IGUALDADE e a FRATERNIDADE. (INÁCIO, apud ROMANELLI, 2002, p. 39)".

A este desenvolvimento dos direitos humanos, chegou-se a um ponto sobre o qual não deve haver questionamentos, mas sim a efetiva aplicação do direito. Toda e qualquer discussão sobre legitimidade, invasão de competência e arbitrariedade perde o sentido ao se considerar a importância dos direitos do cidadão.

Mesmo que a Constituição Federal explicite capítulo que enumera os direitos fundamentais, devem-se afastar interpretações restritivas, ou seja, deve-se preservar a dignidade da pessoa humana, conforme o que Paulo Ricardo Schier caracteriza como *neoconstitucionalismo* e *filtragem constitucional*, defendendo que o argumento de dignidade de pessoa humana não deve ser o remédio para todos os males, pois é um erro entender que nada fica imune ao princípio da dignidade humana, que ela resolve todos os conflitos, em especial porque a Constituição permite a materialização de seus objetivos, não devendo seus princípios permanecer no plano formal. (SCHIER, 2008). A lição de Schier cabe ao Judiciário, que para alcançar os ideais de justiça, deve inspirar-se nos princípios constitucionais.

Conclusão

Analisando o tema ativismo judicial dentro do contexto da judicialização das políticas públicas, tem-se que é de extrema importância para a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais são muito amplos, não podendo submeter-se a questões formais, dependendo de atuações positivas que os tornem eficazes.

Não se defende a ideia de supremacia do Poder Judiciário, mas sim, espera-se uma atitude eficaz deste órgão, em que ele se permita a agir com prudência, ampliando sua margem de atuação para que se torne um órgão fiscalizador do fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

Trata-se de um novo perfil atribuído ao Judiciário no Brasil contemporâneo, como um dos efeitos da redemocratização do país, fruto da promulgação da

ISBN 978-85-62288-05-0

Constituição Federal de 1988, que prima por mais poder e autonomia a este Poder, sendo o ativismo judicial mais contundente no Supremo Tribunal Federal, por ser o guardião da Constituição, mas não havendo motivos para não ser exercido também pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, considerando-se a importância da atividade jurisdicional.

Com o objetivo de atender aos anseios da sociedade, atendo-se aos princípios constitucionais, o juiz ativista passa a ter elementos necessários para legitimamente suprir a omissão legiferante, pois diante do vácuo legislativo que se apresenta, o juiz acaba por atrair para si o ônus de efetivar os direitos e garantias constitucionais, tornando, enfim, eficazes os direitos conferidos diante dos instrumentos jurídico-processuais, em especial, os constitucionalmente previstos.

Em que pesem as objeções que têm sido opostas ao ativismo judicial, em sua maioria por entender que este fenômeno interfere na independência dos poderes, o que se defende por meio do presente estudo é que, na realidade, não há interferência na independência dos poderes, uma vez que, diante da omissão do Poder Executivo e do Legislativo, tem o Judiciário, com amparo na Constituição Federal e nos princípios que a norteiam, como razoabilidade e proporcionalidade, o dever de efetivar os direitos nela já consubstanciados, não se tratando esta atividade judicial, nesta hipótese, de atividade legislativa pelo Judiciário, ou seja, não está o Judiciário a legislar, mas sim, a aplicar o direito.

Referências Bibliográficas

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasilcontemporâneo.*Disponível:http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010. pdf. Acesso em: 20.08.2012.

BARROSO, Luís Roberto. "Quando a política vai mal, o judiciário toma conta". *In: Jus Brasil Notícias. Entrevista à revista Consultor Jurídico em 21.09.2008*. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/noticias/112078/entrevista-luis-roberto-barroso-advogado-constitucionalista. Acesso em: 20.08.2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

FÉLIX, Luciene. "Prudência em Aristóteles e a questão da sustentabilidade". *Conhecimento sem fronteiras. Artigos de Filosofia.* Disponível em: http://www.esdc.com.br/CSF/artigo_sustentabilidade.htm. Acesso em: 19.08.2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ISBN 978-85-62288-05-0

_____. *Curso de processo civil*, vol. 2: processo de conhecimento. 6. Ed. rev., atual. e ampl. Da obra Manual do processo de conhecimento – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. 4ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 4ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil.* 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Boaventura Sousa. "As tensões da modernidade". In: *Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea-UFRJ. Ensaios. In:*http://www.arquivos.fir.br/disciplinas/001DHU1_astensoesdamodernidade.pdf. Acesso em: 19.08.2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998.

_____. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. In:* http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto937.pdf. Acesso em: 18.08.2012.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

A EUTANÁSIA SOB O ENFOQUE DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: PROTEÇÃO OU VIOLAÇÃO AO DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

Maytê Ribeiro Tamura Meleto BARBOZA*
Jacqueline Dandara TAMAIS**

RESUMO:
O presente artigo tem como objetivo suscitar uma reflexão acerca do tema da eutanásia. Se esta prática, na verdade, é uma proteção ou uma violação aos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana. Algumas questões são feitas como até onde vai realmente o direito à vida, se podemos dispor dela da maneira que bem entendermos, ou esse direito, que cada um possui sobre sua própria vida, é limitado. O ser humano possui direito à dignidade. Em certos momentos, porém, essa dignidade e qualidade de vida não se fazem presentes, como por exemplo, para alguém que esteja vivendo em estado vegetativo, ou sofrendo dores intensas devido a uma doença incurável, em fase terminal. Questiona-se, assim, se a prática da eutanásia, neste caso, seria dar dignidade a esta pessoa, mesmo privando-a do direito à vida. Apesar de consistir em uma prática antiga, a palavra eutanásia é relativamente nova. A eutanásia é gênero e possui várias espécies, diferenciando-se, ainda, de distanásia e ortotanásia. É um tema atual que vem sendo muito debatido. Enquanto alguns países a aceitam, outros a consideram crime, como no caso do Brasil. E justamente por isso, está estritamente relacionada ao Direito Penal, e também ao Direito Constitucional, pois afeta princípios fundamentais de nossa Constituição, como o do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

RESUMEN:
El presente artículo tiene como objetivo provocar una reflexión acerca del tema de la eutanásia. Si esta práctica, en verdad, es uma protección o una violación a los drechos fundamentales a la vida y a la dignidad de la persona humana. Algunas cuestiones son hechas como: hasta dónde va realmente el derecho a la vida, si podemos disponer de ella de la manera que bien entendermos, o si ese derecho, que cada uno posee sobre su propia vida, es limitado. El ser humano posee también derecho a la dignidad. En ciertos momentos, entretanto, esa dignidad y la calidad de vida no se ven presentes, como por ejemplo, para álguien que esté viviendo en estado vegetativo, o sufriendo dolores intensas devido a una enfermedad incurable, en fase terminal. Se cuestiona, así, si la práctica de la eutanásia, en este caso, seria

ISBN 978-85-62288-05-0

dar a esta persona la dignidad, mismo privándola del derecho a la vida. A pesar de consistir en una práctica antígua, la palabra eutanásia es relactivamente nueva. La eutanásia es género y posee muchas especies, diferenciándose, todavia, de la distanásia y la ortotanásia. Es un tema actual que está siendo muy debatido. Mientras algunos países la aceptan, otros la consideran crímen, como en el caso de Brasil. Y justamente por eso, está estrictamente relacionada al Derecho Penal, y también al Derecho Constitucional, pues afecta principios fundamentales de nuestra Constitución, como el derecho a la vida y de la dignidad de la persona humana.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade. Eutanásia. Morte. Vida.

PALABRAS CLAVE: Dignidad. Eutanasia. Muerte. Vida.

1 INTRODUÇÃO

A eutanásia tem como objetivo por fim ao sofrimento de pacientes em estado terminal. Esta concepção tem origem recente, no entanto, a prática data dos tempos antigos, acompanhando a humanidade entre as mais diversas civilizações, e com algumas diferenciações de como a conhecemos hoje.

Muito se questiona sobre a eutanásia, que em alguns países é permitida por lei, e em outros, é considerada crime, como o caso do Brasil. No que tange o ordenamento jurídico brasileiro, temos um conflito entre os princípios que a regem.

O direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana caminham lado a lado, e, tutelados constitucionalmente, são garantidos no ordenamento jurídico brasileiro como essenciais para a existência do indivíduo. Sem vida, o ser humano não tem possibilidade de possuir os demais direitos que lhe cabe.

A eutanásia gera polêmica justamente por se tratar do direito à vida sendo afastado pelo princípio da dignidade humana. Um direito não tem razão de existir se não junto do outro, com isso, a discussão gira em torno de que de não adianta haver vida se não for com dignidade.

Além disso, destaca-se a questão do direito à vida ser cláusula pétrea, e como tal, não poder sofrer emenda.

Complexidade, polêmica e intriga são algumas das características que acompanham a prática tão comentada nos últimos anos com tantos casos a seu respeito. Até que ponto o indivíduo tem poder sobre sua própria vida, ou seus familiares; onde ela é aceita, de que maneira, quais os elementos necessários para caracterizar a conduta de por fim à vida de um ser humano.

Debates intermináveis poderiam ser realizados sobre a eutanásia de tão vasto seu alcance. E é devidamente isso que deveriam fazer os países que ainda não fizeram, dando a devida atenção que o assunto requer. Não é um direito

ISBN 978-85-62288-05-0

qualquer que está em jogo, mas sim, a vida de milhares de pessoas que lutam não mais pela sobrevivência, mas pelo descanso que só a própria morte pode lhes proporcionar.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA EUTANÁSIA

A palavra eutanásia deriva da junção dos vocábulos gregos *"eu"* (bom) e *"thánatos"* (morte), formando o significado de "boa morte".

"O vocábulo teve origem no século XVII, por obra do filósofo inglês Francis Bacon (Novum Organum, 1616), que denominou eutanásia o estudo das enfermidades incuráveis." (CARVALHO, 2001, p. 31).

Apesar do vocábulo que a define ter surgido tão somente no século XVII, a eutanásia em si remonta desde os povos primitivos, tendo sido praticada ao longo do tempo, entre as mais diversas civilizações. Porém, antes, o escopo era muito diferente do atual, onde o motivo é predominantemente a misericórdia para com o doente incurável. Antigamente, praticava-se a eutanásia com finalidade eugenésica (que visa o aperfeiçoamento da raça humana) ou econômica.

No intuito de livrar-se daqueles que poderiam significar um peso econômico, ou ainda, pessoas com anomalias que pudessem interferir na perfeita reprodução da espécie humana, algumas civilizações praticavam atos bizarros e cruéis. Deste modo, "Na Índia antiga os doentes incuráveis eram conduzidos por seus parentes até a margem do rio Ganges, asfixiados [...] e depois abandonados no leito do rio sagrado". (CARVALHO, 2001, p. 33).

Já na Grécia, dava-se muito valor aos potenciais guerreiros da Polis. Todo aquele que não se enquadrava nos padrões físicos exigidos, era impiedosamente descartado: "Na Ilha grega de Cea todo habitante que completasse sessenta anos era envenenado por representar uma carga à sociedade". (CARVALHO, 2001, p. 34). "No livro *Vidas Paralelas*, de Plutarco, ele narra que em Esparta, todas as crianças fracas [...] eram lançadas ao cume de um monte, a fim de evitar que sofressem e se tornassem carga inútil para seus familiares e para o Estado" (BIZATTO, 2003, p. 43).

Em Roma, também há registros da prática da eutanásia na antiguidade, pois "Cícero afirmava (*De Legibus*, III, 8, 19) que era dever do pai matar o filho disforme, e César, ao colocar seu polegar para baixo, autorizava a eutanásia, concedendo ao gladiador um modo de escapar da desonra e da morte com grande agonia". (DINIZ, 2009, p. 378).

Ainda entre gregos e romanos, convém salientar que era comum o emprego do "vinho de Moriani, um líquido obtido a partir das raízes de mandrágora, para causar o adormecimento dos condenados à morte e desse modo, evitar-lhes os últimos sofrimentos" (CARVALHO, 2001, p.36). Possivelmente, Evandro Corrêa de

ISBN 978-85-62288-05-0

Menezes, em sua obra *Direito de Matar*, refere-se à mesma substância, ao fazer alusão a uma bebida que era ministrada aos condenados à crucificação, em Roma, e "produzia um sono profundo e prolongado, durante o qual o crucificado não sentia nem os mais cruentos castigos, e por fim caía em letargo passando à morte insensivelmente". (LICURZI apud MENEZES, 1977, p. 46).

E não apenas os idosos e doentes incuráveis eram aniquilados, mas também todo tipo de pessoa que não viesse a contribuir para com o grupo social da forma que era esperada. Por exemplo, "entre os esquimós era tradição abandonar às intempéries, ou em iglus hermeticamente fechados, anciãos e enfermos incuráveis ou até mesmo primogênitos recém-nascidos do sexo feminino". (CARVALHO, 2001, p. 33).

Até mesmo na bíblia encontramos um caso de homicídio piedoso, "no Livro dos Reis (I, 31, 3 a 7), na passagem em que Saul, lançando-se sobre sua própria espada para não cair prisioneiro, vem a ferir-se e, por isso, pede a seu escravo que acabe com sua vida" (DINIZ, 2009, p. 378).

Com o passar do tempo, a morte deixou de ser encarada como sendo o fim, um castigo imposto aos homens pelos deuses, tal como era vista na antiguidade Greco-romana. E, com o advento do Cristianismo, ganhou uma nova interpretação, afinal passou a ter um sentido maior, divino, transcendental, e os indivíduos passaram a crer no dever de "aceitar o desenlace que fatalmente lhes sobrevirá, existindo sempre para o ser humano a possibilidade de encontrar o sentido de sua vida em suas experiências, alegres ou dolorosas". (CARVALHO, 2001, p. 39).

"Os teólogos cristãos, por pregarem que a vida pertence a Deus e não ao homem, acreditam que este não tem o direito de dispor de algo que não possui. É assim que, por influência de Santo Agostinho, o Direito Canônico equiparou o suicídio ao homicídio". (CARVALHO, 2001, 42). Aquele que praticava o suicídio era privado de receber sacramentos e até mesmo de ter um enterro nos padrões religiosos. A partir da Baixa Idade Média, penas rigorosas aos suicidas passaram a ser consuetudinariamente impostas (tanto as patrimoniais como as corporais), dando origem até mesmo a legislações que passaram a prever estas sanções.

A descriminalização do suicídio começou a ser defendida "na Prússia, em 1790; na França, com o código Penal de 1791; na Áustria, com o *Strafgesetzbuch* de 1850; na Itália, com o *Código Zanardelli* de 1889 e na Inglaterra, com o *Suicide Act* de 1961" (CARVALHO, 2001, p. 44). O suicídio continua a ser visto como um ato imoral e antirreligioso no século XIX, porém, o Direito Penal não mais se fazia efetivo com relação a impedi-lo, até porque, por razões óbvias, não há como se punir uma pessoa que pratica o suicídio.

Por um lado, se não há como se aplicar a pena ao suicida, o mesmo não se pode dizer com relação a quem o auxilia nesta prática, pois essa ajuda é caracterizada como homicídio. E neste caso sim, a pessoa irá responder pelo crime,

ISBN 978-85-62288-05-0

seja qual for o motivo que a levou a auxiliar. Contemporaneamente, porém, alguns doutrinadores defendem a descriminalização do homicídio eutanásico, ou seja, quando a pessoa age por piedade, na intenção de abreviar a vida do doente incurável, livrando-o de uma vez por todas de seu sofrimento.

> Em 1884, Enrico Ferri publica obra do sugestivo nome (L'omicidio-suicidio) na qual defende a impunidade daquele que mata a outrem por motivos piedosos. Para Ferri, a presença do consentimento no homicídio assinala a existência de um verdadeiro e próprio direito de morrer e permite sua descriminalização. Assim, a indisponibilidade do bem jurídico vida é sustentável apenas do ponto de vista ético e religioso, mas não do ponto de vista do Direito. Tais considerações têm validade tanto para o homicídio eutanásico quanto para o auxílio ao suicídio, vez que essas condutas recebem tratamento análogo na obra de Ferri e são identicamente agrupadas sob a denominação de homicídio-suicídio. (CARVALHO, 2001, p. 44 e 45).

E é justamente essa complexa e controvertida questão quanto à punibilidade ou não dos que praticam a eutanásia, que vem sendo debatida atualmente pelo mundo afora. Se o ser humano possui direito a vida, e esse direito é constitucionalmente tutelado, teria ele também o direito de dispor de sua própria existência da maneira que mais lhe aprouver? Alguns países já legalizaram. Outros, porém (como é o caso do Brasil), seguem relutantes quanto a sua descriminalização.

Hoje em dia, a eutanásia possui vários desdobramentos e classificações. Para melhor entendimento, torna-se essencial conceituá-la e diferenciá-la dos demais métodos existentes relacionados ao tema.

3 CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO

A palavra eutanásia, que originariamente, significa "boa morte", ganhou, com o passar do tempo, várias classificações e refere-se, não apenas àqueles que estão em estado terminal, mas também abrange outras situações. Por isso, é importante classificá-la e diferenciar os principais tipos existentes.

Para Hubert Lepargneur eutanásia é "a intervenção que almeja com sucesso, pôr fim simultaneamente à vida biológica e aos sofrimentos julgados intoleráveis de um ser humano que assim o quer". (BARCHIFONTAINE; PESSINI (orgs.), 2001, p. 299).

José Ildefonso Bizatto realça que é uma palavra:

ISBN 978-85-62288-05-0

> Do grego *eu* e *thanatos*, que tem por significado 'a morte sem sofrimento e sem dor' – para outros a palavra eutanásia também expressa: 'morte fácil e sem dor', 'morte boa e honrosa', 'alívio da dor', 'golpe de graça', 'morte direta e indolor', 'morte suave', etc. (BIZATTO, 2003, p. 13).

Jiménez de Asúa, citado por Evandro Corrêa de Menezes, afirma que eutanásia:

> Em sentido mais próprio e estrito, é a que alguém proporciona a uma pessoa que padece de uma enfermidade incurável ou muito penosa, e a que tende a extinguir a agonia demasiado cruel ou prolongada. A esta finalidade fundamental pode acrescentar-se um objetivo eugênico e selecionador, como o das antigas mortes de crianças disformes e o das modernas práticas para eliminar do mundo os idiotas e loucos incuráveis. (JIMÉNEZ DE ASÚA apud MENEZES, 1977, p. 39).

A eutanásia, portanto, não se dá apenas com o escopo de pôr fim ao sofrimento de uma pessoa possuidora de um mal irreversível ou ainda que esteja em estado terminal, e, como bem ressalta Gisele Mendes de Carvalho, o conceito desta prática atualmente vai além e "não se limita apenas aos casos terminais – alcança hipóteses não menos complexas, relacionadas aos recém-nascidos com malformações congênitas aos pacientes em estado vegetativo irreversível, aos incapazes de valerem por si mesmos, entre outros". (CARVALHO, 2001, p. 17).

Basicamente, existem dois tipos de eutanásia: A eutanásia natural (que, como o próprio nome diz, é a morte que sobrevém naturalmente, sem a utilização de qualquer artifício), e a eutanásia provocada ou voluntária (aqui, verifica-se o emprego de certos meios ou ainda, do auxílio de outrem para que seja concluída).

De acordo com a obra de Gisele Mendes de Carvalho (CARVALHO, 2001), eutanásia provocada ou voluntária pode ser classificada:

- Conforme a autoria:

a) Eutanásia autônoma: Quando a própria pessoa prepara e provoca sua morte;
b) Eutanásia heterônoma: Quando há a participação de terceiros.

- Conforme a atitude adotada no curso vital:

a) Eutanásia solutiva: Quando há um auxílio para que a pessoa siga seu curso vital naturalmente, sem tentar prolongar ou abreviar;

ISBN 978-85-62288-05-0

b) Eutanásia resolutiva: Quando há interferência no curso vital, prolongando ou abreviando-o.

Dentro da modalidade de eutanásia resolutiva, existem mais três classificações, sendo elas:

1) Eutanásia libertadora ou terapêutica: A que se dá por compaixão ou solidariedade para com o doente terminal;
2) Eutanásia eugênica ou selecionadora: Consiste em selecionar e aperfeiçoar a reprodução da espécie, extinguindo indivíduos portadores de doenças mentais, contagiosas, ou ainda de deformidades;
3) Eutanásia econômica: Objetiva eliminar pessoas com doenças mentais, inválidos, anciãos, ou qualquer pessoa que possa vir a representar um peso para a sociedade, economicamente, sem ter a possibilidade de retribuir.

- Quanto ao modo de execução:

a) Ativa: Quando se realiza atos para que ocorra efetivamente a morte;
b) Passiva: Quando o médico tem a possibilidade de prescrever um tratamento efetivo capaz de prolongar a vida do paciente, mas não o faz.

Faz-se, todavia, necessário diferenciar o conceito de eutanásia dos conceitos de ortotanásia e distanásia.

A eutanásia como já visto anteriormente, é, em seu conceito mais difundido, a “antecipação voluntária da morte de um paciente, promovida por um terceiro, habitualmente, mas não obrigatoriamente, um médico”. (GOLDIM, 2010, p. 29).

Já a distanásia, pelo contrário, trata-se da utilização de vários tratamentos e métodos, para prolongar a vida do paciente, ainda que isso possa significar para ele grande carga emocional e sofrimento. Enquanto que na eutanásia visa-se abreviar o sofrimento do enfermo, na distanásia dá-se justamente o contrário, pois o objetivo neste caso é prolongar ao máximo a vida biológica do indivíduo em questão.

Pode-se até mesmo dizer que a distanásia é uma prática sádica, pois, muitas vezes a pessoa está em estado vegetativo ou ainda, sofrendo de maneira absurda e mantendo-se viva única e exclusivamente pelo fato dos que estão ao seu redor (e isso inclui médicos, mas, principalmente, familiares) quererem empregar todos os esforços possíveis e imagináveis para que ela não entre em óbito, sem se importarem, entretanto, com a qualidade de vida que esta pessoa está tendo.

> Reconhecer que as medidas de tratamento curativo têm limite, que os pacientes podem não mais se beneficiar delas e que até mesmo elas podem contribuir na ampliação do seu sofrimento, é reumanizar o morrer.

ISBN 978-85-62288-05-0

> Reconhecer que existem medidas inúteis e que, justamente por serem inúteis, podem ser retiradas ou não implantadas, é uma postura profissional adequada, com respaldo técnico. Da mesma forma, manter a utilização de medidas inúteis, caracterizando a situação de futilidade, não se justifica nem técnica, nem eticamente. (GOLDIM, 2010, p. 30).

Agora que já diferenciamos a eutanásia da distanásia, é necessário diferenciá-las de outra prática, que vem sendo muito debatida ultimamente: A ortotanásia.

A ortotanásia tem como escopo justamente evitar que a vida seja mantida por meios artificiais, que possam ocasionar ainda mais sofrimento ao doente. O objetivo é evitar que a vida seja arrastada até as últimas consequências e acabar, portanto, com a futilidade de se querer prolongar a vida a todo custo, quando comprovadamente trata-se de um quadro irreversível.

> A melhor maneira de descrever o que é ortotanásia é utilizar o conceito de futilidade, isto é, reconhecer que alguns tratamentos são inúteis, sem benefício para o paciente, e que podem ser não iniciados ou retirados. Não é a ortotanásia que deve ser implantada como uma prática, mas a futilidade que deve ser evitada. Evitar a futilidade é retirar as medidas inúteis que apenas prolongam, de forma indevida, a vida do paciente. Não há necessidade de burocratizar o que deve ser uma prática adequada da relação médico-paciente, por meio de novo texto legal, conforme propostas em tramitação no Legislativo. Há, isto sim, que esclarecer médicos, pacientes e a sociedade de que já existe respaldo técnico, ético e moral para esta ação, restando apenas compatibilizar o texto do código penal com a realidade. (GOLDIM, 2010, p. 30).

Apesar de haver frequente confusão, ortotanásia não se confunde com a eutanásia passiva, pois nesta última não se faz uso de nenhum tratamento, nem mesmo os que trariam algum tipo de benefício para o paciente: seria uma completa omissão, de fato, no sentido de salvar a vida do enfermo; enquanto que na primeira, além do apoio psicológico há também a disponibilização de cuidados paliativos.

A ortotanásia consiste no “ato de deixar morrer em seu tempo certo sem abreviação ou prolongamento”. (DINIZ, 2009, p. 384).

Seria, portanto, o ato de proporcionar ao doente terminal uma morte digna, sem o encurtamento da vida (eutanásia) e tampouco seu prolongamento (distanásia). Seria deixar que o paciente seguisse o curso vital natural, sem qualquer tipo de interferência quanto ao seu tempo de permanência em vida, apenas tratando

ISBN 978-85-62288-05-0

para que sua dor e sofrimento sejam aliviados, com o auxílio de tratamentos úteis e realmente benéficos.

4 DIREITO DE MATAR X DIREITO DE MORRER

Na verdade, ninguém possui o direito de matar. O direito que o ser humano possui, é o direito à vida, e para protegê-la, o Código Penal em seu artigo 23, assegura aos indivíduos algumas situações em que se exclui a ilicitude do ato. Segundo o Código Penal, isso se dá quando alguém se encontra nas seguintes situações:

1) em estado de necessidade;
2) em legítima defesa;
3) em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito.

A doutrina classifica como estado de necessidade, a situação em que se encontra uma pessoa que, no intuito de salvar a um bem jurídico que corra perigo atual, pratica um fato típico. Neste caso, exclui-se a ilicitude. O ato praticado passa a não ser crime. Para isso, porém, existem alguns requisitos: “o perigo deve ser atual; ameaçar direito próprio ou alheio; não ter sido causado voluntariamente pelo agente; inexistência do dever legal de arrostar o perigo; inevitabilidade do comportamento; razoabilidade do sacrifício; conhecimento da situação justificante”. (CAPEZ, 2012, p. 301-304).

> Causa de exclusão de ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir. No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual deve ser salvo. Exemplo: um pedestre joga-se na frente de um motorista, que, para preservar a vida humana, opta por desviar seu veículo e colidir com outro que se encontrava estacionado nas proximidades. Entre sacrificar uma vida e um bem material, o agente fez a opção claramente mais razoável. Não pratica crime de dano, pois o fato, apesar de típico, não é ilícito. (CAPEZ, 2012, p.299).

A legítima defesa, por seu turno, consiste em outra forma de exclusão da ilicitude. Segundo José Ildefonso Bizatto: “A defesa é um direito e uma faculdade subjetiva do indivíduo, que poderá usá-la, caso lhe convier e, em necessário, matará seu opositor, tendo a guarida da lei e a proteção do Estado”. (BIZATTO, 2003, p. 22).

ISBN 978-85-62288-05-0

Em outras palavras, dá-se a legítima defesa quando alguém ataca a outrem única e exclusivamente porque foi atacado primeiro, ou seja, apenas no intuito de defender-se da ameaça sofrida. É por isso que não pode haver um abuso por parte da pessoa que alega ter agido em legítima defesa, ela deve ter moderação. Diferentemente do estado de necessidade, não encontra-se aqui a presença de dois ou mais bens, situação em que deverá haver um sopesamento de interesses. O agente, na legítima defesa, deve ter sido provocado anteriormente e, segundo Fernando Capez, os requisitos da legítima defesa são os seguintes: "agressão injusta; atual ou iminente; a direito próprio ou de terceiro; repulsa com meios necessários; uso moderado de tais meios; conhecimento da situação justificante". (CAPEZ, 2012, P. 306).

A última situação em que é possível excluir a ilicitude de um fato típico é no caso do estrito cumprimento do dever legal. "Quem cumpre um dever legal dentro dos limites impostos pela lei obviamente não pode estar praticando ao mesmo tempo um ilícito penal, a não ser que aja fora daqueles limites". (CAPEZ, 2012, p. 316).

O Estado, portanto, admite o direito de matar quando o ato praticado na intenção de proteger a si mesmo ou a outrem estiver enquadrado em uma das situações elencadas pelo artigo 23, do referido Código Penal.

Há ainda, países que admitem em sua constituição a pena de morte, como é o caso dos Estados Unidos, por exemplo. A pena de morte, também chamada de pena capital é aplicada pelo judiciário a fim de se tirar a vida de uma pessoa que tenha sido condenada. No Brasil, não se admite a pena de morte, com exceção apenas aos casos de crimes militares e em tempos de guerra.

O direito de morrer é caracterizado pelo suicídio que, não constitui crime, pela ineficácia da pena (pois seria absurdo aplicar uma pena a uma pessoa que já está morta), apesar de ser uma prática reprovável, pois vai tanto contra a constituição que traz o direito à vida como um direito fundamental, como contra valores éticos, morais, religiosos, entre outros.

O suicídio estaria relacionado ao conceito da eutanásia autônoma.

Difere-se do conceito mais difundido de eutanásia (eutanásia heterônoma: quando há participação de terceiros), no entanto, quanto ao agente que o pratica.

Na eutanásia heterônoma, um terceiro auxilia o doente terminal a dar cabo de sua vida. Já na eutanásia autônoma (ou suicídio), a própria pessoa é quem toma essa decisão e age no intuito de alcançar a morte.

A indagação que se faz é: Até que ponto o ser humano possui direito à vida, podendo dispor dela da maneira que quiser, inclusive, praticando o suicídio? Se o ser humano possui direito à vida, possuiria também o direito de morrer? Ou seja, dar cabo à sua vida, da forma que preferir e no momento em que preferir?

ISBN 978-85-62288-05-0

Em tese, não existe um direito de morrer. O que se possui é, exclusivamente, o direito à vida. Afinal, atentando contra sua própria vida, o ser humano, na verdade, atenta contra toda a sociedade, pois ele é parte integrante desta mesma sociedade.

A eutanásia autônoma (ou o suicídio), é impossível de ser punida, como já visto e, portanto, não configura crime. A heterônoma, porém, é punida como homicídio, pois assim é configurada quando praticada ou induzida por terceiros, segundo o artigo 122 do Código Penal.

Portanto, não se pode dizer que exista um direito de matar. Nem mesmo quando a morte é requerida pelo paciente, ou quando se pratica por motivo de piedade. A eutanásia em nosso país é tida como crime.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À EUTANÁSIA

O Estado Democrático de Direito fundamenta-se principalmente na dignidade da pessoa humana, e tendo respeito a esse princípio, insere grande valor quando o coloca como base para todo o ordenamento jurídico.

A vida humana deve predominar frente aos demais aspectos a serem analisados, pois, não basta apenas ter o elemento vida, mas em especial, que a vida possa ser vista sob o prisma da dignidade, fazendo com que os indivíduos tenham condições básicas de viverem de forma saudável e com bem-estar.

Trata-se, portanto, do bem-estar do ser humano, daquele que merece ter sua vida respeitada, e sua vontade também. Assim, a vida digna deve estar presente em todo ordenamento jurídico que preze pelo bem-estar de sua sociedade. No ordenamento jurídico brasileiro não é diferente.

Sobre o aspecto dos princípios constitucionais relacionados à eutanásia, temos o princípio da dignidade da pessoa humana presente no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, e, interligado a ele, o direito à vida, elencado no artigo 5º, caput.

Como trata Pedro Lenza (2011, p. 872), “o direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.

Zulmar Fachin esclarece que,

> A vida, protegida pela Constituição, é a vida humana. Mais do que isso: é a vida humana vivida com dignidade. A vida é o bem mais precioso da pessoa humana. Somente quem a tem pode exercer direitos. Logo, o direito à vida é um pressuposto para o exercício dos direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico de um País. (FACHIN, 2012, p. 251)

ISBN 978-85-62288-05-0

A dignidade não se dá somente no decorrer do processo de vida, devendo estar presente também na morte. Assunto que normalmente as pessoas evitam discutir, mas que, seguindo o ciclo natural, em certo momento deveremos enfrentá-lo, pois nossa vida está programada para um dia acabar.

Nos últimos momentos de vida é merecido todo instante de paz, descanso, e principalmente, companhia daqueles que amamos e queremos estar juntos. Em muitas das vezes os pacientes terminais não desejam mais passar por tratamentos que acabam por desgastar ainda mais suas condições de saúde.

Ter uma morte tranquila, serena, sem dores, sem sofrimento é vontade de muitos. A eutanásia tem por finalidade por fim ao sofrimento do doente, e em muitos casos, quando todas as tentativas de tratamento já se esvaziaram, a própria família do paciente deseja que o ato seja realizado, quando não se tem mais esperança na recuperação do indivíduo, chega-se a conclusão que não vale a pena estender a vida de alguém que não tem mais qualidade de vida.

A interrupção da vida quando não no seu processo natural, mas sim por ação humana tem por objetivo, para os defensores da prática da eutanásia, resgatar a dignidade do paciente no momento de sua morte.

O direito à vida, portanto, é bem constitucionalmente protegido no ordenamento jurídico brasileiro e está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois não se refere apenas à vida, mas também à sua característica principal que a faz valer, a dignidade.

O direito à saúde, que ao ser adicionado na análise sobre a eutanásia, faz referência, neste caso, além da ausência de qualquer tipo de patologia, ao bem-estar da pessoa, tanto no seu aspecto físico e psicológico como também espiritual.

A eutanásia busca promover o bem-estar do paciente terminal, encerrando o sofrimento causado pelos fortes remédios ministrados, o ambiente hospitalar que não é acolhedor como o lar, o desgaste físico e mental, entre outros fatores.

Assunto polêmico como é a eutanásia, há defensores e opositores e muitas questões a acompanham e são levantadas a seu respeito. O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Marco Aurélio Mello, por exemplo, posiciona-se a favor da eutanásia quando declarou que “não pode haver dignidade com uma vida vegetativa”.

Nessa linha de pensamento, a ONG Católicas pelo Direito de Decidir (CDD), formada por militantes feministas cristãs, questiona o seguinte “é possível afirmar a defesa da vida e condenar as pessoas a sofrer indefinidamente num leito de morte, condenando o acesso livre e consentindo a uma morte digna, pelo recurso à eutanásia?”.[146]

[146] Disponível em: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/eutanasia/morte-pacientes-etica-religiao-ortotanasia.shtml#1>. Acesso em: 21 ago. 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

A vida do indivíduo deve ser respeitada assim como sua dignidade, ambas a qualquer custo. Discute-se, portanto, se é correto condenar pacientes em estado terminal a sofrerem no leito de morte devido a eutanásia não ser autorizada.

Essa é uma questão a ser tratada e discutida por toda a sociedade, por ser o direito à vida imprescindível e constitucionalmente protegido, poderia haver exceções quando se tratar da dignidade do indivíduo?

Observa-se que o direito à vida condiciona os demais direitos do indivíduo e tamanha é sua importância para a existência de todos os direitos referentes ao homem que ele se tornou bem inviolável e condicional à existência humana.

Em brilhante obra sobre o Biodireito, Maria Helena Diniz segue a linha de pensamento de que a vida humana é bem inviolável, indisponível, e deve ser respeitada desde o nascimento até à morte.

Neste sentido, a autora trata que,

> O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. (DINIZ, 2006, p. 25)

Sobre essa polêmica questão, resta a certeza de que debates e consultas à sociedade deverão ocorrer para que esta possa opinar sobre assunto tão relevante como é a eutanásia.

Como direito fundamental em cláusula pétrea, a vida humana merece o devido respeito. Cabe a toda a coletividade desmembrar tal questão e estabelecer o que considera relevante quando se trata da existência humana.

A eutanásia é uma questão polêmica e exige profunda reflexão, com segura avaliação de suas consequências e efeitos, devendo prevalecer o bom-senso para que seja preservada a dignidade da pessoa humana.

De qualquer forma, é indispensável a observância da ponderação, da cautela necessária, da prudência, da proporcionalidade e da individualidade. Dos direitos envolvidos, estabelecer qual é mais importante e deve prevalecer. Se na predominância do direito à vida é correto permitir que esta seja mantida sem a devida qualidade e dignidade.

ISBN 978-85-62288-05-0

Tal questão tem caráter axiológico, e como valor que é a dignidade humana está inteiramente ligado ao princípio da qualidade de vida. Portanto, a argumentação que se faz é de nada adianta viver se não for com dignidade.

Há regras e limites a serem seguidos, e quando uma maioria significativa clama que esses limites impostos sejam ultrapassados em certas situações, análise minuciosa é requerida para que erros quanto a decisões mal tomadas não sejam cometidos.

6 PAÍSES QUE LEGALIZARAM A EUTANÁSIA

A tutela jurídica dos direitos fundamentais representa o grande marco para a humanidade após a Segunda Guerra Mundial. Quando se percebeu que recomeçar era necessário, que os direitos dos cidadãos deveriam ser protegidos para evitar os abusos e atentados contra eles.

Neste sentido, temos que,

> No Brasil, resistiu-se ainda por longa data à outorga de proteção constitucional explícita ao direito à vida, muito provavelmente porque, como sem vida humana não seria possível o exercício dos demais direitos individuais, não se considerava necessária sua menção expressa no mais alto nível normativo. (CARVALHO, 2001, p. 98)

É sabido que uma vez adquirido um direito, a norma constitucional impede que o ordenamento retroaja e admita que um direito adquirido possa deixar de ser tutelado. Assim ocorre com o direito a vida. Quando muitos ameaçam infringir a norma que o tutela, o ordenamento mune-se de suas ferramentas para inibir tão violação.

Para Maria Helena Diniz,

> A consciência jurídica atual, diante da indiferença de um mundo tecnicista e insensível, precisa ficar atenta à maior de todas as conquistas: o respeito absoluto e irrestrito pela dignidade humana, que passa a ser um compromisso inafastável e um dos desafios para o século XXI. (DINIZ, 2006, p. 381)

No entanto, assim como o respeito à vida, em alguns países admite-se a morte digna, e esse direito é tão respeitado quanto o direito de ter dignidade em vida.

ISBN 978-85-62288-05-0

Em países como a Holanda e a Suíça, por exemplo, é permitida a prática do suicídio assistido, quando o próprio paciente põe fim à sua vida auxiliado por terceiro ou por um médico.

Opondo-se a tal ato, Maria Helena Diniz (2006, p. 381) argumenta que "na Holanda o suicídio assistido, na verdade, não passa de uma dissimulação de participação criminosa em suicídio [...]".

Quanto ao suicídio assistido, o caso mais conhecido ocorreu em Michigan nos Estados Unidos quando o Dr. Jack Kevorkian, mais conhecido como "Dr. Morte", inventou uma máquina do suicídio, capaz de injetar substâncias no paciente em estado irreversível que acionava a máquina e lhe causava a morte.

Assim o patologista contribuiu para que centro e trinta clientes usassem o aparelho e cometessem suicídio. A análise judicial do caso leva a crer que os atos praticados por ele não constituem crime já que no Estado de Michigan colaborar para o suicídio não configura delito. No entanto, foi condenado a vinte e cinco anos de prisão pelo auxílio ao suicídio de uma paciente que comprovou ser uma pré-suicida, tanto é que deixou uma nota confessando sua decisão feita de maneira consciente e segura de seus atos.

Julgando incoerente a decisão condenatória, o médico em seu pedido de recurso alegou que o adulto em estágio terminal e consciente de sua situação e escolha, possa praticar o suicídio assistido por um médico, pois se não, não teria razão de legalizar o aborto já que este é praticado sem a anuência da vítima.

Mesmo que o ato de colaborar com o suicida não seja considerado crime, a Suprema Corte Americana negou o recurso desconsiderando assim a aplicação do ato da morte com dignidade.

Como bem salienta Maria Helena Diniz,

> Apesar de vozes se levantarem a favor do suicídio assistido, é preciso lembrar que, de acordo com o Conselho de Assuntos Éticos e Judiciais da Associação Médica Americana, os médicos não podem participar do suicídio dos pacientes, mesmo em caso de morte certa e de atroz sofrimento. (DINIZ, 2006, p. 384)

Diversos grupos defendem a eutanásia e buscam a garantia do direito à morte digna. Nesse caminho, países permitem a prática da eutanásia, cada um com suas restrições a serem seguidas.

No Uruguai, por exemplo, conforme consta no seu Código Penal, há a previsão da impunidade do homicídio piedoso, quando o agente com compaixão pelo paciente, atende seus inúmeros pedidos e acaba por ceifar-lhe a vida.

ISBN 978-85-62288-05-0

Nessa situação, tanto o Uruguai como a Colômbia em seus Códigos Penais concedem o perdão judicial para a prática da eutanásia ativa quando com a anuência do paciente em estado terminal. (DINIZ, 2006, p. 387)

Nos Estados Unidos há vários Estados que aceitam a eutanásia.

Mas a Europa, como se pode ver, é o continente mais avançado na discussão sobre a eutanásia, com diversos países que legalizaram a prática, e aqueles que permitem a assistência médica ao suicídio, como a Suécia.

Como prática legal, os primeiros países europeus a tomarem iniciativa foram Holanda e Bélgica.

Na Holanda, a eutanásia está atualmente regulada por lei, mas anteriormente, apenas era tolerada se feita a pedido do paciente em estado terminal e com atestado feito por dois médicos. Diretrizes específicas sobre a eutanásia foram estabelecidas a partir de 1984 pela Comissão Governamental Holandesa para Eutanásia. (DINIZ, 2006, p.387)

Em 1993, os médicos foram impedidos de praticar a eutanásia ou suicídio assistido sem a observância dos critérios exigidos a partir de então para a prática, pois caso contrário, seriam processados. (DINIZ, 2006, p. 388)

Caso a eutanásia não tivesse sua prática realizada com o consentimento expresso do paciente em considerável espaço de tempo, ou então seria considerado com problemas psíquicos, com seu pedido feito de forma consciente, informado e tendo conhecimento de toda a situação que envolve a prática da eutanásia, entre outros requisitos elencados, sem a observância destes, a prática não passaria de um homicídio devidamente tipificado. (DINIZ, 2006, p. 388)

Muitas discussões surgem acerca da conduta médica exercida na prática da eutanásia. O médico é conhecido como aquele que protege a vida de seus pacientes, que se utiliza de todos os meios necessários para curar doenças, tratando-as, amenizando-as.

Poderia ele ter direito de por fim à vida de outrem? Conceder tais possibilidades poderia abrir portas para que ocorressem diagnósticos errados e até mesmo práticas abusivas.

Como explica Maria Helena Diniz,

> A incurabilidade, a insuportabilidade da dor e a inutilidade do tratamento não justificam a eutanásia porque: a) a incurabilidade é prognóstico e como tal falível é, e, além disso, a qualquer momento pode surgir um novo e eficaz meio terapêutico ou uma técnica de cura. [...] b) a medicina já possui poderosos meios para vencer a dor física ou neurológica; e c) o conceito de inutilidade no tratamento é muito ambíguo. Não se pode aceitar a licitude do direito de matar piedosamente, pois a vida humana é um bem tutelado

ISBN 978-85-62288-05-0

> constitucionalmente. O homem não tem direito de consentir em sua morte; não tem direito de matar-se, nem de exigir que outrem o mate, por não ser dono de sua própria vida. Não se pode negar a paciente portador de mal incurável a prestação de cuidados médicos vitais [...], nem renunciar a cuidados ordinários disponíveis, ainda que sejam parcialmente eficazes, nem deixar de tratar doente comatoso se houver alguma possibilidade de recuperação. (DINIZ, 2006, p. 391-392)

Assim, há países em que a eutanásia é permitida em lei, e países, como o caso do Brasil, em que a prática é ilegal. Contudo, vale lembrar, que em alguns países em que a prática é legalizada, sua permissão não ocorre de forma integral.

Como no caso da Alemanha e da Áustria em que somente a eutanásia passiva não é ilegal, desde que, obviamente, feita com o consentimento do paciente.[147]

E também, "os Códigos Penais da Alemanha (art. 216), da Suíça (art. 114) e da Itália (art. 579) entendem, em disposições especiais, que a eutanásia é um homicídio atenuado em atenção ao motivo piedoso, mas não chegam a admitir a absolvição; nem o perdão judicial". (DINIZ, 2006, p. 389)

Observa-se crescente modificação nas legislações em relação ao modo de ver a eutanásia. Como nos países em que antes a prática era considerada crime e atualmente não é mais.

Independentemente da decisão e o posicionamento seguido pelo ordenamento jurídico vigente, é importante salientar a relevância de que cada um, como cidadão, se informe sobre a eutanásia e busque formar opinião acerca do assunto que trata de aspectos de extrema importância para toda a sociedade.

7 A PRÁTICA DA EUTANÁSIA NO BRASIL

No Brasil a eutanásia é crime, é ilegal, sendo sua prática inadmissível pelo simples fato de a Constituição Federal consagrar o direito à vida em sua prevalência em relação aos demais.

Explica Maria Helena Diniz que,

> A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental, etc. (DINIZ, 2006, p.28)

[147] Disponível em: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/eutanasia/morte-pacientes-etica-religiao-ortotanasia.shtml#1>. Acesso em: 21 ago. 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

Com isso, a vida humana recebe tutela jurídica tanto no âmbito constitucional, como também no âmbito penal e civil. Ela é tutelada no âmbito jurídico desde o momento da fecundação (art. 2º, Código Civil) como também no óbito, sendo responsável por abranger o direito de nascer, de continuar vivo e de subsistência (art. 7º. CF). (DINIZ, 2006, p.24)

E, a legislação também se preocupa em deixar de forma clara e expressa que pouco importa as condições da pessoa, seja ela criança, idosa, adulta, em boas condições de saúde ou enferma, em estado terminal, em coma ou com manutenção da vida por meio de aparelhos, o direito é o mesmo.

"Assim sendo, se não se pode recusar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, com maior razão ao embrião e ao nascituro. A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar". (DINIZ, 2006, p.24-25)

Zulmar Fachin (2012, p.253, grifo do autor) esclarece que, "[...] a eutanásia está proibida, mesmo que de modo implícito pela Constituição de 1988, pois esta tornou inviolável o direito à vida (art. 5º, *caput*)".

Por mais que a eutanásia não seja mencionada em nenhum momento no texto legal brasileiro, e nenhum caso tenha sido registrado no Brasil, quando algum fato semelhante ocorre considera-se pela interpretação jurisdicional, que a prática se encaixaria nos artigos 121 e 122 do Código Penal, quais sejam os crimes de homicídio simples e induzimento ou auxílio ao suicídio.

Sob o ponto de vista favorável à eutanásia, a vida é considerada bem jurídico relevante, porém, sem caráter absoluto, considerando que nenhum direito pode se dizer completamente absoluto, já que pode haver exceções.

Nesse sentido, a pena de morte e o aborto, por exemplo, são atos proibidos pela legislação brasileira, porém, em casos previstos em lei, tais direitos trazem exceções como no caso da pena de morte, que não poderá ocorrer salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a); e o aborto quando exclui a ilicitude pelos contidos nos incisos I e II do artigo 128 da Constituição Federal.

Para os defensores da eutanásia, a vida baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo direito fundamental constitucionalmente tutelado, poderia sofrer exceção para abarcar o princípio da dignidade referente à morte do indivíduo.

No entanto, ressalta Maria Helena Diniz (2006, p. 27) que, "ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida".

O Código de Ética Médica brasileiro dispõe que,

> Art. 6 O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para

ISBN 978-85-62288-05-0

> gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Pode-se dizer que a eutanásia não é admitida pelo Conselho Federal de Medicina ao deixar expresso e explícito o respeito que o médico deve ter em relação à vida humana.

Como explanado anteriormente, o direito à vida é garantido constitucionalmente e, sendo cláusula pétrea tem como características a intangibilidade, e a impossibilidade de poder sofrer emenda constitucional.

Algumas medidas no âmbito político foram tomadas na tentativa de regulamentar a prática, tanto defendendo como a contrariando como, também, o suicídio assistido.

Os projetos de lei 125/96, que pretendia permitir a prática em certas situações, e 5058/05, que pretende proibir claramente a prática no país, definindo-a como crime hediondo, embora arquivados, são expressões de iniciativa parlamentar sobre a eutanásia.[148]

Quanto à legislação brasileira, portanto, é certa a expressividade do direito à vida no que tange o princípio da dignidade da pessoa humana inerente a ele no texto constitucional.

Se a prática da eutanásia deve ou não ser permitida no Brasil, diversos debates e consultas à população deverão ser realizados a fim de dar voz à sociedade quanto a um assunto polêmico e que diz respeito ao direito mais relevante para existência do indivíduo.

De grande complexidade, a questão da eutanásia deixa pontos de interrogação: se é correto permitir que o indivíduo disponha de seu direito a vida quando se vê frente às dificuldades impostas por doença grave, se não valeria a pena prezar pela vida do indivíduo já que tantos tratamentos revolucionam a medicina dia após dia, ou então, se o direito à vida é bem a ser respeitado sem exceções, independente da situação ou condição a ser enfrentada.

Até que ponto o direito à vida deve ser considerado integral e inatingível? Não seria o momento para discutirmos se a eutanásia deve ou não ser legalizada em nosso país, mas, como bem lembra Maria Helena Diniz,

> Como o paradigma válido para toda ciência é o de que o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade, respeitando a dignidade do ser humano, coloca-se em xeque a questão do direito a uma morte digna, ante a

[148] Disponível em: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/eutanasia/morte-pacientes-etica-religiao-ortotanasia.shtml#1>. Acesso em: 21 ago. 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

possibilidade de situações em que ele pode ser ameaçado. (DINIZ, 2006, p. 380)

E assim é o Direito, e nós, como seus operadores, devemos sempre atentar-nos para o que for melhor para o indivíduo, para a preservação de seus direitos e de sua dignidade e integridade.

A eutanásia não é assunto de fácil discussão justamente pela sua relação com a subjetividade. É um tema que envolve sentimentos, crenças, posicionamentos diversos, e muitas divergências. Sua complexidade, porém, não vemos como empecilho para possível solução.

Respeitar a vida humana, e sua dignidade, é dever de todos, tanto Estado quanto sociedade. Mas também não se pode descartar a vontade do indivíduo, pois somente ele sabe o quanto sofre devido à patologia que o impossibilita de ter a vida que tinha até então.

Certamente, quando resta esperança, mesmo com todas as circunstâncias sendo contrárias, espera-se que um milagre aconteça, e que, para felicidade de todos, o paciente seja curado.

No entanto, tais fenômenos muitas vezes inexplicáveis pela ciência, infelizmente, não contempla a todos. Mesmo os diagnósticos terem a possibilidade de erro, para muitos pacientes terminais a morte é certa, e por mais que até acreditem haver uma pequena possibilidade de recuperação, tamanho é o sofrimento que eles preferem a morte a ter que passar pelo tratamento que os deixa ainda mais debilitados.

8 CONCLUSÃO

O tema da eutanásia, como se teve a oportunidade de ver ao longo deste artigo, é extremamente complexo. Muito se discute a respeito, mas a verdade é que é praticamente impossível obter unanimidade sobre ele.

Apesar de delicado, e ser um assunto que muitos evitam tocar, por relacionar-se com a morte, é um tema de suma importância, pois se refere diretamente à vida das pessoas, ao seu modo de viver, suas vontades e ao direito de dignidade que cada um possui.

É uma matéria digna de ser analisada cautelosamente por parte dos legisladores, e talvez fosse o caso de se criar uma legislação específica para pacificar essa problemática da eutanásia, porém, desde que fosse a favor da verdadeira prática da eutanásia: quando ela é realizada com finalidade altruística, ou seja, para livrar o doente terminal e incurável da tremenda agonia em que ele se encontra.

ISBN 978-85-62288-05-0

Há que se analisar também, se o caso é realmente irreversível, se não existe nenhum tipo de tratamento que possa beneficiar o doente e trazer a ele mais dignidade. Dispensam-se os tratamentos fúteis, que têm por finalidade apenas prolongar o término da vida, proporcionando ao enfermo mais sofrimento do que ele já está tendo naturalmente.

Quando se for debater sobre a eutanásia, é essencial que se leve em conta as diversas classificações existentes, para evitar que generalizações e confusões sejam feitas. Afinal, existem tipos de eutanásia que em nada se relacionam com o conceito de compaixão, como por exemplo, a eutanásia eugênica, que pode ser até mesmo comparada ao que Hitler realizava na época do Nazismo, exterminando o maior número de judeus, pois ele, em sua mísera concepção, não os considerava bons o suficiente, evitando que se misturassem com a raça ariana.

Vários países, inclusive da América do Sul, possuem leis que tratam do tema, e o Brasil não pode ficar ultrapassado quanto a isso.

Atualmente a eutanásia é considerada crime no Brasil, como em outros países, mas, a exemplo daqueles que legalizaram, a discussão deve ser aberta para que toda a sociedade possa participar e decidir sobre tema tão importante.

A eutanásia, como foi apresentada, tem forte ligação com matérias constitucionais, civis, penais entre tantos outros ramos do Direito. A legislação brasileira está atrasada em comparação com outros países que trouxeram a questão à tona e debateram a fim de tomarem decisão para os casos de eutanásia que viessem a ocorrer.

Por não ter legislação que trate expressamente sobre a eutanásia e dê um parecer claro e seguro do posicionamento do Estado quanto ao tema, fica-se a mercê de interpretações paralelas, que na lacuna, encontra a oportunidade de apresentar um argumento e nele serem tomadas as decisões porque o legislador não tem um entendimento concreto sobre a prática da eutanásia.

Certamente há que se discutir sobre o tema, pois este trata de elementos essenciais para o ser humano. Não é válido viver indignamente. Como também não se deve decidir ceifar a vida de uma pessoa que ainda pode ser curada, ou então preservar-lhe a vida em uma situação cabível em que a eutanásia poderia ser aplicada para dar dignidade ao paciente que sofre no leito de morte.

A discussão é necessária para decidir se deve ou não ser aceita, se sim, em quais situações fazê-la, se não, o que será feito para devolver a dignidade perdida.

REFERÊNCIAS

BIZATTO, José Ildefonso. *Eutanásia e Responsabilidade Médica*. 2ª Ed. São Paulo: Editora de Direito, 2003. 556 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

BRASIL. Código Civil, Constituição Federal e legislação complementar. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 22 agosto de 2012.

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

BRASIL. Resolução CFM nº 1.246/88, de 08 de janeiro de 1988. Código de Ética Médica. Disponível em:<http://www.crmpi.com.br/pdf/codigo_etica_medica.pdf>. Acesso em: 22 agosto 2012.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 16ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia. São Paulo: IBCCRIM, 2001. 193 p.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3 ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. 938 p.

EUTANÁSIA: morte, pacientes, ética, religião, ortotanásia. Veja Online, Fevereiro de 2009. Disponível em:<http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/eutanasia/morte-pacientes-etica-religiao-ortotanasia.shtml#1>. Acesso em: 21 agosto 2012.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOLDIM, José Roberto. O Direito de morrer. Revista Jurídica Consulex: O Direito de morrer. Ano XIV. Nº 322, 2010.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES, Evandro Corrêa de. Direito de Matar. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. 137 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: O VIÉS DA GARANTIA CONSTITUCIONAL E O DA OBRIGATORIEDADE - POLÍTICAS PÚBLICAS E A TUTELA JURISDICIONAL. UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE HUMANA

Celia Teresinha MANZAN[149]

RESUMO

O presente artigo almeja abordar o direito fundamental social à saúde, sob o viés da garantia constitucional e da obrigatoriedade, considerando, em especial, a disposição imperativa delineada no artigo 196 da Constituição Federal. Será debatida a consagração do direito à saúde quanto à sua plenitude, imediatidade e eficácia, a afiançabilidade a todas as pessoas, a sua concretização no âmbito das políticas públicas, a busca da tutela jurisdicional como forma excepcional de sua efetivação.

Será tratado sobre o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, anotando que o ser humano é um fim em si mesmo e não meio, e que a concretização do direito à saúde encontra-se ligada ao bem maior, amparado constitucionalmente, que é a vida.

SUMMARY

The present article intends to show the fundamental and social right to health under the constitutional guaranty and the compulsory character points of view, considering, specially, the mandatory rule fixed in the article 196 of the Brazilian Constitution.

It will be debated the right to health consecration, as its plenitude, efficacy and instantaneous aspect, the guarantee given to all the people, the accomplishment in the public politics ambit and the search of a jurisdictional tutelage as an exceptional way of its fulfillment.

It will be treated about the human being dignity fundamental principle, emphasizing that the human being is an end itself and not an instrument, and that the right to health achievement is attached to a biggest right, constitutionally supported, that is life.

[149] Mestranda em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de BAURU, Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Federal de Uberlândia e em Direito Público e Filosofia do Direito, pela Faculdade Católica de Uberlândia, Servidora Pública Municipal com atuação na Procuradoria Geral do Município de Uberaba – PROGER, Advogada

ISBN 978-85-62288-05-0

PALAVRAS-CHAVE: Saúde – Garantia Constitucional - Dignidade Humana

KEYWORDS: Health – Constitutional Guaranty – Human Dignity.

INTRODUÇÃO

O ponto fulcral explorado neste trabalho está na concretização do direito social à saúde, como garantia, a todos, de uma vida humana digna.

Inicia-se explorando o conteúdo dos direitos sociais, ressaltando os seus reconhecimentos nas diversas Constituições Federais brasileiras, a inserção destes no rol dos Direitos Fundamentais, anotando, ainda, seus traços peculiares.

Faz-se uma abordagem específica do direito social à saúde, quanto ao seu acesso universal e igualitário, gratuidade e a integralidade/plenitude da prestação deste serviço, pelos poderes públicos, a todas as pessoas. Examina-se, ainda, a rigidez constitucional quanto à alteração do regime jurídico do direito à saúde por normas infraconstitucionais, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais e a obrigação de sua concretização por parte dos entes federados, mediante políticas públicas.

Enfatizamos que a inércia ou omissão dos poderes públicos, excepcionalmente, conduzirá à busca da tutela jurisdicional.

Finalmente, estuda-se a dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial para uma vida humana digna.

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: O VIÉS DA GARANTIA CONSTITUCIONAL E O DA OBRIGATORIEDADE

Os **direitos sociais** são oriundos de contextos sociais específicos e, no dizer de Norberto Bobbio,

> "**indica que o nascimento de um direito deve ser visto, antes de mais nada, como um fenômeno da vida em sociedade**". [150]

A concepção de **direitos sociais** nos remete ao período denominado de capitalismo industrial que se encontrava aparelhado em uma economia de mercado liberta de quaisquer vínculos jurídicos e marcada, de um lado, pelo abuso da dignidade operária e, de outro, pelos movimentos de resistência e de afirmação de direitos, que se opuseram ao quadro de tirania instalado.

[150] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68.

ISBN 978-85-62288-05-0

Nas Constituições brasileiras anteriores a 1988, os **direitos sociais** trilharam caminho próprio, com ênfase nas seguintes Cartas: de ***1824***, o artigo 179 garante "os socorros públicos"; de ***1891,*** não fez qualquer referência. A reforma que a CF de 1891 sofreu em ***1926***, integrou o direito do trabalho na órbita constitucional. A carta de ***1934*** teve o claro intento de tratar dos direitos sociais no título IV, que versava sobre a "Ordem Econômica e Social" e, à ocasião fez referências à proteção do trabalho; na Carta de ***1937***, embora mantida a proteção individual do trabalho, ocorreu um retrocesso no pertinente aos direitos sociais.

A CF de ***1946*** fortaleceu os direitos sociais, em especial aqueles voltados aos trabalhadores; na de ***1967***, manteve-se o rol dos aludidos direitos, prenunciando a necessidade de lei para a sua implementação; da mesma forma corroborada, tais medidas, na Carta de ***1969***.

Uma análise perfunctória da **Constituição Federal de 1988** nos permite verificar que os **Direitos Sociais**, estão **enumerados** entre os direitos que expressamente são denominados de **Fundamentais**, em virtude de possuírem características próprias que demarcam a peculiaridade de seus perfis.

Outros direitos, ainda que não listados como Fundamentais, porém constantes de documentos infraordenados e podendo-se atribuir a mesma natureza, conduz, consequentemente, às suas inclusões na categoria de Direitos Fundamentais.

Para Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior, os **Direitos Fundamentais:**

> "apresentam traços comuns, demarcando um perfil essencial de todos os direitos que recebem tal adjetivação, enunciam as características básicas de seu regime jurídico: a **historicidade** (constituem produto da história, evolução das relações sociais); a **universalidade** (são destinados ao ser humano enquanto gênero, não podendo ficar restrito a um grupo, categoria ou classe de pessoas); a **autogeneratividade** (citando Canotilho, uma reserva de juridicidade e de justiça); a **irrenunciabilidade** (não podem ser renunciados eis que são "inatos aos seres humanos"); a **limitabilidade** (não são absolutos, em virtude da possibilidade de ocorrência do fenômeno da colisão de direitos); a **possibilidade de concorrência** (diante de uma situação concreta, verifica-se o conteúdo e o alcance da proteção constitucional)".[151]

[151] JR., Vidal Serrano Nunes e DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário.* Ed. Verbatin, 2010. Págs. 38-43

ISBN 978-85-62288-05-0

No mais, como regra, deve-se vislumbrar a impossibilidade de retrocesso dos direitos sociais em nosso ordenamento jurídico. O Estado evolui, se modifica e, as necessidades da sociedade, alteram-se. O rol de direitos pode ser ampliado de maneira benéfica para a sociedade, jamais de forma maléfica. Com isso a proibição do retrocesso continua a existir, face às conquistas já efetivadas.

O **direito social à Saúde** encontra descrito no artigo 6º, do Capítulo II - Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais e, mais especificamente, no Título VIII – Da Ordem Social – Capítulo II - Seção II – Da Saúde - artigo 196, a saber:

> Artigo 6º - **São direitos sociais a educação, <u>a saúde</u>, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição**. (*grifei*)
>
> Artigo 196 – **A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação**.

Como visto, a Constituição Federal de 1988 alojou o **direito social à saúde** no catálogo dos direitos fundamentais, por meio do artigo 6º. Essa **Fundamentalidade** do direito social desdobra-se a todos os dispositivos dedicados ao tema, o que demonstra que os artigos 196 a 200, da CF, também tem direito a essa classificação.

O bem jurídico constitucional tutelado do Direito social à saúde, constitui prerrogativa jurídica **assegurada à generalidade das pessoas**, de forma **universal e igualitária**. Com isso é vedado a todos os entes da Federação criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. Não é possível, creditar maior valor intrínseco a um do que a outros e nem mesmo restrições de acesso ou desigualdade entre os homens.

Essa garantia a todos os cidadãos brasileiros se deu pela Carta de 1988, considerada a "Constituição Cidadã", consolidando-se como um Princípio Constitucional, como bem assevera Gilmar Ferreira Mendes, citando José Afonso da Silva, a saber:

> **"Postura idêntica assume José Afonso da Silva, ao destacar que o direito à saúde há de ser informado pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doenças, cada um deve receber tratamento condigno de**

ISBN 978-85-62288-05-0

acordo com o estado da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais". (*grifei)*.[152]

Não se pode olvidar, ainda, que de outros comandos constitucionais, extraem-se a **gratuidade** de acesso aos serviços, ações e equipamentos públicos de saúde.

Para Nelson Nery e Rosa Nery:

"**no Estado Democrático de Direito, a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais tem seu suporte financeiro nos impostos, e.g., ensino básico gratuito, serviço de saúde, etc**" (*grifei)*[153]

O Estado, mediante arrecadação de tributos, busca a materialização das ações voltadas à saúde.

Por fim, há que se falar da **Integralidade** que preconiza, como explica Vidal Serrano Nunes Júnior, ao citar Geisa de Assis Rodrigues, "**todas as medidas, de natureza preventiva e reparadora que estejam ao alcance de nossa atual geração, devem ser disponibilizadas para que as condições sanitárias de todos possam ser adequadas**".[154]

Aqui, há que se ter em mente que o dever do Estado não pode ser mitigado, limitado.

Ao abordar a saúde como bem individual, coletivo, implica um atendimento integral, em toda a sua plenitude, envolvendo todos os aspectos a ela inerentes.

Questão importante, no referente à interpretação do direito à saúde, é a **rigidez constitucional** em que se encontra inserta. A norma constitucional versante sobre o tema só pode ser passiva de alteração por um processo mais difícil do que o previsto para alteração de outras leis (artigo 60 da CF). Com isso, a rigidez constitucional dá lugar à impossibilidade de alteração do regime jurídico do direito da saúde por normas infraconstitucionais, ressaltando, ainda, que estas deverão, também, estar em sintonia com os dispositivos constitucionais.

De outra maneira, nos termos do artigo 5º, §1º, da CF, "**as normas definidores de direitos e garantias individuais tem aplicação imediata**", vinculando assim, os Poderes Públicos, entidades públicas e privadas.

---

[152] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito* Constitucional (2009, p.1421)
[153] Constituição Federal Comentada – 2ª edição – RT, São Paulo, 2009
[154] Direito Sanitário, coordenação de Vidal Serrano Junior, Verbatim, São Paulo/2009, pág.291.

ISBN 978-85-62288-05-0

O catálogo de direitos assegurados no §2º do artigo 5º traz o entendimento de que, para além daqueles constantes no Texto Constitucional, há outros direitos fundamentais originados dos tratados internacionais. E o que garante, também, essa fundamentalidade formal aos Tratados, é o §3º do artigo 5º, a saber:

> "**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**".[155]

Para se ter **aplicação imediata**, a norma deve ter eficácia plena e, no magistério de José Afonso da Silva:

> **"(...) são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contenham vedações ou proibições; b) confiram isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados".**[156]

Dessa forma, são de evidente importância tais normas, dado que são aplicadas de maneira imediata, não necessitando, em nenhum momento de leis complementares para lhes garantir eficácia e, consequentemente, a sua efetividade.

Pois bem, em suma, é tarefa condizente ao Estado esta face prestacional **obrigatória** do direito social à saúde, ante a **garantia constitucional** delineada no artigo 196 (dever do Estado). Em outra vertente, é um **direito** assegurado a **todos**, ou seja, a quem dele precisar e, de aplicabilidade **imediata**.

A EFETIVIDADE: POLÍTICAS PÚBLICAS E A TUTELA JURISDICIONAL

O direito à saúde foi objeto de minucioso tratamento no artigo 196, como, também, não deixou de estar previsto no artigo 6º, eis que se encontra cotejado entre os Direitos e Garantias Fundamentais, previstos na Carta Magna, como já anotado. A primeira parte do artigo 196, da CF/88, ao afirmar que *a saúde é um*

---

[155] Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Organizador: Alexandre de Moraes. 35ª Ed. Editora Atlas S.A. – 2012

[156] SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª Ed. Ver. Atual e Ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p.101

ISBN 978-85-62288-05-0

direito de todos e um dever do estado, delimita, sobremaneira, e de forma cristalina, a **responsabilidade do Estado**.

Os direitos sociais são classificados como de segunda geração, pois se espera uma ***prestação*** por parte do ente federado, ou seja, a sua concretização repousa na figura do Estado. A proteção do direito à saúde, para se tornar efetiva perante a sociedade, depende da concretização de **políticas públicas** pelo ente federado, dado ser uma obrigação deste, conforme já visto.

Para o Ministro Eros Grau, Políticas Públicas é:

> "**a atuação legítima do Estado, como poder público, que intervém como provedor, gerenciador e até fiscalizador na vida social".**[157]

Como bem asseverou Lívia Pitelli Zamarin, Políticas Públicas:

> "**constitui um conjunto não homogêneo de medidas que são adotadas e abrangem: políticas sociais (de prestação de serviços públicos essenciais, como saúde, educação), ... Os atos praticados como políticas públicas devem sempre objetivar o interesse coletivo, e, pautando-se pelos ditames da Constituição Federal e demais normas vigentes, representarão a forma escolhida pelo Estado para concretizá-los**".[158]

As ações e serviços voltados à saúde são **serviços públicos**, e isso, desde já, indica a responsabilidade do Estado em prestá-los ou quem lhes faça as vezes; a aplicação do regime jurídico de direito público nesta prestação; a incidência da supremacia do interesse público e, finalmente, a satisfação da coletividade.

Importante ressaltar, ainda, que a **competência material é comum** a todos os entes federados, nos termos do artigo 23, II, que diz:

> "Art. 23. **É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:**
> **II – cuidar da saúde e ...".**

[157] GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo. Ed. Malheiros, 2000. p.21
[158] ZAMARIM, Lívia Pitelli. Artigo: Políticas Públicas no âmbito judicial: A Opção Estatal em Restringir o Acesso Recursal do Cidadão aos Tribunais Superiores. Revista POLÍTICAS PÚBLICAS: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos - 2011. – pág. 282/283

ISBN 978-85-62288-05-0

Conforme bem salientou Fernanda Dias Menezes Almeida, nos dizeres do artigo 23, da CF, percebe-se um claro chamamento de todos os Poderes:

> "**em função do interesse público existente na preservação de certos bens e no cumprimento de metas de alcance social a demandar uma soma de esforços**". [159]

Adverte, ainda, Fernanda Dias Menezes de Almeida o desejo do constituinte é que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados.

Trata-se de **responsabilidade solidária** em matéria de grande relevância social, como é o caso da saúde, cuja implementação não pode ser prejudicada por questão de conflitos de competência. É uma **ação conjunta e permanente de todos os entes federados.**

Marlon Wichert, assim anota que:

> **"De qualquer forma, todos os entes federativos tem o dever de atuar na prestação dos serviços públicos de saúde. Faz bem a Constituição em assim prescrever. Isso porque o campo das competências comuns é especialmente recomendável para satisfazer a demanda dos serviços naquelas áreas mais carentes de prestação positivas do Estado. "A saúde, em especial, foi privilegiada não só com a sua inclusão no rol das matérias de competência comum, mas também pela consagração da prestação dos serviços concernentes de forma ordenada e otimizada, através do Sistema Único de Saúde".**[160]

E mais, ainda, destaca Sueli Dallari, que a execução conjunta das atividades inerentes à saúde no Brasil, encontra fundamento no federalismo brasileiro. Senão vejamos:

> "**O federalismo cooperativo introduziu a possibilidade de execução conjunta das tarefas governamentais, admitindo, portanto, a participação de mais de uma esfera política nesse trabalho. E porque decorria da necessidade de atender aos reclamos populares de atuação estatal, é óbvio que a repartição de competências não se limita**

[159] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição Federal de 1988.* São Paulo. Ed. Atlas. 1991. cit. Pág. 131

[160] WEICHERT, Marlon. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2004. págs. 138-139.

ISBN 978-85-62288-05-0

> **àquelas exclusivamente disciplinadoras ou normativas, mas compreende, também, a execução de tarefas materiais, concretas**".[161]

Portanto, cabe ao poder público, de forma responsável, implementar as **políticas públicas** que visem a garantir o acesso universal, igualitário e imediato, a todos, à saúde. E isso não é nada mais do que a conhecida **efetividade**!

Entretanto, o problema dos direitos fundamentais, em especial, do direito social à saúde, está na sua **efetividade** e, quanto a isso, leciona Barroso:

> *"***A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social".**[162]

É cediço que as normas constitucionais possuem hierarquia superior às demais integrantes do ordenamento jurídico, com isso possuem força jurídica, dotadas de imperatividade, de modo que a **sua inobservância gera consequências, além de deflagrar um mecanismo próprio de coação – cumprimento forçado de seu mandamento**, conforme Luiz Roberto Barroso. (*grifei*).[163]

Nos últimos tempos, verificamos a movimentação da máquina do judiciário em busca da concretização do direito à saúde quando o cidadão não é atendido no âmbito das políticas públicas.

A acionabilidade da justiça é a possibilidade de se buscar a materialização de um direito por meio do Poder Judiciário, ou seja, é a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos para conferir-lhe efetividade. Constitui uma medida excepcional de concretização do direito à saúde.

Com isso, o papel do Judiciário tem ganhado cada vez mais importância, sendo, também, alvo de grandes debates em razão das decisões judiciais favoráveis aos cidadãos.

Como pontuado por Andreza Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou:

---

[161] DALLARI, Sueli Gandolfi. Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde. São Paulo: Hucitec, 1995, p.39

[162] BARROSO, Luiz Roberto. O direito constitucional e a efetividade das suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág.82-83

[163] BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *págs. 76-77*

ISBN 978-85-62288-05-0

> **"Pode-se apontar como principais objeções de natureza jurídica: (i) a necessidade de respeito à independência e harmonia entre os poderes; (ii) a existência de discricionariedade administrativa na escolha, pelos responsáveis em gerir o SUS, dos medicamentos e procedimentos que vão fornecer à população e também na atuação da Agência Nacional de Vigilância Suplementar quando, por exemplo, estabelece o rol de procedimentos de cobertura obrigatória pelos planos de saúde; (iii) a obrigação de se observarem os princípios orçamentários que vinculam a aquisição de tais insumos pelo Poder Público; (iv) a relação contratual, privilegiando as regras contratuais em detrimento do arcabouço jurídico-constitucional referente à saúde".**[164]

Em suma, em face de todo o exposto, comunga-se da posição exarada por Gelson Amaro de Souza e Karina Denari Gomes de Matos ao expor que:

> **"a tutela jurisdicional é devida quando haja omissão ou falta de política pública, ou ainda, insuficiência destas políticas, insuficiência do atendimento ou da disponibilidade do serviço. Tais situações autorizaria a interferência Judiciária para garantir, acima de tudo, o direito à saúde".**[165]

OS ENTRAVES NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE: OBSTÁCULOS QUE PODEM SER TRANSPOSTOS.

É cediço que os direitos sociais são direitos que dependem, para sua efetivação, de uma prestação estatal, que se concretiza através de serviços públicos. Com isso, o ente federado deve atuar de forma positiva na consecução destas políticas públicas.

Entretanto, existem barreiras burocráticas, econômicas e políticas que obstacularizam a sua efetiva aplicação.

Isso vem demonstrar um flagrante desrespeito à nossa Carta Maior de 88, em especial em relação ao art. 196, devido a sua não aplicação. Ora, se o direito à saúde é um direito de todos e dever do Estado, externado como um direito social, público e subjetivo, qual o porquê da violação deste direito constitucionalmente garantido e inerente a todo cidadão?

---

[164] SALAZAR, Andréa Lazzarini/ Karina Bozola Grou. A Defesa da Saúde em Juízo Teoria e Prática. Editora Verbatim. 2009. Pág 80

[165] Souza, Gelson Amaro de. / Karina Denari Gomes de Matos. Artigo: Ativismo Judicial e Políticas Públicas de Saúde: O Impacto da Tutela Jurisdicional de Medicamentos no SUS. Políticas Públicas: da previsibilidade e obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos - Editora Boreal. 2011. pág. 254

ISBN 978-85-62288-05-0

Importante registrar que para a consecução de toda a atividade voltada ao bem-estar social, o Estado tem que definir o seu plano de atuação orçamentária. De iniciativa do Poder Executivo, a Lei do Orçamento deverá conter a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica, financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade.

Para composição deste trabalho, aponta-se abaixo, a título informativo, dados relacionados aos gastos com a saúde no Brasil:

Segundo o Ministério da Saúde, o Brasil gastou 3,6% do PIB (Produto Interno Bruto, ou a soma de todas as riquezas do país) com a saúde pública, em dados de 2008 – último balanço oficial contando Estados e municípios. O valor equivale a quase R$ 109 bilhões. De acordo com dados da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), 56% do que é investido em saúde no Brasil vem de recursos públicos.

Já os países Reino Unido, Alemanha, Canadá e Espanha, investem ao menos 6% de seu PIB no setor público de saúde. Com isso, 60% a 70% do que é gasto com saúde é responsabilidade dos governos, segundo relatório da Opas (Organização Pan Americana de Saúde).

Segundo Aquilas Mendes, professor da Faculdade de Saúde Pública da USP (Universidade de São Paulo), isso mostra que o Brasil, mesmo tendo mudado seu perfil econômico, ainda está longe de ter o status de desenvolvimento no setor da saúde. "*O Brasil gasta muito pouco com saúde pública. Em 2010, gastou 4% do PIB, uns R$ 127 bilhões. Nós teríamos que chegar a gastar mais 2% [do PIB] para nos igualarmos a esses países. Pelo menos tínhamos que investir mais R$ 83 bilhões*".

Somando o setor privado (planos de saúde e gastos particulares), o total dos gastos com saúde no Brasil chega a 8,4% do PIB. No entanto, isso representa metade do índice investido pelos Estados Unidos (16%) e ainda abaixo da média dos países da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) – que aplicam 9% de suas riquezas na área.

Dos índices expostos, extrai-se que a destinação de recursos públicos para a saúde no Brasil é, consideravelmente, baixa, reclamando mudanças!

Ademais o programa orçamentário da Administração Pública para os gastos com serviços públicos ligados aos direitos sociais, deve ser bem elaborado, pois se trata de mecanismo pelo qual o Estado administra os recursos públicos e as despesas prioritárias, por isso, depende de planejamento.

Especificamente em relação à saúde, o Estado tem o dever de alocar recursos para o cumprimento das prestações garantidas pela Constituição prioritariamente.

ISBN 978-85-62288-05-0

Deverá promover alterações necessárias no orçamento, quando não feito tempestivamente, especialmente no que se refere às verbas destinadas a atividades de menor importância, sem ofensas às normas constitucionais que versam sobre os princípios orçamentários e gastos públicos.

Os apontamentos apresentados, consubstanciados em maiores investimentos na saúde pública aliada a uma eficiente gestão orçamentária, constituem os elementos necessários para transposição das barreiras que tornam ineficaz o direito social à saúde.

A determinação do caráter prestacional dos direitos sociais exige o respeito de certas obrigações por parte do Estado, principalmente quando ligadas à área da saúde, sendo que os argumentos tradicionais de escassez de recursos e reserva do possível não podem ser utilizados como justificativas para a ineficácia dos deste direito e a ausência de medidas necessárias para lhes dar efetividade.

DIREITO SOCIAL À SAÚDE: UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE HUMANA

Quando tratamos do direito a saúde, estaremos tratando de direitos inerentes ao ser humano. Esses direitos visam a proteger o bem maior assegurado pela Constituição Federal que é a **vida** e, sobretudo, garantir a **dignidade da pessoa humana.**

É importante esclarecer que pessoa é todo ente dotado de personalidade para o direito, isto é, de aptidão para ser titular de direitos subjetivos. Às pessoas, como sujeitos de direitos, são reconhecidas as faculdades ou direitos subjetivos.

Para Pontes de Miranda:

> **"Pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito***".* [166]

Para Adriano de Cupis,

> "**Não se pode ser sujeito de direitos e obrigações, se não se está revestido dessa susceptibilidade, ou da qualidade de 'pessoa'".** [167]

A Carta Federal de 88 privilegiou, de forma inédita, no artigo 1º, a **dignidade da pessoa humana**, eis que foi erigido à categoria de Princípios Fundamentais da República (inciso III).

Quanto à dignidade da pessoa humana, lembramos a lição de Tavares, que diz:

[166] MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, p.209
[167] CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade, p.21

ISBN 978-85-62288-05-0

(...) a dignidade da pessoa humana tem como fito tratar o homem como fim e não como elemento de produção, como uma máquina, como um instrumento a serviço de outros seres humanos ou como um objeto livremente manipulável. Dessa forma, o que se pretende por meio do princípio da dignidade da pessoa humana é considerar o homem um "ser em si mesmo" e não "instrumento a serviço de alguma coisa".[168]

É certo que:

"(...) todo e qualquer ato estatal deverá ter, como base, ou como parâmetro inafastável a dignidade da pessoa humana, sob pena de se tornar contrário às bases do Estado Constitucional e Democrático de Direito Brasileiro", conforme bem ponderou Tavares.[169]

Para Ingo Sarlet, a dignidade humana consiste na:

"...qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 degradante e desumano, que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida".[170]

Andréa Salazar e Karina Grou, citando Nicola Abbagnano que, lançando mão das lições kantianas, assim, define, dignidade:

"**Como princípio da dignidade humana, entende-se a exigência enunciada por Kant** [171] **como segunda fórmula do imperativo**

[168] TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Brasileiro Concretizado. São Paulo: Método. 2006, pág. 65
[169] TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Brasileiro Concretizado. São Paulo: Método. 2006, pág. 64
[170] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, na constituição federal de 1988, p. 67
[171] KANT, Immanuel. Fundamentação à Metafísica dos Costumes. Coleção Textos Filosóficos.

ISBN 978-85-62288-05-0

categórico: "Age de forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também com um fim e nunca unicamente como um meio". Esse imperativo estabelece na verdade que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por exemplo, um preço), mas intrínseco, isto é, a dignidade. "O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente; o que é superior a todo preço, portanto, não permite nenhuma equivalência, tendo uma D." Substancialmente a D. de um ser racional consiste no fato de que ele "não obedece a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo".

A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa, é, portanto, a condição da D. do homem e moralidade e humanidade são coisas que não tem preço".[172]

A dignidade humana, portanto, surgiu como instrumento de proteção da pessoa e, o que se deve lembrar é que a vida e a dignidade buscam o mesmo objetivo que é o bem estar da pessoa humana.

A vida e o direito à vida, assumem a condição de verdadeiro direito a ter direitos, condição da própria dignidade da pessoa humana. E, a dignidade como Princípio, possui eficácia jurídica, para impedir atos e normas que lhes sejam contrários e para vedar retrocessos. Há que se falar aqui em um mínimo existencial como um

"conjunto de situações materiais indispensáveis à existência digna, condizente não apenas com a sobrevivência física e a manutenção do corpo, mas também espiritual e intelectual, sem o que não se viabiliza a possibilidade de participação dos indivíduos nas deliberações públicas e muito menos a de ser capaz de tomar as rédeas de seu próprio desenvolvimento". [173]

Para Luiza Frischeisen,

"o mínimo existencial para a sobrevivência, incluirá, de início, um atendimento básico à saúde e, consequentemente, um acesso aos medicamentos necessários, o acesso a uma alimentação básica e

---

Lisboa: Edições 70, 2007

[172] SALAZAR, Andréa Lazzarini/ Karina Bozola Grou. A Defesa da Saúde em Juízo Teoria e Prática. Editora Verbatim. 2009. 35/36

[173] BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, cit., p. 230

ISBN 978-85-62288-05-0

vestimentas; à educação – pelo menos de primeiro grau – e a garantia de moradia". [174]

Ingo Wolfgang Sarlet [175]esclarece que :

"**Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na condição de principio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.**

Aqui, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana se divide em duas dimensões, sendo uma negativa e outra positiva, sobre as quais Nelson Rosenvald comenta o seguinte:[176]

"Aquela significa a imunidade do indivíduo a ofensas e humilhações, mediante ataques à sua autonomia por parte do Estado e da sociedade. Já a dimensão positiva importa em reconhecimento da autodeterminação de cada homem, pela promoção de condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que impeçam uma vida digna".

É nessa dimensão positiva do princípio da dignidade da pessoa humana que encontramos a noção do mínimo existencial a ser abrigado pelos direitos sociais de prestação. A preocupação com o mínimo existencial exige, consequentemente, a garantia de meios necessários que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna do indivíduo e de sua família. Nesse aspecto, o mínimo

[174] FRISCHEISEN, Luiza. Políticas Públicas - A Responsabilidade Administrativa e o Ministério Público, cit. p. 68
[175] SARLET, op. cit., pp. 123-124
[176] ROSENVALD, op. cit., pp. 9-10

ISBN 978-85-62288-05-0

existencial vincula as prestações estatais para que sejam cumpridas as aspirações do Estado Democrático de Direito.

No caso particular do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, onde a efetivação dos direitos sociais de prestação é condicionada e limitada pela reserva do possível, a garantia do mínimo existencial, como corolário do conceito de dignidade da pessoa humana, acaba por constituir um limite à própria efetivação de outros direitos fundamentais. Ou seja, levando-se em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, outros direitos de caráter fundamental podem ser restringidos em prol da dignidade humana. Afinal, como aponta Ingo Wolfgang Sarlet,

> "**a nossa Constituição é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência"** [177]

Cumpre observar que a proteção da dignidade humana possa se efetivar devem ser assegurados padrões mínimos de segurança jurídica no campo normativo dos direitos fundamentais, mais especificamente no que tange aos direitos sociais de prestação. Assim, a proteção à dignidade humana revela, também, uma proibição contra normas de caráter de retrocesso no dizente à saúde, conforme já visto, ainda que editadas sob o argumento de progressividade.

Partindo-se do fato que as normas constitucionais devem constituir um conjunto harmônico, pode-se assegurar que o princípio da proibição do retrocesso social vem ao encontro da noção de máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, e que decorre, principalmente, como afirmado linhas volvidas, da necessidade de se inviabilizar quaisquer tentativas de reduzir os padrões mínimos exigidos para uma existência digna.

Portanto, conforme se denota, o princípio da dignidade da Pessoa Humana possui força normativa jurídica e o direito à saúde, integra o núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana, fazendo parte, portanto, do mínimo existencial. Trata-se, aqui de eleger aqueles serviços e ações mais essenciais, mais diretamente afetos com as condições materiais mínimas de uma vida digna, garantidos a toda coletividade.

A consolidação do direito à saúde é a garantia de uma Vida Humana Digna.

CONCLUSÃO

[177] SARLET, op. cit., p. 125

ISBN 978-85-62288-05-0

O direito à saúde pública é um direito fundamental e social, sendo inerente ao direito à vida com dignidade. O ordenamento jurídico garante o direito à saúde, atribuindo como um dever fundamental do Estado, de forma comum, e que deverá ser concretizado mediante políticas públicas. Nesse contexto, surge uma demanda à prestação pelo poder público pertinente ao acesso e ao tratamento integral. Dada as garantias legais asseguradas, o direito à saúde pode ser entendido como irrestrito, contemplado em sua plenitude, ou seja, o cidadão tem o direito de obter, na completude o atendimento à saúde de que necessita.

Ressaltamos, ainda, a proibição de retrocesso social no referente aos direitos sociais já conquistados. O rol pode ser ampliado, porém, nunca reduzido. O direito à saúde pública deve ser concretizado em respeito às garantias e aos princípios constitucionais oriundos, sobretudo, a fim de assegurar uma vida humana com dignidade.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição Federal de 1988.* São Paulo. Ed. Atlas, 1991.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho*. Rio de Janeiro; Campus, 1992.

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas - A Responsabilidade Administrativa e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo. Ed. Malheiros, 2000.

JR, Vidal Serrano Nunes, *Direito Sanitário*, Verbatim, São Paulo/2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Coleção Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

NERY, Nelson e Rosa Nery. *Constituição Federal Comentada* – 2ª edição – RT, São Paulo, 2009.

ISBN 978-85-62288-05-0

ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALAZAR, Andréa Lazzarini/ Karina Bozola Grou. *A Defesa da Saúde em Juízo Teoria e Prática*. Editora Verbatim. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª Ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Gelson Amaro de. / Karina Denari Gomes de Matos. Artigo: *Ativismo Judicial e Políticas Públicas de Saúde: O Impacto da Tutela Jurisdicional de Medicamentos no SUS*. Políticas Públicas: da previsibilidade e obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos - Editora Boreal. 2011.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado*. São Paulo: Método. 2006.

WEICHERT, Marlon. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

ZAMARIM, Lívia Pitelli. Artigo: *Políticas Públicas no âmbito judicial: A Opção Estatal em Restringir o Acesso Recursal do Cidadão aos Tribunais Superiores*. Revista POLITICAS PÚBLICAS: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos, Editora Boreal. 2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

MERCADO DE TRABALHO: DAS COTAS DESTINADAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Thales Ernesto Cristino BRAGA[178]
Gustavo Adolfo Kuriyama MASSARI [179]

RESUMO

A Constituição proíbe discriminação em relação aos salários e aos critérios de admissão do trabalhador com deficiência. Essa garantia foi reforçada pelo sistema de cotas para facilitar o acesso das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. O sistema de cotas adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro não possibilita o efetivo acesso, já que a imposição ou a obrigatoriedade da lei não garante que ela seja concretizada de fato. Falta uma política de estímulo às empresas privadas, para que essas promovam novas contratações e acima de tudo, adaptem seus espaços físicos às novas realidades de seus trabalhadores. O governo poderia incentivar a reorganização trabalhista através da capacitação dos trabalhadores com deficiência por exemplo. A efetivação das leis trabalhistas, através dessas políticas públicas, é uma forma de assegurar os direitos fundamentais dos grupos vulneráveis, a partir de uma mudança de comportamento, tanto das empresas contratantes quanto do governo, promovendo ações que efetivem os direitos individuais da pessoa humana.

ABSTRACT

The Constitution prohibits discrimination in relation to wages and the criteria for admission of the disabled worker. This assurance was reinforced by the quota system to facilitate access for people with disabilities in the labor market. The quota system adopted by the Brazilian legal system does not allow for effective access, since the imposition or the requirement of the law does not guarantee that it is actually implemented. Missing a policy of encouraging private companies to promote these new hires and above all, to adjust their physical spaces to the new realities of their workers. The government could encourage the reorganization of labor by empowering workers with disabilities for example. The enforcement of labor laws, through the public policies, is a way of ensuring the fundamental rights of vulnerable groups, from a change in behavior, both the contractors and the government, promoting actions that enforce the rights of the individual human person.

[178] Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
[179] Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

ISBN 978-85-62288-05-0

PALAVRAS-CHAVE: Mercado de trabalho; ações inclusivas; pessoas com deficiência.

KEYWORDS: Labor market; inclusive actions; people with disabilities.

NOÇÕES CONCEITUAIS E HISTÓRICAS

A questão da inclusão das minorias é uma difícil tarefa de se conceituar. Engloba uma extensa pesquisa que envolve diversos campos de atuação. Ainda se buscam definições e conceitos mais esclarecedores para se classificar de maneira eficaz os grupos vulneráveis e encurtar progressivamente a distância social entre eles e os demais ramos da sociedade.

As cotas empresariais para essa parcela expressiva da população, que são as pessoas com deficiência, devem ser acompanhadas de outras medidas necessárias à efetiva consecussão, por políticas amplas de combate à desigualdade, a fim de realizar uma real equalização de oportunidades em todos os níveis sociais.

Esta parcela da população merece atenção especial. Assim, para analisar os processos de inclusão na sociedade, deve-se refletir melhor nessas condições particulares e efetivar sua inclusão formal como classe integrante e ativa da humanidade.

A política trabalhista brasileira começa a surgir com Getúlio Vargas em 1930, quando foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que passou a expedir decretos, a partir de então, sobre as profissões, sobre o trabalho das mulheres em 1932, sobre o salário mínimo em 1936 e sobre a Justiça do Trabalho em 1939.

A primeira Constituição a tratar de Direito do Trabalho foi a de 1934, em seu artigo 121, garantindo isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal, férias anuais remuneradas.

> Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.
>
> § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:
>
> a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
>
> b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;

ISBN 978-85-62288-05-0

> c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;
>
> d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;
>
> e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;
>
> f) férias anuais remuneradas; [...] (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934)

A designação de Justiça do Trabalho surge pela primeira vez na Constituição de 1934 ("primeira Constituição social-democrática do País", nas palavras do primeiro presidente do TST, ministro Geraldo Montedônio Bezerra de Menezes), tendo sido mantida na Carta de 1937.

Foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), através do Decreto-Lei nº 5.452 de 10 de maio de 1943, em virtude de haver várias normas trabalhistas esparsas, tornando-se necessária sua sistematização, por sua vez, a CLT não é um código, pois não traz um conjunto de regras novas, mas apenas a reunião das normas já existentes de forma sistematizada.

Podemos considerar que a Consolidação das Leis Trabalhistas reúne e ordena sistematicamente todas as leis reguladoras do trabalho, assistência social e respectivos aparelhos. Naquela ocasião, verificava-se que, por falta de divulgação, as leis trabalhistas eram desconhecidas, em sua grande parte, por muitos defensores.

A Carta Magna da República Federativa do Brasil, promuldaga em 198, pelo então presidente José Sarney, também trata ao longo de seu texto constitucional das relações de emprego.

A exclusão social, como produto histórico construído e consolidado na sociedade durante muito tempo, ainda não foi superada. Além de reformas formais e jurídicas, precisa-se de mudanças de posicionamento e melhor compreensão (oriunda da maior publicidade das leis) por parte de todos, para que cada vez mais esses obstáculos sejam superados.

As leis brasileiras têm como objetivo o reconhecimento das desigualdades sociais, a fim de respeitar a igualdade de oportunidades, facilitar o acesso das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e assegurar-lhes direitos humanos fundamentais. No Brasil existe um amplo rol de Leis e Decretos Regulamentares, que por vezes não têm eficácia plena por não apresentarem sanções aos transgressores, e por outras, pela ausência de uma unidade sistemática.

Faz-se necessário diferenciar alguns termos recorrentes e conceituar outros. Os conceitos de minoria e grupos vulneráveis devem ser diferenciados para

ISBN 978-85-62288-05-0

que as leis existentes alcancem a área específica de atuação desses setores sociais e aja segundo seus reais interesses e atenda suas verdadeiras necessidades.

O termo minoria se refere à um grupo numericamente inferior ao resto de uma população de um Estado. Apesar disso, a quantidade, por si só, não é capaz de caracterizar uma minoria. Somado a isso, deve-se encontrar outras características para defini-la. As minorias não se encontram em uma posição de dominação dentro da sociedade, possuem características próprias em relação à etnia, religião e linguagem e um senso de solidariedade que busca preservar sua cultura e suas tradições. A definição está diretamente relacionada às questões étnicas e raciais. Os indígenas, os grupos quilombolas e os afro-descendentes são exemplos de minorias sociais. (TREVIZAN, 2010, p.4-5)

Já os grupos vulneráveis são formados por indivíduos que possuem direitos civis e políticos, mas que de uma maneira geral, ficam esquecidos pela sociedade majoritária. Os grupos vulneráveis se apresentam em menor quantidade na sociedade, a ligação entre eles se dá por ocasiões fáticas e eles não possuem uma identidade própria. Os indivíduos vulneráveis não possuem autodeterminação, solidariedade e se encontram dispersos pela sociedade. A busca pelos seus direitos se dá de maneira mais individualizada e esparsa. Crianças, mulheres, idosos e pessoas com deficiência se enquadram nessas definições. (Ibid., p.5-6)

As definições utilizadas para se referir às pessoas com alguma limitação física, mental ou sensorial assumiram várias formas ao longo do tempo. Usaram-se expressões como inválidos, incapazes, excepcionais e pessoas deficientes, que remetem a ideia de invalidez, ineficiência e incapacidade. (FONSECA, 2006, p.269)

A expressão pessoa com necessidades especiais também não define especificamente as pessoas com deficiência, pois engloba os idosos, as gestantes e todos aqueles que merecem um tratamento diferenciado, mesmo quando essas pessoas estão apenas passando por uma fase, como é o caso das gestantes, sendo essa portanto, uma condição temporária. Pessoa portadora de deficiência também não satisfaz o conceito, pois a deficiência não é uma coisa que se porta, ela está com a pessoa ou está na pessoa. (FONSECA, 2006, p.270)

Existem inúmeras definições que buscam conceituar de forma completa e sem estigma a questão da deficiência. A Organização Mundial da Saúde (OMS), remete o termo à falta de providências sociais. A Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) n.159, de 1989, por sua vez, atrelou o conceito ao caráter funcional das deficiências. Alguns decretos e leis também trazem suas definições.

Porém, a maioria dessas conceituações de deficiência eram clínicas e se limitavam a uma incapacidade física, mental, intelectual ou sensorial. Essa limitação foi finalmente superada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com

ISBN 978-85-62288-05-0

Deficiência. A nova conceituação integra fatores médicos, clínicos e funcionais, atrelados às barreiras atitudinais, ambientais e aos fatores sociais.

> Art. 1º: Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas. (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência/Dezembro de 2006
> Decreto Legislativo Nº 186, publicado em 10 de julho de 2008).

É necessário conhecer quais são os tipos e os graus das deficiências para que atendam suas exigências particulares. A questão da organização do trabalho (horários e jornadas), do ambiente físico, das adaptações e do devido preenchimento das cotas são motivos importantes para a análise dos diferentes tipos e graus de deficiência.

A Lei de Cooperativas Sociais (Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999) no seu artigo 3º, § 3º, "A condição de pessoa em desvantagem deve ser atestada por documentação proveniente de órgãos da administração pública, ressalvando-se o direito à privacidade", por exemplo, explica que a condição da pessoa deve ser provada por laudo médico que ateste a espécie e o grau da deficiência. Para que se cumpram as cotas de contratação de colaboradores com deficiência, a legislação específica, quem pode atestar e de que maneira as deficiências serão comprovadas. Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer a sistemática de fiscalização, a avaliação e o controle da avaliação e o controle das empresas, assim como instituir os procedimentos e formulários necessários à contratação.

O laudo médico deve estar muito bem explicado para que não haja divergências na admissão, tampouco com o Ministério Público do Trabalho e/ou Ministério do Trabalho e Emprego. O laudo deve ser o mais atual possível. Precisa fornecer, além do código da Classificação Internacional de Doenças (CID), detalhes sobre as limitações funcionais da pessoa na prática, ou seja, a deficiência e sua possível sequela. Por exemplo: se consta do laudo encurtamento no membro inferior esquerdo, é importante especificar quantos centímetros, se utiliza prótese ou órtese, muletas, cadeira de rodas, se apresenta "dificuldade para ambular", "dificuldade para subir escadas", "impossibilidade de ficar em pé por longos períodos", "distúrbios da marcha", dentre outras limitações.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), existem 450 milhões de pessoas no mundo que apresentam algum tipo de deficiência física ou mental. No Brasil, o Censo Demográfico 2000 estimou que 14,5% da população nacional têm, ao menos, um tipo de deficiência. Do total estimado pela ONU, as pessoas com

ISBN 978-85-62288-05-0

alguma deficiência têm a seguinte distribuição: 5% apresentam deficiência mental, 2% deficiência física, 1,5% deficiência auditiva, 1% deficiência múltipla e 0,5% deficiência visual. (BEVERVANÇO, 2001, p.42-46)

As deficiências podem ser limitações físicas, auditivas, visuais, múltiplas, sensoriais ou mentais e seus graus variados. Por exemplo, a deficiência mental poderá ser leve, moderada, severa ou profunda e assim por diante.

O sistema de cotas surgiu no continente europeu, mais especificamente na Alemanha, Áustria, Itália, Polônia e França, no início do século passado (1923). Tinha a finalidade de dar emprego aos soldados mutilados, que haviam sido feridos em conflitos bélicos. As cotas buscavam a reinserção das vítimas da guerra no mercado de trabalho.

Após a Segunda Guerra Mundial, muitos outros países adotaram o sistema de cotas devido ao alto índice de desemprego entre os ex-combatentes, depois esse sistema se estendeu para os demais civis.

A maioria dos países que adotaram o sistema de cotas exigia dos empregadores um percentual mínimo de contratações de trabalhadores com deficiência. O panorama atual mostra que vários países vêm adotando políticas de inclusão social e laboral de pessoas com deficiência, que se manifestam por meio de reservas de vagas ou de cotas em empresas particulares ou na administração pública.

Portugal: Art. 28, da Lei nº 38/2004, estabelece a cota de até 2% de trabalhadores com deficiência para a iniciativa privada e de, no mínimo, 5% para a administração pública.

Espanha: A Lei nº 66/97 ratificou o art. 4º do Decreto Real nº 1.451/83, o qual assegura o percentual mínimo de 2% para as empresas com mais de 50 trabalhadores fixos. Já a Lei nº 63/97 concede uma gama de incentivos fiscais, com a redução de 50% das cotas patronais da seguridade social.

França: O Código do Trabalho Francês, em seu art. L323-1, reserva postos de trabalho no importe de 6% dos trabalhadores em empresas com mais de 20 empregados.

Itália: A Lei nº 68/99, no seu art. 3º, estabelece que os empregadores públicos e privados devem contratar pessoas com deficiência na proporção de 7% de seus trabalhadores, no caso de empresas com mais de 50 empregados; duas pessoas com deficiência, em empresas com 36 a 50 trabalhadores; e uma pessoa com deficiência, se a empresa possuir entre 15 e 35 trabalhadores.

Alemanha: A lei alemã estabelece para as empresas com mais de 16 empregados uma cota de 6%, incentivando uma contribuição empresarial para um fundo de formação profissional de pessoas com deficiência.

ISBN 978-85-62288-05-0

Argentina: A Lei nº 25.687/98 estabelece um percentual de, no mínimo, 4% para a contratação de servidores públicos. Estendem-se, ademais, alguns incentivos para que as empresas privadas também contratem pessoas com deficiência.

A definição de trabalho também é de suma importância para que se possa ter maior conhecimento sobre questões pertinentes à inclusão das pessoas com deficiência.

Fábio Ferraz faz interessantes comentários sobre os conceitos de trabalho, primeiramente sob um sentido técnico, após, no conceito de economia pública:

> O trabalho é, no sentido técnico geral, o desenvolvimento de energia, a transformação de uma forma de utilidade em outra; no sentido restrito, trabalho é o esforço desenvolvido por um homem com a finalidade de produção.
>
> No conceito de economia pública, trabalho é a atividade produtiva que vai associada ao emprego de determinada quantidade de energia; na economia comercial representa a forma de atividade lucrativa.
>
> Quando essa atividade tem lugar em benefício de terceiro, ou para exploração de uma empresa, e mediante uma remuneração, há, então, a relação de trabalho. (FERRAZ, 2004, p.1)

LEGISLAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Existem alguns tipos diferentes de sistemas de cotas. O ordenamento brasileiro adota o sistema de cotas isolada ou o sistema de cotas puro. Esse sistema não garante o acesso ao mercado laboral para as pessoas com deficiência, isso porque a simples imposição da lei não garante que ela seja efetivamente cumprida. O sistema se mostra punitivo e impositivo, obrigando os empregadores por meio de cotas de acesso, aplicando multas quando as exigências da legislação não são atendidas.

Falta uma reforma na operacionalização desse sistema puro de cotas. O poder público e a iniciativa privada deveriam criar ações afirmativas para promover o devido acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho.

Outro tipo é a cota-terceirizada, ela permite que a contratação de pessoas com deficiência por uma empresa terceirizada seja descontada na cota da empresa contratante. Aquelas fazem recrutamento e seleção e auxilia estas não só no processo de contratação, mas também na sensibilização de todos os profissionais que fazem parte da companhia. Isso estimula a contratação de pessoas com deficiência, só que muitas vezes essas contratações não acontecem, pelo fato das empresas serem pequenas, não sendo aplicada a obrigatoriedade de cotas (art. 36, do Decreto 3.298/99).

ISBN 978-85-62288-05-0

Existe também a cota-contribuição, esse sistema obriga as empresas que não preencheram sua cota a recolherem uma quantia para uma instituição específica, essa instituição deve repassar essa importância na forma de recursos às empresas que preencheram suas cotas ou através de prêmios para aquelas que contrataram além da cota estabelecida ou ainda àquelas que contrataram pessoas com limitações mais severas.

Nesse sistema, o empresário pode escolher se pagará a soma em dinheiro ou se preencherá a cota estabelecida para a sua empresa. Em atividades insalubres e perigosas, a própria lei estabelece o pagamento ao invés das contratações.

Algumas normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro são provenientes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Por exemplo, o Decreto Legislativo nº 129, de 22 de maio de 1991, concernente à adaptação de ocupações e o emprego de pessoas com deficiência é decorrente da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nº 159 de 1983.

A Constituição Federal contempla o direito das pessoas com deficiência por meio de alguns artigos, são eles:

Artigo 7º, XXXI,

> Art. 7: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]
>
> XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;[...] (Constituição Federal, 1988)

Artigo 23, II, X,

> Art. 23: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> [...]
>
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
>
> [...]
>
> X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;[...] (Constituição Federal, 1988)

Art. 24, XIV,

ISBN 978-85-62288-05-0

Art. 24: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;[...] (Constituição Federal, 1988)

Art. 37, VIII,

Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; [...] (Constituição Federal, 1988)

Art. 203, III, IV, V,

Art. 203: A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. [...] (Constituição Federal, 1988)

Art. 227, § 1º, II,

Art. 227: [...]

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência,

ISBN 978-85-62288-05-0

> mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
>
> § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. [...] (Constituição Federal, 1988)

O ordenamento infraconstitucional passou a adotar o sistema de cotas, a partir da introdução da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, em seu artigo 55, que posteriormente foi modificado pelo artigo 93 da Lei nº 8.213/91 que diz:

> Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:
>
> I - até 200 empregados..... 2%;
>
> II - de 201 a 500.....3%;
>
> III - de 501 a 1.000.....4%;
>
> IV - de 1.001 em diante. .....5%.
>
> § 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.
>
> § 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados. (Lei nº 8.213, 1991)

A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, com as alterações da Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, dispõe sobre a integração social, a formação profissional e o trabalho relativo às pessoas com deficiência, disciplina a atuação do Ministério Público e cria a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE integrada à Secretaria de Direitos Humanos do Ministério de Justiça, Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

Políticas públicas são as políticas de ação afirmativa, como cotas de emprego ou oportunidades na educação. Ações afirmativas são medidas que visam

ISBN 978-85-62288-05-0

a implantação de providencias obrigatórias ou facultativas oriundas de órgãos públicos ou privados cuja finalidade é de promover a inclusão de grupos notoriamente discriminados, possibilitando-lhes o acesso aos espaços sociais e a fruição de direitos fundamentais, com vistas a realização da efetiva igualdade constitucional. (FONSECA, 2006, p.184-185)

As políticas de ampliação de oportunidades reconhecem que as desigualdades começam fora do mercado de trabalho, portanto, seu âmbito inclui serviços de apoio para enfrentar as discriminações em todos os âmbitos.

A Constituição prescreve que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Mas ela também contempla a discriminação inversa quando reserva um percentual de cargos e empregos às pessoas com deficiência (art. 37, VIII).

Portanto, o conceito de isonomia envolve a discriminação legal de pessoas quando permite tratamentos diferenciados entre elas, justificando assim a discriminação positiva. A própria Constituição oferece institutos diferenciados para o acesso de grupos vulneráveis ao mercado de trabalho. Atualmente essas ações afirmativas se dão por meio da reserva legal de mercado (sistema de cotas) para pessoas com deficiência.

EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS

Foi constatado que no momento em que o Estado estabelece cotas de acesso ao mercado de trabalho, ele acaba por limitar a liberdade individual do contratante. Por outro lado, se tais medidas não são tomadas, não há uma efetiva inserção dessas parcelas vulneráveis no ramo trabalhista.

Um dos resultados alcançados foi a explanação da atitude estatal frente aos problemas trabalhistas enfrentados pelas pessoas com deficiência. A intervenção do Estado limita parcialmente a liberdade individual, para que a ação coletiva, de responsabilidade social, possa facilitar a felicidade de todos.

O presente trabalho elencou tanto as ações comportamentais humanas quanto as mudanças promovidas pelo Estado para diminuir e introduzir formalmente e com igualdade de direitos os grupos vulneráveis brasileiros.

Com o decorrer do trabalho, foi possível perceber que os direitos variam de acordo com o tipo de necessidade. Pessoas são iguais perante a lei, mas na prática, apresentam habilidades específicas e consequentemente, necessitam de apoio particular da lei. A efetivação das leis trabalhistas seria uma propulsora social, levando, gradativamente, à mudanças de pensamentos e incluindo no mercado de trabalho os setores mais vulneráveis socialmente.

A proposta mais específica foi analisar o ordenamento jurídico referente ao acesso ao mercado de trabalho pelas referidas minorias, concluindo assim, que

ISBN 978-85-62288-05-0

tanto o Estado quanto a sociedade devem executar políticas inclusivas para que as normas jurídicas se efetivem de fato.

O Estado faz o seu papel reservando vagas às pessoas com deficiência em concursos públicos como é disposto na Constituição Federal de 1988 (artigo 37, VIII).

Todavia, nos últimos anos, devido às privatizações e ao surgimento de muitas empresas particulares, tornou-se mais difícil a inclusão de grupos vulneráveis e a concretização do artigo 93 da Lei nº 8.213/91 por falta de profissionais responsáveis pela fiscalização desses segmentos empresariais.

PROPOSTAS DE ESTÍMULO GOVERNAMENTAL E SOCIAL

Falta ao governo brasileiro uma política de estímulo às empresas privadas, para que essas promovam novas contratações e acima de tudo, adaptem seus espaços físicos às novas realidades de seus trabalhadores. As empresas particulares, por sua vez, argumentam que se as devidas adaptações forem realizadas na arquitetura do local de trabalho, o gasto com essas modificações acabaria prejudicando o seu orçamento. Porém, o governo deveria financiar a modernização dessas instalações, a aquisição de material adaptado e a realização de treinamentos para os novos contratados. Esse financiamento poderia ser feito através de descontos previdenciários por exemplo.

A promoção da pessoa com deficiência, a partir de suas capacidades, como sujeito de direito, deveres e obrigações, assim como todos os outros cidadãos, se faz através de medidas que possibilitem a equiparação com os outros. Existe a restrição de acesso aos direitos em decorrência das barreiras sociais e atitudinais. A deficiência está mais na sociedade do que nos cidadãos que apresentam restrições físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais. Ela é a combinação de limitações pessoais com impedimentos culturas, econômicos e sociais. A deficiência é um problema de todos.

Por isso a informação é o principal caminho para quebrar o preconceito, sendo evidenciada pela busca de entidades especializadas no assunto, pelas empresas privadas, para adquirirem conhecimento.

Algumas formas poderiam ser elencadas para que ocorra maior efetivação e aceitação por parte das empresas privadas das pessoas com deficiência.

Uma parceria realizada entre a empresa, as pessoas com deficiência e o poder público para que fortaleçam essa necessidade de capacitação profissional, que é uma das principais limitações que as empresas enfrentam nas contratações, juntamente com a inclusão social.

ISBN 978-85-62288-05-0

Para que não haja muitas divergências iniciais, esta proposta deverá ser iniciada em âmbito municipal, onde os três envolvidos poderiam se relacionar diretamente, partindo na tentativa de conciliar as melhores soluções para as partes.

Relevante também será a publicidade das leis pertinentes à inclusão, para que toda a população tenha conhecimento e saiba pleitear seus direitos e ajudar na cobrança pelos direitos daqueles que assim necessitam e o enaltecimento das empresas que estão realizando esse projeto de cunho social, para que desta forma influencie cada vez mais as outras empresas a "aderirem" à lei e realizarem seu papel perante a sociedade.

Há de se dar importância sobre a questão de fiscalização, a qual tem se mostrado falha quando relacionada à inclusão social. O governo deve investir em maior fiscalização sobre empresas que ainda não empregaram devidamente as pessoas com deficiência por motivos preconceituosos e também, àquelas que já o fizeram, mas não respeitam seus funcionários como exige a lei.

Entretanto, como a contratação depende da base educacional, os estados e até mesmos os municípios poderiam financiar programas de capacitação profissional para que estas pessoas com deficiência possam disputar vagas não somente com outras pessoas em mesma situação, mas também com aquelas que não possuem deficiência, evidenciando que se deve contratar pela competência e não pela deficiência.

Com a contratação dos deficientes, a vantagem é mútua. As empresas crescem em inclusão social e ocorre a diminuição do desemprego por parte dos deficientes. Além disso, as empresas ganham em credibilidade social. As pessoas pensam que contratar deficientes implica grandes adaptações na empresa, mas nem toda deficiência exige alterações.

Esses princípios promovem a dignidade inerente da pessoa com deficiência física, mental ou sensorial, essa dignidade a coloca como sujeito participativo, autônomo e liberto das amarras da superproteção caridosa. Direitos à participação na vida cultural e na recreação, no lazer e no esporte, são direitos que promovem condições à uma vida digna.

Tratamentos arbitrários e discriminatórios são quase sempre baseados em mitos, que se apóiam nas ideias de doença e ineficiência. Isso se torna mais cruel no ambiente de trabalho, pois o emprego é essencial para uma vida decente e para a sobrevivência da pessoa. Privá-la do emprego, é privá-la de sustento e de tantos outros direitos fundamentais.

Portanto, ações inclusivas, sob a garantia e os cuidados da lei, são positivas e bem-vindas. As políticas afirmativas auxiliam a ampliação de oportunidades iguais e a promoção da inclusão social, mas principalmente, ajudam a criar uma sociedade mais justa e democrática.

ISBN 978-85-62288-05-0

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David (coordenador). Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2006.

BEVERVANÇO, Rosana Beraldi. Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. Da exclusão à igualdade. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. Curitiba: 2001.

CORRÊA, Lélio Bentes. A proteção contra a discriminação no trabalho: as minorias e as novas dinâmicas das relações de trabalho. Série Cadernos do CEJ, 24 / Seminário Internacional – As minorias e o direito. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo07.pdf>. Acesso em: 8 de agosto de 2012.

FERRAZ, Fabio. Evolução Histórica do Direito do Trabalho. <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/anhembimorumbi/fabioferraz/evolucaohistorica.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2012

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O trabalho da pessoa com deficiência. Lapidação dos Direitos Humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. Editora LTr. São Paulo: 2006.

i.Social – SOLUÇÕES EM INCLUSÃO DIGITAL, 2012. Disponível em: <http://www.isocial.com.br/legislacao-cota-em-outros-paises.php>. Acesso em: 22 de agosto de 2012.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14. ed. rev. atual. e ampl. Editora Saraiva. São Paulo: 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. CLT universitária. 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

RANDS, Maurício. A proteção contra a discriminação no trabalho: as minorias e as novas dinâmicas das relações de trabalho. Série Cadernos do CEJ, 24 / Seminário Internacional – As minorias e o Direito. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo07.pdf>. Acesso em: 8 de agosto de 2012.

TREVIZAN, Ana Flávia; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. ETIC – Encontro de Iniciação Científica, vol. 6, n. 6, 2010. Diferenciação entre minorias e grupos vulneráveis. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2319/1814>. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

ESCOLHAS CRÍTICAS: LIMITES ORÇAMENTÁRIOS E O MÍNIMO EXISTENCIAL.

Sérgio MASTELLINI[180]

RESUMO:

O texto apresenta a evolução do constitucionalismo brasileiro, na busca da concretização dos direitos sociais. Inicialmente se apresenta o orçamento público, sua conceituação inicial e a mudança de seu papel no transcorrer dos anos, pois passou de simples instrumento contábil, para um dos ferramentais para a concretização dos direitos fundamentais, entre eles os sociais. Após passa-se ao desenvolvimento da interpretação constitucional brasileira, que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi inaugurada uma nova fase quanto a efetivação dos direitos nela consagrados, pois deixou de ser considerada uma proclamação de aspirações políticas ou uma convocação de como poderia ser o Estado, para se transformar em um instrumento normativo de máxima concretização, acarretando todos os efeitos nela estabelecidos. De modo que as normas constitucionais prevaleçam sobre todos os demais atos normativos. Posteriormente, foca-se nos direitos fundamentais sociais e as prestações devidas pelo Estado em razão da fundamentalidade de certos valores como o direito à vida e à dignidade da pessoa, de modo a considerar a ligação entre os direitos sociais, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana com as necessidades mínimas existenciais de todo e qualquer ser humano. Por fim, aponta-se que a teoria da reserva do possível somente pode afastar a intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais quando comprovada a inexistência de recursos orçamentários necessários ou quando a pretensão deduzida for irrazoável.

RIASSUNTO:

Il testo l'evoluzione del costituzionalismo Brasile, alla ricerca della realizzazione dei diritti sociali. Presenta Inizialmente il bilancio pubblico, e cambiare il loro concettualizzazione iniziale del suo ruolo nel corso degli anni, dopo aver trascorso una contabilità semplice strumento per una delle attrezzature per la realizzazione di diritti fondamentali, tra cui il sociale. Dopo essere andato a allo sviluppo di un'interpretazione costituzionale brasiliano, che con la promulgazione della Costituzione del 1988 è stata inaugurata una nuova fase come la realizzazione dei diritti fissati dalla direttiva stessa, in quanto non è più considerato un proclama convocazione aspirazioni politiche o come potrebbe essere lo stato di diventare uno

[180] Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direitos Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista – FADAP – Tupã/SP. Professor na Faculdade de Direito da Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE.

ISBN 978-85-62288-05-0

strumento normativo di realizzazione massima, portando tutti gli effetti ivi previsti. Così la precedenza costituzionale su tutti gli atti normativi. In seguito, si concentra sui diritti sociali fondamentali e benefici a carico dello Stato per la fondamentalità di alcuni valori come il diritto alla vita e alla dignità umana, al fine di considerare la connessione tra i diritti sociali, il diritto alla vita e la dignità umana con minime esigenze esistenziali di ogni essere umano. Infine, si fa notare che la teoria delle riserve possibili potrebbero discostarsi solo l'intervento della magistratura per l'attuazione dei diritti fondamentali, quando ha confermato la mancanza di risorse di bilancio necessarie o quando la richiesta è irragionevole dedotto.

PAROLE CHIAVI: Legge costituzionale; il costituzionalismo; diritti fondamentali; efficacia; minimo esistenziale.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional; Constitucionalismo; Direitos fundamentais; Efetividade; Mínimo existencial.

INTRODUÇÃO.

O presente trabalho apresenta a evolução do constitucionalismo brasileiro, na busca da concretização dos direitos sociais.

Inicialmente se apresenta o orçamento público, sua conceituação inicial e a mudança de seu papel no transcorrer dos anos, pois passou de simples instrumento contábil, para um dos ferramentais para a concretização dos direitos fundamentais, entre eles os sociais.

A principal finalidade do orçamento público era manter estabilidade financeira estatal, de modo a afastar qualquer desequilíbrio das contas estatais, controlando os gastos públicos. O orçamento era a expressão de controle estatal das despesas e receitas em uma época que os impostos eram autorizados anualmente, o que permitia uma aferição criteriosa entre os gastos e os ingressos de recursos.

Porém, com o advento da chamada “Constituição Cidadã”, o orçamento público deixou de ser apenas um meio de controle de entradas e saídas financeiras, para se transformar em um elemento auxiliar na programação, execução e controle das políticas públicas, de modo a buscar a máxima concretização das finalidades estatais.

Após passa-se ao desenvolvimento da interpretação constitucional brasileira, que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi inaugurada uma nova fase quanto a efetivação dos direitos nela consagrados, pois deixou de ser considerada uma proclamação de aspirações políticas ou uma convocação de como poderia ser o Estado, para se transformar em um instrumento normativo de

ISBN 978-85-62288-05-0

máxima concretização, acarretando todos os efeitos nela estabelecidos. De modo que as normas constitucionais prevaleçam sobre todos os demais atos normativos. Além disso, apresenta-se a classificação dos direitos fundamentais em dimensões (ou gerações), considerando o caminho percorrido pelo conceito de direitos fundamentais, que por sinal se complementam.

Posteriormente, foca-se nos direitos fundamentais sociais (direitos fundamentais de segunda geração) e as prestações devidas pelo Estado em razão da fundamentalidade de certos valores como o direito à vida e à dignidade da pessoa, de modo a considerar a ligação entre os direitos sociais, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana com as necessidades mínimas existenciais de todo e qualquer ser humano.

Por fim, aponta-se que a teoria da reserva do possível somente pode afastar a intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais quando comprovada a inexistência de recursos orçamentários necessários ou quando a pretensão deduzida for irrazoável.

1 ORÇAMENTO PÚBLICO

Outrora, o orçamento público era havido com um simples instrumento contábil que apontava a estimativa do ingresso das receitas a permissão para a realização das despesas estatais, de modo a não guardar vinculo com os programas ou planos estatais e das necessidades da sociedade.

A principal finalidade do orçamento público era manter estabilidade financeira estatal, de modo a afastar qualquer desequilíbrio das contas estatais, controlando os gastos públicos.

O orçamento era a expressão de controle estatal das despesas e receitas em uma época que os impostos eram autorizados anualmente, o que permitia uma aferição criteriosa entre os gastos e os ingressos de recursos[181].

Porém, com o advento da chamada “Constituição Cidadã”, o orçamento público deixou de ser apenas um meio de controle de entradas e saídas financeiras, para se transformar em um elemento auxiliar na programação, execução e controle das políticas públicas, de modo a buscar a máxima concretização das finalidades estatais.

Assim, o orçamento, além das finalidades originárias, passou a ser um instrumento para a concretização das políticas públicas.

Políticas públicas são medidas para que direitos se concretizem, para que as necessidades sejam atendidas, de modo que as previsões constitucionais e

[181] GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2005, 64 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

legais despontem e passem a ser efetivamente prestados aos indivíduos, de modo que se alcance objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados[182].

De todo modo, a ligação entre políticas públicas e orçamento público é inseparável, como bem aponta Ricardo Lobo Torres, cf.:

> [..]
> o relacionamento entre políticas públicas e orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios, como o do equilíbrio orçamentário.
> [..].[183]

Assim, no atual estágio estatal brasileiro, o orçamento deve ser utilizado como um ferramental à concretização dos direitos fundamentais, de modo a ser um instrumento de de gestão e planejamento, afastando desequilíbrios orçamentários e antecipando a necessidade de provimento de receitas.

A Constituição Federal (art. 165, I) estabeleceu um conjunto de três leis orçamentárias interligadas que se completam e se sucedem, são elas: a Lei do Plano Plurianual; a Lei das Diretrizes Orçamentárias; e, por fim, a Lei Orçamentária Anual.

Dentro dessa sistemática, a Lei do Plano Plurianual dispõe, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública Federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes, além de planos e programas de duração continuada. O projeto da lei é de iniciativa do Poder Executivo e deve ser encaminhado ao Congresso Nacional até quatro meses antes do final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial, e tem a duração de quatro anos, terminando ao final do primeiro ano do mandato subsequente, sendo que todos os programas (nacionais, regionais ou setoriais) e a Lei de Diretrizes Orçamentárias devem estar de acordo com o Plano Plurianual.

Por sua vez, a Lei de Diretrizes Orçamentárias indica as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o próximo exercício, orienta a elaboração da lei orçamentária anual, dispõe sobre alterações na legislação tributária e estabelece a política das agencias de fomento. Deve ser encaminhada ao Congresso Nacional até 15.04 e votada até final de junho.

---

[182] BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, 241 p.

[183] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário.** *V. 5. O Orçamento na Constituição.* 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 110.

ISBN 978-85-62288-05-0

Finalizando a estrutura orçamentária constitucional, a Lei Orçamentária Anual estabelece a gestão financeira e administrativa do país, e compreende: (1) orçamento fiscal, referente aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração pública; (2) orçamento de investimento das empresas em que a União detenha a maior do capital social com direito a voto; e, (3) orçamento da Seguridade Social.

A Lei Orçamentária Anual deve ser encaminhada ao Congresso Nacional até 31.08 e devolvido para sanção presidencial até 31.12 de cada ano.

É bom que se diga que em razão do princípio da legalidade da despesa pública, o administrador público é obrigado a cumprir as autorizações e limites estabelecidos nas leis orçamentárias, sob de cometer crime de responsabilidade disposto no art. 85, VI da Constituição Federal.

Ademais, a teor do art. 167 da Constituição Federal, é vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária, bem como iniciar programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, dentre outras restrições.

Ocorre, porém, além de privilegiar o processo orçamentário como instrumento estatal e de vincular a realização de despesas à previsão recursos, a Constituição Federal estabeleceu outros limites e critérios que devem ser observados na feitura do orçamento público.

Existem limites constitucionais tanto na obtenção das receitas, quanto na realização das despesas. Em relação às receitas, os limites são aqueles estabelecidos nas imunidades e nos princípios constitucionais tributários (capacidade contributiva, legalidade, não surpresa, irretroatividade, etc.).

Por sua vez, quanto às despesas, a Constituição Federal estabeleceu uma série de afetações (destinação) aos entes federados, tais como: aplicação mínima de porcentagem da arrecadação na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212); percentual para aplicação em ações e serviços de saúde (art. 198, § 2º); fundos destinados ao atendimento de determinados valores constitucionais (art. 60, § 1º, 71, 72, 79 e 80 do ADCT); pagamento de precatórios (art. 100).

Além destes limites formais, não é por demais apontar que há os chamados limites materiais constitucionais, que se consubstanciam nos valores constitucionais estabelecidos, como, por exemplo, o contido no artigo 3º da Constituição Federal[184] que traça como objetivo uma série de tarefas que os agentes políticos devem ter como prioridade em sua concretização.

---

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

ISBN 978-85-62288-05-0

Assim, o legislador não tem completa liberdade para estabelecer as regras orçamentárias como bem quer, mas é fundamental buscar na Constituição Federal os limites, critérios e valores para se chegar a um instrumento normativo adequado e sem qualquer mácula, como bem leciona Fernando Facury Scaff:

> [...] não há total e completa liberdade (de conformação) do Legislador para incluir neste sistema de planejamento o que bem entender. O legislador e muito menos o administrador não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem. [185]

Na mesma toada, é o magistério de Régis Fernandes de Oliveira segundo o qual "*o que era uma atividade discricionária, que ensejava opções ao político na escolha e destinação das verbas, passa a ser vinculada"* [186].

Não há qualquer empeço quanto possibilidade de controle judicial dos limites formais orçamentários, pois de fácil percepção a ofensa a Constituição Federal.

Porém, quanto aos limites materiais orçamentários o controle do judiciário é matéria controvertida. Trata-se da chamada "justicialização das políticas públicas" a qual se admitida, permite em acolher: a busca de tutela jurisdicional, pelas pessoas ou pelo Ministério Público, com o fito de alcançar a execução efetiva de políticas públicas; bem como a intromissão do Poder Judiciário em determinar a execução das políticas públicas, atribuição inerente ao Poder Executivo (a execução) e ao Poder Legislativo (a elaboração).

A definição de políticas públicas e das escolhas das preferências orçamentárias, a doutrina tende a entender pela não intervenção do Poder Judiciário, uma vez que está dentro da discricionariedade do administrador público, seja na elaboração das leis orçamentárias (privativa do Poder Executivo), seja na execução do orçamento.

Em vista de que os interesses individuais e coletivos são múltiplos e concorrentes e, por vezes, até conflitantes, é necessário que o administrador público realize escolhas, em especial porque os recursos contemplados no orçamento são finitos.

As escolhas por sua implicam em sacrifício. Não há qualquer possibilidade de se esconder das escolhas, de modo que nem todos os anseios sociais serão atendidos.

A esse respeito, confira-se Flávio Galdino:

---

[185] SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Interesse público. v. 7, nr. 32, jul./ ago 2005, 220 p.

[186] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006, 315 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

Em muitas situações, seja qual for a solução (isto é, ainda que seja a melhor ou a mais justa ou a que atende ao maior número), é uma opção trágica.

[...]

Assim, quando afirmados direitos que demandam prestações estatais entram em choque, é inevitável uma opção, trágica no sentido de que algum não será atendido (ao menos em alguma medida). "[187].

Luciano Benetti Timm por sua vez aponta:

A realidade orçamentária não pode ser compreendida como peça de ficção.

O desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que deles deveriam atender.

[...]

A solução do problema jurídico em questão passa por uma ponderação de princípios diante do caso concreto

[...]

A sua solução, ou, em outras palavras, a ponderação concreta deve estar comprometida não só com a disputa argumentativa (melhor argumento apresentado), mas também com o resultado.

[...]

Assim, uma escolha trágica diz respeito como gastar os insuficientes recursos da Secretaria Estadual da Saúde do Rio Grande do Sul. Os recursos deverão ir para campanha contra cigarro ou para construir hospitais? Ou não seria mais recomendável pagar melhor os médicos ou então contratar novos funcionários? ...

Somente uma cuidadosa análise de custo-benefício de cada gasto, de cada política pública alternativa, feita por economistas, médicos, gestores pode indicar o melhor caminho, aceitando a triste premissa de que nem tudo estará protegido.

Mas uma vez tomada a decisão, ela deve valer para todos, impessoalmente.

[...]

o que caracteriza um direito como social é a não apropriação por um indivíduo, mas estar à disposição de toda sociedade. De modo que o direito

[187] GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 159 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

> social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível *X* de atendimento, ainda que limitado.
>
> Não significa o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento de um posto de saúde. Este não é um direito social ou coletivo, mas individual. [188]

Referidas escolhas ou opções se baseiam na conveniência e oportunidade, baseado na discricionariedade do administrador público, observando, por óbvio, que as escolhas devem se pautar pelo melhor atendimento ao interesse público.

Nesse ponto reside a argumentação da discricionariedade como limite à intervenção do Poder Judiciário no orçamento. Desse modo, a discricionariedade impediria a intervenção do Poder Judiciário.

Na esfera judicial a questão, como não poderia deixar de ser, é controvertida, embora caminhe a passos largos para a consolidação do entendimento de se admitir a possibilidade de análise judicial do mérito do ato administrativo, bem como quanto à possibilidade de intervenção do Judiciário especificamente na determinação de prioridades orçamentárias, em especial quando há evidente ofensa aos princípios e valores constitucionais.

A respeito da interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, Regis Fernandes de Oliveira manifestou-se no seguinte sentido:

> [...] descabe ao Judiciário decisão de tal quilate. No entanto, se o fizer, determinando, por exemplo, a construção de moradias, creches, etc., e transitada em julgado a decisão, coisa não cabe ao Prefeito que cumprir a ordem. Para tanto, deverá incluir, no orçamento do próximo exercício, a previsão financeira. Esclarecerá à autoridade judicial a impossibilidade de cumprimento imediato da decisão com trânsito em julgado, diante da falta de previsão orçamentária, e obrigar-se-á a incluir na futura lei orçamentária recursos para o cumprimento da decisão. [189]

Se a problemática da intromissão do Poder Judiciário na definição de políticas públicas é controvertida, tal situação aumenta seu dinamismo no momento em que se procura a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Portanto, nada mais lógico e adequado a apreciação da interferência do Poder Judiciário no orçamento público, que o estudo dos direitos fundamentais.

---

[188] TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2. ed.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; 60-61 p.

[189] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. op. cit., 404 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

2 A ATIVIDADE INTERPRETATIVA CONSTITUCIONAL

A sociedade e, por consequência, a interpretação constitucional dos direitos sociais evoluiu no transcorrer dos anos, de modo a se estabelecer uma maior limitação do poder do Estado e a uma proteção mais eficaz aos direitos fundamentais das pessoas.

É necessário que o interprete busque a máxima concretização da norma jurídica, de modo que ela provoque todos os efeitos pretendidos e necessários concebidos pelo emissor do ato normativo, considerando a realidade social, esteja o Estado em fase de bonança ou conflito. Inclusive, nesta última situação é que se poderá aferir a estabilidade das instituições estatais.

Fundamentalmente, as normas constitucionais, seu espírito, seus valores, seus princípios, devem prevalecer para a solução dos conflitos em debate, sob pena de serem palavras lançadas em um pedaço de papel sem qualquer utilidade social.

Porém, há de se reconhecer que as Constituições brasileiras anteriores a de 1988 foram marcadas pela falta de efetividade, pois eram consideradas como um conjunto de aspirações políticas ou uma convocação (um chamado) de como poderia ser à atuação dos Poderes Públicos, não uma norma de plena eficácia normativa. Como bem aponta Luís Roberto Barroso.

> O direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso. Do ponto de vista de sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetividade de suas normas; e b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos.[190]

Tal situação motivada pela ausência de vontade política para lhes dar concreta aplicação, provocada pela ausência de independência entre os poderes e pela falta de legitimidade dos governantes, como a dos últimos representantes do regime militar que vigorou entre os anos de 1964 a 1984, cujas principais características eram o conservadorismo e o autoritarismo.

[190] BARROSO, Luís Roberto. **Revista Direito e Democracia** / **Universidade Luterana do Brasil** – Ciências Jurídicas, Semestral. Vol. 3 - Número 2 -– Canoas: Ed. ULBRA. 2º semestre de 2002. 379 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

Após o ciclo da ditadura militar, e a redemocratização do País a Assembleia Nacional Constituinte que redundou na promulgação da Constituição Federal de 1988 contou com ampla participação popular.

A partir da Constituição Federal de 1988, a idéia de supremacia da constituição sobre os demais atos normativos tomou corpo, de modo que foram reconhecidas as normas constitucionais sua máxima aplicabilidade e imperatividade, hábeis a proteger todas as situações nela previstas e as que, eventualmente, viessem a surgir na sociedade, como bem destaca Luís Antônio Barroso.

> Essas transformações redefiniram a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. De fato, nas últimas décadas, o Código Civil foi perdendo sua posição de preeminência, mesmo no âmbito das relações privadas, onde se formaram diversos microssistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família). Progressivamente, foi se consumando no Brasil um fenômeno anteriormente verificado na Alemanha, após a Segunda Guerra: a passagem da Lei Fundamental para o centro do sistema. À supremacia até então meramente formal, agregou-se uma valia material e axiológica à Constituição, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.
>
> A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. [191]

O aspecto inicial é um dos fundamentos da distinção hermenêutica que se justifica por ser a Constituição "o fundamento de validade de todas as demais leis", razão pela qual "a determinação do significado de uma de suas normas poderá importar no afastamento de uma regra infraconstitucional até então vigente" [192]

[191] *op.cit.,* 379-380 p.
[192] BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. 53 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

Não obstante, é importante observar que as normas constitucionais não trazem um sentido único, objetivo e válido para todas as situações, em especial pelos avanços econômicos, sociais e políticos. De modo que ao interprete é dada a atribuição de apontar qual o efetivo significado do ato normativo, perante os fatos concretos.

Diz-se que a norma constitucional é de caráter aberto, na medida em que "releva-se pelos vocábulos vagos, pelas palavras imprecisas empregadas pelo constituinte, e que necessitam, inegavelmente, de um preenchimento ou integração para tornarem-se compreensíveis e imediatamente aplicáveis." [193].

Em vista do caráter aberto, a norma constitucional comumente apresenta-se com uma manifestação de princípios ou como uma norma programática que demanda precisão e delimitação por parte do interprete, que não pode descurar do espírito protetivo da Constituição. É importante ressaltar, que em razão desse aspecto, a possibilidade de uma constante e permanente atualização interpretativa das normas constitucionais, tal como aponta Inocêncio Mártires Coelho:

> [...]
> diferentemente das leis que possuem uma estrutura proposicional do tipo se A, então B -, as normas constitucionais se limitam a enunciar princípios, que, por isso, não contêm elementos de previsão que possam funcionar como premissa maior de um silogismo subjuntivo, a sua aplicação exige que sejam não apenas interpretadas, mas, sobretudo, densificadas e concretizadas pelos operadores da Constituição.
> [...]
> em razão dessa abertura e infinitude, toda interpretação é sempre um resultado, entre tantos outros, a que se pode chegar em função de um determinado contexto, mas que deve ser modificado quando se alterarem as coordenadas da situação hermenêutica.
> As mudanças de jurisprudência comprovam que essa é uma lei de desenvolvimento da experiência interpretativa no âmbito do direito em geral, atestando por outro lado, a unidade dialética do processo hermenêutico, no qual se fundem, necessariamente – como etapas distintas, mas complementares -, a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos.[194]

[193] TAVARES, André de Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 78 p.
[194] COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. 96 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

A forma de interpretação dirigida especificamente para as normas constitucionais é necessária, pois "ocorre por força da presença de uma série de ocorrências particulares que exigem uma consideração específica e própria no trato da norma constitucional" [195].

Assim, a flexibilidade ou "ductilidade"[196] da constituição deriva da convivência de valores e princípios, às vezes aparentemente conflitantes, outras complementares, e sobre os quais se fundamentou, de modo que a interpretação constitucional deve considerar o presente e as alterações sociais, sem descurar das responsabilidades de unidade e de integração dos princípios que formaram o texto constitucional.

Como bem acentua Canotilho, a idéia de constituição ideal não pode ser atribuída apenas ao poder constituinte. Ela – a constituição – clama ao que ele denomina de "plebiscito quotidiano", que é motivado pelas mutações políticas e sociais. [197]

Assim, as normas constitucionais são abertas, principiológicas, valorativas e subordinadas à realidade social. Não possuem uma definição única. Até porque somente se alcançara o verdadeiro Estado Democrático de Direito, se houver a interpretação das regras e princípios constitucionais de forma a concretizar os direitos e as garantias previstas no próprio texto constitucional.

Longe de trazer insegurança jurídica, essa perspectiva busca tratar o caso concreto da forma mais adequada aos valores constitucionais. É dar "vida" ao texto constitucional, de modo a trazer a constituição para dentro da sociedade, e fazer com que sociedade e constituição se integrem como partes de um todo chamado "Estado". Até porque, a concretização das normas constitucionais, em conformidade com os anseios para a consolidação do Estado Democrático de Direito, depende do modo como os direitos e as garantias nela previstas serão interpretadas.

A dinâmica social exige da ciência jurídica uma elasticidade de seus princípios e conceitos, a fim de que as ideias e princípios constitucionais se concretizem, e não se restrinjam apenas e tão somente no campo programático. A ductilidade da interpretação constitucional faz com que se aplique a força contida nas ideias e princípios estabelecidos pelos constituintes, de modo a concretizar os direitos fundamentais em sua máxima efetividade.

Não obstante, não se pode vincular o nascimento ou a busca por uma maior efetividade dos direitos fundamentais ao presente, pois desde o século XVIII que

---

[195] TAVARES, André de Ramos. *op. cit.* 74/75 p.

[196] Expressão cunhada por Gustavo Zagrebelshy, in **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia**. Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995.

[197] CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 6ª edição. 1.046 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

eles passaram a se destacar, quando as primeiras constituições começaram a prevê-los, e de lá a luta pela sua concretização se iniciou.

2.1 As Dimensões dos Direitos Fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em diferentes dimensões (ou gerações), considerando o caminho percorrido pelo conceito de direitos fundamentais, que por sinal se complementam.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles que limitam o poder do Estado em face do indivíduo, afirmando os direitos individuais e estabelecendo a autonomia do indivíduo diante do Estado. Foram os primeiros direitos acolhidos pelas Constituições, dirigidos contra os desmandos dos Estados absolutistas. Também são chamados de direitos negativos ou de defesa, pois impõe uma abstenção estatal diante do indivíduo. Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles relacionados à liberdade, à vida, à propriedade, à igualdade, à participação política, os chamados direitos civis e políticos.

Por sua vez, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades. A luta pela tutela de referidos direitos se iniciou quando da grave crise social oriunda da revolução industrial[198]. A base filosófica foi doutrina social da igreja católica e dos pensadores comunistas.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão impõe ao Estado o dever de atuar positivamente, “um fazer”.

Impõem-se ao Estado o dever de garantir aos indivíduos o direito de participar do bem-estar social, de modo que todos possam ter acesso à assistência social, educação, saúde, previdência social, cultura, trabalho.

Também está englobada nessa dimensão de direitos, a liberdade de sindicalização, o direito de greve, bem como outros direitos fundamentais dos trabalhadores.

E, por fim, como direitos fundamentais de terceira dimensão encontram-se os direitos de solidariedade e fraternidade, que abrangem o direito a um meio

[198] A Revolução Industrial consistiu em um conjunto de mudanças tecnológicas com profundo impacto no processo produtivo em nível econômico e social. Iniciada no Reino Unido em meados do século XVIII, expandiu-se pelo mundo a partir do século XIX.
Ao longo do processo (que de acordo com alguns autores se registra até aos nossos dias), a era da agricultura foi superada, a máquina foi superando o trabalho humano, uma nova relação entre capital e trabalho se impôs, novas relações entre nações se estabeleceram e surgiu o fenômeno da cultura de massa, entre outros eventos.
Essa transformação foi possível devido a uma combinação de fatores, como o liberalismo econômico, a acumulação de capital e uma série de invenções, tais como o motor a vapor. O capitalismo tornou-se o sistema econômico vigente. Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolu%C3%A7%C3%A3o_Industrial, acesso em 19.08.2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

ambiente saudável, a uma vida saudável, a paz e ao progresso, do consumidor, a autodeterminação dos povos etc.

Típicos direitos transindividuais, pois o direito a vida passa a ser analisado como um direito que pode ser lesado coletivamente (lesão pode ser dirigida a uma ou muitas pessoas).

Os direitos de terceira dimensão são os direitos coletivos em sentido lato, igualmente conhecidos como interesses transindividuais, gênero em que estão incluídos os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos.

Como bem pondera Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

> A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos".
>
> [...]
>
> Enfoca-se o ser humano relacional, em conjunção com o próximo, sem fronteiras físicas ou econômicas. [199]

Nos direitos de terceira geração a titularidade pertence a toda a coletividade, não apenas a um indivíduo.

2.2 Os Direitos Fundamentais Sociais.

Como dito alhures, os direitos fundamentais sociais exigem do Estado uma prestação de "dar" ou "fazer", ou seja, é uma obrigação positiva, pois não se refere a evitar a intervenção do Estado no âmbito da liberdade do indivíduo, mas, ao contrário, busca impor ao Estado que estabeleça políticas públicas que sustentem o bem-estar social, ou seja, são os direitos de segunda dimensão.

Isso não significa que referidos direitos restrinjam-se a prestações positivas, mas também abrangem direitos de defesa, entendidos como direitos negativos ou ações negativas, ou seja, direitos a não intervenção na liberdade individual e nos bens fundamentais tutelados pela constituição, considerando a posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito.

Nesse sentido, pontua Robert Alexy:

[199] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 116 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

> 1. uma dimensão positiva, pois a sua efetivação reclama uma atuação positiva tanto por parte do Estado como da sociedade que os deve respeitar, através de três manifestações: 1.1) direito a que o Estado e terceiros não impeçam ou não dificultem determinadas ações do titular do direito; 1.2) direitos a que o Estado não afete determinadas qualidades ou situações do titular do direito e; 1.3) direito a que o Estado não elimine sua posição jurídica.
>
> 2. Os direitos a prestações positivas também que se dividem em dois grupos:
>
> 2.1) uma ação fática e 2.2) uma ação normativa, que fundamentam posições subjetivas negativas no sentido de proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais e entidades sociais e de particulares, por exemplo em relação à saúde, onde o Estado não só tem o dever de prestá-lo tal com previsto no art. 6º da CF, como também tem a obrigação de abster-se de prejudicar a saúde dos indivíduos, seja através de fiscalização de hospitais, medicamentos, etc., seja por meio de medidas preventivas, como campanhas de vacinação, instruções sobre melhoria da qualidade de vida etc. . [200].

Portanto, os direitos fundamentais podem ter como objeto certa prestação de “dar” ou “fazer” ou uma vedação de intervenção, depende da posição em que o tutelado estiver.

Assim, o direito de moradia, por exemplo, pode ser concretizado por meio de ações negativas ou positivas. Como direito de defesa a vedação ao Estado e aos particulares a pratica de ações tendentes a infirmá-lo, como tal qual a previsão da Lei 8.009/90 que estabeleceu a impenhorabilidade do imóvel residencial da família. Ação positiva a possibilidade de exigir do Estado a definição de políticas públicas de acesso efetivo a uma moradia, como financiamento subsidiado as populações de baixa renda.

Como acima apontado, os direitos fundamentais sociais, em regra, são concretizados por meio de prestações sejam elas fáticas ou normativas, como aponta Alexy[201].

Segundo referido autor os direitos tutelados por prestações positivas levantam a questão de se estabelecer se e em que medida a busca de finalidades estatais pode e esta ligada a direitos constitucionais subjetivos dos indivíduos. Ressalta, ainda, que o direito às prestações amplas são direitos de proteção, organização e procedimento, além de direito às prestações em sentido estrito.

---

[200] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 201 p.

[201] ALEXY, Robert. *op. cit.* 442/449 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

Os indivíduos tem direito às prestações em sentido amplo de modo a exigir do Estado a implementação das obrigações de proteção, oriundas propriamente da sua condição de Estado e não como garantidor a prestações mínimas. Assim, tais prestações são corporificadas quando o Estado passa a regulamentar determinadas práticas sociais ou políticas públicas.

Por sua vez, o direito às prestações em sentido estrito é aquele em que o titular pode exigir do Estado "coisa" que se tivesse a necessária capacidade financeira ou se houvesse disponibilização de oferta no mercado, poderia conseguir de particulares. Portanto, quando se aponta direitos fundamentais sociais, como direitos à assistência, à saúde, à previdência, à moradia, à educação e ao trabalho, está se estabelecendo prioritariamente que referidos direitos são concretizados por meio de prestações fáticas, oriundas da atuação do Estado como garantidor de padrões mínimos de existência e justiça social.

Além disso, é garantido aos indivíduos os chamados "direitos subjetivos negativos", de modo evitar limitações que atentem o núcleo essencial de um direito social. O direito de greve e a vedação a discriminação entre trabalhadores são exemplos típicos de direitos sociais negativos estabelecidos na Constituição Federal.

Porém, todos os direitos para sua concretização demandam custeio, sejam eles quais forem em especial os direitos sociais tutelados por prestações estatais positivas.

Por tal razão, os direitos prestacionais foram, durante certo período, após sua positivação nas Constituições, tidos como programáticas, passíveis de integração legislativa ou submetidas à discricionariedade do administrador público, verdadeiras "normas constitucionais de eficácia limitada".

Com a evolução da sociedade, em que foi acompanhada pela doutrina e jurisprudência, o entendimento foi ao poucos sendo modificado, para se adotar que nas hipóteses de direitos fundamentais cabe a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, na medida em que não se trata de intromissão de um poder em outro, mas de mero respeito à Constituição Federal.

A esse respeito, confira-se Eduardo Cambi:

> Todavia, é necessário questionar o que fazer quando a Administração Pública não concretiza, inclusive no exercício de seu poder normativo, os direitos fundamentais. As margens de abertura do tecido normativo, resultante de técnicas legislativas que abusam do uso de cláusulas gerais e de conceitos vagos ou indeterminados, acabam por delegar ao juiz as escolhas que o legislador não pôde ou não quis fazer. Assim, transferem parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete. Logo, permitem que o Judiciário atue quando a Administração se omite ou exorbita do seu

ISBN 978-85-62288-05-0

> poder normativo. Portanto, a interpretação criativa do direito pelo juiz é insuprimível; é um fenômeno in re ipsa. A omissão do Poder Público em agir (v.g., como ocorre, frequentemente, em relação aos órgãos de vigilância sanitária), por sua vez, no plano administrativo, faz com que tais questões sejam trazidas ao Poder Judiciário. [202]

Ademais, as normas constitucionais seriam de menor valia se não houvessem instrumentos a garantir a concretização de seus princípios e regras por meio do Poder Judiciário.

Conforme bem pontua Sarlet, não existem normas constitucionais desprovidas de eficácia e aplicabilidade, sendo que os direitos fundamentais sociais estariam sob a força do art. 5º, §1º da CF[203], vejamos:

> Sustenta-se, por exemplo, que a natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação. Para além disso, alega-se que mesmo em se tratando de preceitos imprecisos ou fluídos, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, já que, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição.
>
> Por outro lado, há quem aceite um direito subjetivo individual à prestação, nas hipóteses em que a norma definidora de um direito fundamental determina suficientemente o conteúdo da prestação, e que o procedimento para sua realização esteja expressa ou, no mínimo, implicitamente regulado na Constituição. Mais recentemente, houve quem sustentasse que os direitos sociais (mesmo de cunho prestacional), por força do disposto no art 5º, § 1º, da CF, possuem o caráter de autênticos direitos subjetivos, já que citado preceito, combinado com o art. 5º, inc. XXXV, de nossa Carta (inafastabilidade do controle judiciário), autoriza os tribunais a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação. Para os que propugnam este ponto de vista, a lacuna gerada pela ausência de uma atuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelo Judiciário, à

[202] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 253 p.

[203] Art. 5º, §1º da CF: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

ISBN 978-85-62288-05-0

luz da analogia, do costume ou dos princípios gerais do direito, sem que com isto se esteja transpondo a fronteira entre a atividade judiciária e a legislativa. ”[204]

O que pode sofrer mensuração são as prestações necessárias a efetivação dos direitos fundamentais. Isto é, deve-se partir do ponto de vista que as normas de direitos sociais são dotadas de plena eficácia e imediata aplicabilidade, cuja eficácia e efetividade podem sofrer variação, pois é necessário de ponderar quanto aos direitos universais e universalizáveis quanto à fundamentalidade de certos valores como o direito à vida e à dignidade da pessoa, de modo a considerar a ligação entre os direitos sociais, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana com as necessidades mínimas existenciais de todo e qualquer ser humano.

Apesar disso, a realidade impõe enfrentar a limitação de recursos orçamentários e da lógica impossibilidade de concretização de todos os diretos fundamentais sociais, de modo que cabe ao Poder Judiciário quando de suas decisões concretizando direitos, mensurar os limites orçamentários (teoria da reserva do possível) e o mínimo existencial.

3 LIMITES ORÇAMENTÁRIOS (TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL) E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Tal como nossas atividades quotidianas, como manter um lar, para governar um País é essencial à utilização de orçamento, pois é a única forma de se saber quais nossas despesas e receitas atuais e futuras.

Como já foi dito, a Constituição Federal (art. 165, I) estabelece três leis orçamentárias: Lei do Plano Plurianual; Lei das Diretrizes Orçamentárias; Lei Orçamentária Anual.

Os direitos sociais não são os únicos a demandar custeio por parte do Estado, pois os direitos individuais e políticos demandam gastos por parte do Poder Público.

A escassez de recursos faz com que o administrador público tenha que optar quais as prioridades para realizar o respectivo custeio, é as chamadas “escolhas trágicas”, pois a opção por uma prestação significa deixar de atender outras necessidades.

De modo que as prestações estatais devem, em um primeiro momento, se submeter ao crivo das decisões politico-administrativas e a “soberania orçamentária do legislador”, na medida em que as prestações estatais necessitam de fontes de custeio (tributos a serem criados, majorados ou oriundos de realocação de recursos)

[204] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10°. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 306 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

para sua implementação, dependentes de criação, bem como em razão da tripartição de poderes.

Não obstante, cabe ao Estado garantir o chamado "mínimo existencial" (prestações mínimas oriundas dos direitos fundamentais sociais necessários à manutenção da dignidade da pessoa) aos indivíduos quando não atendido pelas politicas públicas então disponíveis, na medida em que tais prestações encontram-se previstas na Constituição Federal (os chamados direitos fundamentais sociais), pois não se encontram sob o pálio da discricionariedade administrativa e da reserva parlamentar em matéria orçamentária.

Segundo lição de Ana Paula de Barcellos o "mínimo existencial" seria:

> [...]
> o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica [205]

Mais a frente continua

> [....]
> o mínimo existencial que ora se concebe é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso a justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.[206]

Assim, caso houver omissão ou atuação insuficiente do Estado a alguma prestação estatal considerada como relacionada ao "mínimo existencial" cabe ao Poder Judiciário determinar a entrega de referidas prestações, pois relativas a direitos fundamentais sociais na medida em que não se encontram sob a discricionariedade da Administração Pública ou do Poder Legislativo.

Portanto, a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada ou absoluta.

---

[205] BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 248 p

[206] *op.cit.,* 258 p

ISBN 978-85-62288-05-0

Porém, na discussão acerca das restrições à efetivação de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, é constantemente arguida a chamada cláusula da reserva do possível.

A questão da "reserva do possível" foi enfrentada em decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão, que passou a ser conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333).

O tribunal alemão manifestou-se acerca de pedido deduzido por estudantes os quais não haviam sido admitidos em faculdade em razão da limitação do número de vagas em cursos superiores. O pedido teve como base o artigo 12 da Constituição Alemã, segundo o qual *"todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação".*

O tribunal alemão concluiu que a pretensão, acréscimo do número de vagas em cursos superiores, submetia-se a chamada "reserva do possível", pois demandava uma prévia análise do que os autores poderiam exigir da sociedade de forma lógica e racional. Isto é, se a aspiração era razoável.

Essa é conclusão de Ingo Wolfgang Sarlet, vejamos:

> [...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento.[207]

Assim, a teoria da reserva do possível se alicerça sobre três bases, a) disponibilidade financeira; b) disponibilidade financeira; c) a razoabilidade da pretensão deduzida, conforme bem aponta Sarlet:

> [...] a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso

[207] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10°. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 287 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

> sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nessa quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional."[208]

Assim, o governo quando premido por alguma demanda relativa ao cumprimento dos direitos fundamentais sociais, ao invés de aduzir a teoria das normas programáticas, ou da separação de poderes ou da discricionariedade administrativa, passou a se valer, como meio de defesa, do argumento da teoria da reserva do possível.

Não obstante, em vista de robusta jurisprudência, a teoria da reserva do possível vem sendo mitigada, pois as manifestações judiciais têm estabelecido que não basta a mera argumentação de ausência de recursos financeiros para o cumprimento da prestação, mas é necessária a demonstração de ausência de recursos, também conhecida como "exaustão orçamentária". Dessa forma, entendeu o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF-45 que:

> Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.
>
> É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a

[208] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. 287-288 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

> limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.
>
> Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.
>
> Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.
>
> [...]
>
> Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.[209]

É importante salientar, que o Poder Judiciário não tem atribuição de formular ou implementar políticas públicas, pois cabe aos demais poderes do Estado tal atribuição, mas, em havendo omissão, incumbe ao Poder Judiciário intervir, garantindo o "mínimo existencial", como bem ressalta a mesma decisão supra citada em outra passagem:

> É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura

[209] STF. ADPF – 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.4.2004, DJ 4.5.2004.

ISBN 978-85-62288-05-0

constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Portanto, a teoria da reserva do possível somente pode afastar a intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais quando comprovada a inexistência de recursos orçamentários necessários ou quando a pretensão deduzida for irrazoável, como ressalta referida decisão mais adiante.

> Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "*reserva do possível*", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.
>
> Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "*reserva do possível*", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.
>
> Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Dessa forma, não podem os direitos fundamentais sociais ficar condicionados à boa vontade do administrador ou do legislador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa, pois o chamado "mínimo existencial" é configurado como condições materiais básicas para a uma existência digna, a qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.

CONCLUSÃO.

Não há como negar, a efetivação dos direitos fundamentais sociais é um desafio ao Estado Brasileiro.

ISBN 978-85-62288-05-0

De um lado a preocupação orçamentária, de outro a exigência da cidadania pela efetivação dos direitos fundamentais sociais.

No meio ficam os agentes estatais, cada qual dentro de suas atribuições.

O que efetivamente se espera é que o Estado cumpra o seu objetivo outorgando prestações de modo a garantir o mínimo existencial a todos os indivíduos.

Não obstante, não se pode desconsiderar a questão orçamentária, pois não há Estado que se sustente sem considerar as receitas e despesas públicas.

Toda questão passa pela valoração de princípios em face do caso concreto, de modo a aplicar recursos em politicas públicas que atendam a maior quantidade de pessoas, de modo que interesses individuais somente sejam atendidos quando o interesse do corpo social estiver adequadamente tutelado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Revista Direito e Democracia / Universidade Luterana do Brasil* – Ciências Jurídicas, Semestral. Vol. 3 - Número 2 -– Canoas: Ed. ULBRA. 2º semestre de 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional.* 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. 53 p.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de Direito Constitucional:* direitos humanos e direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 6ª edição.

CANOTILHO, J.J.Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais.* São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

ISBN 978-85-62288-05-0

FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 159 p.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos fundamentais sociais no direito brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*

Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro.* São Paulo: RT, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 10°. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos.* Interesse público. v. 7, nr. 32, jul./ ago 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL n.º 1.041.197 – MS. Relator Humberto Martins.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF – 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.4.2004, DJ 4.5.2004 ADPF nº 45.

TAVARES, André de Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível".* 2. ed**.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 51-62;

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível".* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 63-78;

ISBN 978-85-62288-05-0

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**.** *V. 5. O Orçamento na Constituição.* 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível".* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 349-371;

Zagrebelshy, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia.* Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995.

ISBN 978-85-62288-05-0

VOTO DO PRESO PROVISÓRIO: DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

Sandra Tamiko NAKAI[210]
Vladimir Brega FILHO[211]

RESUMO:

O presente artigo, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, analisa até que ponto o Brasil respeita o direito fundamental dos presos à participação política por meio do voto, já que nossa Constituição consagra a cidadania como um dos princípios fundamentais e ao mesmo tempo restringe esse direito aos presos com condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os efeitos da pena. Para tanto, o artigo estuda as aborda as funções da pena (punir, prevenir e regenerar) e o seu desvirtuamento, já que embora se fale em inclusão social, percebe-se que o sistema penal brasileiro cria um verdadeiro "aparthaid" social, segregando os presos, ao invés de buscar a sua inclusão. Estuda ainda aspectos gerais do tema direitos políticos e cidadania, chegando ao tema central que é a privação dos direitos políticos no Brasil, especialmente das pessoas condenadas. O artigo conclui que o voto é direito fundamental dos presos provisórios e o Brasil não respeita o direito fundamental de voto por parte dos presos por falta de vontade política, que resulta em uma apatia estatal e dos próprios presos que se sujeitam a isso. Finaliza dizendo que os presos são cidadãos, e como tais, merecem ter a sua cidadania e dignidade humana asseguradas.

ABSTRACT:

The present article, using the hypothetic-deductive method, analyses how far Brazil respects the prisoners' basic right to the political participation through vote, whereas our Constitution devotes the citizenship as one of the basic principles and at the same time limit this right to the prisoners with criminal condemnation transited in judgment, while the penalty effects last. For this reason, the article studies and approaches the functions of the penalty (punish, prevent and regenerate) and its depreciation, since, although the social inclusion is so talked about, we realize that the Brazilian Penal System creates a truly social "apartheid", segregating the prisoners, instead of seeking their inclusion. The study still comprises the general aspects of the theme political rights and citizenship, getting at a central theme which

[210] Aluna da graduação do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.
[211] Mestre em direito pela ITE-Bauru e doutor em direito pela PUC-SP. Coordenador e professor do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, em Jacarezinho-Pr. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

ISBN 978-85-62288-05-0

is the privation of the political rights in Brazil, mainly of the condemned people. The article concludes that the vote is a basic right of the temporary prisoners and Brazil does not respect the basic right of voting of the prisoners for lack of political will, what results in a state apathy and from the prisoners themselves who submit to this. It is finished saying that the prisoners are citizens, and as such, deserve to have their citizenship and human dignity assured.

PALAVRAS- CHAVES: direitos políticos- cidadania- voto dos presos

KEY WORDS: politics right- citizenship- prisioner's vote

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 1º o Estado Democrático de Direito, tendo como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, complementa em seu parágrafo único que o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos. Esse poder manifesta-se através do voto, momento em que o povo expressa seus desejos e suas esperanças.

Em tempos em que se busca fomentar uma maior participação para consolidar o Estado Democrático de Direito, é preciso possibilitar, de fato, o sufrágio universal, para dar maior legitimidade aos governantes, pois devem representar a vontade de toda a sociedade. Também, há que se considerar a inclusão social, tão propalada, ainda é uma realidade está distante. Para que haja inclusão, faz-se necessária a participação de todos. Não é possível retirar injustificadamente o direito ao voto, ponto alto da cidadania e que de alguma forma garante dignidade e esperança para o futuro e para as pessoas.

Nesse contexto não tem como deixar de se pensar nas pessoas presas que também possuem desejos, aspirações para o futuro e esperanças. No entanto, a Constituição parece desconsiderá-los como cidadãos, já que os presos condenados com sentença criminal transitado em julgado, não podem votar. Este é um ponto em que parece não caber grande discussão porque isso está expresso no texto constitucional, mas pode-se questionar se isso não representa ao preso uma dupla punição: a perda da liberdade e a perda da cidadania. Em relação aos presos provisórios, percebe-se um descaso ainda maior, pois não há na Constituição qualquer disposição que proíba o voto. Simplesmente o poder público, sob o argumento de que é difícil realizar a votação nos estabelecimentos carcerários, cerceando-lhes o direito fundamental ao voto.

Mas como incluir essas pessoas se o próprio Estado viola o direito ao voto e as desconsidera como cidadãos? Como recuperar essas pessoas que sequer tem

ISBN 978-85-62288-05-0

direito ao voto? O sistema busca realmente a realização do Estado Democrático de Direito?

É sobre isso que o presente artigo pretende investigar, iniciando pela análise das funções da pena. Após passaremos por conceitos relativos à cidadania, finalizando com uma análise detida da Constituição a respeito da suspensão dos direitos políticos e violação do direito ao voto dos presos provisórios.

2. Funções da pena.

Não é possível tratarmos do tema supressão dos direitos políticos do condenado sem falarmos das funções da pena.

A pena é um meio de coerção de que se vale o Direito Penal, para a proteção de bens jurídicos e de interesses significativos para a sociedade. Dessa forma a pena possui três objetivos, a saber: a punição, a prevenção e a regeneração.

Conforme ensina Zaffaroni e Pierangeli:

> [...] o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama 'delito', e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. (ZAFFARONI E PIRANGELI, 2008, p.79)

A punição é a coerção propriamente dita, ou seja, é a restrição da liberdade, ou o pagamento por penas alternativas ou pecuniárias. É a resposta dada pelo Estado ao indivíduo que cometeu um ato delituoso que a sociedade considera grave, sendo, portanto, merecedor de uma punição, uma vez que a simples advertência não surtiu efeito. Conforme ensina Foucalt (1999, p.114), "Um crime é cometido porque traz vantagens. Se à idéia do crime fosse ligada a idéia de uma desvantagem um pouco maior, ele deixaria de ser desejável".

A prevenção se dá através do receio da pena. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2005, p.920), "o Estado promove a prevenção geral positiva (demonstra a eficiência do Direito Penal, sua existência, legitimidade e validade) [...]". Isso ocorre porque no Direito Penal existe a preocupação de manter a paz pública e, portanto, dirige-se a todas as pessoas, embora nem todas se envolvam em delitos. Através da pena, outros ao redor daquele que está cumprindo-a hesitarão em praticar atos criminosos com temor de receberem a mesma punição, evitando assim a prática de novas infrações.

Assim está em Foucalt:

ISBN 978-85-62288-05-0

> Que a punição olhe para o futuro, e que uma de suas funções mais importantes seja prevenir, era, há séculos, uma das justificações correntes do direito de punir. Mas a diferença é que a prevenção que se esperava como um efeito do castigo e de seu brilho — portanto de seu descomedimento — tende a tornar-se agora o princípio de sua economia, e a medida de suas justas proporções. É preciso punir exatamente o suficiente para impedir. (FOUCALT,1999, p.113)

Já a regeneração é o efeito moralizador. Ao cumprir a pena o condenado aprenderia que tal delito realizado não compensou e, daí em diante faria o possível para observar as regras do ordenamento jurídico e contribuiria para a manutenção da paz social. Nesse sentido, Foucalt (1999, p.146) "não se pune, portanto, para apagar um crime, mas para transformar um culpado (atual ou virtual); o castigo deve levar em si uma certa técnica corretiva."

Seria modificar o comportamento da pessoa, ora criminosa em não criminosa. A regeneração pode ser também chamada de recuperação, readaptação, ressocialização ou integração social. Dessa forma, seria possível melhorar o preso se houvesse empenho pela sua modificação de seus valores ético-sociais reforçados, evitando, assim, cometer novos delitos.

Assim reforçado por Zaffaroni e Pierangeli:

> [...] o direito penal tem, como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de prover à segurança jurídica mediante a coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas, porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador. (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2008, p. 93)

Todos esses objetivos devem ser observados pela legislação brasileira, pois com a ratificação do Decreto-lei nº 40/91, o Brasil é signatário da Convenção dos Direitos Humanos contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

No art. 1º da Convenção de Direitos Humanos contra a tortura, encontra-se a definição de "tortura". Contudo na segunda parte fala-se que as dores ou sofrimentos como conseqüência de sanções legítimas não são torturas. Daí nota-se que a legitimação da violência institucional por parte do Estado e dos organismos internacionais leva a distinguir que o objetivo da pena é a punição e a prevenção, através da aplicação de um castigo e da intimidação social. Já que as dores e os sofrimentos quando conseqüências de sanções legítimas não se consideram tortura.

ISBN 978-85-62288-05-0

ARTIGO 1º:

1. Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

A Lei de Execução Penal, lei 7.210/84 (LEP), estabeleceu em seu art.1º que a execução penal deve punir e proporcionar ao mesmo tempo a integração social do condenado e do internado.

O art.10 da mesma lei, diz expressamente que há o objetivo de prevenir o crime e a reinserção do criminoso à sociedade.

A lei demonstra que os três objetivos (punição, prevenção e regeneração) deveriam estar juntos, porém, subentende-se que a punição e a prevenção não serão flexibilizadas se isso vier em benefício da regeneração. Na atualidade, opta-se pela regeneração do criminoso, todavia isso não pode ocorrer a custas dos objetivos de punição e prevenção. Não há como regenerar um indivíduo sem que o mesmo se arrependa de seus erros, e, isso ocorre se houver punição. Significa dizer que, para que se consiga a regeneração de um homem é preciso que ele seja punido, injuriado para que possa melhorá-lo. Para melhorar um homem é necessário reformá-lo, construir valores e ensiná-los a respeitá-los, não simplesmente impô-los através de castigos.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

A LEP é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução da distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da CF, que faz da cidadania e da

ISBN 978-85-62288-05-0

> dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). A reintegração social dos apenados é, justamente, pontual densificação de ambos os fundamentos constitucionais. (HC 99.652, rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 3-11-2009, Primeira Turma, DJE de 4-12-2009)

A propósito, não só a LEP, mas todos os diplomas legais devem ser interpretados de modo a propiciar a inclusão social. Existindo duas interpretações, uma que inclui e outra que exclui, ambas sustentáveis, a primeira deve ser a escolhida.

Mas não é essa a realidade brasileira, especialmente no sistema prisional. As funções da pena não são cumpridas e a inclusão social não existe. A execução penal reflete como a sociedade quer tratar o preso, deixando claro que estes pertencem a uma classe inferior de pessoas, objetos a serem manipulados, sem o direito de emitir opinião, sem direito ao voto. Transforma-se isso em violência institucional, através da segregação de seus direitos, deixando-os à margem da sociedade, construindo um "apartheid" social, ao invés de se preocupar com a sua inserção social.

E fica a pergunta, é adequado, como efeito secundário da condenação criminal, retirar dos condenados o direito de participação política? A título de exemplo, temos a legislação do Canadá, que, em sua Constituição prevê o direito de voto do preso como forma de lhes ensinar o respeito às leis, fortalecendo sua responsabilidade civil e facilitando sua inclusão social.

3. Direitos Políticos e cidadania.

Feita essa breve digressão a respeito das funções da pena e destacando a importância da participação política dos presos, como um processo de reinserção social, faz-se necessário, antes de ingressar no tema principal, falar sobre direitos políticos e cidadania.

Conforme já foi dito, o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Segundo Luis Roberto Barroso "Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria" (2011, p.89). Os presos também fazem parte da população, e, por isso, deveriam participar do processo democrático de escolha dos representantes políticos.

Assim, faz-se uma pequena reflexão do que vem a ser direitos políticos? Os direitos políticos são instrumentos por meio dos quais a Constituição Federal garante o exercício da soberania popular, atribuindo poderes aos cidadãos para interferirem na condução da coisa pública, direta ou indiretamente.

ISBN 978-85-62288-05-0

A Constituição Federal diz expressamente em seu art. 14 que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos temos da lei, mediante: [...]

O sufrágio é a capacidade de votar e de ser votado, sendo que o voto é o ato pelo qual se exercita o sufrágio, e escrutínio a maneira, a forma pela qual se exercita o voto (público ou secreto). Nossa Constituição refere-se ao escrutínio secreto. Quando diz:..."com igual valor para todos", respeita-se o caput do art. 5º, o princípio da igualdade.

José Afonso da Silva diz:

> A palavra voto é empregada em outros dispositivos, exprimindo a vontade num processo decisório. [...] O sufrágio (do latim *sufragium*= aprovação, apoio) é, como nota Carlos S. Fayat, um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e participar da organização e da atividade do poder estatal. (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2005, p.349)

O sufrágio universal é aquele em que o seu exercício não está ligado a nenhuma condição discriminatória, diferente do que ocorria na Constituição de 1824, que estabelecia um critério de natureza econômica (sufrágio restrito). O sufrágio constitui-se na base do direito político e pode ser apresentado em dois aspectos: a capacidade eleitoral ativa, que é o direito de votar, de ser eleito e alistabilidade (art. 14, §§ 1º e 2º, CF); e a capacidade eleitoral passiva, que é o direito de ser votado, elegibilidade (art. 14. §3º, CF).

Outro conceito a ser ressaltado é o de Cidadania, esta caracteriza a titularidade de direitos políticos. O cidadão é o nacional que goza de direitos políticos, que pode participar dos assuntos da coisa pública, através de seus representantes eleitos.

Conforme José Afonso da Silva:

> Cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2005, p.345-346)

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19, diz que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão, e combinando com o artigo 21, § 1º, em que toda pessoa tem direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes, livremente escolhidos, e o §

ISBN 978-85-62288-05-0

3º reforça o sufrágio, sendo que a vontade do povo será a base da autoridade do governo. Este parágrafo vai de encontro com o art. 14, caput, da Constituição Federal brasileira.

Artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz: "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras."

Artigo XXI:

1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Constituição Federal de 1988, art. 14:

A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto nº 592/92, demonstra a importância dos direitos políticos para assegurar a soberania como caminho para a concretização da cidadania e rumo à consolidação do Estado Democrático de Direito. No preâmbulo deste, há o reconhecimento dos direitos que decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, em conformidade com a declaração dos direitos do homem, com o ideal de ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas, liberto do temor e da miséria.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

PREÂMBULO:

Os Estados Partes do presente Pacto, considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, reconhecendo que, em

ISBN 978-85-62288-05-0

> conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado e menos que se criem às condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais,
>
> Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem, [...]

Enfim, cidadania e democracia andam juntas uma vez que as decisões tomadas afetam todos no grupo social, sendo que estas decisões vinculam a todos os membros da comunidade, com o objetivo de assegurar a sobrevivência do grupo social. Devido à importância dessas decisões e de como elas afetam a comunidade como um todo, é importante a participação de todas as pessoas em igualdade de condições.

Assim, retirando-se dos condenados a condição de cidadão, visto que lhes é retirada o direito à participação política, fica essa parcela da população excluída das decisões políticas.

Feita essa análise a respeito dos temas cidadania e participação popular, analisemos como se dá a privação dos direitos políticos.

4 Da privação dos direitos políticos dos condenados Brasil.

Antes de ingressar no estado atual do tema no Brasil, é interessante analisarmos como as Constituições brasileiras trataram da privação dos direitos políticos dos condenados.

A Constituição do Império (1824) estabelecia em seu art. 8º, II, a suspensão dos direitos políticos por sentença condenatória a prisão, ou degredo, enquanto durarem seus efeitos. Importante destacar aqui que a suspensão dos direitos políticos era uma pena acessória e só se aplicava às penas específicas (degredo ou prisão).

Reforçando isso, Alexandre de Moraes comenta:

> [...] foi a única Carta brasileira que restringiu a suspensão dos direitos políticos à aplicação de determinadas espécies de pena, quais sejam, prisão ou degredo. (2003, p. 582).

A Constituição de 1891, no art. 71, §1º, b, estabelecia que os direitos políticos dos cidadãos brasileiros seriam suspensos por condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos. Essa mesma norma é encontrada nas Constituições

ISBN 978-85-62288-05-0

seguintes: na Constituição de 1934 (art. 110, b), na Constituição de 1937 (art.118, b), assim como na Constituição de 1946 (art. 135, II). Mas na Constituição de 1967, no art. 144, I, b, foi acrescentado no §1º que nos casos previstos neste artigo, acarretará também a suspensão de mandato eletivo, cargo ou função pública, enquanto perdurarem as causas que a determinaram.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, apesar de manter a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal enquanto durarem seus efeitos (art. 149, §2º, c), inovou ao prever que lei complementar que deveria dispor sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua reaquisição (art. 149, §3º).

Pela evolução histórica, percebe-se que a única Constituição que restringiu a suspensão dos direitos políticos à aplicação de pena específica foi a de 1824 (prisão e degredo). Embora aparentemente a Constituição do Império seja menos restritiva e possa parecer mais democrática, é importante notar que o voto era censitário e somente as pessoas mais abastadas votavam. As demais Constituições foram verdadeiras cópias, não se preocupando com as mudanças de contexto social ou mesmo com as espécies de pena que eram impostas.

Seguindo o mesmo paradigma das Constituições anteriores, a de 1988, mesmo consagrando o Estado Democrático de Direito, alicerçado nos direitos e garantias fundamentais, tutelando a dignidade da pessoa humana, manteve o artigo que restringe a cidadania dos condenados com sentença transitada em julgado (art. 15, III. CF). Assim, o condenado, enquanto não cumprida a pena, fica privado de exercer a cidadania através do voto.

De forma diversa do previsto na Constituição anterior, a norma agora é auto-aplicável “sendo conseqüência direta e imediata da decisão condenatória transitada em julgado, não havendo manifestação expressa a respeito de sua incidência na decisão condenatória, prescindindo-se de quaisquer formalidades” (MORAES, 2006, p. 240).

Sobre o termo “condenação transitada em julgado” (art. 15, III, CF), não há distinção do tipo de infração penal cometida, podendo abranger tanto os crimes dolosos como os culposos, e também as contravenções penais. Também não há distinção em relação à pena aplicada, podendo se tratar, inclusive, de pena restritiva de direitos, como no caso da pena de multa. Enquanto não solvida a multa, permanece o condenado com os direitos políticos suspensos.

Nesse sentido, Zulmar Fachin (2012, p. 359) escreve que “passados os efeitos da condenação, ele poderá voltar a exercer tais direitos. Ou seja, enquanto não cumprir toda a pena, não poderá votar”.

ISBN 978-85-62288-05-0

Do mesmo dispositivo, extrai-se que mesmo estando o condenado em liberdade condicional ou cumprindo a pena em regime aberto, ele ainda assim, terá seus direitos políticos suspensos, porque a pena ainda não foi completamente cumprida. O mesmo ocorre em relação ao período de prova do sursis, pois por tratar-se de forma de cumprimento da pena, o sentenciado igualmente ficará privado temporariamente de seus direitos políticos.

Escreve Alexandre de Moraes que:

> Ocorrendo uma das hipóteses previstas, o fato deverá ser comunicado ao Juiz Eleitoral competente, que determinará sua inclusão no sistema de dados, para que aquele que estiver privado de seus direitos políticos, seja definitivamente (perda), seja temporariamente (suspensão), não figure na folha de votação. (2006, p. 236).

A obrigatoriedade da comunicação à Justiça Eleitoral está prevista no art. 71, §2º, Código Eleitoral, que tem a seguinte redação:

> "No caso de ser algum cidadão maior de 18 (dezoito) anos privado temporária ou definitivamente dos direitos políticos, a autoridade que impuser essa pena providenciará para que o fato seja comunicado ao juiz eleitoral ou ao Tribunal Regional da circunscrição em que residir o réu."

Percebe-se, com isso, que transitada em julgado a decisão condenatória e comunicado o Juiz Eleitoral, automaticamente o condenado tem seu nome retirado da lista de votação.

Muitas vezes o eleitor, não tendo ciência de que está com os direitos políticos suspensos vez que a suspensão é automática, comparece à seção eleitoral e se vê impedido de votar. A situação, muitas vezes, é constrangedora para o eleitor, que precisa procurar o Cartório eleitoral para regularizar a situação.

Nesse sentido:

> Aquele que estiver com sua inscrição cancelada, por ter perdido seus direitos políticos, ou suspensa, por estar com seus direitos políticos suspensos, cessado o motivo ensejador da privação, poderá regularizar sua situação junto à Justiça Eleitoral. (MORAES, 2006, 237).

Note-se que embora o restabelecimento também seja automático e dependa simplesmente do cumprimento da pena, muitas vezes a demora na comunicação do

ISBN 978-85-62288-05-0

cumprimento da pena, faz com que o eleitor não possa votar, já que a regularização não é feita no dia da votação.

Mas mesmo tendo conhecimento de que nossos tribunais superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal, são extremamente implicáveis na interpretação do art. 15, III, da Constituição, o que se pretende discutir é se a suspensão dos direitos políticos de uma pessoa condenada criminalmente, não se constituiria uma segunda punição, ao invés de ser apenas o efeito da condenação.

Como já foi dito, hoje todos os que sofreram condenação criminal transitada em julgado estarão com seus direitos políticos suspensos até que ocorra a extinção da punibilidade, como conseqüência automática e inafastável da sentença condenatória.

Ao cidadão há uma dupla punição, porque além de sofrer perder a liberdade ou sofrer restrições de seus direitos por condenação criminal, perde parcela de sua cidadania, o seu direito de emitir opinião.

Ressalta-se que os condenados não deixam de ter direitos e suas reivindicações muitas vezes são discutidas dentro de um plano de governo. Ocorre que isso é esquecido pelas pessoas livres que, na maioria das vezes, quer apenas "retirar de circulação" os criminosos. Se assim é, por qual razão os eleitos irão se interessar em melhorar as condições dos presídios? Se a sociedade, segrega, classifica os presos como seres inferiores, como estes irão se manifestar se não possuem o direito de votar?

Assim explica Rodrigo Tonniges Puggina:

> [...] Para se ter uma ideia da quantidade de pessoas que deixam de votar por causa da suspensão de direitos políticos, basta pegarmos o exemplo do maior presídio de Porto Alegre, atualmente com quase 4.000 pessoas presas. Este contingente enorme elegeria um vereador. E juntando-se todos os presos do estado, quase 25.000 pessoas, eleger-se-ia até mesmo um deputado estadual. Com mais alguns familiares, isto certamente iria se multiplicando. Aí está a importância: nossos políticos ficam inertes à questão penitenciária, complacentes com a degradante situação das pessoas que se encontram presas, pois os condenados não 'rendem' politicamente, não são lembrados sequer em época de eleição, perpetuando este caos do sistema penitenciário.(online, 2010).

Os maiores interessados em melhorar os presídios são os próprios presos, proibindo-os de votar, exclui-se a sua voz. Estes já se encontram em desigualdade perante as pessoas livres, como elas poderão interferir nas políticas públicas do

ISBN 978-85-62288-05-0

governo ou exigir deste as melhorias no sistema prisional e das políticas para o cumprimento adequado das penas?

Importante destacar aqui que não estamos discutindo os direitos políticos como capacidade de ser votado. Obviamente que para exercer cargos públicos as pessoas não podem ostentar condenações, afinal há um fundamento ético a impedir sua participação política. O mesmo não ocorre em relação à capacidade de votar.

5 Voto do preso provisório.

Feita essa discussão a respeito da suspensão dos direitos políticos das pessoas condenadas criminalmente, outro ponto importante dentro do tema, é o cerceamento do direito de voto dos presos provisórios.

A primeira questão é: quem são os presos provisórios? São aqueles que estão recolhidos em cadeias públicas e presídios no Brasil, por força de flagrante delito, por prisão preventiva ou temporária, em razão de decretação de sentença condenatória recorrível. Além desses, podemos incluir, embora não sejam presos, os jovens infratores entre 16 a 21 anos que se encontram em internatos juvenis.

O art. 15, III, da CF, não abrange os presos provisórios, portanto, deve ser garantido, obrigatoriamente, o direito de votar dessas pessoas.

O art. 38 do Código Penal, diz que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Em relação aos adolescentes em conflito com a lei, também está assegurado o direito de votar garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) nos artigos 15 e 16, VI, dizendo que os menores devem ter seu direito assegurado pela Constituição.

Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.
>
> Art.16: VI - participar da vida política, na forma da lei;

A Justiça Eleitoral, portanto, deve proporcionar condições para que o preso provisório vote. Muito embora a Resolução nº 23.219 estabeleça as normas para possibilitar o voto dos presos provisórios, percebe-se que não há muito empenho dos diretores dos estabelecimentos carcerários e órgão responsáveis pela administração penitenciária para implantar o voto dos presos provisórios. Criam-se

ISBN 978-85-62288-05-0

inúmeros empecilhos tais como falta de recursos, problemas de informática, de segurança, entre outros.

A falta recursos para permitir o voto dos presos provisórios decorreria do fato de haver a necessidade de deslocamento ou de criar uma seção especial. Ocorre que o art. 12 da resolução estabelece que as "seções eleitorais serão instaladas nos estabelecimentos penais e nas unidades de internação com, no mínimo, 20 eleitores aptos a votar".

Os estabelecimentos carcerários, normalmente, são construídos perto de grandes centros e a locomoção aos mesmos não representa qualquer dificuldade.

Muitas vezes, seções eleitorais em lugares afastados da região Norte demandam o emprego de muito mais recursos. O deslocamento é feito de barco e poucos são os eleitores cadastrados na seção. O empenho da Justiça Eleitoral e da administração deve ser o mesmo para com os presos provisórios.

Outra questão também indicada como um empecilho do voto do preso provisório é o domicílio eleitoral, pois caso haja a transferência para a seção especial na prisão, muitos não o fariam pelo simples fato de não querer se lembrar do período de cárcere quando libertos, além do constrangimento de estar vinculado ao endereço da seção especial. O ideal seria que a seção não tivesse como referência os dados do presídio nem da cadeia pública.

Além disso, caso houvesse essa seção especial, como ficaria o vínculo com a comunidade? Como se sabe há muitos presos provisórios que estão em presídios nas capitais, mas são oriundos do interior, ou até de outros Estados. No Estado de São Paulo, muitos presos da capital cumpre pena no interior. O preso não teria vínculo com a comunidade onde está localizado o estabelecimento penitenciário. Como votaria para vereador, prefeito e até para governador? Não basta apenas votar no Presidente da República para que se tenha cidadania.

A solução parece ser o aprimoramento do voto em trânsito, permitindo que o preso provisório vote em candidatos de seu município ou Estado de origem.

Reforçando esse pensamento João Batista Moraes Vieira diz:

> Se quer respeitar os direitos dos presos provisórios, então que se respeite na sua plenitude: o Poder Judiciário tem que criar condições para aqueles que efetivamente querem participar do processo eleitoral da sua cidade e do seu estado, não do local onde estão presos. Daí a importância do aperfeiçoamento do voto em trânsito. Votar apenas em Presidente não é exercer o voto em sua totalidade. E havendo conflito entre a celeridade na divulgação de resultados proporcionada pelas urnas eletrônicas e o direito do preso provisório de votar nos representantes da sua verdadeira comunidade, mesmo que seja por meio de cédula de papel, deve prevalecer

ISBN 978-85-62288-05-0

> este último. O voto é direito inalienável, não o é a forma do exercício desse mesmo direito.(online, 2010).

Os problemas de informática seriam com relação às urnas eletrônicas, mas esses problemas técnicos podem ocorrer em qualquer seção eleitoral, assim como ocorre em seções comuns nos dias de pleito. Bastaria trocar a urna eletrônica defeituosa ou realizar o pleito com votos em papel.

Alega-se, ainda, questões de segurança, especialmente o temor dos mesários de serem rendidos no momento da eleição, pois entre os presos provisórios existem aqueles de alta periculosidade que aproveitariam essa chance para fugir, não fazendo distinção entre quem trabalha na eleição e quem trabalha rotineiramente no presídio, delegacia ou internato juvenil. Tal argumento é reforçado devido o art. 141 do Código Eleitoral que diz que a força armada deverá conservar-se a cem metros da seção eleitoral e não poderá aproximar-se do lugar da votação, ou nele penetrar, sem ordem do Presidente da Mesa.

Ainda nesse sentido João Batista Moraes Vieira nos ensina que:

> [...] sabemos que há muitos presos provisórios de alta periculosidade, tecnicamente ainda não condenados, que, já cientes da certeza da condenação futura, poderão aproveitar do momento e da chance única para empreender fuga fazendo dos servidores moeda de negociação. É um risco muito possível de ocorrer e que poderá desestimular a atuação dos mesários. Sem dizer que terá grande repercussão na mídia. Cogita-se ainda que o funcionário do presídio poderá atuar como mesário. Maior risco existe aqui: o preso não separa a figura do agente prisional da figura do mesário que é, no dia da votação, servidor da Justiça Eleitoral. Sem contar que juízes e promotores terão que ter segurança reforçada. O item segurança merece atenção especial, não se pode descuidar da proteção à integridade física dos servidores e das autoridades da Justiça Eleitoral. (online, 20120).

Na análise do voto dos presos provisórios, não se pode esquecer que no Brasil é obrigatório, e, portanto, o Estado deve garantir que isso aconteça, como ocorre em alguns Estados, como no Rio Grande do Sul.

Nos Estados em que há o descaso com o voto dos presos provisórios, soma-se, ainda, que nem mesmo justificar as faltas eles podem. Assim quando saem da prisão passam pelo constrangimento de ter que ir ao cartório eleitoral pagar uma multa (por estar preso!) ou demonstrar que estavam presos provisoriamente durante a eleição, isso tudo para ficar quite com a Justiça Eleitoral. Todo esse processo poderia ser evitado se o diretor do estabelecimento prisional informasse

ISBN 978-85-62288-05-0

por ofício à zona eleitoral respectiva, que os mesmos estavam sob sua custódia no dia da votação. O descaso do Estado acaba por discriminar ainda mais essa parcela da população (de presos provisórios) que vive em instituições prisionais superlotadas e em péssimas condições higiênicas e sanitárias.

Conclusão.

A Constituição Federal de 1988, mesmo tendo entre seus princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, entendeu por bem suspender os direitos políticos das pessoas condenadas definitivamente pela justiça criminal. A opção, claramente, acaba segregando ainda mais essas pessoas, que, também por isso, não tem voz para buscar melhoras no sistema penitenciário brasileiro e na forma como as penas são cumpridas no Brasil.

Os criminosos são considerados por muitos como não cidadãos e a opção constitucional confirma a afirmação.

É preciso mudar essa situação e o primeiro passo é garantir aos presos provisórios, que não estão com seus direitos políticos suspensos, o direito à participação política através do voto. Todos os empecilhos apontados para a não concretização do voto do preso provisório são vencíveis.

A participação dos presos nas eleições é um passo para a sua reintegração social, pois dará ao preso a sensação de pertencimento àquela comunidade, dando-lhes responsabilidade social e aproximando-os da sociedade livre. Mais que isso está sendo respeitada a sua dignidade.

Não será com a violação do direito à participação política que o estado incentivará o preso a respeitar o direito das pessoas. A participação dos presos nas discussões políticas, dar-lhes-á o direito de exigir melhorias no sistema prisional e políticas públicas para a reinserção social dos presos, sendo difícil imaginar esta construção sem a sua participação.

Ainda a título de conclusão, é de se destacar a grave contradição entre o voto obrigatório previsto na Constituição e a falta de empenho para que os presos provisórios efetivamente votem.

De nada ainda o país se intitular referência mundial no que se refere a eleições democráticas, se não avança na concretização da cidadania (em especial dos presos). De nada vale avançar em tecnologia (urnas eletrônicas), se regredimos em cidadania, pois excluindo uma parcela da população, atenta-se contra o Estado Democrático de Direito, contra a cidadania e a dignidade da pessoa humana, pilares dos direitos humanos e consagrados em nossa Constituição.

ISBN 978-85-62288-05-0

REFERÊNCIAS:

AFONSO, José da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 25ª Ed. São Paulo. Malheiros editores. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.* 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto n. 592/92 – *Promulga o pacto internacional sobre direitos civis e políticos***.** *Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm.*

_____*.* Decreto n.° 40/91 **-** *Promulga a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_40_1991.htm.*

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Pacto de San Jose da Costa). Visível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm . Acessado em 23/07/2012.

FACHIN, Zulmar**.** *Curso de Direito Constitucional.* 5ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense.2012.

FOUCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes. 1999.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*- Parte Geral. São Paulo: Editora Método. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2006.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal.* 1ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PUGGINA, Rodrigo Tonniges. *O Direito de Voto dos Presos.* Visível em: http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-3/174-o-direito-de-voto-dos-presos. Acessado em 01/06/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e os supremo*. 4ªed. Brasília:Editora do STF, 2011.

VADE MECUM. 4ªed.São Paulo: Editora Rideel. 2007.

VIERA, João Batista de Moraes. Artigo: *Está se colocando o carro na frente dos bois.* Visível em: http://www.conjur.com.br/2010-mai-16/voto-preso-provisorio-colocando-carro-frente-bois. Acessado em: 12/07/2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal Brasileiro*. V.1. 8ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ISBN 978-85-62288-05-0

A INTERPRETAÇÃO CONFORME E A UNIÃO HOMOAFETIVA: INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Claudia Telles De PAULA[212]

RESUMO

O presente artigo pretende abordar um breve estudo sobre mutação constitucional e interpretação conforme, trazendo como base a decisão do Supremo Tribunal Federal que conferiu uma interpretação conforme a constituição ao artigo 226, parágrafo 3º, da CF/88.

O notório fenômeno da mutação constitucional permitiu que a norma oriunda da interpretação do enunciado normativo fosse modificada ao longo dos tempos sem que houvesse alteração do texto.

Muito embora, no julgamento da ADPF nº 132 e da ADIN nº 4277 não tenham os ministros mencionado o fenômeno da mutação constitucional, fundamentando seus votos apenas na interpretação conforme a Constituição; não podemos deixar de mencionar o fenômeno da mutação, que veio como consequência de um comportamento social antes alvo de discriminação agora fazendo valer os direitos fundamentais.

SUMMARY

This article seeks to address a brief study on mutation and constitutional interpretation as bringing based on the decision of the Supreme Court which gave an interpretation to the constitution as Article 226, paragraph 3, of CF/88.

The notorious phenomenon of constitutional mutation allowed the standard interpretation derived from the normative statement was modified over time without any modification.

Although, in the judgment of ADPF No. 132 and ADIN No. 4277 does not have the ministers mentioned the phenomenon of constitutional mutation, basing their votes only in the interpretation according to the Constitution, we can not fail to mention the phenomenon of mutation, which came as a result of social behavior before now discriminated against enforcing the fundamental rights

[212] Mestranda em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de BAURU- Sistema Constitucional de Garantias de Direitos,, Advogada.

ISBN 978-85-62288-05-0

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação Constitucional – Mutação Constitucional – União Estável Homoafetiva

KEYWORDS:. Keywords: Constitutional Interpretation - Constitutional Changes - Stable Union Homoafetiva

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer uma breve discussão sobre a mutação constitucional e a interpretação conforme.

Inicialmente traz o conceito de mutação constitucional, explanando o ponto de vista de renomados juristas, e a necessidade de aplicação deste fenômeno diante da realidade social que o país vem experimentando. As mudanças de comportamento, e uma visão desprovida de preconceitos, trazendo como consequência a mutação através do processo de interpretação conforme a Constituição.

Depois de esclarecido o conceito e a finalidade da mutação constitucional, passamos a expor os riscos deste fenômeno, ressaltando a importância do não afastamento do controle de constitucionalidade, para que ocorra a adequação da Lei Fundamental a realidade social sem que haja banalização e desvirtuamento do texto Constitucional.

Enfatizamos que muito embora no julgamento da ADPF nº 132 e da ADIN nº 4277 em nenhum momento tenha se justificado ou sequer argumentado a mutação constitucional, ela está implícita, uma vez que o reconhecimento da união estável homoafetiva trouxe não apenas um impacto no novo Código Civil de 2002, mas também a mutação, pois quando da elaboração da Carta Magna não se vislumbrou a possibilidade das uniões homoafetivas serem reconhecidas como entidade familiar.

2. MUTAÇAO CONSTITUCIONAL- MUDANÇA INFORMAL DA CONSTITUIÇAO

A necessidade de uma Constituição tentar adaptar-se à realidade social do momento, uma vez que a sociedade esta em processo de transformação constante e automodificação nos revela a importância do fenômeno denominado MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Mas tal fenômeno não significa dizer que o texto constitucional seja modificado, mas sim ocorra uma modificação quanto à forma de interpretação do dispositivo constitucional.

ISBN 978-85-62288-05-0

Não se limita a interpretação do texto, mas a partir dele produzir uma norma que lhe corresponda, avançando ate o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Temos então mudança de sentido, sem modificação do texto; não significando que a Corte venha a corrigir a Constituição via aplicação do conceito de mutação constitucional.

Mas até que ponto o intérprete pode caminhar para alem do texto que vincula?

Onde termina o legitimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?

O Professor GILMAR FERREIRA MENDES[213] leciona que:

> "Vistas a essa luz, portanto, as mutações constitucionais são decorrentes – nisto residiria a sua especificidade – da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia – intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo Constituinte."

A mutação constitucional promove, portanto, a alteração do conteúdo do texto constitucional de maneira informal, com a modificação não da letra da lei, mas tão somente de seu entendimento.

Extraímos então que o fenômeno da mutação constitucional é responsável pela interação das normas com os costumes, uma maneira verdadeira sintonia entre lei e comportamento social.

Dirley da Cunha Junior [214] , define mutação constitucional vejamos:

> "[...] a mutação constitucional é um processo informal de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com sua realidade social. Com a mutação constitucional não se muda o texto, mas lhe altera o sentido à luz e por necessidade do contexto. É um fenômeno que vem se revelando necessário para a respiração das Constituições, cujos enunciados muitas vezes ficam asfixiados à espera de

[213] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

[214] JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 257

ISBN 978-85-62288-05-0

revisões formais que nunca vêm ou que, vindo, não atendem as demandas do texto e dos fatos."

Mas essa renovação a que se propõe este fenômeno em síntese altera o sentido, o significado e o alcance do texto sem violar sua essência. Esta é sem dúvida a característica mais marcante, pois trata-se de uma mudança sem que se contrarie a Constituição.

Mas até que ponto o intérprete pode caminhar para alem do texto que vincula?

Onde termina o legitimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?

Para responder o questionamento acima devemos nos remeter ao fato gerador da mutação constitucional, mas não nos referindo aos costumes e evolução da sociedade e costumes; mas sim a forma como esse fenômeno resulta.

3. INTERPRETAÇAO CONSTITUCIONAL E A MUTAÇAO CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional pressupõe duas noções : a de 'interpretação' e a de 'Constituição'.

Anna Cândida da Cunha Ferraz[215] , leciona:

" O objeto da interpretação constitucional será, pois, uma Constituição posta, que há de ser vista como um 'conjunto de normas jurídicas concernentes a forma de Estado, à forma de governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação."

Carlos Maximiliano preleciona:

" Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a época e circunstancias diversas, destinado como é, á longevidade excepcional."

[215] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. 1 ed.Max Limonad, 1986

ISBN 978-85-62288-05-0

Sempre que se atribuir à Constituição um novo sentido, alcançando situações não vislumbradas quando da confecção do texto, fatos não contemplados, trazendo um novo conteúdo, estamos nos deparando com a mutação constitucional.

O que significa dizer que a interpretação constitucional assume o papel de processo de mutação constitucional, em outras palavras, a interpretação constitucional nos traz como consequência, como resultado final a mutação.

4. OS RISCOS DA INTERPRETAÇAO CONSTITUCIONAL COMO PROCESSO DE MUTAÇAO CONSTITUCIONAL

São inegáveis os riscos da atividade de interpretar a Constituição, enquanto processo informal de modificação constitucional. A mutação constitucional pode comprometer o equilíbrio e a estabilidade das instituições e da própria sociedade.

Entretanto, isto não pode impedir a interpretação da norma constitucional de forma ampla quanto ao seu sentido e alcance.

Paulo Bonavides [216] diz:

> " interpretar a Constituição é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualiza-la"

Vale dizer que quanto mais extenso for o processo de interpretação, maiores serão os riscos de desvirtuamento do texto constitucional e de distorções.

Não se pode permitir que com a interpretação ocorra a perda da função estabilizadora da Constituição, o que almeja é tão somente adequação e não banalização do texto, daí a necessidade de ponderação e atuação do controle de constitucionalidade.

A mudança de significado de um preceito só pode ocorrer no marco do sentido e da finalidade da norma. Não há possibilidade de se interpretar arbitrariamente. O desrespeito aos limites que se impõem às mutações constitucionais pode significar o abandono de uma interpretação segura.

5. TEORIA DO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO

Como se sabe, ao Supremo Tribunal Federal compete, a guarda da Constituição (art. 102 CF/88. Assim sendo, razão não há para que suas decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade não sejam dotadas do efeito vinculatório de que gozam as decisões proferidas em controle concentrado. [217]

---

[216] BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

[217] O termo Constituição comporta variedade de sentidos. Paulo Sarasate, a titulo exemplificativo, relaciona vinte e cinco definições de Constituição, dentre as quais inclui as de Sieyés, Cooley, Pinto

ISBN 978-85-62288-05-0

A não atribuição desse efeito às decisões da Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade outorga aos juízes e tribunais autorização para decidirem em desconformidade com a própria Constituição, na medida em que podem eles decidir de maneira contrária do que decidiu o seu maior guarda.

Jorge Miranda[218] esclarece que o próprio Estado não se cristaliza numa fórmula acabada, estando em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo) e conclui afirmando que:

> "Uma Constituição nascida na base de determinado princípio de legitimidade pode sofrer, no decurso da sua vigência uma transmutação, ... o que significará, uma alteração da Constituição material, embora permanecendo intocada a Constituição formal ou a instrumental".

6. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O RECONHECIMENTO DA UNIAO HOMOAFETIVA.

Ninguém opta pelo homossexualismo, ninguém escolheria ser exposto e ridicularizado perante a sociedade, submetido a todos os tipos de preconceito, violência física e moral. A pessoa nasce homossexual e, por isso, o estado tem que analisar a situação jurídica dessas pessoas, de modo a assegurar-lhes seus direitos fundamentais que diariamente são desrespeitados, e quando falamos em direitos fundamentais estamos nos referindo ao primordial de todos eles: o direito a vida.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 [219] , nos presenteou com o fenômeno da mutação constitucional, pois seu texto, diante da realidade atual, acabou por sofrer a mutação vejamos:

> **Art. 226** - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Ferreira e Kelsen ("A Constituição do Brasil ao alcance de todos", Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967, pags 5-7); Jose Afonso da Silva também ensina que a palavra Constituição é empregada em vários significados e que varias são as concepções acerca do termo, dentre as quais indica as de Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt, Kelsen e enuncia uma própria (Cf."Curso de Direito Constitucional positivo", São Paulo. Revista dos Tribunais 1985, pags. 7 e segs.)

[218] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra Editora, 2001. Jorge Miranda *in* Manual de Direito Constitucional.

[219] ."*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*
1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes [...]"

ISBN 978-85-62288-05-0

....

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Quando da elaboração deste artigo em nossa Carta Magna, talvez não tivesse o legislador vislumbrado uma união homoafetiva, passível de direitos e obrigações como qualquer outro tipo de entidade familiar.

Devemos aqui abrir um parênteses e discorrer um pouco acerca das nomenclaturas entidade familiar e família como o faremos a seguir.

Pode-se enquadrar na significação de família, não somente as estabelecidas através de casamento, mas todos aqueles núcleos que apresentam em sua formação as características de afetividade e estabilidade .

Em face da doutrina constitucional dos direitos fundamentais que valoriza dignidade da pessoa humana, o Estado não pode admitir apenas um modelo de organização familiar e o direito há que regular os fatos sociais para legitimar a igualdade e a liberdade que têm os sujeitos de organizarem sua vida.

A família assume uma dimensão renovada, firmada na igualdade e na não discriminação.

A família migra de uma estrutura fechada para delinear-se como comunidade de afeto, evitando adjetivações e exclusões, de modo a comportar-se numa dimensão plural. O texto constitucional, sem adjetivar a família, apenas garante-lhe proteção do Estado, por reconhecer a sua natureza cultural e a sua importância no desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Anteriormente apenas o casamento estava inserido no conceito de família, atualmente a sociedade conjugal legalmente formada pelo homem e pela mulher, como também a união estável e a chamada família monoparental, são formas de entidade familiar.

O conceito de família tradicional foi ampliado, fazendo valer um dos princípios norteadores da Constituição que é a dignidade da pessoa humana, reconhecendo o vinculo sócio afetivo como fator de formação de uma entidade familiar, deixando em segundo plano o caráter tradicional que se revestia o conceito de família.

Feitas essas breves considerações sobre família e entidade familiar, retomaremos então do ponto de partida deste tópico: a mutação constitucional e seus efeitos no reconhecimento da união homoafetiva.

O que buscou foi tão somente uma interpretação adequada de direitos já existentes em nossa Carta Magna e daí devemos extrair duas modalidade de interpretação do art. 226, § 3º, vejamos:

ISBN 978-85-62288-05-0

A Interpretação teleológica - onde se busca a finalidade da norma – que foi utilizada para analisar o motivo da criação do art. 226, § 3º.

Este artigo representou a emancipação das mulheres, que antes eram discriminadas, sendo alvo de ofensas, e ate mesmo marginalizadas. Pois quando o artigo que afirma ser união estável a união "entre homem e mulher" foi criado para incluir as mulheres não casadas no âmbito social. Desta feita concluímos que um artigo de inclusão não pode ser utilizado para excluir, isso ofenderia a finalidade da norma.

A segunda técnica interpretativa foi a da interpretação sistemática, onde se busca interpretar a Constituição como um todo. Desta forma, o artigo 226, § 3º tem que ser interpretado juntamente com outras regras e princípios, vejamos:

1 – Dignidade da pessoa humana

2 – Liberdade

3 – Legalidade

4 – Igualdade

Ademais, não podemos deixar de ressaltar o art. 5º, caput, da CF: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..."

Com base nesses fundamentos o STF julgou procedente as demandas aplicando, com efeito, *erga omnes* vinculante e *ex tunc*, a mutação constitucional ao art. 226, §3º da CF para reconhecer uniões homossexuais como entidade familiar. Desta forma, onde o artigo citado expõe o termo "homem e mulher" leia-se: seres humanos. Por consequência, essa mutação gerou ao art. 1723 do CC/2002 a técnica da interpretação conforme a Constituição.

O julgamento em pauta tratou da apreciação conjunta da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ. A primeira, proposta pela Procuradoria-Geral da República, pedia o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, com a ampliação dos direitos conferidos aos companheiros heterossexuais nas uniões estáveis aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. A segunda, proposta pelo governador do estado do Rio de Janeiro, pedia, sob os argumentos da isonomia, liberdade e dignidade da pessoa humana, que o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, fosse estendido às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis daquele estado.

Acompanhando o voto do Relator, Ministro Ayres Britto, por unanimidade, o Plenário do STF decidiu pela procedência das ações propostas e com efeito vinculante, dando interpretação conforme a Constituição no sentido de excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que pudesse vir a impedir o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

ISBN 978-85-62288-05-0

E muito embora o STF não tenha mencionado o fenômeno da mutação constitucional, ele esta implícito, pois o impacto trazido ao Novo Código Civil de 2002 foi nada mais do que uma adequação a realidade.

Por meio da interpretação conforme, o STF modifica a interpretação de determinada norma jurídica, adaptando-a aos novos tempos. Em outras palavras, a mutação constitucional elimina o caráter estático da norma primária.

7. CONCLUSÃO

Após termos chegado ao fim das breves reflexões propostas no início deste trabalho, podemos tecer, em forma de síntese, as seguintes considerações finais:

1. A mutação constitucional é um processo de mudança informal da Lei Fundamental sem alteração de seu texto, e consequência da interpretação conforme a Constituição.

Importou-nos, neste estudo, destacar a questão da união homoafetiva, a mutação constitucional representada por recente decisão do Supremo Tribunal Federal

8. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra Editora, 2001. Jorge Miranda *in* Manual de Direito Constitucional.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. Processos Informais de Mudança da Constituição. Ed. Max Limonad, 1986

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva: HTTP://jus.com.br/revista/texto/19086

ISBN 978-85-62288-05-0

O OMBUDSMAN E O OUVIDOR: PELA EFETIVA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTROLE (SOCIAL) DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Américo Ribeiro MAGRO [220]
Rodrigo Lemos ARTEIRO [221]

RESUMO:

Pretende o presente artigo tecer sucinta análise acerca da figura do *Ombudsman*, órgão de origem nórdica, que atua como instrumento de controle político da Administração Pública através da atuação popular, sua evolução no direito comparado e a possibilidade de adoção deste modelo como forma de fiscalização das agências reguladoras nacionais por meio da legítima participação do administrado, especialmente através das ouvidorias permanentes destas entidades. Para tanto, traçou-se breve análise histórica sobre a evolução política do Estado, da neutralidade do modelo liberal, passando pelo inchamento do *Welfare State* para, então, desaguar no estágio regulatório da economia. Após, deu-se simples análise das agências reguladoras (independentes) brasileiras, a nível federal, e suas origens na administração norte-americana. Ao final, analisou-se a possibilidade de controle social da administração pública e, especificamente, das agências reguladoras, que, ao oportunizar a participação do cidadão-administrado na condução das políticas nacionais, legitima o processo regulatório e incentiva a fiscalização do dever *accountability* da burocracia estatal.

ABSTRACT:

This article intends to briefly analyze the so called Ombudsman, an agency of Nordic roots, which acts as an instrument of political control of the public administration through popular action, its evolution in alien law and the possibility to adopt this model as a means of enforcing the national regulation agencies through legitimate citizen participation. In order to so, we performed short analysis on the State political evolution, from the neutrality of the liberal model, through the swelling of the welfare state, to end in the regulatory stage of the economy. Afterwards, there was simple

[220] Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente/SP. Integrante voluntário do Grupo de Estudos para Iniciação Científica "Estado, Sociedade e Desenvolvimento", sob a orientação do professor-doutor Sérgio Tibiriçá Amaral. E-mail: americomagro@hotmail.com.

[221] Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente/SP. Especialista em Direito pela mesma instituição. Mestrando em Ciências Jurídicas pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: rodrigoarteiro@unitoledo.br.

ISBN 978-85-62288-05-0

analysis surrounding the national regulation agencies, in a federal level, and its origins in the north-american administration. Finally, we questioned the possibility to adopt the social control of the public administration and, specifically, of the regulatory agencies, which, allowing citizen participation on national policies, legitimizes the regulatory process and encourages the enforcement of the duty to accountability by the State bureaucracy.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Providência. Estado Regulador. Agências Reguladoras. Administração Pública indireta. Controle político. Controle hierárquico. Controle Social. Accountability. Ombudsman. Ouvidoria.

KEY WORDS: Welfare State. Regulation State. Regulation Agencies. Indirect Public Administration. Political control. Hierarchical control. Social control. Accountability. Ombudsman.

1 INTRODUÇÃO

Intenta este breve estudo discorrer acerca da instituição do *Ombudsman* (também chamado, dentre tantas rubricas, de “Defensor do Povo” ou “Ouvidor-geral”), de origem nórdica, relacionando-o como instrumento indispensável à efetivação do controle social da administração, isto é, a fiscalização dos entes da Administração Pública por meio da participação popular do administrado, maior interessado na realização do bem comum através da condução da *res publica*.

Optou-se por associar tal figura às ouvidorias permanentes existentes na estrutura organizacional das agências reguladoras nacionais, salientando, todavia, que o cenário nacional está longe do padrão ideal.

Num primeiro momento, analisou-se a evolução do Estado, do modelo providencialista do *Welfare State* ao modelo regulatório do Neoliberalismo, salientando as circunstâncias que envolveram essa transição no cenário nacional, especialmente com o Programa Nacional de Desestatização (PND). Nesse cenário, teceu-se breve análise acerca do surgimento das agências reguladoras independentes no Brasil, bem como suas características e atribuições no “novo” modelo regulatório.

Posteriormente, discorreu-se acerca do controle da Administração Pública e, especialmente, das agências reguladoras, comparando-se, nesse quesito, os benefícios de um controle político, conforme praticado no Direito norte-americano, em detrimento do narcisista controle hierárquico, dominante em terras brasileiras em virtude da exacerbação do Poder Executivo em nosso país. Após, analisou-se a possibilidade de controle social da administração (corolário ideal do controle

ISBN 978-85-62288-05-0

político), através da participação popular, no exercício do direito de petição e reclamação aos entes estatais através das ouvidorias.

Ao final, expôs-se o surgimento do *Ombudsman*, sua evolução, atribuições e a relevância na fiscalização do *accountability* da Administração, relacionando-o à figura do ouvidor das agências reguladoras nacionais.

2 AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 Do Estado Providência (ou de Bem-Estar Social) ao Estado Regulador

Partindo-se da noção de prevalência de um modelo mais eficiente em detrimento de um mais defasado, pode-se dizer que a ascensão do Estado Regulador está diretamente determinada pela queda do modelo do *Estado Providência* ou, como é usualmente conhecido, *Estado de Bem–Estar Social* (*Welfare State*).

No florescer do memorável século XX, a "era dos extremos" (emprestando-se aqui a conhecida expressão cunhada por Eric Hobsbawn), a ideologia do Estado Providência significou a "a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social", transformando-se em "prestador de serviços e empresário" (JUSTEN FILHO, 2002, p. 22). Ou seja, no ímpeto de institucionalizar a prestação particular, o Estado tomou de assalto setores que antes eram tidos como próprios da iniciativa privada, embrenhou-se por novos meios comerciais e industriais, reestruturou o mercado e liderou a renovação das estruturas sociais e econômicas; abandonando, ao fazê-lo, a postura negativa do modelo liberal do século anterior (predomínio do liberalismo *laissez faire* e a crença na "mão-invisível" de Adam Smith).

Conforme leciona Lucas de Souza Lehfeld (2008, p. 57),

> "sendo um sistema estatal intermediário entre o liberalismo e o marxismo, o *Welfare State*, ou também chamado de 'Estado de Bem-Estar Social', surgiu com o propósito de amenizar, de um lado, os problemas sociais (p. ex. miséria e desemprego) do pós-guerra e consequentemente o fracasso do Estado Liberal e, de outro, a falta de competitividade e eficiência produtiva em razão da apropriação, por parte do Estado Socialista, dos meios de produção, da propriedade privada e também de seu planejamento econômico burocratizado, que sucumbiu por completo à iniciativa privada e à livre concorrência".

Tomando-se a sistematização formulada por Eros Grau (2006, p. 122), podem-se destacar 03 modalidades de intervenção desta modalidade de Estado na economia: (I) intervenção por absorção ou participação; (II) intervenção por direção e (III) intervenção por indução – salienta-se, contudo, que não há que se falar em

ISBN 978-85-62288-05-0

intervenção quando o Estado apenas atua em área que já lhe é reservada por natureza, e.g., quando desenvolve atividades atinentes à prestação do serviço público.

Tem-se, portanto, a par de tal sistematização, que o Estado Providência assumiu amplo prisma de funções econômicas, avocando postos que antes pertenciam a iniciativa privada (a título de intervenção) e atuando, de forma direta, em setores que já lhe eram naturalmente reservados, mas, então, com alcance reduzido.

No contexto nacional, o modelo do Estado Providência atravessou o Atlântico para fincar-se em terras brasileiras com a tomada do poder por Getúlio Vargas, na intitulada "revolução de 30". Imbuído de forte ideologia populista, o Estado, então, dedicou-se ao desenvolvimento da máquina pública, tomando integralmente para si o ônus de fomentar e sustentar o desenvolvimento econômico da nação.

Embora tenha obtido resultados positivos (no contexto nacional, especial destaque às conquistas trabalhistas e previdenciárias), por evidente que o modelo providencialista brasileiro não pôde sustentar-se, em virtude de sua onerosidade.

Em mui apertada síntese, podem-se destacar, dentre outras, como causas principais que tornaram inviável a mantença do Estado de Bem-Estar no Brasil: a (I) *crise fiscal*, gerada pelo (inédito e espantoso) crescimento populacional (quanto maior o conforto experimentado, maior a expectativa de dia) e pela crescente ineficiência das funções assumidas pela administração estatal, que representou a incapacidade do Estado em cumprir as obrigações assumidas (mesmo as mais essenciais) e levar adiante o desenvolvimento dos pretendidos projetos ambiciosos; e (II) a elevação dos passivos governamentais (em âmbito interno e externo), já que os projetos assumidos ultrapassavam, de forma crescente, os recursos estatais disponíveis.

Destacam-se, ainda, como motivadores da crise estrutural do Estado Providência brasileiro, o problema previdenciário (inadequação dos cálculos previdenciários ao novo patamar de longevidade, capacidade laborativa, de participação no mercado de trabalho, dentre outros), a evolução tecnológica experimentada pelos países estrangeiros capitalistas (em contraposição à estagnação local), a crise social (motivada pelo descrédito do *establishment* estatal, demasiado burocrático e inepto), bem como a pressão política dos setores privados, interessados na abertura do mercado.

Em resumo, conforme explica Phillip Gil França (2008, p. 114),

> "[...] essa política (providencialista), ao longo do tempo, apenas gerou o crescimento desordenado e a insustentabilidade da máquina administrativa,

ISBN 978-85-62288-05-0

> pois a Administração viu-se obrigada a arcar com ônus impraticáveis e sem perspectiva de recuperação de bônus que a sustentasse [...]. Entre outros fatores que revelaram a *bancarrota estatal*, frisa-se a crise financeira, uma vez que o Estado afundou-se em suas dívidas externa e interna para – no mesmo sentido – empurrar o problema de manutenção da máquina pública para frente".

Nesse quadro de desequilíbrio entre a *pretensão* avocatória do modelo providencialista e sua incapacidade de *prestação* das obrigações assumidas no planto concreto, o Estado viu-se compelido a reduzir sua estrutura produtiva e prestacional. Na realidade nacional, tal preocupação (em reestruturar a "titânica" burocracia local), materializou-se com a implantação do *Programa Nacional de Desestatização* (PND), deflagrado com a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente substituída pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que representou a flexibilização do monopólio estatal em diversas áreas estratégicas, como energia elétrica, exploração de petróleo, telecomunicações, dentre outras.

O PND objetivou a transferência de atividades e serviços públicos do Estado aos particulares, reestruturando a Administração Pública de forma a (apenas) controlar a atuação das empresas privadas, conferindo-o o caráter de "interventor subsidiário perante a prestação do serviço público e atendimento da sociedade" (FRANÇA, 2008, p. 126).

À guisa de demonstração deste intento, o art. 1º da Lei nº 9.491/97 prevê que o Programa Nacional de Desestatização (PND) tem como objetivos fundamentais:

> I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
>
> II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;
>
> III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
>
> IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

ISBN 978-85-62288-05-0

> V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
>
> VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.

É de se notar que com a *desestatização* (fenômeno geral, que optamos por identificar a partir da expressão consagrada *intra legem* no Brasil), inaugurou-se uma nova forma de capitalismo liberal, em substituição ao Estado de Bem-Estar Social (ou Providência). Assim, o *neoliberalismo*, em oposição ao modelo anterior, "nada promete, mas parece tudo cumprir, com uma mudança do papel do Estado, fomentador da atividade econômica, que passa agora a ser **regulador**" (LEHFELD, 2008, p. 58).

Desta forma, se no Estado Providência (ou de Bem-Estar Social), o modo de promover o bem comum "reside num complexo heterogêneo de atuações estatais", o Estado Regulador "atenua a relevância das propostas de intervenção direta e material", realizando o bem comum através da atuação regulatória, com a edição de regras e outras providências destinadas a influir sobre a atuação das pessoas e instituições (FRANÇA, 2008, p. 27).

Para melhor compreensão e seguindo a sistematização proposta por Marçal Justen Filho (2002, p. 25/25), o modelo regulatório apresenta, dentre outras, as seguintes modificações fundamentais em relação padrão providencialista anterior:

a) *Âmbito de abrangência das atividades sujeitas aos regimes de Direito Público e de Direito Privado:* De um lado, cogita-se a transferência de atividades antes desenvolvidas pelo Estado em favor da iniciativa privada; por outro, propõe-se a flexibilização dos monopólios estatais sobre atividades estratégias, para oportunizar ampla disputa pelos particulares em regime de mercado;

b) *Inversão da relevância do instrumento interventivo*: O Estado permanece presente no domínio econômico, mas não como interventor direto e sim como partícipe indireto, valendo-se, nesse novo paradigma, do instrumento normativo e de suas competências política para influenciar os particulares a realizar os fins necessários ao bem comum;

c) *Ampliação das possibilidades de intervenção*: Tradicionalmente, a intervenção estadual no domínio econômico destinava-se a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios; no modelo regulatório, doutro modo, admite-se a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social;

ISBN 978-85-62288-05-0

d) *Institucionalização de mecanismos disciplina permanente da atividade econômica privada*: No modelo regulador, o Estado abandona o regramento *estático* em favor de uma concepção de regramento *dinâmico*, no sentido de que tem de dispor de mecanismos de acompanhamento e controle dos agentes privados, o que implica na necessidade de inovação *contínua*.

A reforma administrativa brasileira, com a assunção, ainda em transição, do (novo) papel regulador do Estado neoliberal, consolidou-se com a instituição das agências reguladoras federais, idealizadas como instrumentos de intervenção estatal no setor econômico, assumindo, concretamente, o papel de regulador dos mercados que originou, como se verá a seguir.

2.1 Das agências e das agências reguladoras propriamente ditas

Antes de adentrarmos análise específica acerca das agências reguladoras, instrumentos concretos de regulação do "novo" modelo de Estado neoliberal, cumpre, *a priori*, compreender que o vocábulo *agência* deriva, originalmente, do direito norte-americano (*agency*), onde tem sentido mais amplo, já que abrange "qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais", consoante disposição da § 551, 1 do *Federal Administrative Procedure Act* (APA).

Significa dizer que no sistema norte-americano, "excluídos os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências", de sorte que, nesses termos, "falar em Administração Pública significa falar nas agências (*agencies*), excluída do conceito a própria Presidência da República", ao contrário do que ocorre no Brasil, onde o Chefe do Poder Executivo a integra em seu ápice, dirigindo seu funcionamento (DI PIETRO, 2010, p. 463) [222].

Pois bem. No sistema brasileiro, as agências reguladoras são *autarquias de regime especial*, integrantes da administração indireta e ultimamente criadas (por lei) com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades (MELLO, 2010, p. 169).

Trata-se de entidade concebida para exercer a disciplina e o controle administrativo sobre os atos e contratos que dizem respeito à prestação de um serviço público específico ou a alguma atividade econômica, cumprindo-lhe regular tal prestação e atividade (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 166).

Sucintamente, socorrendo-se da ordem de Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 170/171), algumas das atividades afetas à disciplina e controle das agências reguladoras (federais) brasileiras são:

a) *Serviços públicos propriamente ditos*: É o caso da *Agência Nacional de Energia Elétrica* (ANEEL), criada pela Lei nº 9.437, de 26/12/1996; *Agência Nacional*

[222] Não por menos, o direito administrativo norte-americano é também conhecido como *direito das agências*.

ISBN 978-85-62288-05-0

de Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997; *Agência Nacional de Transportes Terrestres* (ANTT) e *Agência Nacional de Transportes Aquaviários* (ANTAQ), ambas criadas pela Lei nº 10.233, de 05/06/2001; *Agência Nacional da Aviação Civil* (ANAC), criada pela Lei nº 11.182, de 27/09/2005;

b) *Atividades de fomento e fiscalização da atividade privado*: É o caso da *Agência Nacional do Cinema* (ANCINE), criada pela Medida Provisória 2.281-1, de 06/09/2001, alterada pela Lei nº 13/05/2002;

c) *Atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo*: Competem a *Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis* (ANP), criada pela Lei nº 9.478, de 06/08/1997;

d) *Atividades que o Estado também protagoniza* (em sede de serviços públicos), *mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares*: É o que se dá nos serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício da livre iniciativa, sob disciplina e controle da *Agência Nacional de Vigilância Sanitária* (antes denominada ANVS e hoje intitulada ANVISA, por força da Medida Provisória 2.190-34, de 23/08/2001), criada pela Lei nº 9.782, de 26/01/1999 e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961, de 28/01/2000;

e) *Regulação do uso de bem público*: É o caso da *Agência Nacional de Águas* (ANA), criada pela Lei nº 9.984, de 17/07/2000.

Salienta-se, nessa toada, que a *Comissão de Valores Mobiliários* (CVM), criada pela Lei nº 6.385, de 07/12/1976, a quem compete a disciplina do funcionamento do mercado de valores mobiliários e a atuação de seus protagonistas (companhias abertas, intermediários financeiros e investidores, dentre outros), também pode ser classificada como *autarquia de regime especial*, com função regulatória; contudo, não recebeu a designação de *agência*, uma vez que optou-se por manter seu nome original *ex lege*.

Sendo *autarquia*, a agência reguladora, nos termos do art. 5º, I do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, é um "serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

É de *regime especial*, pois a lei que a institui prevê alguns privilégios no regime jurídico que lhe é aplicável, propiciando uma margem de autonomia jurídica que não se encontra na maior parte das entidades autárquicas (JUSTEN FILHO, 2005, p. 466). No esteio da lição de Hely Lopes Meirelles (2011, p. 391), tais privilégios, outorgados à entidade para consecução de seus fins, caracterizam-se, basicamente, pela: a) *autonomia administrativa*, fundamentada na estabilidade de seus dirigentes (mandato fixo); b) *autonomia financeira*, com renda própria e

ISBN 978-85-62288-05-0

liberdade para sua aplicação; c) *poder normativo*, que se traduz na regulamentação das matérias de sua competência.

Tais "poderes", concedidos *ex vi legis*, foram entendidos como indispensáveis às agências reguladoras, tendo em conta "a enorme relevância dos serviços por elas regulados e fiscalizados, como também o envolvimento de poderosos grupos econômicos (nacionais e estrangeiros) nessas atividades" (MEIRELLES, 2011, p. 391).

Entretanto, a despeito da necessidade de autonomia para que possa exercer sua função de disciplina e controle com a imparcialidade que lhe é exigida, tal prerrogativa não furta as agências reguladoras do dever de submeterem-se aos primados da lei e da Constituição Federal, o que enseja a possibilidade de controle destas entidades, na medida em que integram a administração pública indireta. De fato, o controle das agências não afasta sua autonomia (que lhe é necessária), mas apenas "assegura a sociedade que os órgãos de poder político não atuarão sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum" (JUSTEN FILHO, 2002, p. 585).

A possibilidade de participação popular no controle das agências reguladoras justifica-se justamente pelo dever de observância da lei, que, ao mesmo tempo, suplanta qualquer autonomia e garante a intervenção do administrado na condução da política nacional, especialmente regulatória. É o que se verá a seguir.

3. O CONTROLE SOCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O OMBUDSMAN

3.1 Controle das agências reguladoras: controle político x controle hierárquico

Como é sabido, a evolução política brasileira produziu um fenômeno local quase único (dos países latino-americanos): a de um executivo forte, dominante e com prerrogativas quase "imperiais". Tal quadro sustenta-se em virtude do modelo de governo chamado de "governo de coalizão", popularmente conhecido em terras brasileiras como o mecanismo da "governabilidade", que se traduz no esforço do poder executivo central em angariar o máximo apoio possível do parlamento, a fim de eliminar qualquer oposição doméstica relevante, assegurar a aprovação de decisões e o cumprimento de suas políticas [223].

Conforme analisa Regina Pacheco (2005, p. 236),

> **"**La tradición de Ejecutivos fuertes (en las esferas federal, estadual y municipal) se ha venido recientemente más compleja com el advenimiento

[223] Cumpre salientar que tal forma de "fazer política", para usar expressão corrente do meio, sempre existiu ao longo da evolução democrática, desde os idos da primordial monarquia parlamentarista britânica ou das alas do diretório revolucionário francês; no Brasil, todavia, tal prática foi prejudicial aos ares republicanos, uma vez que se desenvolveu, em crescente, na mesma proporção da alienação política dos cidadãos e no descrédito do parlamento federal local.

ISBN 978-85-62288-05-0

de los gobiernos de coalición y los procesos de formación de majorías parlamentarias, requisitos para la aprobación de las reformas de interes para el ejecutivo, sobre todo em La esfera federal. A pesar de ello, La frágil tradición del Legislativo como ente fiscalizador del Ejecutivo, o La escazes de iniciativas de propuestas de leyes, hacen suponer que habrá dificuldades en alcanzar el papel agresivo y simultáneo de estos dos poderes em La supervisión de las agenciais".

A imagem de um Executivo forte (*supremus* e *potens*) fez predominar no Estado brasileiro (especialmente no atual governo, inconformado com a autonomia das agências reguladoras), a noção de *controle hierárquico* das agências reguladoras, em detrimento do (ideal) *controle político* destas entidades.

Para compreendermos tal orientação, deve-se ter em mente que o problema do controle das agências reguladoras no Brasil decorre da oposição entre dois sistemas juspolíticos, que, embora se firmem no mesmo ânimo regular, divergem quanto à forma de fiscalização destas entidades: trata-se dos sistemas norte-americano e o seu equivalente (e dele derivado) brasileiro.

A oposição de valores entre estes dois sistemas pode ser ilustrado por meio da analogia, no caso norte-americano, do dilema do herói mítico *Ulisses* e as sereias encantadoras em seu caminho para Ítaca (comparação idealizada por John Elster) e o mito de *Narciso e Eco*, no caso brasileiro (idealizada por Regina Pacheco).

No caso norte-americano, as *independent regulatory agencies* (fonte das entidades pátrias) foram criadas com base na delegação de competências do Poder Legislativo, para consecução de sua função reguladora (tendo em consideração que a noção de *agency* é mais ampla que nossas agências reguladoras, conforme já acentuado).

Pois bem. A analogia de Ulisses decorre do fortalecimento do controle juspolítico norte-americano das agências, uma vez que a delegação de poderes às *agencies* é acompanhada de um senso de responsabilidade pelos seus atos perante a sociedade. Tem-se, portanto, em relação às *agencies*, a aplicação do chamado princípio do *accountability*, de origem anglo-saxã, uma vez que há preocupação com a responsabilidade da instituição perante o público, seja através do Parlamento, seja por outras vias diretas de participação popular, considerando, nesse cenário, que todo aquele que exerce competências estatais tem de responder perante outrem pelos próprios atos e por seu desempenho (JUSTEN FILHO, 2002, p. 139) [224].

[224] Conforme aponta Marçal Justen Filho (2002, p. 137/139), na língua portuguesa, *accountability* é ainda um termo de difícil tradução e mesmo na língua inglesa, que a consagrou, o termo é ambíguo. No presente tema, opta-se pelo sentido de fiscalização sobre certa entidade ou autoridade pública, abrangendo as noções de *responsabilidade, dependência e confiabilidade*.

ISBN 978-85-62288-05-0

Destarte, em virtude desse princípio da responsabilidade (*accountability)*, a delegação, em favor das agências norte-americanas, é acompanhada da preocupação de se construir um ambiente de credibilidade e confiança por meio da obediência às regras previamente estabelecidas atinentes à atuação desses órgãos (LEHFELD, 2008, p. 276).

Assim, conforme leciona Marcos André Melo (2001, p. 63),

> "da mesma forma que Ulisses amarrou-se ao mastro do navio para não ser seduzido pelo canto das sereias, legisladores racionais podem escolher limitações ao exercício de sua vontade soberana [...]. Ou seja, podem recorrer a delegação através de legislação que exige supermaiorias para ser alterada como um mecanismo de autodefesa, um pré-compromisso que assumem em relação ao futuro. A 'hora da razão' pode estar associada a argumentos quanto às conseqüências da adoção de determinadas instituições ou políticas".

A sistemática *ulissiana*, portanto, retrata uma forma de *controle político* da delegação às agências reguladoras, uma vez que oportuniza a ação de outros órgãos, além do Legislativo, para verificação do *accountability*, a exemplo do Executivo, do Judiciário e, inclusive, dos integrantes da sociedade civil, interessados no cumprimento dos motivos da delegação.

Nesse modelo, portanto, há uma forma de "controle sem controladores diretos", substituindo-se (conforme a memorável proposição de McCubbins e Schwartz em seu "*Congressional oversight overlooked: police patrol versus fire alarm*") o controle tipo "patrulha de polícia" pelo "alarme de incêndio". Conforme explica Marcos André Melo (2001, p. 63),

> "o controle tipo 'patrulha de polícia' estaria associado ao escrutínio e monitoramento sistemático, de custos elevados, exercidos pelos parlamentares em relação a todo desvio potencial no funcionamento das burocracias e nos programas implementados. Em contraste, o controle 'alarme de incêndio' refere-se ao monitoramento seletivo, de custo eficiente, voltado para a identificação dos desvios ou comportamento oportunista da burocracia que são denunciados pela base parlamentar dos congressistas. O controle é exercido a partir do receio que aqueles a quem foram delegados poderes têm de escândalos ou denúncias apontadas por atores ou *constituencies* dos parlamentares, em um contexto em que os parlamentares, através dos comitês do Congresso, detêm controle sobre os orçamentos das agências".

ISBN 978-85-62288-05-0

Em suma: no controle político, predomina a exigência de *accountability* das agências (reguladoras), através da fiscalização permanente, porém não ostensiva, de diversos autores (além do Executivo), a fim de que se assegure o cumprimento da delegação legislativa.

Em contraposição ao controle político de "alarme de incêndio", tem-se o controle hierárquico, que pauta-se na relação napoleônica de autoridade entre o nomeante (*in casu,* Chefe do Executivo) e o dirigente nomeado, que segue uma lógica de mando e controle – notadamente incompatível com a autonomia das agências reguladoras e oposta à lógica de responsabilização (*accountability*) dessas entidades.

De fato, à medida que a Administração Pública direta se fortalece, em detrimento da indireta, o controle hierárquico também prevalece, o que faz por distanciar o sistema regulatório brasileiro da ideal lógica de Ulisses de fiscalização do *accountability*. Ao fazê-lo, assume o Poder Executivo um comportamento narcisista (daí a analogia), uma vez que, preferindo o sistema de mando e controle, recusa-se a ser deslocado pelas novas formas de controle propostas pela reforma gerencial.

Agindo como Narciso, o Executivo nacional parece preferir apenas contemplar suas amplas atribuições e o próprio poder de controle direto e fechado ("patrulha policial"), quando o ideal seria a fiscalização baseada em resultados e no senso de responsabilidade (*accountability*) das agências, através da institucionalização de um sistema instrumental aberto ("alarme de incêndio"), com participação de todos os setores e agentes submetidos à regulação, em busca da consecução dos fins destas entidades e a realização do bem comum.

Deveras, é o que aponta Marçal Justen Filho (2002, p. 584):

> "A concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação [...]. Nesse ponto, é necessário apontar-se uma relevante diferença cultural-institucional subjacente. <u>Não existe, no Brasil, uma sistemática extrajurídica de controle da conduta dos governantes</u> com características similares às existentes numa sociedade como a britânica. Na Grã-Bretanha, admite-se a autonomia extremamente significativa para a agência reguladora, mas isso não se traduz – de regra – em práticas abusivas, arbitrárias e prepotentes por parte da autoridade reguladora. As diversas instituições políticas e sociais desempenham função de limitação da autonomia formal reconhecida à autoridade reguladora. Daí decorre que a ausência de limites formais ao

ISBN 978-85-62288-05-0

> exercício de poderes não significa autonomia material nem equivale à consagração do arbítrio, pois existem os limites produzidos por processos sociais informais. A situação é diversa no Brasil. É evidente que a organização social brasileira ainda não produziu instrumentos informais de controle da atuação das autoridades estatais. O Direito tem de suprir essa ausência de limites materiais, produzindo institutos jurídicos equivalentes àqueles processos sociais difusos" (grifou-se).

A par da necessidade de instituição de instrumentos informais de controle das autoridades estatais, que oportunizem a ampla fiscalização por todos os setores da sociedade, em prol do interesse público, cabe tecer análise acerca da possibilidade de controle social das agências reguladoras, através da participação popular, corolário do controle político.

3.1 Controle social da Administração Pública: participação popular na promoção do bem comum

Segundo Norberto Bobbio *et al* (2000, p. 283), controle social é o conjunto dos meios de intervenção, positivos ou negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.

Considerando que o art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República consagra o princípio democrático, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce de forma direta ou por meio de representantes eleitos, o controle social da Administração desponta como atividade proativa de quem é cidadão e constitui "arma importante da luta contra o desvio do poder, da garantia do exercício do ideal de justiça no Estado onde vive e do almejado desenvolvimento socioeconômico dos participantes desse Estado" (FRANÇA, 2008, p. 98).

Com efeito, a par da lição de Adriana da Costa Ricardo Schier (2002, p. 250) é direito fundamental do cidadão (e administrado) a possibilidade de questionar os atos administrativos que entende como indevido, baseado na dimensão (I) democrática, quando concretiza o princípio democrático e (II) de controle, no qual efetiva o princípio do Estado de Direito. Desta feita, segundo a mesma autora,

> "[...] o direito de reclamação, previsto no art. 3º, § 3º, I, da Constituição brasileira de 1988, apresenta-se como uma espécie do direito de participação, especificamente referido à sua dimensão concretizadora do

ISBN 978-85-62288-05-0

Estado de Direito e, através dele, os cidadãos são legitimados para exercer o controle da atividade administrativa na prestação dos serviços públicos".

Nesse sentido, já apontava o insuperável John Rawls (2000, p. 200) que

"podemos partir da convicção de que um regime democrático pressupõe liberdade de consciência e de pensamento. Essas instituições não são apenas exigidas pelo princípio da justiça, mas [...] elas são necessárias para que os negócios políticos sejam conduzidos de maneira racional. Embora a racionalidade não seja garantida por essas ordenações, parece que em sua ausência o curso de ação mais razoável será fatalmente rejeitado, em prol de políticas sugeridas por interesses particulares. Para que o fórum público seja livre e aberto a todos, e permaneça em sessão contínua, todos devem participar dele".

E prossegue o memorável autor (RAWLS, 2000, p. 200):

"Todos os cidadãos devem ter meios de formar-se sobre questões políticas. Deveriam ter condições de avaliar como certas propostas afetam seu bem-estar e quais políticas promovem sua concepção do bem público. Além disso, deveriam ter uma oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão política. As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar o curso do debate público. Pois, no fim, essas desigualdades possibilitarão que aqueles que estão em melhores condições exerçam uma influência maior sobre a evolução da legislação".

Intimamente relacionado ao controle social, especialmente na fiscalização da moralidade, está o *princípio da publicidade dos atos da administração pública*, consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição da República, uma vez que, conforme aponta Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 178) o Estado "tem o dever de agir de modo diáfano, de se franquear ao conhecimento público, de se desnudar" e a "ampla publicidade do aparelho estatal é princípio básico e essencial ao Estado Democrático de Direito, que favorece o indispensável controle, seja em favor do direito individual, seja para a tutela impessoal dos interesses públicos".

De fato, pode-se dizer a publicidade dos atos da Administração Pública torna o administrado bem informado da condução da *res publica* e "o grau de difusão da informação – qualitativa e quantitativamente – ao cidadão é o meio para aferir a

ISBN 978-85-62288-05-0

extensão do exercício de controle democrático de determinado Estado" (FRANÇA, 2008, p. 99).

Não obstante, além da publicidade de seus atos, a Administração Pública também deve criar e manter ouvidorias ou centros de atendimento a disposição dos cidadãos, com a finalidade de receber reclamações, investigá-las e, se necessário, aplicar as sanções cabíveis aos entes infratores – ao fazê-lo, argumenta Phillip Gil França (2008, p. 99), o Estado confirma "seu caráter de servidor do povo que lhe conferiu legitimidade e prerrogativas para prestar a regulação esperada".

Assim, considerando que a publicidade dos atos administrativos e a manutenção de ouvidorias são instrumentos indispensáveis à plena efetivação do controle social da administração pública, imperioso que se deite análise acerca da instituição do *Ombudsman* (também chamado *Ouvidor-Geral* ou *Defensor da Comunidade*), que, nessa linha de argumentação, é capaz de propiciar ao cidadão a participação que lhe cabe na discussão política dos rumos da *res publica*, da realização do bem comum e da fiscalização (através do *controle político*, segundo a lógica *ulissiana*) do *accountability* das agências reguladoras. É o que se verá a seguir.

3.2 Ombudsman: ouvidor do administrado e instrumento de controle social das agências reguladoras

Seguindo a linha proposta, o *Ombudsman* (também conhecido como *Defensor do Povo, Ouvidor-Geral ou Corregedor Administrativo* – este último, criação de Caio Tácito) pode ser considerado como um dos órgãos que tem por finalidade concretizar os direitos constitucionais de participação cidadã na condução da administração do bem comum e de controle dos entes regulatórios, especialmente o direito de petição, assegurado no art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal [225], que, na lição de José Afonso da Silva (2008, p. 443), define-se como o direito do cidadão de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma dada questão ou situação, seja para denunciar uma lesão concreta e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade.

Conforme Adalberto Cassemiro Alves Braz (1992, p. 19), a tradução vernácula do termo *Ombudsman* sugere a idéia de "procurador", uma vez que a primeira parte do vocábulo – *ombud* – quer dizer "representar alguém" e o sufixo

[225] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

ISBN 978-85-62288-05-0

man, que advém do tronco das línguas anglo-saxônicas, significa "homem" – o *Ombudsman* seria, portanto, "o representante de alguém, principalmente quando investido em cargo público".

Todavia, a figura do *Ombudsman* apresenta diversas denominações, adotadas pelos diferentes países que o instituiu em seus sistemas, tais como: *Il Defensore Civico,* na Itália, *El Defensor del Pueblo*, na Espanha e Argentina, *El Defensor del Ciudadano*, no México, *Provedor de Justiça*, em Portugal, *Le Médiateur*, na França, *State Controller* ou *Comissioner for Complaints from the public*, em Israel, *Parliamentary Comissionary for Adminstration* (PCA), *Parliamentary Ombudsman* ou simplesmente *Ombudsman*, em diversos países de língua inglesa (como Nova Zelândia, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte) e *Justitieombudsman* e *Militieombudsman* , na Suécia (BRAZ, 1992, p. 34).

Segundo Marcos Jordão Teixeira Amaral Filho (1993, p. 21/22), o surgimento do *Ombudsman* remonta à Suécia do século XVI, com o aparecimento do grande senescal (*drotsen*), funcionário do rei encarregado de exercer o controle da atividade dos juízes do Reio Sueco. Posteriormente, tendo criado o *General Inspectoren öffuer ordningarne* (1665-1668), o rei atribuiu a função de controle da administração ao *Justitiekansler*, encarregado da observação do cumprimento das leis pela administração no território do reino – figura que foi afirmada ao longo da chamada "Era da Liberdade" (1719-1771), que compreendeu um longo período de luta entre os estados suecos e o rei.

Com o assassinato do Rei Gustavo III (1792) e a deposição de seu sucessor, Gustavo IV (1809) pelas tropas do general Adlercreutz, o *Riksdag*, o Parlamento Sueco, recuperou parte dos seus poderes perdidos ao fim da "Era da Liberdade". Com a deposição do rei, convocou-se uma assembleia nacional constituinte, que culminou na promulgação da *Regeringsform* (Constituição) de 1809, que introduziu a figura do *Justitieombudsman* ou *delegado parlamentar*, a quem competiria exercer o controle da administração, nos termos do art. 96 daquela Carta Política (AMARAL FILHO, 1993, p. 22), *in verbis*:

> "O Parlamento deve, em cada sessão ordinária, designar um jurisconsulto de provada ciência e de especial integridade para, na qualidade de mandatário do *Riksdag*, encarregado, segundo as instruções que este lhe dará, de controlar a observância das leis pelos tribunais e funcionários e processar junto aos tribunais competentes, conforme as leis, aqueles que, no exercício de suas funções públicas, tenham cometido ilegalidades ou negligenciado o cumprimento adequado de seus deveres de ofício".

ISBN 978-85-62288-05-0

A *Regeringsform* sueca de 1809, ao introduzir a figura do *Ombudsman* (*Justitieombudsman*) assegurou a todos os cidadãos o direito de reclamar contra atos de funcionário do rei, inclusive juízes, consagrando, portanto, o direito de petição, já admitido pela Constituição francesa de 1791 e pelo *Bill of Rights* inglês (BRAZ, 1992, p. 24/25).

Com a implantação do governo parlamentar em 1917 (com a demissão do governo conservador de *Hammarskjoeld*), da mesma forma que o rei torna-se submisso à ação política de seus ministros, o *Ombudsman* está submetido apenas ao Parlamento, por meio da eleição para um mandato de quatro anos, revogável a qualquer tempo, por decisão do parlamento; contudo, nessa nova ordem, ao *Ombudsman* cabe apenas exercer o controle sobre a administração (juízes e funcionários do reino), em virtude do regime sueco de instâncias do poder administrativo (AMARAL FILHO, 1993, p. 23).

Na nova organização, após reforma efetuada em 1956 (de acordo com as diretrizes de uma comissão especial constituída pela Parlamento Sueco), o *Ombudsman* sueco compreende a figura do *Justitieombudsman for domstols-och förvarsväsendet* (*Justitieombudsman* para assuntos militares e judiciários) e o *Justitieombudsman for civil förvaltningen* (*Justitieombudsman* para administração civil). Nessa ordem, a par do que narra Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho (1993, p. 35) o *Riksdag* admitiu, então, a existência de 03 *Ombudsmän*, legando a eles próprios a divisão das seguintes competências:

a) O primeiro *Ombudsman* fiscaliza a atividade dos tribunais, dos órgãos fiscais, das Forças Armadas e da polícia;

b) o segundo observa todos os assuntos sociais, a informação, a imprensa e a educação nacional;

c) o terceiro fiscaliza outros assuntos atinentes à administração (e.g., transportes, contribuições) não controlados pelos demais *ombudsmän.*

Além destes, subsistem no sistema sueco o *Ombudsman* dos *consumidores*, do *Ombudsman para a liberdade e econômica* e do *Ombudsman* da *imprensa* – salvo o primeiro, vinculado ao Poder Executivo, todos os demais se submetem ao parlamento sueco.

Pois bem. No esforço de definir o instituto, cumpre-nos socorrer da precisa definição apresentada por G. Caiden, N. MacDermot e A. Sandler (1983 *apud* REIF, 1999, p. 299), senão vejamos:

> "O *ombudsman* é um funcionário (ou comitê de funcionários...) independente e apartidário, geralmente previsto na Constituição, que supervisiona a Administração. Ele cuida de reclamações específicas do público relacionadas à injustiça administrativa ou má administração. Tem o poder de

ISBN 978-85-62288-05-0

> investigar, apresentar relatórios e formular recomendações sobre casos individuais e procedimentos administrativos. Não se trata de um juiz ou tribunal, mas tem o poder de ordenar ou reverter atos administrativo. Ele procura soluções através de um processo de investigação e conciliação. Sua autoridade e influência derivam do fato de ser nomeado e reportar a um dos principais órgãos do Estado, geralmente, o parlamento ou o Executivo-Chefe". (tradução livre)

Hayden Thomas (2003, p. 2), *Ombudsman* de Antígua e Barbuda e Presidente da *Caribbean Ombudsman Association*, aponta que o *Ombudsman* tem o poder de investigar, criticar, recomendar e publicar, mas não de reverter as decisões administrativas, voltando sua atenção contra ilegalidades, violação da justiça natural ou devido processo legal, atraso na resposta ou ação e/ou falta de informação por parte da Administração Pública, por conta própria ou mediante provocação da base parlamentar (tradução livre).

Conforme Linda C. Reif (2011, p. 271), desde 1970, governos ao redor do mundo, tanto a nível nacional quanto subnacional, estabeleceram versões híbridas da instituição do Ombudsman, conferindo a uma instituição múltiplos mandados. Estes mandados adicionais incluem, além dos deveres tradicionais, a proteção dos direitos humanos, luta contra corrupção, asseguração da conduta ética dos funcionários públicos e proteção do meio ambiente (tradução livre).

Todavia, apesar de presente, em algum momento ou atualmente, em diversos países, a exemplo da Finlândia, Alemanha, Nova Zelândia, Grã-Bretanha, países da *Commonwealth*, Canadá, Estados Unidos, França, Portugal, Espanha, Israel, além da Suécia e outros, o *Ombudsman*, na forma de delegado ou comissário parlamentar (nos moldes suecos), não foi expressamente incluído no texto da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a então Assembléia Nacional Constituinte entendeu que esta figura possuiria competências que já são atribuídas ao pátrio Ministério Público, razão pela qual sua positivação seria incompatível.

Com efeito, é o que afirma Marcos João Teixeira do Amaral Filho (1993, p. 125):

> "Na Suécia, como vimos, o *Ombudsman* possui competências ora atribuídas ao nosso Ministério Público. O *Ombudsman* sueco pode promover ação penal contra funcionário da administração que considera responsável por ato criminoso. Pode, ainda, intentar ação civil pública para a proteção do patrimônio social e de interesses difusos e coletivos. Tais atribuições, por força de dispositivos constitucionais, são privativas do Ministério Público".

ISBN 978-85-62288-05-0

Ainda, segundo o mesmo autor (1993, p. 123), a rejeição à criação do *Ombudsman* também foi provocada pela modificação das atribuições constitucionais do *Tribunal de Contas da União*, levadas a termo no ânimo de ampliação do sistema de controle da Administração.

Todavia, a despeito da inexistência da previsão expressa, é possível afirmar a possibilidade de instituição do *Ombudsman* a par do que dispõe o art. 37, § 3º, da Lei Maior:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> § 3º. <u>A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:</u>
>
> <u>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;</u>
>
> II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII;
>
> III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

É de se notar que o dispositivo constitucional, modificado pela *Emenda Constitucional nº 19/98* (Emenda da "Reforma Administrativa"), permite, no nosso caso, que as Agências Reguladoras (administração pública indireta) instituam em sua estrutura a *Ouvidoria*, que é o organismo competente para atender os usuários dos serviços públicos, permitindo que estes formulem à própria agência (ou a outro órgão governamental) críticas e reclamações quanto à sua atuação e demais questões que envolvam direitos e deveres dos agentes submetidos à sua regulação.

Considerando o já exposto acerca da evolução do Estado regulatório, a ouvidoria foi vista como instrumento de efetivação da Política Nacional de Desestatização (PND), conferindo credibilidade aos processos de privatização dos setores estratégicos (antes, monopólio do Estado). De fato, pretendia-se com este instrumento assegurar aos investidores do setor privado que desembarcavam para explorar o mercado recém-aberto que a transição para o processo regulatório (isto é, a desestatização) se daria de forma independente, isto é, abnegada em relação aos jogos políticos de governo. Oportunizando um canal de comunicação com a sociedade (especialmente, a iniciativa privada empreendedora), queria demonstrar o

ISBN 978-85-62288-05-0

Estado que estava disposto a completar a transição para o modelo regulador (e não mais interventor), assegurando o cumprimento da "nova" política neoliberal e abandonando, em caráter definitivo, os desmandos do providencialismo estatal.

A título de demonstração da possibilidade de implantação do *Ouvidor* nas agências reguladoras (federais), a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a *Agência Nacional de Energia Elétrica* (ANEEL), prevê em seu art. 4º que aquela agência será "dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado", sendo que, nos termos do art. 8º, § 1º do Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997 (que regulamenta a ANEEL), um destes diretores se incumbirá "da área de atendimento de reclamações de agentes e consumidores competirá a função de ***ouvidor***, sendo-lhe atribuída a responsabilidade final pela cobrança da correta aplicação de medidas pelos agentes no atendimento às reclamações".

Do mesmo modo, a *Agência Nacional de Telecomunicações* (ANATEL) também prevê a atuação da Ouvidoria em seu quadro organizacional, através da instituição de um Ouvidor [226]. De fato, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que institui aquele órgão regulador (em sua forma originária), prevê em seu art. 45 que "o Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução" e, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, "terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar".

Quanto à sua autonomia e atribuições, o Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997, que regulamenta a ANATEL, assegura que "o Ouvidor atuará com independência, não tendo vinculação hierárquica com o Conselho Diretor ou seus integrantes" (art. 53) e "somente perderá o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar" (art. 54). Senão vejamos:

> Art. 54. O Ouvidor somente perderá o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.
>
> § 1º Sem prejuízo do que prevêem a lei penal e a lei de improbidade administrativa, será causa da perda do mandato a inobservância, pelo Ouvidor, dos deveres e proibições inerentes ao cargo.
>
> § 2º Caberá ao Ministro de Estado das Comunicações instaurar, nos termos da Lei nº. 8.112, de 1990, processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial, competindo ao Presidente da República

[226] Com efeito, trata-se da agência reguladora cuja lei originária e decreto regulamentar mais prestigiam, de forma expressa, a atuação da Ouvidoria, esclarecendo a função controladora do Ouvidor.

ISBN 978-85-62288-05-0

determinar o afastamento preventivo do Ouvidor, quando for o caso, e proferir o julgamento.

Conforme o art. 55 do mesmo diploma regulamentador, "é vedado ao Ouvidor ter interesse significativo, direto ou indireto, em empresa relacionada com telecomunicações". Nos termos do art. 29, § 1º do mesmo Decreto, considera-se interesse significativo ser sócio ou acionista em empresa relacionada com telecomunicações com participação no capital total superior a:

a) três décimos por cento, de prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito;

b) três décimos por cento, de controladora, controlada ou coligada de prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito;

c) três por cento, de empresa cujo faturamento dependa diretamente, em mais de dez por cento, de relacionamento econômico com prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito.

Nos termos do § 3º do mesmo dispositivo, a fim de garantir a transparência e probidade de sua atuação, "os conselheiros serão obrigados a notificar outras situações de interesse que os envolvam direta ou indiretamente e sejam suscetíveis de influir no exercício de suas competências", sendo que tal notificação "deverá ser feita ao Conselho Diretor, com cópia para o Ouvidor, sendo arquivada em lista própria na Biblioteca".

Quanto às suas atribuições, o art. 52 do Decreto nº 2.338/1997 prevê que competirá ao Ouvidor produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao seu Conselho Diretor e ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo-as publicar no Diário Oficial da União e mantendo-as em arquivo na Biblioteca para conhecimento geral. Para tanto, o art. 51 do mesmo diploma (repetindo o art. 45, parágrafo único, da Lei nº 9.472/1997) assegura que "o Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar", sendo-lhe dado o direito de assistir às sessões e reuniões do Conselho Diretor, inclusive as secretas, bem como de ter acesso a todos os autos e documentos, não se lhe aplicando as ressalvas dos arts. 21, § 1º [227] e 39 [228], da Lei nº 9.472/1997.

[227] Art. 21. As sessões do Conselho Diretor serão registradas em atas, que ficarão arquivadas na Biblioteca, disponíveis para conhecimento geral.
§ 1º Quando a publicidade puder colocar em risco a segurança do País, ou violar segredo protegido ou a intimidade de alguém, os registros correspondentes serão mantidos em sigilo.

ISBN 978-85-62288-05-0

Outras agências reguladoras também preveem a instituição do Ouvidor em sua estrutura organizacional, em termos próximos aos destacados quanto a ANEEL e, especialmente, a ANATEL. Para citar, destacam-se a *Agência Nacional de Vigilância Sanitária* – ANVISA (art. 9º, Lei nº 9.782/99 e arts. 25, 26, 27 e 28, Decreto nº 3.029/99), a *Agência Nacional de Saúde Suplementar* – ANS (art. 5º, Lei nº 9.961/00 e arts. 18, 19, 20 e 21, Decreto nº 3.327/00, a *Agência Nacional de Transportes Terrestres* – ANTT e a *Agência Nacional de Transportes Aquaviários* – ANTAQ (arts. 52 e 63, Lei nº 10.233/01), a *Agência Nacional de Aviação Civil* – ANAC (arts. 9º e 18, Lei nº 11.182/05) e a *Agência Nacional de Cinema* – ANCINE (art. 8º, § 4º, Medida Provisória nº 2.228-01).

Pois bem. A despeito da previsão legal das Ouvidorias como instrumento de controle das agências reguladoras (note-se que o título IV da Lei nº 9.472/1997, que trata da ouvidoria na ANATEL é chamado "da atividade e do controle"), tais órgãos infelizmente não refletem a atuação ideal do *Ombudsman*. De fato, é de se notar, nas entrelinhas da disciplina legal das agências, que a instituição estrutural deste setor dá-se por verdadeira obrigatoriedade protocolar, não se permitindo que exerça, como deveria fazê-lo, o verdadeiro controle político, com participação do administrado (dá-se o poder, mas antes que se possa exercê-lo, esvazia-o)

De fato, as atribuições legais do ouvidor não apresentam a amplitude e efetividade necessárias ao satisfatório funcionamento daquele que deveria oficiar como "Defensor do povo", no esforço de preservação do *accountability* das agências. Ademais, o fato do ouvidor das agências ser um diretor nomeado pelo Presidente República prejudica a imparcialidade e independência necessárias ao exercício da função, tendo em conta o complexo de Narciso que acomete o (grande) Poder Executivo central, que, nesse modelo de governo de coalizão, tenta (e logra) impor seus interesses políticos em face dos nomeados.

A situação se agrava ainda mais quando se leva em consideração o descrédito de que padece as agências reguladoras em relação do administrado, especialmente os investidores, que enxergam tais entidades como mais uma, da longa escada de poder da grande Administração Pública Brasileira (que ainda não completou a transição para o Estado Regulador e permanece no "meio da ponte", em face da tentação da intervir, ao invés de regular).

Não obstante, sói acontecer que os ouvidores das agências sejam personagens "experientes" da esfera política, ora titulares sucessivos dos inúmeros cargos de confiança dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, ora funcionários de longa data do aparato estatal e que, em alguns casos, sequer dispõem da formação técnica necessária para compreender o funcionamento e as

[228] Art. 39. Ressalvados os documentos e os autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca.

ISBN 978-85-62288-05-0

atribuições das agências que, *in thesi*, haveriam de controlar (é de se perguntar, se os ouvidores desconhecem o próprio ofício, de que modo estarão aptos a "ouvir"?).

Cabe, portanto, uma reformulação da função do ouvidor nas agências reguladoras, conforme aponta Lucas de Souza Lehfeld (2008, p. 302):

> "Torna-se imperioso reformular essa concepção formalizada pelo modelo regulatório brasileiro. A ouvidoria, como órgão independente da agência, com a competência de trazer à tona questões de relevância para o melhoramento da atuação da própria instituição, não pode ser ocupada por alguém que esteja submetido à hierarquia natural entre nomeado e nomeante. A imparcialidade, portanto, inicia-se desde o momento do processo de ocupação do cargo, o qual deve ser preenchido por pessoa estranha, embora qualificada, aos quadros da agência, sem vínculo hierárquico, bem relacionado com os agentes econômicos interessados na regulação e com o dever funcional de prestar contas à Administração Pública, ao Parlamento (Congresso Nacional) e à sociedade".

No mesmo jaez, cumpre também destacar a bem acurada preleção de Marçal Justen Filho (2002, p. 587):

> "É imperioso adotar uma estrutura orgânica específica encarregada da *defesa da comunidade*, a quem sejam atribuídas competências de fiscalização interna e garantida a autonomia contra injunções provenientes da própria entidade. A função desse sujeito não é de mero *relações públicas*, mas lhe incumbe a função de acompanhamento e fiscalização das atividades desenvolvidas pela agência. Será a via de comunicação com a comunidade. Deverá estar disponível permanentemente para receber queixas e reclamações contra ações e omissões da agência e dos setores regulados".

Destarte, para o eficaz desenvolvimento da ouvidoria como mecanismo de aproximação entre a sociedade administrada e os entes administradores, impõe-se que o Parlamento (não se podendo olvidar que, apesar da lógica centralizadora do governo de coalizão, o Poder Legislativo é idealmente o "Poder dos Poderes"), sobretudo em sua atividade legiferante, assegure ao Ouvidor os meios necessários para que possa desempenhar sua função representativa da população com abnegação política e independência, para que as sugestões e reclamações a ele encaminhadas sejam de fato *ouvidas*, no sentido de tornarem-se medidas concretas tendentes a melhorar a eficiência das agências reguladoras, favorecendo o processo

ISBN 978-85-62288-05-0

democrático e promovendo o bem comum (fim maior da administração), tendo em conta que todo o "poder emana do povo", e em favor dele deve ser exercido.

3 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pelo quadro que se apresentou é possível inferir que o *Ombudsman* é instrumento ideal de efetivação prática do controle social da administração, uma vez que, aproximando a população da máquina do Estado, permite o efetivo controle político, já que oportuniza a participação constante de todos os atores do cenário democrático, bem como enseja fiscalização do *accountability* (especialmente das agências reguladoras); impondo à Administração Pública a observância dos deveres de transparência, confiança e responsabilidade – esperados daqueles eleitos para condução da coisa pública.

No contexto nacional, pode-se dizer, a par do exposto, que a instituição que mais se assemelha ao *Ombudsman* nórdico, no caso das agências reguladoras, é a figura do ouvidor, encarregado, em tese, de receber as reclamações e sugestões dos setores regulamentados e convertê-las em medidas concretas que possam gerar a efetiva melhoria destes entes – de fato, só é possível o progresso da administração a partir do momento em que seus defeitos se tornam efetivamente conhecidos, mas uma administração "surda" sempre se presumirá perfeita.

Todavia, em razão do "complexo de Narciso" de que padece o Poder Executivo nacional e da prevalência do controle hierárquico (em detrimento do controle político, de índole Ulissiana), as funções legais do *ouvidor* acabam esvaziadas e a *ouvidoria* fada a se tornar mais um dentre tantos órgãos sem efetiva participação no processo democrático, tendo em vista que, ao invés de permanecer distante dos jogos políticos e aproximar-se da população, distancia-se da sociedade e curva-se perante os interesses políticos do poder central.

Cabe, portanto, uma reformulação desta instituição, especialmente no que tange ao processo de nomeação do *ouvidor*, que deve ser preenchido por profissional qualificado na área da agência, porém estranho e sem vínculo hierárquico com os quadros da entidade, bem como que se trate de pessoa bem relacionada com os setores econômicos privados, alvo da regulação.

Outrossim, é igualmente necessária a ampliação dos poderes legais do *ouvidor*, à altura da relevância de sua função, sem que se usurpe as atribuições de outras instituições, como o Ministério Público, o Tribunal de Contas da União ou as Procuradorias de Defesa do Consumidor, mas sim que, num esforço comum em prol da fiscalização dos princípios da administração insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, possa auxiliá-los na defesa dos interesses da sociedade e na fiscalização do *accountability* das agências nesse sentido.

ISBN 978-85-62288-05-0

Segundo os novos padrões democráticos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da administração, cabe a ouvidoria assumir seu papel como meio de participação daquele que é o próprio espírito da República, do qual emana todo o poder e em cujo nome deve ser ele exercido: o povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. *O Ombudsman e o controle da administração.* São Paulo: EDUSP, Ícone, 1993.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política.* 12. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2004.

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

BRAZ, Adalberto Cassemiro Alves. *Corrupção: combate pelo Ombudsman parlamentar; ouvidoria do povo.* Porto Alegre: Fabris, 1992.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (coordenadores). *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Atlas, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo.* 10. ed. Salvador: Edições Podivm, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Administrative Procedure Act – APA (1946). *US National Archives*. Disponível em: http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html. Acesso em: 04/05/2012.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. *Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.* 2007 – Presidente Prudente, 2007.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialetica, 2002.

LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das agências reguladoras.* São Paulo: Atlas, 2008.

ISBN 978-85-62288-05-0

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Marcus André. *A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação.* Revista Brasileira de Ciências Sociais; São Paulo: ANPOC, nº 116, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n46/a03v1646.pdf. Acesso em: 04/05/2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública.* 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PACHECO, Regina**.** *El control de las agencias reguladoras em Brasil: ¿Ulises e las sirenas o Narciso? Responsabilización y evaluación de La gestión pública.* Caracas: CLAD, 2005. In: LEHFELD, Lucas de Souza. Controle das agências reguladoras. São Paulo: Atlas, 2008.

RAWLS, John. *Justiça e democracia.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

THOMAS, Hayden. *Ombudsman and Human Rights – Steps forward to Embracing a Human Rights Mandate, Recent Developments.* Disponível em: http://www.iidh.ed.cr/. Acesso em: 04/04/2012.

REIF, Linda C. *The International Ombudsman Anthology: Selected Writings from the International Ombudsman Institute.* Netherlends: Kluwer Law Institute, 1999.

REIF, Linda C. *Transplantation and Adaptation: The Evolution of the Human Rights Ombudsman.* Boston College Third World Law Journal, Volume 31, 2011. Disponível em: http://lawdigitalcommons.bc.edu/twlj/vol31/iss2/3. Acesso em: 04/05/2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

DIRIGISMO CONTRATUAL NOS CONTRATOS DE SAÚDE

Jesualdo Eduardo de ALMEIDA JUNIOR •

RESUMO:

O presente trabalho aborda a interferência do Estado, nas suas três formas de poder, nos contratos de planos de saúde. Aborda, sobretudo, a limitação da autonomia privada em face de interesses individuais de maior importância e, principalmente, o fenômeno do dirigismo contratual, que permite ao Estado mediante leis, políticas públicas e decisões judiciais, limitar as disposições contratuais dos planos de saúde.

ABSTRACT:

This paper discusses the State interference in its three forms of power, in contracts for health plans. Discusses, in particular, the limitation of private autonomy in the face of individual interests of greater importance and, mainly, the phenomenon of contractual dirigisme, which allows the State through public policies and laws, judicial decisions, limiting the contractual provisions of the health insurance plans.

PALAVRAS-CHAVES: Dirigismo contratual – Planos de Saúde – limites á autonomia privada.

KEY WORDS: Contractual dirigisme-health plans-limits to private autonomy.

INTRODUÇÃO

A regulamentação dos planos de saúde é assunto que recorrentemente volta à baila, quer por conta da interferência do Estado ao dispor sobre limites mínimos e coberturas obrigatórias, quer por conta de decisões judiciais que ampliam o alcance das proteções estendidas em favor dos usuários.

O objetivo deste trabalho foi a análise dos diversos métodos de interferência do Estado nos contratos de plano de saúde, pautando-se pela legalidade e

• Doutorando pelo Instituto Toledo de Ensino – Bauru/SP; mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos; pós-graduado em Direito Contratual e Direito das Relações Sociais; professor da graduação e coordenador da pós-graduação em Direito da Associação Educacional Toledo, de Presidente Prudente; professor em Direito Civil e Constitucional da FEMA/IMESA, de Assis, professor da pós-graduação da UEL/PR; autor de vários livros e artigos; membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família e do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania.

ISBN 978-85-62288-05-0

legitimidade destes provimentos, cuja perspectiva dá-se o nome de dirigismo contratual.

Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, partindo-se das premissas das iniciativas reguladoras do setor de saúde privado. Neste passo, no primeiro capítulo discorreu-se sobre a legitimidade da limitação da autonomia privada por medidas estatais protetivas de minorias desprivilegiadas.

O segundo capítulo cuidou de analisar essa ingerência do Estado nos contratos de saúde sob o aspecto legislativo, e o terceiro capítulo pautou-se pelo panorama administrativo.

O quarto e derradeiro capítulo ocupou-se da questão mais polêmica: a intervenção judicial nos contratos privados.

2. **Autonomia privada limitada pela intervenção estatal**

É um anacronismo pontuar qualquer debate em torno dos negócios jurídicos pela admissão absoluta do princípio do *pacta sunt servanda,* cuja premissa básica estava no individualismo, oxigênio do liberalismo que grassou até o início do século XX.

Por essas proposições, seria da liberalidade das partes que se criavam os direitos e as obrigações, dando-se à autonomia da vontade e a imutabilidade dos contratos valores quase absolutos. Por conseguinte, ao Estado não cabia intervir no negócio, mas apenas dar-lhe estabilidade e segurança.[229]

Porém, a concepção do contrato mudou ao longo do século XX, seja no conteúdo, seja em suas funções. O *welfare state* implicou, inclusive, na assistência estatal nas relações negociais. As pessoas passaram a ser vistas como desiguais também nos contratos, quer social, quer economicamente. E por conta disto, admitiu-se a intervenção estatal para reajustarem-se essas diferenças[230]. Por isso Maria Stella Gregori[231] afirma "que a massificação das relações contratuais e a formação de mercados cativos reclamaram a intervenção do Estado para limitar a autonomia da vontade, sem, no entanto, aniquilá-la".

Via de consequência, o equilíbrio entre as partes tornou-se o pilar da estabilidade na relação contratual, superando o princípio fundante de que o "contrato faz lei entre as partes". E, assim, "a arquitetura do contrato passa a contemplar uma relatividade dogmática, ao reprimir a falta da idêntica liberdade entre as partes que de margem ao proveito injustificado ou à onerosidade excessiva."[232]

---

[229] GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor.* Editora Revista dos Tribunais, p. 35
[230] GREGORI, Maria Stella. *Op. cit,* p. 40
[231] *Op. cit.*, p. 138
[232] GREGORI. Maria Stella. *Loc. cit.*

ISBN 978-85-62288-05-0

Pietro Perlingieri[233] sustenta que está superado o "dogma sacro e inviolável" da autonomia privada. Hoje, ela se condiciona ao que diz a lei e, principalmente, aos princípios constitucionais, e na falta destes pelos usos e pela equidade.

Segundo parte duma doutrina vanguardista, os conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade perderam seu valor como princípio e nada mais são do que uma visão atrasada do Direito, ou, mesmo mantendo-os como princípios, têm seu conteúdo revisto e novos limites impostos pela evolução e pela inclusão de um novo elemento: o interesse social.

Irineu Strenger[234] ensina que a

> A autonomia da vontade sofreu as inevitáveis vicissitudes do processo histórico, que nas suas projeções culturais não poderia deixar de abranger o mundo do direito, provocando a revisão de muitos de seus esquemas tradicionais, e, em muitos sentidos, com impactos mais sensíveis, reformulando alguns conceitos básicos.

O mesmo autor destaca que o interesse público deve sempre prevalecer em face da autonomia privada. "Ele (o interesse público) pode se referir a qualquer tipo de função contratual sem mudar, nem mesmo minimamente, as suas características"[235]

Paulo Luiz Netto Lôbo[236] prega a existência do contrato social. Para este autor, o contrato somente será admitido à luz da Constituição, se, assim como a propriedade, atingir sua função social. Neste andar,

> Uma das mais importantes realizações legislativas dos princípios constitucionais da atividade econômica é o Código do Consumidor, que regulamenta a relação contratual de consumo (...) Assim, o Código do Consumidor subtraiu da regência do Código Civil a quase totalidade dos contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos vitais.

Destarte, está cada vez mais claro que o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor.

---

[233] *Perfis do direito civil*, p. 277.
[234] *Op. cit.*, p. 111
[235] *Op. cit.*, 288
[236] *Constitucionalização do direito civil*, p. 107

ISBN 978-85-62288-05-0

Trata-se tão só do cumprimento de preceito constitucional (art. 174 da CF), da afirmação do princípio constitucional da defesa do consumidor (art. 170, CF; incisos) e do nascimento de um novo paradigma, qual seja: o princípio da boa-fé objetiva.

Por corolário, mostra-se preemente a necessidade de considerar a igualdade material dos consumidores não como um novo redutor de poder do indivíduo, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade.[237]

A prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana, fundamentos da República, e a adoção do princípio da igualdade substancial, ao lado da isonomia formal, bem como a garantia residual estipulada pelo artigo 5º., § 2º., da Constituição Federal, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte[238]

Resta concluir, portanto, que a autonomia da vontade não é mais absoluta, sobretudo quando presente uma cláusula abusiva.

A propósito, constava na Exposição de Motivos do Projeto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

> O Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de uma situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vige presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação como também alheias a esta, seja através do armazenamento de informações sobre o consumidor, seja mediante a utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de suas dívidas.

Prática abusiva é, pois, "a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor."[239] São condições que ofendem a boa-fé, a ordem pública, os bons costumes e os princípios constitucionais.

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim[240], a cláusula abusiva pode ocorrer sob o prisma do momento econômico, como práticas produtivas e comerciais. Sob o aspecto contratual, poderá ser pré ou pós-contratual.

---

[237] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.*Rio de Janiero: Renovar, p. 47
[238] TEPEDINO, Gustavo. *Op. ci*r, p. 47
[239] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, *in Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 307
[240] Op. cit., p. 308

ISBN 978-85-62288-05-0

Gustavo Tepedino comenta[241]:

> A vigência do Código do Consumidor, a este propósito, tem sido fecunda: os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações reduzem a importância da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do estado social de direito delineado pelo constituinte.

Eis, pois, o fenômeno do dirigismo contratual, que confere ao Estado-Juiz o poder/dever de modificar relações negociais que se mostrem descompassadas com a função social e com os ditames da boa-fé (CC, arts 422 e 423). De tal sorte que Gustavo Tepedino[242] prega que

> Com o advento de avanços científicos e tecnológicos, no seio de uma sociedade massificada, aliadas a uma nova modalidade legislativa de dirigismo contratual, fica difícil uma cristalina diferenciação entre o que seja afeto ao direito público e o que esteja atrelado ao direito privado. Urge "uma redefinição de limites e uma profunda revitalização conceitual"

Para Maria Stela Gregori [243] é "do reconhecimento do valor social do contrato decorre o dirigismo contratual". E pontua:

> O dirigismo se justifica pela necessidade de intervenção do Estado na priorização do interesse geral em rlação ao particular, consagrando a função social do contrato, pois as regras do direito privado não mais atendem à ordem pública do consumidor.

Segundo a autora, a função social do contrato é princípio implícito constitucionalmente (fl. 140) e a partir do Código Civil atual tornou-se princípio expresso[244].

Deste modo, permitem-se pontuais intervenções do Estado na autonomia da vontade, impondo alterações de cláusulas contratuais, ou mesmo de negócios jurídicos na sua extensão.

---

[241] *Op. cit.*, p. 13
[242] *Op. cit.,* p. 55-71
[243] *Op. cit.,* p. 139
[244] Código Civil brasileiro, art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

ISBN 978-85-62288-05-0

E com os planos de saúde não é diferente. Abaixo, ver-se-á que o Estado, nas suas 03 esferas de poder, interfere diretamente nos planos de saúde.

3. INTERVENÇÃO LEGISLATIVA

Em obra cujo título é *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor,* Maria Stela Gregori faz uma rápida análise sobre a evolução legislativa dos sistemas de planos de saúde no país.

Segundo a autora, historicamente o início da formação do sistema privado (supletivo ou complementar) de saúde deu-se nos últimos 40 (quarenta) anos, inicialmente sem controle do Estado, o que levou a um crescimento desmedido e descontrolado[245].

Em 1923 e 1933 tivemos algumas medidas legislativas para criação de sistemas privados de pensão, aposentadoria e previdência privada para alguns setores da economia.

Nas décadas de 60 e 70 houve a normatização do seguro-saúde, com edição de alguns regulamentos.

Após, o Código de Defesa do Consumidor foi um marco regulador geral de grande importância. E por conta desta generalidade, evidentemente incluiu entre os serviços por ele regidos os planos da saúde.

Entre outras criações, o Código consumerista assegurou "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas"[246], vedou-se ao fornecedor "exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva"[247] e impôs-se como nulas cláusulas contratuais que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".[248]

Por conta destas inovações, o legislador permitiu a revisão dos contratos em situações excepcionais. E, evidentemente, os contratos de planos e seguro de saúde estavam incluídos.

Em 1998 houve a edição da Lei 9656/98, que dispôs especificamente sobre os planos privados de saúde. Basicamente a lei em questão criou dois modelos de regulamentação: a) Econômico financeiro, ao encargo do Ministério da Fazenda, e da SUSEP, que autorizam o funcionamento das operadoras; b) Assistencial, ao encargo do Ministério da Saúde.

---

[245] Op. Cit., p. 36.
[246] Código de Proteção e Defesa do Consumidor, art. 6º., V.
[247] Código de Proteção e Defesa do Consumidor, art. 39, V.
[248] Código de Proteção e Defesa do Consumidor, art. 51, IV.

ISBN 978-85-62288-05-0

Importante neste aspecto de regulação foi a previsão da criação da ANS. Com isso sinalizou-se que o sistema de saúde privado estava submetida aos princípios constitucionais da ordem econômica e da livre iniciativa

Essa Lei também criou 05 (cinco) modalidades de planos de saúde: a) Plano referência, que é o mais completo e abrangente, com assistência ambulatorial, obstétrica com padrão em enfermaria e obrigatoriamente deve ser oferecido pelas operadoras; b) Ambulatorial, que não inclui internações, cobrindo apenas procedimentos de consultas, exames e demais serviços; c) Hospitalar, aqueles que cobrem internação; d) Hospitalar com atendimento obstétrico; e) Plano odontológico.

Por outro lado, a própria Lei aceitou que houvesse exclusão de algumas coberturas, entre elas aquelas previstas no art. 10, quais sejam, tratamento clínico ou cirúrgico experimental, procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim, inseminação artificial, tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados, fornecimento de medicamentos para o tratamento domiciliar, fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico, tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes, casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarado pela autoridade competente.

E no art. 12 impôs coberturas básicas, como de exigências mínimas, impossíveis de serem excluídas contratualmente:[249]

---

[249] I - quando incluir atendimento ambulatorial: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;
II - quando incluir internação hospitalar: a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos.
III - quando incluir atendimento obstétrico: a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente durante os primeiros trinta dias após o parto; b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção;
IV - quando incluir atendimento odontológico: a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente; b) cobertura de procedimentos preventivos,

ISBN 978-85-62288-05-0

Essa Lei foi posteriormente modificada, inicialmente pela Lei 10223/01 que definiu caber às operadoras de planos de saúde "por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer."

A Lei 11935/09 modificou a Lei dos Planos de Saúde para dispor serem obrigatórios os atendimentos de emergência[250], de urgência[251] e de planejamento familiar.

Também merece citação a Medida Provisória 2177/44-1, que aditou o rol do art. 12, que cria as exigências mínimas de cobertura, inovando ao impor cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção.

---

de dentística e endodontia; c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral.
V - quando fixar períodos de carência: a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;
VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada;
VII - inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante.

[250] "como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente"

[251] "assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional"

ISBN 978-85-62288-05-0

Cabe igualmente a menção ao Código Civil de 2002, que impôs que os "contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"[252], e, sobretudo, permitiu nos "contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato."[253]

Portanto, o legislador acenou com a possibilidade de revisão dos contratos e modificação das obrigações deles decorrentes. E, evidentemente, os planos de saúde estão contemplados nesta hipótese.

4. Intervenção do Poder Administrativo

Os Estados de um modo geral sofreram transformações quanto às suas diretrizes ideológicas econômicas. De um estado mínimo ao *welfare state*, sobreveio a nova tendência de regulação, fiscalização e fomento do mercado, sobretudo nas últimas décadas, quanto os problemas fiscais se avolumaram. Para isso fez-se necessária a criação de organismos que realizassem a supervisão das atividades e serviços que estavam sendo transferidos ao setor privado.

Houve uma verdadeira reforma do aparelho do Estado, com a adoção de modelos organizacionais distintos destinados aos seus diversos setores da atividade econômica, com suas especificidades.

No Brasil não foi diferente. Com base no art. 174, da Constituição Federal, vários setores da economia sofreram essa intervenção, com abrangência específica para punir e disciplinar, inclusive mediante expedição de instruções normativas. É neste desiderato que surgem agências regulamentadoras como a ANATEL, ANEEL, ANP, ANTT, ANAC etc.

As agências reguladoras são autarquias de regime especial com poder normativo. No entanto, esse poder normativo é meramente complementar, haja vista que não podem inovar legislativamente, mas sim apenas regular o já disposto pelo legislador.

Ao nosso estudo cabe especial atenção à ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar -, criada pela Lei 9961, de 28 de Janeiro de 2000, como "órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde", autarquia de regime especial vinculada ao Ministério da Saúde.

[252] Código Civil brasileiro, art. 422.
[253] Código Civil brasileiro, art. 478.

ISBN 978-85-62288-05-0

Destaque-se que quando da criação da ANS, em 2000, o mercado de saúde privado já estava instalado. E, assim, ela teve que disciplinar um mercado que já existia, devendo adaptá-lo. E o fez sistematicamente.

Por exemplo, a Resolução Normativa 44/2003 vedou "em qualquer situação, a exigência, por parte dos prestadores de serviços contratados, credenciados, cooperados ou referenciados das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde, de caução, depósito de qualquer natureza, nota promissória ou quaisquer outros títulos de crédito, no ato ou anteriormente à prestação do serviço."

A Instrução Normativa 162/2007 tratou das doenças preexistentes e a necessidade de procedimento administrativo prévio para comprovação da má-fé do beneficiário em não as declarar. Assim, regulou-se o art. 11, da Lei dos Planos de Saúde, que declara que "é vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário."

Por conseguinte, em linhas gerais, toda a vez que a operadora de plano de saúde constatar irregularidades cometidas pelo beneficiário, deverá iniciar procedimento administrativo, comunicando-se a ANS e oportunizando-se ampla defesa e contraditório.

A Resolução Normativa 211/2010 atualizou o rol das coberturas obrigatórias dos planos de saúde, limitando-se exclusões; a Resolução Normativa 259/2011 impôs os prazos para atendimentos básicos.

Há várias outras Resoluções que tratam de Reajuste dos Preços de Mensalidades, Contratação e Troca de Planos etc.

Vê-se, pois, que a ANS – Agência nacional de Saúde Suplementar -, órgão vinculado ao Poder Executivo Federal, interfere diretamente nas relações contratuais de saúde privada, limitando a autonomia privada, sobretudo no tocante a limites impostos às operadoras.

Eis o dirigismo contratual exercido pelo Executivo mediante sua autarquia setorial.

5. **Intervenção judicial**

Em que pese o Legislativo e o Executivo moldarem os contratos, a mais significativa incidência deste fenômeno dá-se pelo Judiciário. Por exemplo, extrai-se

do site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro[254] 03 (três) Súmulas quanto ao tema.

A primeira destas Súmulas diz respeito à cobertura dos planos de saúde. As operadoras, sistematicamente, negam cirurgias plásticas ao argumento de que o art. 10, II, da Lei 9656/98, exclui das coberturas obrigatórias "procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos". No entanto, o Tribunal de Justiça fluminense sumulou a questão nos seguintes termos: Nº. 258 "A cirurgia plástica, para retirada do excesso de tecido epitelial, posterior ao procedimento bariátrico, constitui etapa do tratamento da obesidade mórbida e tem caráter reparador."

Basicamente, a decisão parte da premissa que a retirada do excesso de tecido após a cirurgia de "redução de estômago" não tem fim estético. Antes, é etapa inerente ao próprio tratamento. Trata-se, pois, de cirurgia reparadora, e não estética, cuja cobertura mostra-se obrigatória.

Outras duas súmulas do mesmo Tribunal também tratam de interessantes questões de planos de saúde:

> Nº. 210 "Para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade."
>
> Nº. 209 "Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial."

A Súmula 210 diz respeito ao deferimento de liminares para internação de pacientes cujo procedimento tenha sido negado pela Operadora do Plano de Saúde. A negativa muitas vezes vinha estampada em argumentos dos mais variados, mormente aqueles de falta de previsão contratual. No entanto, a Súmula prevê que para o deferimento da liminar para determinado procedimento médico, mesmo quando não haja previsão contratual, bastará que haja a indicação médica com a exposição da necessidade da medida. Destarte, o critério da razoabilidade para a concessão da liminar pautar-se-ia na devida indicação médica.

Em complemento, a Súmula 209 dispôs que caso o Plano de Saúde negue-se a custear internações ou quaisquer serviços hospitalares, estará sujeito a indenizar os danos morais disto decorrente.

No Tribunal de Justiça do Espírito Santo não há nenhuma súmula que aborde a temática do "acesso à saúde". Contudo, há vários acórdãos que enfrentam o assunto. Por exemplo, no AI 035119006183[255], tem-se o seguinte teor:

[254] Disponível em < http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>. Acessado em: 20 jul. 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA. PACIENTE COM disfunção de crescimento em suas mamas (hipertrofia e hipotrofia). NEGATIVA DE COBERTURA. CIRURGIA REPARADORA E NÃO ESTÉTICA. PRESENTES REQUISITOS PARA DEFERIMENTO LIMINAR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Para esse aresto, "as cirurgias reparadoras se diferenciam das meramente estéticas na medida em que estas visam somente a melhorar a aparência externa, tendo por objetivo o embelezamento, enquanto aquelas possuem finalidade terapêutica, pretendendo a correção de lesões deformantes ou defeitos congênitos ou adquiridos."

E fulmina:

> a garantia de acesso à saúde é prerrogativa que, por manter liame indissociável com o direito à vida, abarca não só a assistência médica, mas todas as providências inerentes ao correto e satisfatório tratamento das mazelas comprometedoras da higidez física e mental do cidadão, como se pretende no caso em tela.

No Superior Tribunal de Justiça extraem-se várias decisões que determinam coberturas em planos de saúde, ora reverberando medidas legislativas, ora inovando.

Por citar-se, no Agravo Regimental em Recurso Especial 2011/024122-3, decidiu-se que, com base no Estatuto do Idoso e nas Instruções Normativas da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, é vedado reajustes para aqueles com idades superiores a 60 (sessenta) anos, ainda que previsto contratualmente em letras claras e legíveis. A propósito[256]:

> O art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas,

---

[255] Disponível em <www.tj.es.jus.br>. Acessado em: 20 jul. 2012

[256] Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=planos+sa%FAde&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8.> Acessado em: 20. jul. 2012

ISBN 978-85-62288-05-0

> conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98), a qual não restou demonstrada no presente caso.

Claramente viu-se que o Superior Tribunal de Justiça imiscuiu-se num contrato para rever cláusulas de reajustes de mensalidades.

Em outro momento, a Operadora de Plano de Saúde negou-se a prestar atendimento de gastroplatia, ao argumento de se tratar de cirurgia estética excluída pelo contrato. E o aresto decorrente do Recurso Especial 1175616/MT assim decidiu-se:

> A gastroplastia, indicada como tratamento para obesidade mórbida, longe de ser um procedimento estético ou mero tratamento emagrecedor, revela-se como cirurgia essencial à sobrevida do segurado, vocacionada, ademais, ao tratamento das outras tantas co-morbidades que acompanham a obesidade em grau severo. Nessa hipótese, mostra-se ilegítima a negativa do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica.

Também declarou-se potestativa a cláusula que exclui a cobertura de tratamento de AIDS, quando do julgamento do Recurso Especial 650400/SP[257].

Antecipando-se à alteração legislativa que sobreviria anos depois, a Súmula 302 dispôs expressamente quanto aos planos de saúde, ao impor ser "abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado."

É, pois, sintomático que o Judiciário parece fulminar a antiga e superada proposição do *pacta sunt servanda* na seara dos contratos de planos de saúde.

Nem poderia deixar de ser diferente: o direito à saúde é prioritário como direito subjetivo. Ao julgar questão atinente à reserva do possível como impedimento deste direito, o Min. Relator do REsp 1185474/SC, Humberto Martins, lecionou que "a vida, saúde, integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo

[257] Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=planos+sa%FAde&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=33>. Acessado em: 20 jul. 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social".[258]

De fato, os interesses econômicos dos planos de saúde jamais poderão sobrepor-se aos direitos fundamentais dos beneficiários, em especial a preservação da vida, da incolumidade física e, mormente, da dignidade da pessoa humana.

A ponderação destes valores (interesse econômico dos planos de saúde X vida, incolumidade, dignidade dos usuários) leva à inegável conclusão de que é razoável, proporcional e lógico que prevaleçam estes últimos.

Com efeito, Canotilho[259] leciona que

> os direitos, não sendo absolutos, devem ser ponderados com outros direitos e interesses da comunidade e do Estado (...) por vezes a ponderação pode ser multdimensional e complexa, na medida em que supõe uma avaliação de uma pluralidade de bens (...) Há de se aplicar os critérios hermenêuticos da harmonização, da máxima efetividade e da concordância prática (...) a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ter em conta a necessidade de ponderar grandezes incomensuráveis entre si e de ter em conta os custos e os benefícios a curto, médio e longo prazo"

Concordemente, a interferência estatal nas relações privadas negociais, de forma a assegurar direitos de maior projeção como a vida, incolumidade física e dignidade da pessoa humana, são legítimos, legais e extremamente oportunos.

Conclusões

Os negócios jurídicos encerram diretamente interesses econômicos, e de forma indireta projetam e disciplinam os bens da vida.

No entanto, a perspectiva de um negócio jurídico que seja obrigatório e intangível pode gerar desproporções entre os valores que disciplina, ocasionando uma primazia equivocada dos interesses econômicos em detrimento de direitos de maior importância.

Portanto, a interferência estatal por quaisquer dos seus Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) é de rigor e permite um maior equilíbrio entre os atores do negócio jurídico; permite, sobretudo, a primazia dos direitos que, de fato, mereceriam essa preeminência, como a vida, a incolumidade física e moral, e a dignidade da pessoa humana.

---

[258] Revista de Direito Público Síntese, 45 maio junho 2012, p. 73

[259] CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas. *A questão da constitucionalidade das patentes pipeline à luz da constituição federal brasileiroa de 1988,* p. 39, 40.

ISBN 978-85-62288-05-0

O dirigismo contratual é técnica jurídica aplicável e pertinente em situações de desproporcionalidade contratual, quando direitos de maior envergadura do que os meros direitos econômicos estejam em risco.

A ponderação de valores, principalmente nos planos de saúde, levará à conclusão de que os contratos que regulam o sistema de saúde privado estão a mercê de análises prévias e posteriores do Poder Público, de modo a se garantir o efetivo acesso à saúde de seus usuários.

Evidentemente, há limites que devem ser seguidos. Esses limites já são expostos pelas diretrizes normativas existentes. No entanto, mesmo essas diretrizes não podem ser absolutas quando implicarem em cerceamento de direito fundamental à saúde.

Ao cabo do que se viu, resta concluir que a ingerência estatal nos contratos de planos de saúde é legal e legítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico.* 9ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997

BRASIL. Código Civil. *in* Cd-Ron Revista de Direito Público, 8, São Paulo: IOB, 2011, 1 CD-ROM.

BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *in* Cd-Ron Revista de Direito Público, 8, São Paulo: IOB, 2011, 1 CD-ROM.

BRASIL. Lei 9656, de 03 de Junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *in* Cd-Ron Revista de Direito Público, 8, São Paulo: IOB, 2011, 1 CD-ROM.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direto dos contratos e dos atos unilaterais.* Rio de Janeiro; Foresense, 1990,

CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas. *A questão da constitucionalidade das patentes pipeline à luz da constituição federal brasileiroa de 1988.* Editora Almedina: Coimbra.

CARCOVA, Carlos Manuel. *A opacidade do direito.* São Paulo: Ltr, 1998, p. 62

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito positivo brasileiro*. 4. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1995,

ISBN 978-85-62288-05-0

ELIAS, João Roberto. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.* São Paulo: Editora Saraiva, 1994

FELIPPE, Márcio Sotelo. *Razão Jurídica e Dignidade Humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor.* Editora Revista dos Tribunais,

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed., São Paulo:Forense, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Os direitos fundamentais, sua dimensão individual e social. In* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 1992, v. 1, p. 199

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 1. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

_____ *Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2000-08-25

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Constitucionalização do direito civil*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 141, 1999

OLIVEIRA, José Sebastião de. *A família contemporânea no âmbito de uma visão sistêmica aberta e o papel das cláusulas gerais como instrumento de permeabilidade e adaptabilidade do sistema jurídico*. In Revista de Ciência Jurídica, Maringá, 1999, v. 02

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Noção geral de contrato*. 10º ed., Rio de Janeiro: Forense, v.3., 2001.

PERES, Jesus Garcia. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid: Tecnos, 1990.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil.* Rio de Janeiro:Renovar, 1997.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, Tomo XXII

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002

ROSA, Antônio José Miguel Fel Rosa. *Direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1998.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1968.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <www.stj.jus.br>

ISBN 978-85-62288-05-0

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Disponível em <www.tjrs.jusbr> Acessado em 20 jul. 2012

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em <www.tjmg.jus.br> Acessado em 20 jul. 2012

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. Disponível em <www.tj.es.jus.br> Acessado em 20 jul. 2012

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em <www.tj.sp.jus.br>

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico. Nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 2º ed., São Paulo: Atlas, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos e justiça.* Editorial Trota, 2009, p. 12.

ISBN 978-85-62288-05-0

DIREITOS SOCIAIS E SUA EFETIVIDADE

Fernanda de Matos Lima MADRID[260]

RESUMO:

A efetividade dos direitos sociais previstos constitucionalmente tem sido um assunto latente, em razão de exigir uma conduta positiva por parte do Estado. O presente artigo fará uma análise dos direitos sociais, dando ênfase aos direitos sociais de cunho prestacional, discutirá sobre a abrangência do disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, bem como a questão da efetividade dos direitos sociais prestacionais, posto que, em regra, se tratam de normas constitucionais de baixa densidade normativa por conta da técnica de positivação e função exercida na Constituição Federal, ou seja, são consideradas normas programáticas e de cunho prestacional. Também almeja ensejar reflexões sobre a justiciabilidade dos direitos sociais em sentido estrito, tratando dos diversos posicionamentos adotados pela doutrina, demonstrando que não existe uma formula pronta para a resolução da questão ora debatida.

ABSTRACT:

The effectiveness of social rights has been constitutionally provided for imaging a subject, because to require a positive conduct by the state. This paper will analyze social rights, emphasizing the social rights of stamp prestacional, will discuss the scope of Article 5, § 1 of the Constitution, and the question of the effectiveness of social installment, since in rule, if dealing with constitutional low density because of the technical rules of positive and function exerted by the Constitution, ie, program standards and are considered prestacional imprint. It also aims to give rise to reflections on the justiciability of social rights in the strict sense, treating the different positions adopted by the doctrine, showing that there is no ready formula for resolving the question under debate.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos, direitos sociais, direitos sociais prestacionais, efetivação, justiciabilidade.

[260] A autora é graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, possui Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. É aluna do Mestrado na Universidade Estadual do Norte do Paraná e bolsista da Fundação Araucária.

ISBN 978-85-62288-05-0

KEYWORDS: Human rights, social rights, social rights installment, effective, justiciability.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais são direitos por meio do Estado, exigindo dos órgãos públicos certas prestações. Foram incluídos no rol dos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, o que representou um grande avanço para nosso sistema constitucional.

Hoje, estamos na luta pela efetivação destes direitos a fim de obtermos justiça social, e, por consequência, garantir as condições mínimas de vida para os indivíduos e da sociedade.

As dificuldades encontradas quando se trata da efetivação dos direitos sociais prestacionais estão relacionadas justamente com seu objeto, uma conduta positiva do Estado, este, assume a posição de garantidor de prestações de natureza jurídica ou material que autorizem o efetivo gozo das liberdades individuais.

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

O método utilizado foi o dedutivo, posto que se parte da análise dos direitos sócias e vai até a questão de sua efetividade e justiciabilidade.

O objetivo principal deste trabalho é discutir as dificuldades relativas à efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional, também denominados de direitos sociais em sentido estrito.

O trabalho está dividido da seguinte forma: Direitos Sociais, efetividade dos Direitos Sociais, sendo este tópico subdividido em dois outros tópicos: alcance do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal e efetividades dos direitos sócias prestacionais, Justiciabilidade dos Direitos Sociais prestacionais e, por fim, conclusões.

2 DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são uma espécie de direitos fundamentais, constituem sua segunda dimensão. Alexandre de Moraes (2002, p.202) os conceitua da seguinte maneira:

> são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são

ISBN 978-85-62288-05-0

consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

O impacto da industrialização e os sérios problemas sociais e econômicos, bem como, a comprovação de que a previsão legal dos direitos de liberdade e igualdade que integram a primeira dimensão dos direitos fundamentais não garantia a sua fruição deram ensejo aos direitos sociais no século XIX. Assim, são resultado de uma evolução do Estado de Direito de base liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito.

Vladimir Brega Filho (2002, p. 22), realizando uma analise histórica dos Direitos Fundamentais, comenta:

> Ficou claro no relato histórico dos direitos fundamentais que apenas os direitos individuais (Liberdades Públicas) não eram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, pois havia necessidade de se criarem condições para seu exercício. Foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais.

Passou-se a atribuir ao Estado comportamentos ativos visando à justiça social, portanto, tem como característica precípua seu cunho positivo. Não se espera mais uma abstenção do Estado, como nos direitos de primeira dimensão, e sim, busca-se uma conduta ativa do Estado na implementação dos direitos de liberdade e igualdade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 51) resume esta particularidade da seguinte maneira: “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.

O Estado deve colocar meios materiais e criar condições concretas que viabilize o efetivo exercício das liberdades individuais. Eles consistem em concederem aos cidadãos direitos a prestações estatais como, por exemplo, educação, saúde, trabalho, entre outras. Trata-se de uma passagem das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Esses direitos começaram a ser consagrados em um número expressivo de cartas constitucionais apenas no século XX, principalmente após a segunda Guerra mundial, assim como passaram a ser objeto de inúmeros pactos internacionais também neste período.

Tem como escopo garantir, através da compensação das desigualdades sociais, o exercício de liberdade e igualdade efetiva, e, isso depende de uma atuação positiva do Estado. Disso resulta que a liberdade e a igualdade são

ISBN 978-85-62288-05-0

efetivadas pelos direitos fundamentais de segunda dimensão. (SARLET, 2001, p. 202).

Quando se fala em efetividade de direitos sociais a questão tem seu cerne nos direitos sociais de cunho prestacionais, visto que os direitos sociais também abrangem as chamadas liberdades sociais que dependem de uma abstenção do Estado para se efetivarem, como é o caso do direito de greve, e que não oferecem maiores dificuldades quanto a sua efetividade. Por tais motivos, o presente trabalho irá se concentrar na analise da efetividade dos direitos sociais prestacionais, também denominados de direitos sociais em sentido estrito.

No Brasil, os direitos sociais foram pela primeira vez previstos na Constituição de 1934. Na Constituição Federal de 1988, os direitos sociais receberam enorme guarida, introduzindo-se um capitulo (II) próprio para eles localizado no Título II denominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", dispondo sobre os direitos sociais nos artigo 6º ao 11.

Entretanto, mesmo fora deste catalogo, existe a presença de direitos sociais, estando espalhados por todo o texto constitucional, bem como em tratados internacionais.

3 EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 Alcance do Artigo 5º, § 1º da Constituição Federal

Pois bem, se faz necessário tecer algumas ponderações sobre o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal que reza: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Tal dispositivo trata do principio da aplicabilidade imediata e da eficácia plena de direitos fundamentais.

A doutrina ainda não chegou a um consenso sobre sua abrangência. Temos duas posições extremadas: a primeira entende as normas que definem direitos fundamentais só tem aplicação imediata se elas forem completas, ou seja, o artigo 5º, § 1º da Lei Maior somente se aplica as normas que carregam esta completude em seu bojo. Por outro lado, outra parte da doutrina, defende a aplicação direta e imediata das normas que definem direitos fundamentais, mesmo que elas sejam normas de baixa densidade normativa, entendendo que até mesmo estas normas geram um direito subjetivo que pode imediatamente ser usufruído, independentemente de intervenção legislativa.

A posição topográfica do paragrafo ora analisado, ou seja, dentro do artigo 5º da Magna Carta, poderia embasar o entendimento que estes princípios são apenas aplicados aos direitos individuais e coletivos previstos neste artigo. Entretanto, o dispositivo utiliza a expressão "direito e garantias fundamentais", deste modo, cuida-se de uma expressão genérica que não exclui nenhuma das dimensões dos direitos fundamentais.

ISBN 978-85-62288-05-0

Nossa Constituição Federal dispensa o mesmo tratamento jurídico para todos os direitos fundamentais, estando todos submetidos ao mesmo regime jurídico, em razão da indivisibilidade que os caracteriza.

Assim, a única conclusão plausível é de que todos os direitos fundamentais, sem distinção, estão abarcados pelo disposto no artigo 5º, § 1º da Lei Maior, melhor dizendo, os previstos no título de Direitos e Garantias fundamentais, os que estão esparsos no texto constitucional e os elencados nos tratados internacionais.

Mas a pergunta que se faz é: o artigo constitucional debatido aplica-se da mesma maneira as diversas categorias dos direitos fundamentais? Inclusive para os direitos fundamentais que possuem baixa densidade normativa?

É importante questionarmos se a norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal é suficiente para dar eficácia imediata e plena aos direitos fundamentais de cunho prestacional, mesmo não possuindo normatividade suficiente para isso.

O que se verifica é que esta norma constitucional se aplica a todos os direitos e garantias fundamentais, caso contrário, se estaria equiparando os direitos fundamentais previstos em normas que dependem de concretização legislativa as outras normas constitucionais.

O dispositivo ora debatido obriga os órgãos do Estado a atuar de maneira a dar a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Conclui sobre o assunto Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 249):

> [...] somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais [...]

Seu âmbito de aplicação dependerá da analise do caso em concreto, não se podendo falar em formulas prontas e acabadas para definir o grau de eficácia dos direitos fundamentais. Deste modo, o artigo 5º, § 1º da Magna Carta tem natureza de um principio geral, constitui um *plus*, que confere aos direitos e garantias fundamentais a máxima efetividade possível, ou seja, um reforço a sua efetividade, não se esquecendo de que tal tarefa pode apresentar variações conforme a maior ou a menor grau de densidade normativa dos direitos fundamentais.

ISBN 978-85-62288-05-0

3.2 Efetividade dos Direitos Sociais Prestacionais

Todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, no entanto, é notório que nem todas possuem a mesma carga de eficacial, existe uma gradação desta carga. Algumas normas, por falta de normatividade suficiente, não podem gerar de maneira imediata todos os seus efeitos, dependendo da intervenção do legislador ordinário para se concretizar. O mesmo ocorre com as normas que preveem os direitos e garantias fundamentais.

Dirley da Cunha Junior leciona (2008, p. 349):

> Como se sabe, a partir da implementação do Estado Constitucional de Direitos e da concepção da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia jurídica, toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer exceção, é provida de eficácia jurídica, apenas variando sua carga eficacial, ora para mais, ora para menos, consoante o grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado pela própria Constituição. Isso significa que, embora todas as disposições constitucionais enunciem efetivas normas jurídicas, nem todas têm o mesmo alcance e significação normativos.

Dai em se falar de normas constitucionais de alta densidade normativa e normas de baixa densidade normativa, que são definidas com muita precisão por Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 230):

> Pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem intervenção do legislador ordinário, gerar os efeitos essenciais (independentemente de ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositivo legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente me todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica.

A questão se complica quando tratamos da eficácia dos direitos fundamentais, posto que alguns deles são normas de baixa densidade normativa, especialmente os direitos sociais em sentido estrito.

A função exercida pelos direitos fundamentais na Constituição Federal tem papel decisivo quando se fala em efetividade dos direitos fundamentais. Segundo a função que exercem, eles podem ser divididos em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos prestacionais.

ISBN 978-85-62288-05-0

Os direitos de defesa, por exigirem uma abstenção por parte do poder estatal assumem imediatamente característica de direito subjetivo dos cidadãos, não havendo maiores dificuldades quanto a sua efetividade, por sua vez, os direitos de cunho prestacional, por exigirem um comportamento positivo do Estado, geram alguns entraves.

A técnica legislativa utilizada para prevê-los também influencia na sua eficácia, em outras palavras, se é uma norma programática ou se vem disposta sob forma de positivação que permita, de imediato, a produção de seus efeitos.

Os direitos sociais prestacionais são normalmente previstos em normas programáticas, dependendo de uma interposição do legislador para gerar todos seus efeitos, este panorama motiva alguns doutrinadores a, inclusive, negar sua eficácia plena e imediata.

Estes doutrinadores defendem que as normas que preveem direitos sociais são programáticas, definindo somente metas que devem ser alcançadas pelos entes políticos, não configurando direitos subjetivos que autorizem os indivíduos a exigir do Estado estas prestações materiais.

Ingo Wolfgang Sarlet e Flávia Piovesan[261] por sua vez, defendem sua plena eficácia.

Como já dito, todas as normas constitucionais se encontram aptas a gerar efeitos jurídicos, mesmo as de cunho programático. Neste sentido discorre Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 56):

> Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da expressão.

Podemos elencar as seguintes cargas eficaciais mesmo de direitos sociais previstos em normas programáticas, que representam a dimensão objetiva destes direitos fundamentais, conforme entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 272 a 276): ocasionam a revogação de atos normativos anteriores e que são contrários a eles; vinculam o legislador ordinário, não podendo este se afastar dos parâmetros determinados pelos direitos sociais; impõe a declaração da inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição que os define; servem de parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas

[261] Flávia Piovesan dispõe que: “a idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica. É uma pré-concepção que reforça a equivocada noção de que uma classe de direitos (os direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe (os direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer reconhecimento”. (2007, p. 180 e 181).

ISBN 978-85-62288-05-0

jurídicas; originam sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, ou seja, exige-se do Estado que não atue de forma contraria a seu conteúdo e, por fim, determina a proibição do retrocesso daqueles direitos sociais que já foram objeto de concretização por parte do legislador.

Entretanto, os problemas surgem em relação à exigibilidade dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos.

Conforme analise do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, se constatou que até mesmos estas normas de baixa densidade normativa produzem um mínimo de efeitos jurídicos.

Os direitos sociais em sentido estrito tem por objeto prestações estatais que possuem como escopo a distribuição de recursos, a criação de condições que garantam a fruição da liberdade e da igualdade, combatendo a desigualdade social. Portanto, eles apresentam uma dimensão econômica, o que também tem papel determinante no âmbito de sua efetivação.

O custo dos direitos sociais prestacionais constitui um óbice a sua efetivação, visto que é ele muito mais alto quando comparado às despesas para a efetivação das liberdades públicas. Neste sentido entende Vírgilio Afonso da Silva (2010, p. 241):

> [...] a criação das condições de exercício dos direitos sociais é, pura e simplesmente, mais cara. Isso porque essas condições, além de incluírem tudo aquilo que é necessário para a produção de efeitos das liberdades publicas – proteção, organizações, procedimentos, etc. - , exigem algo a mais. E esse “algo a mais”, além de pressupor recursos financeiros não disponíveis, costuma ser específico para cada um dos direitos sociais - o que aumenta ainda mais seus custos. Assim, enquanto boa parte dos custos das liberdades publicas é aproveitado de maneira global por todas elas – legislação, organização judiciária etc. - , cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva que só é aproveitada na sua realização, mas não na realização de outros.

O Estado precisa de recursos financeiros para implementá-los sendo, então, trazido a debate a questão da “reserva do possível” que consiste em um limite real a efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional.

BARCELLOS (2002, p. 236) conceitua a reserva do possível da seguinte forma:

> [...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades

ISBN 978-85-62288-05-0

> quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em ultima análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

OLSEN (2008, p. 212) define a reserva do possível como "condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes".

Muito bem, o cidadão não pode esperar algo que é impossível para o Estado oferecer, entretanto, o Estado não pode negar o mínimo existencial. O que se percebe hoje é que o poder público transformou a reserva do possível em um obstáculo a efetivação dos direitos sociais em sentido estrito e, isso, não pode ser permitido. O Poder Público, a todo o momento, alega falta de recursos financeiros para se eximir de cumprir suas obrigações constitucionais.

O mínimo existencial é assim considerado por Ana Paula de Barcellos (2002, p. 197 e 198):

> Uma primeira resposta que se pode apresentar desde logo, insatisfatória por sua generalidade, porém útil, é que o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

O poder estatal tem que preservar este mínimo existencial através da concessão dos direitos sociais prestacionais, sob pena de se ferir o principio da dignidade da pessoa humana, não podendo se esconder sob o manto da reserva do possível.

Definir o que seria este mínimo existencial é algo extremamente difícil, somente por meio da analise do caso concreto baseada nos princípios, valores e objetivos da Constituição Federal é que será possível delimitar o conteúdo deste mínimo existencial. Além do mais, a sociedade em que este mínimo existencial deve ser garantido também funciona como parâmetro para sua definição, ou seja, seu tipo de economia, sua evolução tecnológica, os princípios morais por ela adotados, dentre outras características.

ISBN 978-85-62288-05-0

4 JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

A justiciabilidade dos direitos sociais de natureza prestacional consiste na possibilidade de reivindicá-los em juízo, como direito subjetivo. Trata da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no âmbito da tutela dos direitos sociais. Nas palavras de Sarlet (2001, p. 276):

> [...] cuida-se de deslindar-se e – em sendo afirmativa a resposta – até que ponto e sob que condições é possível, com base numa norma proclamatória de direito fundamental social, reconhecer-se ao particular um direito subjetivo individual, isto é, a possibilidade de exigir judicialmente do Estado um determinada prestação material (direito a educação, assistência médica, assistência social, etc.).

Tal assunto gera uma série de discussões que passaremos a analisar.

Não há problemas quanto à efetivação dos direitos sociais à prestação já concretizados pelo legislador denominados de direitos derivados a prestação. Os problemas surgem em relação aos direitos originários a prestações sociais, ou seja, aqueles que, ainda não foram objeto de concretização por parte do legislador e, que, independentemente de interferência legislativa, poderiam ser reconhecidos como direito subjetivo ao cidadão.

Assim, se questiona sobre se o Judiciário poderia, em uma demanda individual, dar efetividade a um direito social prestacional, beneficiando um individuo em prejuízo de toda a coletividade.

A primeira grande discussão é se o magistrado, ordenando a efetivação de um direito social prestacional, não estaria exercendo uma função do poder executivo, e, por consequência, ferindo o principio de separação dos poderes.

Claudia Maria da Costa Gonçalves (2006, p. 216 e 217) explica que tais fundamentos não são óbice à atuação do poder judiciário:

> Mas que fique registrado. Se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controla-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista.

ISBN 978-85-62288-05-0

Outra questão que também vem à baila quando se trata do assunto é a legitimidade do Poder judiciário para atuar em âmbitos reservadas ao legislativo e executivo. O problema é delimitado por Cléve (2006, p. 35) da seguinte maneira: Os membros do poder judiciário não foram eleitos, assim, não poderiam sobre "o que e o como da atuação estatal". Uma vez o judiciário agindo neste sentido não estaria ofendendo o principio democrático que define que a maioria é que governa?

A resposta é negativa, visto que o judiciário tem a obrigação de fiscalizar e zelar pelo cumprimento da Constituição Federal sendo sua atuação imprescindível neste sentido. Clémerson Merlin Cléve (2006, p. 36) neste diapasão dispõe:

> Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporal (legislatura).

Por fim, também se questiona qual seria o objeto destes direitos sociais de cunho prestacional. O que estes direitos realmente abrangem consiste em um dos mais angustiantes problemas quando o judiciário se vê obrigado a decidir um caso em concreto. Um bom exemplo sobre isso é a questão da saúde. O que estaria abarcado pelo direito a saúde? Um exame de mamografia, por exemplo, ou também uma medicação de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a dose?

Estamos diante de normas abertas e de formulação vaga, contudo continuam sendo normas de aplicação plena e imediata, cabendo ao seu interprete a definição de seu conteúdo, de acordo com a reserva do possível e do mínimo existencial, nunca se esquecendo de que tal interpretação sempre deve ter como vetor o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, chega-se a conclusão que a atuação do juiz é extremamente complexa, devendo, em sua atuação, obter um ponto de equilíbrio entre a implementação dos direitos sociais em sentido estrito e os postulados do Estado Democrático de Direito.

Não se pode negar o reconhecimento de um direito subjetivo derivado de um direito social prestacional, independentemente da atuação do legislador se tais direitos estiverem diretamente ligados com o direito à vida e ao principio da dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, o direito a saúde e a assistência social.

O principio da dignidade da pessoa humana funciona como um parâmetro para definir o que seria um padrão mínimo dos direitos sociais prestacionais, posto que, faltando às condições mínimas, os próprios direitos de liberdade ficam comprometidos, esvaziando-se seu conteúdo.

ISBN 978-85-62288-05-0

Sarlet (2001, p. 324) conclui que:

> Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestação, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos do tudo ou nada.

O que se percebe é que quando se fala em efetividade dos direitos sociais não há uma solução pré-determinada, deve sempre se valer do bom senso na busca de uma medida justa no intuído de efetivação destes direitos.

Entretanto, ainda há aqueles, em um posicionamento mais radical, que defendem que, uma vez sendo o poder publico omisso na tarefa de efetivar os direitos fundamentais, cabe ao poder judiciário suprir esta lacuna, em qualquer caso, aplicando de forma direta e imediata a norma de direito fundamental. Mesmo normas definidoras de direitos fundamentais de baixa densidade normativa são dotadas de aplicação imediata, elas apenas demandam um maior esforço por parte do poder Judiciário na busca da efetivação destes direitos.

Dirley da Cunha Junior (2008, p. 357) coaduna com este posicionamento:

> Com isso, defendemos a tese de que, em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autentico *dever-poder* de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providencia de natureza legislativa ou administrativa.

Entendem que o disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal tem como escopo a aplicação, de forma direta e imediata, de todos os direitos

ISBN 978-85-62288-05-0

fundamentais, sendo desnecessária qualquer interferência legislativa para sua concretização, garantindo a justiciabilidade destes direitos.

Para estes autores, o Poder Judiciário, amparado pelo disposto no artigo 5º, inciso XXXV e § 1º, da Constituição Federal, bem como pelo artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, estaria autorizado a atuar no sentido de remover lacunas decorrentes da falta de concretização legislativa dos direitos fundamentais, dando aplicação imediata aos mesmos.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais de defesa não apresentam grandes problemas no que concerne a eficácia plena e imediata, a questão aparece exatamente quando falamos em direitos sociais de cunho prestacional, visto que eles dependem de uma conduta ativa do Estado para se efetivarem e, em regra, são previstos por normas programáticas.

O artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, que elenca o princípio da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, tem ampla abrangência, abarcando todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais prestacionais. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que existe uma gradação de cargas eficaciais das normas constitucionais, o que também se percebe nas normas que definem direitos fundamentais.

Os direitos sociais em sentido estrito são normas de baixa densidade normativa em razão das técnicas de positivação (normas programáticas) e a função que exercem dentro do sistema constitucional (direitos prestacionais).

Assim, a aplicação do artigo 5º, § 1º da Magana Carta não se aplica da mesma maneira a todos os direitos fundamentais o que não quer dizer que os direitos prestacionais não possua eficácia. Todas as normas constitucionais geram um mínimo de eficácia e, os direitos fundamentais, em especial, ganham um *plus* no que concerne a esta eficácia por meio do citado artigo.

Os custos dos direitos sociais prestacionais também são mais um obstáculo para sua efetivação. Para que politicas públicas sejam adotadas no sentido de fornecer prestações materiais aos indivíduos é preciso o dispêndio de recursos econômicos. O Estado sob pretexto da famigerada reserva do possível deixa de implementar os direitos sociais em sentido estrito alegando a falta de orçamento.

Contudo, o Poder Público não pode, a ensejo da reserva do possível, negar o mínimo existencial para seus cidadãos. A definição deste mínimo existencial tem que ser realizada no caso em concreto, sempre tendo como norteador o principio da dignidade da pessoa humana.

A questão da justiciabilidade dos direitos sócias prestacionais é um ponto nevrálgico para o poder judiciário. O que se questiona é a possibilidade de exigir

ISBN 978-85-62288-05-0

judicialmente do Estado uma determinada prestação material garantida por um direitos social prestacional que ainda não foram objeto de concretização pelo legislador.

Muitos questionam se o magistrado decidindo no caso concreto sobre a prestação destes direitos não estaria ferindo o principio da separação dos poderes, se o poder judiciário teria legitimidade para tais atos e em que consiste o objeto dos direitos sociais.

Todas estas questões são superadas quando se entende que não se pode negar o reconhecimento de um direito subjetivo proveniente de um direito social prestacional, independentemente da atuação do legislador, se tais direitos estiverem diretamente atrelados com o direito à vida e ao principio da dignidade da pessoa humana.

O principio da dignidade da pessoa humana atua como um parâmetro para delimitar a definição de um padrão mínimo dos direitos sociais prestacionais, visto que, carecendo das condições mínimas, os próprios direitos de liberdade ficam afetados, neutralizando seu conteúdo.

Conclui-se que, para proteção dos direitos sociais em sentido estrito, deve se levar em consideração as particularidades do caso em concreto, respeitando a necessidade de tutelar o mínimo existencial para que não se fira o principio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais***.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2011.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais.* Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível.* Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos

ISBN 978-85-62288-05-0

Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349-395, 2008.

FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos sociais e Justiça.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma constituição dirigente.* Curitiba: Juruá, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MARTINS, Ives Granda da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valter dos. *Tratado de Direito Constitucional.* Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* São Paulo: Editora Atlas, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais:* efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* 2º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ISBN 978-85-62288-05-0

DEMOCRACIA E TOLERÂNCIA

José Cláudio Domingues MOREIRA[262]
Natália Fernanda de Souza Assumpção MENDONÇA[263]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estabelecer considerações sobre a democracia, a tolerância e as minorias sociais. Preocupou-se com a abordagem dos Direitos Fundamentais, em um ambiente democrático, à luz da tolerância. A inclusão social das minorias pode ser possível na democracia através da Tolerância, verdadeiro reflexo da liberdade e importante Direito Fundamental.

ABSTRACT

The present work aims to establish considerations on democracy, tolerance and social minorities. Concerned with the approach of Fundamental Rights, in a democratic environment in the light of tolerance. The social inclusion of minorities in a democracy can be possible through tolerance, a true reflection of freedom and important Fundamental Right.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Tolerância. Minorias. Direito fundamental.

KEY-WORDS: Democracy. Tolerance. Minorities. Fundamental right.

Introdução

Atualmente, importante se mostra estabelecer reflexões sobre a democracia e a tolerância, em um contexto social voltado à inclusão das minorias e efetivação dos Direitos Fundamentais, consoante o exposto na Carta Magna de 1988.

Falar de Democracia é tentar traduzir em poucas linhas, a evolução política da humanidade, ao longo da sua história, corroborando com tal entendimento, o pensamento de ilustres filósofos, que muito contribuíram para a evolução de referido tema.

---

[262] Magistrado. Juiz Orientador da Escola Paulista da Magistratura. Juiz do Colégio Recursal de Bauru. Professor de Direito Civil do Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino. Professor de Juizados Especiais do Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito. Doutorando do Centro de Pós-Graduação do Centro Universitário de Bauru - Instituição Toledo de Ensino.

[263] Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito; Bolsista da CAPES.

ISBN 978-85-62288-05-0

Este artigo objetiva pensar a tolerância, o direito fundamental de liberdade e suas afinidades com a democracia, bem como a necessidade da mesma para concretização e efetivação dos direitos das minorias.

O problema trazido em discussão não se esgota nesta pesquisa científica que, principalmente, representa um convite a um debate sobre a importância da tolerância, na democracia, para inclusão das minorias e efetivação dos Direitos.

Procura-se contribuir para um real fortalecimento dos Direitos Fundamentais pela tolerância, fomentando-se um discurso racional entre os diversos atores sociais.

1. Tolerância

O objeto deste artigo é refletir sobre como a tolerância é capaz de influenciar a democracia, com a abordagem nas minorias e nos excluídos sociais.

A textura social é complexa.

Um consenso majoritário nem sempre exprime a multiplicidade de situações e valores em sociedade. Isso porque a vontade da maioria não deve eliminar a forma de vivencia das minorias, haja vista que a democracia reforça a decisão da maioria, mas não se descuida da vontade da minoria.

Isso é possível pela tolerância, no trato democrático, da multiculturalidade, com a abertura de possibilidade de todas as pessoas no jogo democrático, com a inclusão social das minorias.

Voltaire enfatiza, em Tratado sobre a tolerância:

> “A natureza diz a todos os homens: Fiz todos vós nascerem fracos e ignorantes, para vegetarem alguns minutos na terra e adubarem-na com vossos cadáveres. Já sois fracos, auxiliai-vos; já que sois ignorantes, instruí-vos e tolerai-vos. Ainda que fôsseis todos da mesma opinião, o que certamente, jamais ocorrerá, ainda já houvesse um único homem com opinião contrária, devereis perdoá-lo, pois sou eu que faço pensar como ele pensa. Eu vos dei braços para cultivar a terra e um pequeno lume de razão para vos guiar; pus em vossos corações um germe de compaixão para que uns ajudem os outros a suportar a vida. Não sufoqueis esse germe, não o corrompais, compreendei que ele é divino e não troqueis a voz da natureza pelos miseráveis furores da escola” (VOLTAIRE, F.M.A., 1993, p.142).

A marcha pelo reconhecimento dos Direitos das minorias se confunde com a própria consolidação dos chamados Estados Democráticos.

Na medida em que vivemos em uma sociedade multicultural, a tolerância é um bom caminho para o consenso entre os diversos atores sociais.

ISBN 978-85-62288-05-0

É na produção do Direito que as minorias devem ser escutadas, para que ocorra a inclusão social.

Uma democracia inclusiva pressupõe um sistema constitucional pautado pela tolerância da maioria em relação às minorias, a criar espaço público comunicativo capaz de possibilitar resolução de problemas por decisões coletivas.

Júrgen Habermas adverte que:

> "A leitura liberalista da autodeterminação democrática mascara, contudo, o problema das minorias "inatas", que é percebido com maior clareza a partir do ponto de vista comunitarista, assim como do ponto de vista intersubjetivista da teoria do discurso. O problema também surge em sociedades democráticas, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida, negando assim aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos. Isso tange questões políticas, que tocam o auto-entendimento ético e a identidade dos cidadãos. Nessas matérias, as minorias não devem ser submetidas sem mais nem menos às regras da maioria. O princípio majoritário chega aqui a seu limite, porque a composição contingente do conjunto dos cidadãos condiciona os resultados de um processo aparentemente neutro. "O princípio da maioria em si depende de pressupostos a respeito da unidade: que a unidade dentro da qual ele deve operar seja, ela mesma, legítima e que os assuntos aos quais é aplicado recaiam apropriadamente em sua jurisdição. Com outras palavras, o fato de o escopo e o domínio da regra majoritária serem apropriados numa unidade específica depende de pressupostos para cuja justificativa o princípio da maioria em si nada pode fazer. A justificação para a unidade está além do alcance do princípio da maioria e, a esse respeito, fica geralmente além do alcance da própria teoria democrática". O problema das minorias "inatas" explica-se pelo fato de que os cidadãos, mesmo quando observados como personalidades jurídicas, não são indivíduos abstratos, amputados de suas relações de origem. Na medida em que o direito intervém em questões ético-políticas, ele toca a integridade das formas de vida dentro das quais está enfronhada a configuração pessoal de cada vida. Com isso entram em jogo – ao lado de considerações morais, de reflexões pragmáticas e de interesses negociáveis – valorizações fortes, que dependem de tradições intersubjetivamente compartidas, mas culturalmente específicas. As ordens de direito também são, em seu todo, "eticamente impregnadas", porque interpretam o conteúdo universalista dos mesmos princípios constituintes de modo diferente em cada caso, a saber, no contexto das experiências de uma história nacional e à luz de uma tradição, uma cultura e uma forma de vida historicamente predominante. Na regulação de matérias culturalmente

ISBN 978-85-62288-05-0

delicadas, como, por exemplo, a linguagem oficial, os currículos da educação pública, o status das igrejas e das comunidades religiosas, as normas do direito penal (por exemplo, quanto ao aborto), mas também em assuntos menos chamativos, como, por exemplo, a posição da família e dos consórcios semelhantes ao matrimônio, a aceitação de normas de segurança ou a delimitação das esferas pública e privada – em tudo isso reflete-se amiúde apenas o auto-entendimento ético-político de uma cultura majoritária, dominante por motivos históricos. Por causa de tais regras, implicitamente repressivas, mesmo dentro de uma comunidade republicana que garanta formalmente a igualdade de direitos para todos, pode eclodir um conflito cultural movido pelas minorias desprezadas contra a cultura da maioria. Exemplos recentes desse fenômeno são dados pela minoria de fala francesa no Canadá, pelos valões na Bélgica, pelos bascos e catalães na Espanha, etc. Uma nação de cidadãos é composta de pessoas que, devido a seus processos sociais, encarnam simultaneamente as formas de vida dentro das quais se desenvolveu sua identidade – e isso ocorre mesmo quando, como adultos, eles se libertaram das tradições da sua origem. Naquilo que é relevante para seu caráter, as pessoas são como entroncamentos numa rede adscritícia de culturas e tradições. A composição contingente do povo de um Estado, a unidade política, na terminologia de Dahl, determina também implicitamente o horizonte das orientações de valor, dentro do qual ocorrem os conflitos culturais e os discursos do auto-entendimento ético-político. Junto com a composição social da cidadania também muda esse horizonte de valores. Por exemplo: as questões políticas que dependem de um horizonte cultural específico não são necessariamente discutidas de modo diferente após uma secessão, mas são votadas com resultados diferentes. Nem sempre há novos argumentos, mas sim, novas maiorias. É claro que uma minoria discriminada só pode obter a igualdade de direitos por meio da secessão sob a improvável condição de sua concentração espacial. Caso contrário, os velhos problemas ressurgirão com outros sinais. Em geral, a discriminação não pode ser abolida pela independência nacional, mas apenas por meio de uma inclusão que tenha suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturais específicas. O problema das minorias “inatas”, que pode surgir em todas as sociedades pluralistas, agudiza-se nas sociedades multiculturais. Mas quando estas estão organizadas como Estados democráticos de direito, apresentam-se. Todavia, diversos caminhos para se chegar a uma inclusão “com sensibilidade para as diferenças”: a divisão federativa dos poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão de autonomia cultural, os direitos grupais

ISBN 978-85-62288-05-0

específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias. Através disso, dentro de determinados territórios e em determinados campos políticos, mudam as totalidades fundamentais dos cidadãos que participam do processo democrático, sem tocar nos seus princípios" (HABERMAS, 2007, p.170-172).

A Constituição Federal de 1988 se comprometeu com a criação de um Estado Democrático, em uma sociedade pluralista e, deseja-se que sem preconceitos, conforme se depreende de seu preâmbulo, cuja meta a ser buscada passa, necessariamente, pelo exercício da tolerância a possibilitar harmonia social.

O respeito pela individualidade de cada um requer a tolerância pela diversidade, a possibilitar a efetivação e concretização dos Direitos Fundamentais.

A proteção das minorias é a concretização do direito da liberdade de todos: um direito fundamental.

Euzébio Fernándes, quanto ao uso da palavra "minorias", deixa certo que:

"(...) nunca me há gustado la expresión derechos de las minorías, porque da la impresión de significar um tipo de derechos especiales para personas especiales, al margen de la idea de derechos fundamentales como derechos de todos los seres humanos. Es decir, da la impresión de que las minorías piden um trato particular o especial, cuando lo que se trata básicamente es de la exigencia de um trato igual..., añadiendo "creo, por tanto, que convive perfectamente el derecho a ser minoría, que es el derecho a ser, pensar, expresarse y obrar de manera diferente o particular, com el derecho a no ser tratados como minoría, es decir, com el derecho a ser iguales em derechos que la mayoría" (FERNÁNDES, 1992, p.74).[264]

Liberdade e tolerância, como corpo e alma, estão sempre juntos, e difícil se mostra um conceito único e universal da palavra tolerância.

2. Um conceito de tolerância

No contexto democrático, um conceito de tolerância é importante para se fomentar a efetividade e a concretização dos Direitos Fundamentais.

[264] "(...) Eu nunca gostei dos direitos das minorias, porque parece significar um tipode direitos especiais para pessoasespeciais, independentemente da idéia de direitos fundamentais, como direitos de todos os seres humanos. Ou seja, parece que as minorias pedirem tratamento especial, quando o que é, basicamente, a exigência da igualdade de tratamento ..., acrescentando: "Penso, logo, que vive o perfeito direito de ser uma minoria , que é o direito de ser, pensar, falar e agir de forma diferente ou especial com o direito de ser tratados como uma minoria, ou seja, o direito de ser com igualdade de direitos mais do que a maioria (FERNÁNDES, 1992, p.74).

ISBN 978-85-62288-05-0

A globalização encurtou distancias, aproximou pessoas e aumentou a possibilidade de divergências em uma sociedade multicultural.

Michael Walzer:

> "Meu tema é a tolerância – ou, talvez melhor, a coexistência pacífica de grupos de pessoas com histórias, culturas e identidades diferentes, que é o que a tolerância possibilita. Começo pela proposição de que a coexistência pacífica (de um certo tipo: não estou tratando aqui da coexistência de senhores e escravos é sempre uma coisa boa. Não porque as pessoas de fato sempre lhe dão valor – é óbvio que muitas vezes não o fazem. O sinal de que é boa é o fato de as pessoas sentirem-se fortemente inclinadas a dizer que lhe dão valor. Elas não conseguem justificar-se, nem para si mesmas nem perante os outros, sem endossar o valor da coexistência pacífica e da vida e liberdade a que ela serve. Este é um fato sobre o mundo moral – pelo menos no sentido limitado de que o peso da argumentação recai sobre aqueles que rejeitariam esses valores. São os praticantes da perseguição religiosa, da assimilação forçada, da guerra das cruzadas ou da "purificação étnica" que precisam se justificar, e, geralmente, se justificam não defendendo o que fazem, mas negando que o fazem" (WALZER, 1999, p. 4-5).

Mesmo na democracia, uma tolerância universal não é possível porque toleraria o intolerável, como por exemplo, o genocídio.

É válida a tolerância contra si mesmo, a favor de outrem, como aceitação e reconhecimento do outro, do diferente, como titular de direitos e com voz na formação do direito.

A tolerância não é passiva, e pressupõe ações concretas de reconhecimento e de *status.*

Na democracia, a tolerância fortalece a concretização dos Direitos fundamentais, na busca do bem individual e do interesse coletivo.

Luiz Alberto David Araujo destaca que:

> "Tolerar significa conviver, sem perder a própria convicção. A maioria continua prestigiada, convivendo com a minoria, respeitando-lhe os valores e as crenças. As lições de intolerância humana são dramáticas e causam prejuízos incomensuráveis. Vejamos a passagem trazida por Hendrik van Loon: "No ano de 527 Flavius Anicius Justinianus tornou-se o dominador da metade Este do Império Romano. Esse camponês servio (ele nasceu em Uskub, a junção de estradas de ferro tão disputada na última guerra) não via qualquer utilidade na leitura de livros. Por sua ordem a antiga Escola Ateniense de

ISBN 978-85-62288-05-0

> Filosofia foi finalmente fechada. E foi ele quem cerrou as portas do único templo egípcio que continuava aberto séculos depois da invasão do vale do Nilo pelos monges da fé cristã. Esse templo situava-se em Filae, pequena ilha, não muito distante da primeira grande queda do Nilo. Desde tempos imemoriais o lugar havia sido destinado à adoração de Isis e, por alguma curiosa razão, esta deusa sobrevivera onde todos os seus rivais africanos, gregos, e romanos tinham perecido miseravelmente. Finalmente, no sexto século, a ilha era o único lugar onde a velha e sagrada arte hieroglífica era compreendida e onde um pequeno número de padres continuava a praticar um ofício que tinha sido esquecido em todas as outras partes da terra de Queops. E, agora, por ordem de um ignorante camponês, conhecido por Sua Majestade Imperial, o templo e a escola que lhe estava anexa eram declarados propriedades do Estado, as estátuas e imagens mandadas para o museu de Constantinopla e os padres e os grandes escritores trancados na prisão. E, quando o último deles havia morrido de fome e falta de cuidados, a antiga arte hieroglífica desaparecera. É de se lamentar que isso tivesse acontecido" (ARAUJO, 2000, p.3).

A tolerância, cuja palavra indica o sentido de paciência, possibilita, no regime democrático, a coexistência de grupos de pessoas, culturas, e identidades diferentes.

Tolerar é suportar, com humildade, aceitação, porém, sem se descuidar da convicção.

Segundo María J. Roca:

> "Todo análisis el jurista comienza habitualmente con la determinación del significado de las palabras que entran a formar parte de la proposición jurídica normativa o del grupo de proposiciones normativas que son objeto de su investigación. Este análisis trata de fijar el conjunto de las reglas que estabelecen el uso de una determinada palabra. Esas reglas constituyen, a su vez, el concepto de esa palabra. Pues bien, el término tolerancia utilizado em algunas proposiciones normativas del Derecho español, necesita ser analizado, para delimitarlo de otros conceptos afines, de modo que pueda usarse rigurosamente; solo así podrá desempeñar una determinada función jurídica y, en consecuencia, ser útil. Tolerancia es un término, cuyo origen latino se encuentra en el verbo tolero del que se deriva el sustantivo tolerantia –ae. Este término es de uso culto, pero no exclusivamente técnico, em lenguas románicas como el español. Em la lengua alemana, en cambio, sin llegar a ser tampoco un término técnico, se refiere primariamente al proceso de progresiva liberalización de las prácticas de las religiones distintas a la que

ISBN 978-85-62288-05-0

profesaba el príncipe territorial. Pero ello no significa que este término se utilice hoy tampoco en esta lengua com un significado unívoco. Por una parte, la complejidad de la actual sociedad ocasiona numerosos problemas que atañen a la tolerancia, de modo que su radio de acción no se reduce hoy a cuestiones atinentes de modo exclusivo a la liberdad religiosa; por otra parte, tolerancia viene a identificarse con una actitud fruto del indiferentismo, em unos casos, y, en otros, designa una actitud de reconocimiento, pero en modo alguno uma posición de igualdad. A esta ambigüidad semântica del sustantivo tolerancia, hay que añadir la diversificación del término por médio de los adjetivos que le acompañan. Em la doctrina se encuentran frecuentemente: tolerancia formal y material , tolerancia formal y tolerancia sustancial , tolerancia práctica e intolerancia dogmática, tolerancia política y tolerancia eclesiástica , tolerancia neutral y tolerancia pasiva, etc. Mediante estos calificativos se introducen importantes modificaciones semânticas em el sustantivo. Pues bien, pese a su ambigüedad, el concepto de tolerancia no ha reducido su esfera de influencia a épocas pasadas de la Historia, sino que há projectado su radio al Derecho vigente, y aspira hoy a desempeñar el papel de un principio jurídico o de un mandato constitucional dirigido al Estado, que sirva para adoptar soluciones justas en determinados casos conflictivos" (ROCA, 2009, p.53-55).[265]

Para Sara Guerreiro:

[265] Cada análise jurista geralmente começa com a determinação do significado das palavras que se tornam parte das regras legais ou regulamentares proposição conjunto de proposições que constituem o objecto da sua investigação. Esta análise serve para determinar o conjunto de regras estabelecen a utilização de uma palavra particular. Estas regras são, por sua vez, o conceito de que a palavra. Bem, a tolerância termo utilizado in algumas proposições normativos de direito espanhol, precisa de ser analisado, para delimitar-lo a partir de outros conceitos relacionados, de modo que ele pode ser usado com rigor e só pode desempenhar uma função específica legal e, por conseguinte, ser úteis. Tolerância é um termo cuja origem está no verbo latino tolerar a partir do qual é derivado o substantivo Tolerantia-ae. Este termo é culto, mas não exclusivamente técnicos línguas românicas como o espanhol in. Em língua alemã, no entanto, sem ser nem um termo técnico, refere-se principalmente ao processo de liberalização progressiva da prática de religiões que não professavam o príncipe territorial. Isso não significa que este termo é usado hoje tanto na linguagem com um sentido unívoco. Em primeiro lugar, a complexidade da sociedade moderna provoca muitos problemas quanto a tolerância, de modo que o seu âmbito não se limita às questões que envolvem hoje exclusivamente a religiosa a liberdade, por outro lado, a tolerância é identificado com uma atitude de indiferença frutas, EM alguns casos e em outros, significa uma atitude de apreciação, mas não significa igual pé amu. Esta tolerância ambigüidade semântica do substantivo, adicione a diversificação prazo, através dos adjetivos que o acompanham. Em doutrina muitas vezes: a tolerância formal e material, a tolerância tolerância formal e substancial, a tolerância ea intolerância dogmática prática, a tolerância política eclesiástica ea tolerância, a tolerância, a tolerância neutra e passiva, etc. Com estes qualificadores são introduzidas alterações importantes dos in substantivos semânticos. No entanto, apesar da sua ambigüidade, o conceito de tolerância não reduziu sua esfera de influência da história passada, mas seu alcance foi projetado com a lei, e agora aspira a desempenhar o papel de um princípio legal ou mandato constitucional dirigida ao Estado, usado para levar soluções justas, em alguns casos conflitantes " (ROCA, 2009, p.53-55).

ISBN 978-85-62288-05-0

> "A etimologia da palavra tolerância indica-nos o sentido de paciência ou constância em suportar. Tradicionalmente, são-lhe associados dois sentidos, um negativo consistindo numa simples permissão de um mal, e um positivo, que traduziria uma permissão positiva de algum mal, que não se pretende mas que se consente, com vista a evitar um mal maior ou a conseguir um bem maior. Encontrar uma definição consensual do conceito de tolerância é "missão impossível". Escolhemos, assim, como ponto de partida, o conceito adoptado por JOSEPH RAZ, por nos parecer o mais adequado. A liberdade religiosa só pode existir verdadeiramente num ambiente pluralista, mas o pluralismo, como diz o mesmo autor, abre as portas à intolerância, uma vez que são necessariamente confrontadas visões diferentes do mundo e da vida . É necessário assegurar que desse confronto não resulta um conflito cujas dimensões podem colocar em causa o próprio pluralismo. Para tal, a tolerância constitui-se como conceito chave. A tolerância significa, como refere JOSEPH RAZ, a abstenção de perseguir ou complicar a vida, mas não a quem possui virtudes morais que nos faltam. Uma pessoa não tolera outra que admira e respeita ser generosa, delicada ou corajosa sempre que essas qualidades lhe faltam. Mais do que a supressão de um impulso de perseguir, prejudicar ou tratar de forma desagradável uma determinada pessoa, a tolerância distingue-se, como virtude moral, por refrear vontades, inclinações e convicções entendidas como desejáveis, ou até, correctos, pela pessoa tolerante. No entanto, a tolerância não supõe, necessariamente, da outra parte um comportamento mau ou incorrecto, que será tolerado. Basta implicar a ausência de uma determinada característica. Assim, a tolerância implica o refrear de uma determinada actividade susceptível de ser mal recebida pela outra parte, ou de um impulso a agir de certa maneira (apreciável do ponto de vista moral), baseado num desagrado ou antagonismo relativamente à pessoa ou a um facto da sua vida, julgados como limitações ou deficiências nessa pessoa, deixando essa pessoa manter o seu comportamento ou manter ou adquirir uma determinada vantagem" (GUERREIRO, 2005, p. 87-88).

Buscou-se, pois, a costura de um conceito de tolerância útil para a demonstração de sua afinidade com a democracia.

2.1 Breve revisão do conceito de tolerância no pensamento contemporâneo

Considerar-se-á, neste tópico, brevemente, a opinião de alguns pensadores políticos e morais do século XX sobre o referido tema. O primeiro mais relacionado à filosofia da ciência, Karl Popper. O segundo é considerado o maior pensador liberal

ISBN 978-85-62288-05-0

de nosso tempo, John Rawls. O terceiro, vindo do pensamento socialista, Norberto Bobbio.

Karl Popper trata da relação, ou da transposição, dos conceitos de tolerância do âmbito da ciência para o âmbito da ética. Em "A Sociedade Aberta e Seus Inimigos" (1945), fica mais clara a relação entre lógica e ética em seu pensamento. Isso porque o pensador austríaco relaciona princípios científicos e morais através de seu conceito de demarcação entre a ciência e a pseudociência. Para ele, uma teoria é científica sempre que é falível, pois se não há possibilidade de uma teoria ser refutável, o mais provável é que ela não seja científica e, portanto, será, de fato, uma teoria dogmática.

A tolerância é fruto de um processo e de uma aposta que nasce desses três princípios: a falibilidade, o diálogo racional, e a aproximação da verdade pelo debate.

O eminente professor da Universidade de Harvard, o filósofo e jurista John Rawls (1921-2002) é um dos mais relevantes pensadores políticos do século XX. Seu livro "A Theory of Justice" (1971) já é um clássico e considerado o ponto de retomada do liberalismo político no campo da filosofia prática contemporânea.

Herdeiro da tradição liberal, que principia com Locke, passando por Kant e Stuart Mill, Rawls debruçou-se sobre um dos mais difíceis dilemas da sociedade democrática, ou seja, como conciliar direitos iguais em uma sociedade desigual? Como compatibilizar as ambições dos mais talentosos com as necessidades dos menos favorecidos a fim de se construir uma sociedade mais justa e igualitária?

A obra de Rawls reflete um reforçado esforço intelectual para conciliar o sistema meritocrático norte-americano com a ideia de igualdade tão cara ao liberalismo. A teoria da justiça rawlsiana é também considerada resultado das reflexões sobre os ganhos políticos alcançados através do movimento pelos direitos civis nos EUA.

Quanto ao tema deste trabalho, a tolerância, salienta-se que Rawls não se preocupa diretamente com ele, haja vista que, de fato, nunca explicitou de maneira clara a sua concepção acerca da tolerância. Assim, o conceito de tolerância no pensamento de Rawls é tangencial e sua importância se dá indiretamente, ou seja, pela retomada das bases conceituais do liberalismo político no âmbito de uma sociedade justa, o que inclui sem sombra de dúvidas a noção de tolerância.

Para CORREA (2004:23), há uma implicação direta entre justiça e tolerância em Rawls: "a justiça realiza a tolerância" e a "tolerância realiza a justiça", visto que não há como conceber teoricamente um sistema politicamente liberal sem uma ou outra. Sendo assim, a tolerância está diretamente implicada, ainda que não explicitada, na concepção de Rawls sobre sociedade justa, o que significa o mesmo que uma democracia liberal, culturalmente pluralista e economicamente definida

ISBN 978-85-62288-05-0

pelo mercado. De fato, o pluralismo pode ser reconhecido como a diversidade de doutrinas compreensivas de bem, mas há que se reconhecer que o pluralismo se dá também pela diversidade de identidades, ou seja, pela diversidade de existir, de estar e ser no mundo e não só de compreendê-lo. É neste sentido, que alguns congressistas defenderam a superação do formalismo rawlseano para entender o pluralismo no mundo da vida, da existência real e concreta de seres humanos plurais.

O tema da tolerância só vai aparecer com mais clareza no pensamento de Rawls quando ele se vê obrigado a responder a uma série de críticas sobre a sua teoria da justiça.

O cientista político italiano Norberto Bobbio (1909-2004) descreve a tolerância como serenidade, sendo fundamental considerar a obra "Elogio Della Mitezza e Altri Scritti Morali", na qual o autor faz importantes distinções sobre a temática da tolerância e a relaciona com a virtude que pretende defender, la mitezza, que na tradução brasileira ganhou a versão de serenidade.

Assevera-se que o filosofo trata do tema tolerância sob dois enfoques diferentes, quais sejam, o da verdade e o da diversidade. Pois uma coisa é o problema da tolerância de crenças ou opiniões diversas, que exige uma reflexão sobre a compatibilidade teórica e prática entre verdades contrapostas; outra coisa é o problema da tolerância diante daquele que é diverso por razões físicas ou sociais, que põe em primeiro plano o tema do preconceito e da consequente discriminação. As razões que se podem apresentar em defesa da tolerância no primeiro significado não são as mesmas que se apresentam para defendê-la no segundo. Em decorrência, são distintas as razões das duas formas de intolerância. A primeira deriva da convicção de possuir a verdade; a segunda se fecunda geralmente num preconceito. (BOBBIO, 2002:19).

Para BOBBIO (2002:19), a intolerância que se baseia na crença da verdade absoluta é, em geral, de caráter religioso ou político. Neste caso, uma proposta de tolerância tem como desafio responder à seguinte questão: "Como podem ser teórica e praticamente compatíveis duas verdades contrapostas?" Já a intolerância que se baseia em diferentes tipos de preconceitos e discriminações tem como característica atentar contra a diversidade humana e se constitui em forma de racismo, sexismo, homofobia, xenofobia etc.

Para BOBBIO (2002:103), o preconceito é uma opinião errônea, sendo um erro mais tenaz e perigoso do que qualquer outro, pois corresponde a sentimentos e interesses de um grupo em relação a outro. Assim, o preconceito é uma predisposição em creditar como verdade algo que é um interesse ou um sentimento irrefletido. A discriminação é uma consequência direta de tal predisposição conceitual. O autor reafirma que discriminar, enquanto ato de distinguir, não é algo negativo, mas tão somente quando impulsionada por um preconceito. Assim, a

ISBN 978-85-62288-05-0

discriminação de fato pode levar ao reconhecimento da diversidade, ou seja, a conclusão de que somos diferentes. Já a discriminação de valor leva a posturas etnocêntricas, que são pautadas por três fases: reconhecimento da diversidade; reconhecimento que dentro da diversidade Tolerância: notas contemporâneas pode haver relações desiguais, tais como superior e inferior e uma injusta conclusão de que os superiores podem explorar os inferiores.

Bobbio considera que a maneira de se entender as desigualdades é fundamental para a percepção de que se deva ou não lutar contra os preconceitos e as discriminações. Se as desigualdades são naturais, serão vistas como não superáveis, no entanto, se consideradas sociais serão vistas como realidades superáveis.

Para Norberto Bobbio, quando se fala de tolerância no seu significado histórico predominante, o que se tem em mente é o problema da convivência de crenças diversas. Atualmente, o conceito de tolerância é generalizado para o problema da convivência das minorias étnicas, linguísticas e raciais.

Insta salientar que John Locke, no referido tema, que se encontra desenvolvido na primeira Carta sobre a tolerância, defende a separação entre o Estado e a Igreja e por essa razão, o filósofo inglês define Igreja como uma sociedade voluntária de homens que partilham a mesma opinião sobre determinada doutrina religiosa. Por sua vez, o Estado tem origem a partir de um contrato social que institui um poder político com a finalidade de preservar os bens civis das pessoas. Essa disjunção de tarefas é o ponto de partida para a defesa da tolerância.

Na Carta, Locke inicia sua argumentação em defesa da tolerância estabelecendo que o poder do Estado possui obrigações de caráter secular, cujo alcance dessas atribuições é meramente exterior, distinto de qualquer fundamento espiritual e obrigação de natureza religiosa. O início das sociedades civis, e as causas da existência de um poder político, são derivados de interesses temporais que não possuem relação direta com os interesses da religião. Em resumo, como o poder político e a autoridade religiosa possuem esferas distintas de atuação, o Estado só pode voltar seu poder às religiões de seus súditos quando essas se interferem na ordem temporal estabelecida.

Por conseguinte, Locke reivindica como necessário à observação da tolerância a distinção entre as atividades do Estado e das igrejas, de modo que possa pôr fim à controvérsia entre a preocupação com a vida temporal e o interesse com a vida espiritual.

3. Democracia e Tolerância

Existe afinidade entre o regime político democrático e a tolerância.

ISBN 978-85-62288-05-0

"O problema da tolerância só surge nas questões de opinião. E por isso que ele surge com tanta frequência, e quase sempre.Ignoramos mais do que sabemos, e tudo o que sabemos depende, direta ou indiretamente, de algo que ignoramos. Quem pode provar absolutamente que a Terra existe? Que o Sol existe? E que sentido há, se nenhum dos dois existe, em afirmar que aquela gira em torno deste? A mesma proposição que não tem a ver com a tolerância, de um ponto de vista científico, pode ter a ver com ela, de um ponto de vista filosófico, moral ou religioso. É o caso da teoria evolucionista de Darwin: os que pedem que seja tolerada (ou, a fortiori ,os que pedem que seja proibida não compreendem que ela é científica; e os que gostariam de impô-la autoritariamente como verdade absoluta do homem e de sua gênese, entretanto, dariam prova de intolerância.A Bíblia não é nem demonstrável nem refutável; portanto, ou se crê nela, ou se tolera que se creia nela. É aí que voltamos a encontrar nosso problema. Se devemos tolerar a Bíblia, por que não Mein Kampf? E, se toleramos Mein Kampf, por que não o racismo, a tortura, os campos de concentração? Uma tolerância universal seria, é claro, moralmente condenável: porque esqueceria as vítimas, porque as abandonaria à sua sorte, porque deixaria perpetuar-se seu martírio. Tolerar é aceitar o que poderia ser condenado, é deixar fazer o que se poderia impedir ou combater. Portanto, é renunciar a uma parte de seu poder, de sua força, de sua cólera... Assim, toleramos os caprichos de uma criança ou as posições de um adversário. Mas isso só é virtuoso se assumirmos, como se diz, se superarmos para tanto nosso próprio interesse, nosso próprio sofrimento, nossa própria impaciência. A tolerância só vale contra si mesmo, e a favor de outrem. Não há tolerância quando nada se tem a perder, menos ainda quando se tem tudo a ganhar em suportar, isto é, em nada fazer. "Temos todos bastante força" dizia La Rochefoucauld, "para suportar os males de outrem". Talvez, mas ninguém veria nisso tolerância. Sarajevo era, dizem, cidade de tolerância; abandoná-la hoje (dezembro de 1993) a seu destino de cidade sitiada, de cidade esfomeada, de cidade massacrada, não passaria, para a Europa, de covardia. Tolerar é se responsabilizar: a tolerância que responsabiliza o outro já não é tolerância. Tolerar o sofrimento dos outros, tolerar a injustiça de que não somos vítimas, tolerar o horror que nos poupa não é mais tolerância: é egoísmo, é indiferença, ou pior. Tolerar Hitler era ser seu cúmplice, pelo menos por omissão, por abandono, e essa tolerância já era colaboração. Antes o ódio, antes a fúria, antes a violência, do que essa passividade diante do horror, do que essa aceitação vergonhosa do pior! Uma tolerância universal seria tolerância do atroz: atroz tolerância! Mas essa tolerância universal também seria contraditória, pelo menos na prática, e por isso não apenas moralmente condenável, como acabamos de ver, mas

ISBN 978-85-62288-05-0

politicamente condenada. Foi o que mostraram, em problemáticas diferentes, Karl Popper e Vladimir Jankélévitch. Levada ao extremo, a tolerância "acabaria por negar a si mesma", pois deixaria livres as mãos dos que querem suprimi-la. A tolerância só vale, pois, em certos limites, que são os de sua própria salvaguarda e da preservação de suas condições de possibilidade. É o que Karl Popper chama de "o paradoxo da tolerância": "Se formos de uma tolerância absoluta, mesmo para com os intolerantes, e não defendermos a sociedade tolerante contra seus assaltos, os tolerantes serão aniquilados, e com eles a tolerância". Isso só vale na medida em que a humanidade é o que é, conflitual, passional, atormentada, mas é por isso que vale. Uma sociedade em que uma tolerância universal fosse possível já não seria humana, e aliás já não necessitaria de tolerância. Ao contrário do amor ou da generosidade, que não têm limites intrínsecos nem outra finitude além da nossa, a tolerância é, pois, essencialmente limitada: uma tolerância infinita seria o fim da tolerância! Não dar liberdade aos inimigos da liberdade? Não é tão simples assim. Uma virtude não poderia se isolar na intersubjetividade virtuosa: aquele que só é justo com os justos, generoso com os generosos, misericordioso com os misericordiosos, etc., não é nem justo nem generoso, nem misericordioso. Tampouco é tolerante aquele que só o é com os tolerantes. Se a tolerância é uma virtude, como acredito e como geralmente se aceita, ela vale por si mesma, inclusive para com os que não a praticam. A moral não é nem um mercado nem um espelho. É verdade, claro, que os intolerantes não teriam nenhum motivo para queixar-se de que se é intolerante para com eles. Mas onde já se viu depender do ponto de vista dos que não a têm? O justo deve ser guiado "pelos princípios da justiça, e não pelo fato de que o injusto não pode se queixar". Do mesmo modo, o tolerante, pelos princípios da tolerância. Se não se deve tolerar tudo, pois seria destinar a tolerância à sua perda, também não se poderia renunciar a toda e qualquer tolerância para com aqueles que não a respeitam. Uma democracia que proibisse todos os partidos não democráticos seria muito pouco democrática, assim como uma democracia que os deixasse fazer tudo e qualquer coisa seria democrática demais, ou antes, mal democrática demais e, por isso, condenada – pois ela renunciaria a defender o direito pela força, quando necessário, e a liberdade pela coerção. O critério não é moral, aqui, mas político. O que deve determinar a tolerabilidade de determinado indivíduo, grupo ou comportamento não é a tolerância de que eles dão mostra (porque então todos os grupos extremistas de nossa juventude deveriam ter sido proibidos, o que só lhes daria razão), mas sua periculosidade efetiva: uma ação intolerante, um grupo intolerante, etc., devem ser proibidos se, e somente se, ameaçarem efetivamente a liberdade ou, em geral, as condições

ISBN 978-85-62288-05-0

> de possibilidade da tolerância. Numa República forte e estável, uma manifestação contra a democracia, contra a tolerância ou contra a liberdade não basta para colocá-las em perigo; portanto, não há motivo para proibi-las, e seria uma falta de tolerância querê-lo. Mas, se as instituições estão fragilizadas, se a guerra civil está iminente ou já começou, ou se grupos facciosos ameaçam tomar o poder, a mesma manifestação pode se tornar um perigo verdadeiro; então pode ser necessário proibi-la, impedi-la, até pela força, e seria falta de firmeza ou de prudência renunciar a essa possibilidade. Em suma, depende dos casos, e essa "casuística da tolerância", como diz Jankélévitich, é um dos problemas principais de nossas democracias. Depois de ter evocado o paradoxo da tolerância, que faz com que a enfraqueçamos à força de querer estendê-la infinitamente, Karl Popper acrescenta o seguinte: Não quero dizer com isso que seja sempre necessário impedir a expressão de teorias intolerantes. Enquanto for possível enfrentá-las com argumentos lógicos e contê-las com ajuda da opinião pública, seria um erro proibi-las. Mas é necessário reivindicar o direito de fazê-lo, mesmo pela força, se necessário, porque pode muito bem acontecer que os partidários dessas teorias se recusem a qualquer discussão lógica e só respondam aos argumentos com a violência. Seria necessário então considerar que, assim fazendo, eles se colocam fora da lei e que a incitação à tolerância é tão criminosa quanto a incitação ao assassinato, por exemplo. Democracia não é fraqueza. Tolerância não é passividade" (COMTE-SPONVILLE, 2009, p. 175-178).

A política é um fenômeno presente no contexto social, cultural, econômico, dentre outros.

Em sociedade se desenvolvem multifacetárias relações sociais.

A soberania atribui autodeterminação ao Estado (interna e perante a sociedade internacional), o qual a exerce em um espaço geográfico denominado território que também compreende o mar territorial, a plataforma continental, o espaço aéreo, navios e aeronaves civis em alto-mar e sobrevoando espaço aéreo internacional, navios e aeronaves militares.

O elemento humano do Estado é o povo.

População é o grupo de nacionais ou estrangeiros no território de um Estado.

A nação possui laços históricos e culturais a realçar uma realidade sociológica.

O Estado Democrático pressupõe a concretização dos Direitos Fundamentais.

> "No Brasil, a Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, representa a superação do regime de fato que vigorou em detrimento da

ISBN 978-85-62288-05-0

> cidadania e dos direitos mais elementares do ser humano. Nela se assenta uma etapa do constitucionalismo brasileiro, construída a partir da interpretação e aplicação do seu texto. Nesse novo tempo, a Constituição criou um novo Estado, a República Federativa do Brasil, caracterizado como Estado Democrático de Direito, que se fundamenta na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores do trabalho e na livre iniciativa e no pluralismo político, conforme se estabelece no artigo 1º do Texto Constitucional. A salvaguarda desses postulados reside na impossibilidade de sua modificação. Com efeito, um olhar atento no sistema normativo permite visualizar que se trata de princípios basilares, que na leitura do artigo 60, parágrafo 4º se apresentam sob a forma de cláusulas pétreas – a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e as garantias individuais. Nessas cláusulas reside um consenso político, que condena o imediato passado e promove uma expectativa de futuro, o que lhes outorga um grau de legitimidade incontestável" (LORA ALARCÓN, 2011, p.129).

Uma democracia deve reconhecer a existência de demandas sociais complexas e convocar a todos a participarem da efetivação dos Direitos Fundamentais, com inclusão das minorias que, pela tolerância, viabiliza-se em uma sociedade multicultural.

O exercício da cidadania, na democracia, pressupõe, pela tolerância, a participação dos diversos apoios sociais na criação do direito, com possibilidade de se fazerem escutar pelas maiorias.

> "No constitucionalismo brasileiro, os membros da Assembléia Nacional Constituinte consignaram, no preâmbulo da Carta de 1988, o mandato popular expresso para criar um Estado Democrático, em contraposição a qualquer outro modelo de regime político. Assim, a democracia é uma qualidade do Estado, configurando-se como princípio fundamental, sobre a base da soberania popular. Destarte, na Constituição a prática democrática liga-se ao exercício do sufrágio universal e ao seu instrumento, o voto direto, secreto, periódico e com valor igual para todos, nos artigos 14, caput e 60, parágrafo 4º, II; bem como ao princípio do pluralismo político, consignado no artigo 1.º V, e à liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, declarada no artigo 17, caput. Consagrou-se uma democracia mista, na qual o povo exercita sua soberania através de representantes eleitos – democracia representativa -, mas, também, diretamente – democracia direta – mediante o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14, I, II e III)" (LORA ALARCÓN, 2011, p. 139-140).

ISBN 978-85-62288-05-0

Percebe-se, pois, grande afinidade entre a democracia e a tolerância.

Um Estado Democrático só é possível com a liberdade, como um Direito Fundamental.

E, com a tolerância, a liberdade nasce, cresce e melhor se desenvolve no meio social, fortalecida no contexto democrático.

Democracia, liberdade, tolerância se entrelaçam para uma melhor efetivação dos direitos fundamentais.

4. A tolerância como um dos pressupostos de concretização dos direitos das minorias

É de rigor ressaltar o papel da tolerância a fim de efetivar e concretizar os direitos das minorias, que, consoante mandamento constitucional, são também titulares de direitos, haja vista o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, não se deve deixar de reconhecer tais direitos, baseando-se na vontade da maioria, pois se deve lembrar que todos possuem direito de realização pessoal e, sobretudo, o direito de ser feliz da maneira que escolherem.

Salienta-se, para tanto, a problemática levantada por Enrique Dussel: “uma vítima não se tolera, se ajuda a deixar de ser vítima”.

Ou seja, uma vítima não reclama tolerância e sim solidariedade, que pode ser entendida como parte de uma ética de responsabilidade e esta pode dar ao compromisso da solidariedade um caráter de fardo, de peso, de obrigação, de dever e a solidariedade uma possibilidade, um convite. A tolerância é uma exigência de justiça e a solidariedade uma possibilidade de expressar humanamente as convicções últimas sobre que vida que se acredita valer a pena levar, sendo valores e atitudes diferentes e articulados.

Afirma-se, ainda, que a luta pela tolerância tem muito que dizer ao processo de vitimização dos diferentes. Na verdade, são os diferentes enquanto vítimas a razão de ser da luta pela tolerância. Se considerarmos que é a intolerância o mal maior com relação às diferenças, teremos na defesa da tolerância um importante front contra o processo gerador de pessoas violadas ou estigmatizadas por serem diferentes. A tolerância é um dever e funciona como prevenção da intolerância. A defesa pela tolerância almeja mais que tudo, que ninguém seja vitimado, excluído, estigmatizado, discriminado ou eliminado por trazer consigo, em sua identidade, uma marca diferenciada que é socialmente rejeitada.

No entanto, diante do inevitável, ou seja, da intolerância já realizada e das vítimas que ela nos apresenta, entraria, um outro compromisso: a solidariedade. Assim, a vítima, tal como sugere Enrique Dussel, reclama a solidariedade. Mas, antes que ela seja vitimada em sua diferença, ela reclama tolerância, pois a

ISBN 978-85-62288-05-0

intolerância massacra em seu ódio à diversidade alheia. A tolerância e solidariedade correspondem a dois momentos distintos da mesma luta: a inclusão de todos e a não discriminação dos diferentes. Porém, na realidade, estes dois momentos vão muito articulados, pois já sabemos quais são as categorias ou grupos sistematicamente vitimizados em nossa sociedade por serem diferentes, ou melhor, por não corresponderem ao ideal padronizado de pessoa humana. Neste sentido, tolerância e solidariedade não rivalizam. Complementam-se.

Conclusão

Durante o artigo, procurou-se mostrar a afinidade existente entre a democracia e a tolerância, visualizando-se que esta fortalece a concretização dos Direitos Fundamentais e melhor se desenvolve em uma democracia.

Estabeleceram-se considerações sobre o conceito de tolerância e, em seguida, houve a confrontação da tolerância com o contexto democrático, constatando-se que ela melhor se desenvolve na democracia, possibilitando a concretização dos direitos fundamentais.

Conclui-se que o núcleo da ideia de tolerância é o reconhecimento do igual direito de conviver, apesar das diferenças religiosas, étnicas, raciais, dentre outras e se trata de pressuposto necessário para a consolidação da democracia.

Somente através do respeito ao próximo e da preservação das minorias é possível a formação de uma sociedade global pluralista, baseada na dignidade da pessoa humana. Sendo o homem um imperativo categórico e jamais deve ser utilizado como instrumento para a consecução de determinadas finalidades, já que ele constitui um fim em si mesmo.

Evidente que não se colocou fim na questão da inclusão social das minorias, efetivação dos direitos sociais, pela tolerância, em um ambiente democrático.

A pesquisa científica e o debate na academia e em sociedade se apresentam como caminhos adequados para a busca de respostas para esta importante questão: a democracia e a tolerância.

Referências Bibliográficas

ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução Roberto Raposo, RJ, Forense, 1981.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Ediouro. 1995.

DUSSEL, Enrique. Filosofia da Libertação-crítica à ideologia da exclusão. Tradução Georges I. Maissat. Editora Paullus.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual. São Paulo: Saraiva, 2000.

ISBN 978-85-62288-05-0

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

AVILA, Fernando Bastos de, padre. Pequena enciclopédia de moral e civismo. 3.ed. Rio de Janeiro: FENAME, 1982.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Ediouro.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Editora Paz e terra, 2002.

COMTE-SPONVILLE, André. Pequeno tratado das grandes virtudes. Tradução Eduardo Brandão. – 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

CORTELLA, Mário Sérgio; TAILLE, Yves de. Nos labirintos da moral. 7.ed. Campinas / SP: Editora Papirus + Debates, 2010.

FERNÁNDEZ, Eusebio. "Identidad y diferencias em la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías", in Sistema, n.º 106. Madri: 1992.

GUERREIRO, Sara. As fronteiras da tolerância. Coimbra / Portugal: Edições Almedina S/A., 2005.

HABERMAS, Júrgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política. São Paulo/ SP: Edições Loyola, 2007.

_____LIMA, Jairo Néia. A cidadania social por meio do reconhecimento do direito fundamental à inclusão social (p. 258). Políticas Públicas da previsibilidade a obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do Estado social de direitos / Dirceu Pereira Siqueira, Fernando de Brito Alves, (organizadores). 1.ed. Birigüi, SP: Boreal editora, 2011. (Vários autores).

Junior, Cretella Jose. Comentários a Constituição de 1988. Editora Forense, 2000.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade / Pietro de Jesús Lora Alarcón. – São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MOISÉS, José Álvaro. Os Brasileiros e a democracia: bases sócio-políticas da legitimidade democrática. São Paulo: Ática – 1995.

Pinto Ferreira – Comentários a Consituição Brasileira – 1º volume – Saraiva – 1994.

Platão. República. Trad. C. A. Nunes. Belém: EDUFPA - 2000.

ROCA, María J. La tolerancia en el derecho. Madrid: Centro de Estudios, 2009.

VOLTAIRE, F.M.A. Tratado sobre a tolerância – A propósito da morte de Jean Calas. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

VOLTAIRE, 1694 – 1778. Dicionário filosófico. Tradução: Ciro Mioranza e Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Editora Escala, 2008.

WALZER, Michael. Da tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ISBN 978-85-62288-05-0

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, A AUSÊNCIA DE CADÁVER E A ABERTURA DA AÇÃO PENAL POR HOMICÍDIO

Giovana ZANINELLI[266]

RESUMO:

O presente estudo versa a respeito da falta do exame de corpo de delito direto no crime de homicídio. Por se tratar de crime que deixa vestígios, a princípio tal exame é tido como indispensável para conseqüente propositura da ação penal. O principal objetivo foi pesquisar a respeito da viabilidade da propositura da ação penal em crimes de homicídio cujo corpo não foi encontrado. Para tanto, foi realizado um levantamento bibliográfico em publicações de tema correlato, e pesquisa jurisprudencial. Há possibilidade de início de uma ação penal referente ao crime de homicídio, quando não foi encontrado o corpo da suposta vítima? Foi aqui abordado o posicionamento dos principais autores a cerca do tema, e as diferentes perspectivas que envolvem a questão. O Código de Processo Penal apresenta solução para a situação. Entretanto, na prática deve acontecer a análise especifica do caso concreto e das provas indiretas que foram produzidas em cada situação fática da vida real. O importante é colocar o tema em discussão e que as decisões destas questões complexas sejam fundamentadas em linhas e bases sólidas para que não aconteçam injustiças e nem impunidades.

ABSTRACT:

The present study addresses the lack of a forensic examination direct the crime of murder. In dealing with crime that leaves traces in the beginning such an examination is considered essential for subsequent filing of criminal action. The main objective was to investigate the feasibility of bringing about the prosecution of crimes of murder, whose body was not found. To that end, we carried out a literature theme in publications correlate and jurisprudential research. There is the possibility of initiating a criminal action related to the crime of murder when they found the body of the alleged victim? It was here addressed the placement of the lead authors on the subject, and the different aspects of the issue. The Code of Criminal Procedure provides solution to the situation. However, in practice should happen to the case

[266] Advogada. Aluna especial do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina UEL (1º semestre 2012). Especialista em Ministério Público no Estado de Direito pela UNOPAR Universidade Norte do Paraná/ Fundação Escola do Ministério Público FEMPAR (2010-2011). Especialização em andamento (Direito e Processo Penal) - Universidade Estadual de Londrina UEL (2011-2012). Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Contábeis e Administrativas de Rolândia - FACCAR (2009). Graduada em Turismo com ênfase em hotelaria pela Universidade Norte do Paraná UNOPAR (2005).

ISBN 978-85-62288-05-0

specific analysis and indirect evidence has been produced in every factual situation in real life. The important thing is to put the subject under discussion and the decisions of these complex issues are grounded in solid lines and bases that do not happen to injustice and impunity either.

PALAVRAS CHAVE: Homicídio. Materialidade. Provas indiretas. Exame de corpo de delito.

KEY WORDS: Murder. Materiality. Indirect evidence. A forensic examination.

1 INTRODUÇÃO

O fato de não ser encontrado o cadáver no crime de homicídio e as questões atinentes ao tema são discutidas há muito tempo pela doutrina a qual, menciona casos emblemáticos de erro judiciário ante a uma condenação sem provas contundentes e também casos de impunidade.

A falta do corpo de delito direto põe em discussão a qualidade e suficiência das provas para dar ensejo a uma condenação sólida, livre de vícios e erros irremediáveis na vida dos envolvidos nos fatos criminosos, os quais possuem sua inocência presumida até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A problemática do assunto possui solução no próprio Código de Processo Penal. Ainda assim, a doutrina e a jurisprudência muito discutem a respeito. Nos crimes que deixam vestígios, em especial no crime de homicídio, a impossibilidade de se comprovar a existência do delito pelo exame de corpo de delito direto necessita que os operadores do direito procedam com redobrada cautela.

Trata-se de questão delicada, uma vez que em caso de erro pode haver a condenação de um inocente ou a impunidade de um culpado que além de cometer um homicídio, ainda oculta o corpo para se quedar impune, dificulta a elucidação do fato criminoso e gera insegurança social.

Sempre que realizadas todas as diligências possíveis, a fim de localizar o corpo da vítima, e ainda assim não for encontrado, não se pode cogitar automaticamente em falta de elementos indispensáveis para a propositura da ação penal ou então que não se pode configurar um delito de homicídio, latrocínio, seqüestro seguido de morte etc.

Se assim o fosse, sempre que o agente praticasse algum dos delitos supra mencionados, praticaria em concurso o crime de ocultação de cadáver para eximir-se da responsabilidade.

Ante a falta do cadáver que possibilita a realização do exame de corpo de delito direto e da falta de elementos que viabilizem a realização do exame indireto, tem-se a possibilidade da comprovação da materialidade por meio da prova

ISBN 978-85-62288-05-0

testemunhal e tal solução é a apontada no próprio Código de Processo Penal. Entretanto, estas provas devem ser suficientes a fim de gerar uma certeza para a condenação. Em caso de falta de provas sólidas e convincentes deve a absolvição ser a melhor solução.

Há ainda, o clamor social, que por sua vez, roga pela punição independente de uma prova material concreta ou não, ou seja, uma mera resposta aos anseios de uma sociedade que julga e condena sem a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa, antes mesmo de ser instaurada uma ação penal para a instrução que quiçá, posteriormente, advenha uma eventual condenação, no caso de ser verificado que o acusado era realmente o autor do delito.

Cumpre aqui destacar os direitos e garantias do acusado assegurados pela Constituição, como por exemplo, o devido processo legal, a ampla defesa, a presunção de inocência e a existência da prova de materialidade e indícios de autoria a fim de ensejar o recebimento de uma ação penal para submeter o indivíduo à acusação de autor de um delito.

2 DO EXAME DE CORPO DE DELITO

Ao contrário dos denominados crime de mera conduta, há crimes que produzem alteração fática no mundo real, capazes de serem comprovados por exames que demonstram a existência do delito. No que tange ao crime de homicídio, menciona Cerqueira, (2010, p. 1) que: “O crime de homicídio é classificado como delito material, ou seja, aquele que deixa uma alteração no mundo real, chamada de resultado naturalístico. É exatamente esse resultado naturalístico que define a sua consumação, ou seja, se foi realizado de fato”.

Principalmente ante a suspeita da existência de crime de homicídio, deve ser realizado o exame de corpo de delito para que se encontre a causa do evento fatal. Tal exame pode apurar mais precisamente se a morte foi provocada por outrem ou se foi de causas naturais ou outras assemelhadas (CERQUEIRA, 2010, p. 1).

Por intermédio do exame de corpo de delito é que pode ser comprovado exatamente quais foram as causas que ocasionaram o evento morte da vítima, e assim definir com precisão a classificação do delito e suas qualificadoras, como por exemplo: meio cruel, recurso que impossibilitou a defesa da vítima, etc. Neste sentido, cabe aqui mencionar um conceito de exame de corpo de delito: “É o conjunto de vestígios materiais (elementos sensíveis) deixados pela infração penal, ou seja, representa a materialidade do crime. Os elementos sensíveis são os vestígios corpóreos perceptíveis por qualquer dos sentidos humanos” (CAPEZ, 2010, p. 391).

ISBN 978-85-62288-05-0

As infrações que deixam vestígios também são denominadas de *delicta facti permanentis*, deste modo, quando a infração deixa vestígios é necessário o exame de corpo de delito para a comprovação dos vestígios materiais deixados (TOURINHO FILHO, 2009, p.256).

No mesmo vértice, explica Mirabete (2006, p. 265), que corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais deixados pelo crime, aquilo que se vê, apalpa, sente e pode ser analisado pelos sentidos, se trata de um auto ao qual descrevem os peritos as suas observações e este é o próprio crime em sua tipicidade.

Ao se tratar de infração que deixa vestígios, é necessário realizar o exame de corpo de delito, que se destina à comprovação por perícia dos elementos objetivos do tipo, que diz respeito principalmente ao evento produzido pela conduta delituosa da qual houve o resultado que demonstra a existência de crime (MIRABETE 2006, p. 265).

O exame de corpo de delito não é exclusividade do crime de homicídio, e deverá ser realizado sempre que o crime deixe vestígios (CERQUEIRA, 2010, p. 1). Neste sentido, menciona o artigo 158 do Código de Processo Penal: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo suprí-lo a confissão do acusado”.

Conforme destaca Tourinho filho (2009, p. 257), o legislador, ao se utilizar da forma imperativa no artigo anteriormente mencionado “será indispensável o exame de corpo de delito” revela que em infrações que deixam vestígios é necessária a realização do exame, tanto que o artigo 564, inciso III, “b” erigiu a sua ausência à categoria de nulidade insanável, pois, há casos em que sem o exame de corpo de delito não pode ser proposta a ação penal, como por exemplo, nos crimes contra a propriedade imaterial quando deixam vestígios nos termos do artigo 525: “No caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito”.

Há conflito de regras entre a norma prevista no artigo 155 do Código de Processo Penal que admite e consagra o livre convencimento do juiz e a norma contida no artigo 564 inciso III, “b”, do mesmo estatuto que menciona a respeito de nulidade ante a ausência do corpo de delito?

Em especial, para o delito de homicídio, o exame de corpo de delito será realizado pelo exame de necropsia, previsto no artigo 162 do Código de Processo Penal:

> “Art. 162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto. Parágrafo único. Nos

ISBN 978-85-62288-05-0

> casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante."

Por sua vez, para construir uma sequência lógica dos acontecimentos a fim de elucidar um crime de homicídio, também pode haver a realização da perícia em roupas, móveis, ou quaisquer outros objetos passíveis de perícia encontrados no local do crime, ou em poder pessoas suspeitas.

2.1 Distinção Entre Corpo de Delito e Exame de Corpo de Delito

O conjunto de vestígios deixados pelo crime é o corpo de delito. Não está restrito aos vestígios relativos ao corpo físico da vítima do delito. O exame de corpo de delito é a perícia feita nestes vestígios (BONFIM, 2010, p. 362).

Conforme já anteriormente mencionado, nas infrações que produzem efeitos permanentes, há necessidade da realização do exame de corpo de delito para a comprovação dos vestígios materiais deixados pelo crime. Neste sentido: "O exame de corpo de delito é um auto em que os peritos descrevem as suas observações e se destina a comprovar a existência do delito (CP, art.13 caput); o corpo de delito é o próprio crime em sua tipicidade" (CAPEZ, 2010, p. 391).

Por sua vez, o exame de corpo de delito divide-se em direto e indireto. O exame direto é aquele realizado no próprio corpo de delito, como por exemplo, o cadáver, a janela arrombada, a chave utilizada, etc. Já o exame de corpo de delito indireto acontece quando é impossível a realização do exame direto e provém de um raciocínio dedutivo sobre um fato que foi narrado apenas por testemunhas ou outros indícios (CAPEZ, 2010, p. 391).

Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais deixados pelo crime, o que por sua vez, não pode ser confundido com o corpo da vitima, que é o cadáver. Deve ser considerado que mesmo que exista o cadáver, ainda é possível ocorrer equívocos quanto a atribuição da autoria. Para a condenação deve haver um conjunto de certezas (materialidade + autoria). Em caso de incerteza, deve haver a absolvição.

2.2 Da Prova Indireta

Há casos em que ante a um provável homicídio, não se encontra o corpo, por exemplo, quando o autor do crime nega o fato e enterrou o corpo em um lugar que somente ele conhece e nunca entregará a prova material do crime, ou amarrou pedras no corpo e jogou em um rio ou mar, incinerou, esquartejou e deu a cães, soterrou sob quilos de concreto de uma obra não revelada, etc. Por sua vez, o crime

ISBN 978-85-62288-05-0

de homicídio como delito material o qual exige prova aferida pelo exame de corpo de delito. Todavia, deve ser observado o princípio *in dúbio pro reo*, e então ante o qual como poderia ser provada a ocorrência ou não de um delito ante ao desaparecimento do corpo? Quando o acusado nega os fatos fica a dúvida se a suposta vítima poderia estar viva (CERQUEIRA, 2010, p. 1).

Ainda que o exame de corpo de delito seja considerado uma prova técnica que muitas vezes é decisiva para a elucidação dos fatos e comprovação da materialidade, autoria e modo como ocorreu o crime, quando desaparecidos os vestígios passiveis de perícia, podem ser utilizados outros elementos de caráter probatório existentes nos autos, como por exemplo, a prova testemunhal e a documental, a fim de formar o convencimento do juiz a respeito da ocorrência dos fatos.

Pode acontecer que as infrações não tenham deixado vestígios ou estes não foram encontrados, desapareceram e impossibilitaram o exame direto. Nestas hipóteses, deve haver a dispensa da perícia e realizar a prova de materialidade do crime por outros meios probatórios (MIRABETE, 2006, p. 266).

Destaca o artigo 167 do Código de Processo Penal que: "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta." Neste sentido, versa a jurisprudência:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. EXAME DE CORPO DE DELITO NÃO REALIZADO. PROVA TESTEMUNHAL. SUPRIMENTO. ART. 167 DO CPP. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS. ARTS. 563 E 565 DO CPP. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE QUE NÃO APROVEITA AO RÉU. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. A simples ausência de laudo de exame de corpo de delito da vítima não tem o condão de conduzir à conclusão de inexistência de provas da materialidade do crime, se nos autos existem outros meios de prova capazes de convencer o julgador quanto à efetiva ocorrência do delito, como se verifica na hipótese vertente. Aplicação do art. 167 do CPP. 2. Hipótese em que o apelo defensivo foi acolhido para excluir da condenação a qualificadora do motivo fútil. Pretensão de declaração de nulidade para que a questão seja reapreciada pelo Júri Popular. 3. Eventual declaração de nulidade do acórdão da apelação, em face do disposto no art. 593, § 3.º, do Código de Processo Penal, somente poderia ser levada a efeito se requerida pela parte à qual aproveita, no caso, o Ministério Público, uma vez que a reforma da decisão de primeiro grau deu-se em favor do réu.
>
> 4. Não logrando a impetração demonstrar qualquer prejuízo concreto ao Paciente, a teor do disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, que

ISBN 978-85-62288-05-0

> consagra na lei processual pátria o princípio pas de nullité sans grief, não há como declarar a nulidade do decisum. 5. Ordem denegada. (HC 33.300/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2005, DJ 09/05/2005 p. 438).

Ante a impossibilidade de realização do exame de corpo de delito direto previsto no artigo 158 do Código de Processo Penal, poderá ser utilizada a prova testemunhal prevista no artigo 167 do mesmo código, a qual o autor denomina exame de corpo de delito indireto (CERQUEIRA, 2010, p. 1).

Entretanto, cumpre aqui considerar que o artigo 158 do Código de Processo Penal, segundo outro autor, na verdade, abarca os dois tipos de exames de corpo de delito, ou seja, tanto o direto, caso se constitua este vestígio do próprio corpo do delito, por exemplo, um cadáver, como o exame indireto, na ocasião em que o corpo de delito desapareceu, mas ainda restaram vestígios periféricos (roupas com sangue da vítima, cinzas do corpo incinerado) (CAPEZ, 2010, p. 392).

Assim, a prova direta se refere ao próprio fato a ser provado, o qual não necessita de qualquer processo lógico de construção. Já a prova indireta é aquela que se obtém por intermédio de uma construção lógica de raciocínio pelo qual se chega ao fato ou à circunstância que se quer provar, como por exemplo, os indícios e as presunções (RANGEL, 2010, p.456).

Por sua vez, o artigo 167 do Código de processo penal trata de situação diversa: o desaparecimento de todos os vestígios sejam eles principais ou periféricos. Nestes casos, não há sentido em se falar em realização de perícia e pode o juiz considerar suprida esta falta pela prova testemunhal, isto é, pelos depoimentos prestados em audiência, quando desde logo os vestígios desapareceram (CAPEZ, 2010, p. 392). Eis jurisprudência a qual menciona acerca de questão semelhante:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. EXAME DE CORPO DE DELITO. PRESCINDÍVEL. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVAS. NULIDADE NÃO DEMONSTRADA. 1. A prova técnica não é exclusiva para poder atestar a materialidade das condutas. Havendo nos autos outros meios de provas capazes de levar ao convencimento do julgador, não há falar em nulidade processual por ausência do exame de corpo de delito. Precedentes. 2. Writ denegado. (HC 36.309/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 13/12/2004 p. 391).

ISBN 978-85-62288-05-0

O Código de Processo Penal Brasileiro admite a prova indireta (testemunhal) quando o corpo da vítima desaparece, justamente para evitar a impunidade, pois se assim não o fosse, bastaria matar a vítima e desaparecer com o corpo para garantir a impunidade (GOMES, 2010). Corrobora a jurisprudência de mesmo entendimento:

> HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO E OUTROS CRIMES. MATERIALIDADE. EXAME DE CORPO DE DELITO. AUSÊNCIA DE CADÁVER. PRESCINDIBILIDADE FRENTE A OUTRAS PROVAS. O exame de corpo de delito, embora importante à comprovação nos delitos de resultado, não se mostra imprescindível, por si só, à comprovação da materialidade do crime. No caso vertente, em que os supostos homicídios têm por característica a ocultação dos corpos, a existência de prova testemunhal e outras podem servir ao intuito de fundamentar a abertura da ação penal, desde que se mostrem razoáveis no plano do convencimento do julgador, que é o que consagrou a instância a quo. Ordem denegada. (HC 79.735/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 03/12/2007 p. 368).

Fica aqui evidenciada a divergência doutrinária a respeito da definição do exame de corpo de delito direto e principalmente no que diz respeito ao exame de corpo de delito indireto. Mais adequado é considerar que o artigo 158 do Código de Processo Penal, abarca o exame de corpo de delito direto e indireto e que o artigo167 do mesmo diploma passa para outro tipo de prova diverso de exame de corpo de delito.

No exame de corpo de delito direto, os peritos examinam os próprios vestígios materiais relativos à prática delituosa investigada. A grande divergência gira em torno do significado de exame de corpo de delito indireto, já que para alguns autores ele é constituído pelo depoimento das testemunhas a respeito da materialidade do delito, outros, no entanto, entendem que tal exame é feito pelos peritos com base em elementos diversos da prova testemunhal que constarem do processo (BONFIM, 2010, p. 362).

Uma terceira corrente estabelece que o exame de corpo de delito indireto pode ser feito por intermédio da análise judicial das provas, como por exemplo, a prova testemunhal, bem como por meio de perícia incidente sobre elementos que mediatamente demonstrem a materialidade delitiva (BONFIM, 2010, p. 380).

Deste modo, maior razoabilidade assiste àquele que apregoa que o artigo 158 do Código de Processo penal abarca as duas possibilidades de exame de corpo de delito, tanto o direito como o indireto, pois tal disposição ali se encontra expressa

ISBN 978-85-62288-05-0

taxativamente. O artigo 167 do mesmo diploma, todavia, sai do campo das provas periciais para dar lugar a produção de prova testemunhal e demais indícios capazes de formar o convencimento do juiz.

2.3 AUSÊNCIA DE CADÁVER E O HOMICÍDIO COMO CRIME MATERIAL

Em regra, para a comprovação da morte da vítima exige-se a materialidade da infração, ou seja, a prova direta que consiste na perícia do corpo. Todavia, excepcionalmente, em virtude do desaparecimento dos vestígios, a lei processual admite a prova indireta testemunhal (GOMES, 2010). No mesmo vértice:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. PEDIDO PREJUDICADO AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. 1. A superveniência da sentença condenatória prejudica a análise do pedido de habeas corpus fundado na falta de motivação idônea à prisão cautelar. 2. A falta do exame de corpo de delito não é suficiente para invalidar a sentença de pronúncia, seja porque a materialidade pode se comprovada por outros meios de prova, seja porque essa diligência, até o julgamento, pode ser realizada a qualquer tempo. 3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 52.123/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 22/10/2007 p. 320).

Não há qualquer formalidade para a realização do exame de corpo de delito indireto, sendo suficiente a oitiva da testemunha que afirma ter presenciado o crime ou visto os vestígios. Cabe, portanto, ao juiz decidir de acordo com o seu livre convencimento atribuir ou não valor probatório à palavra da testemunha, de acordo com os demais elementos probatórios constantes nos autos (TOURINHO FILHO, 2009, p. 259).

Diz ainda Gomes, 2010 que a lei não prevê um terceiro meio probatório sozinho isolado consistente em outros indícios da morte como sangue, cabelo da vítima etc, todavia, junto com a prova indireta testemunhal reforçam a prova indireta. Tal conjunto probatório (indireto + indiciário) pode alcançar o patamar de uma convicção que afaste as dúvidas e gere condenação.

Ao contrário do artigo 158 do Código de Processo Penal, que menciona acerca da realização da prova pericial tanto direta quando indireta, o artigo 167 do mesmo codex, nada menciona que a prova testemunhal seja necessariamente uma

ISBN 978-85-62288-05-0

modalidade de prova indireta, contudo, como se pode verificar, vários dos autores supra mencionados assim a consideram.

A prova testemunhal não é uma perícia realizada no corpo do delito ou em objetos que com ele mantiveram contato, logo, não é passível de exame indireto. Deste modo, tecnicamente a prova testemunhal não deveria ser assim mencionada, pois se trata de meio de prova diverso, circunstância excepcional, que por meio de demais indícios, tendo relação com o fato, pode dar ensejo a indução ou à conclusão da existência de determinado fato.

Neste sentido, cumpre aqui destacar a regra contida no artigo 239 do Código de Processo Penal: "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".

2.4 Suprimento do Exame Cadavérico e o Início da Ação Penal

Não é possível o exame de corpo delito direto ou indireto ser suprido com a mera confissão do acusado, pois a experiência tem mostrado que pode o indivíduo atribuir a si falsamente a prática de uma infração penal pelos mais diversos motivos (TOURINHO FILHO, 2009, p. 259).

Ante ao princípio *in dúbio pro reo*, caso as provas técnicas não sejam convincentes ou validamente obtidas, o resultado natural do jogo processual é a absolvição (GOMES, 2010).

Quando se trata de *delicta factis permanetis* a ausência de exame de corpo de delito dá causa à nulidade absoluta, pois não comprova a materialidade do crime. Entretanto, a prova testemunhal pode suprir o exame de corpo de delito quando desaparecidos os vestígios materiais do delito não for possível a sua realização (BONFIM, 2010, p. 945).

Nos termos do Código de Processo Penal, a falta de exame de corpo de delito representa nulidade (artigo 564, inciso III "b"). Por sua vez, quando o exame existente para o convencimento do juiz a respeito da materialidade do ilícito penal é insuficiente, deve o réu ser absolvido (artigo 386 inciso II do Código de Processo Penal) (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 142).

Na falta do exame direto há a possibilidade de realização do exame indireto. Não havendo nem um nem outro, a nulidade é absoluta. O Código de Processo Penal, no artigo 564, inciso III, "b" destaca que há nulidade por falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no artigo 167 (TOURINHO FILHO, 2009, p. 259).

Sem exame de corpo de delito direto ou indireto, regra geral há nulidade, entretanto, a lei faz ressalva ao disposto no artigo 167 do código de processo penal o qual dispõe a respeito da prova testemunhal, caso em que a ausência do exame

ISBN 978-85-62288-05-0

direto ou indireto não gera nulidade, desde que exista prova testemunhal (CAPEZ, 2010, p. 392).

Deste modo, há notável diferença entre o artigo 158 do Código penal, que dispõe sobre as duas modalidades de exame de corpo de delito (direto e indireto) e o artigo 167 que fala da prova exclusivamente testemunhal. No caso do artigo 158, há necessidade de realização de perícia e no caso do artigo 167 a prova testemunhal supre totalmente a ausência dos vestígios, sejam eles principais ou periféricos, sem dar ensejo à nulidade. Neste sentido, dispõe a ressalva prevista no artigo 564 inciso III "b do Código de Processo Penal". Eis que assim menciona a seguinte jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSÊNCIA DE LAUDO COMPROBATÓRIO DA MATERIALIDADE. IRRELEVÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA. I. Havendo nos autos outros meios de provas capazes de levar ao convencimento do julgador, não há falar em nulidade processual por ausência do exame de corpo de delito. II. A impetração não conseguiu ilidir a prova da materialidade nem os indícios de autoria, não restando evidenciada qualquer ausência de suporte probatório para o oferecimento da exordial acusatória. III. O trancamento da ação penal, por falta de justa causa, só é possível quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas no caso dos autos. IV. Ordem denegada. (HC 39.778/ES, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 30/05/2005 p. 400).

Ainda que as provas técnicas sejam convincentes, é recomendável redobrada cautela na aferição do conjunto probatório substitutivo de exame de corpo de delito direto, a fim de minimizar a possível ocorrência de erros no julgamento (CERQUEIRA, 2010, p. 1).

É de suma importância salientar, que a regra contida no artigo 167 da Lei processual penal somente pode ser utilizada nos casos em que os vestígios já haviam desaparecido antes do descobrimento do delito. Nos casos em que havia a possibilidade de realizar o exame de corpo de delito direto e este não foi realizado por omissão da autoridade, não há possibilidade de suprí-lo de nenhuma outra forma, por vedação expressa do artigo 158 da lei processual (CAPEZ, 2010, p. 394).

ISBN 978-85-62288-05-0

Entretanto, há uma tendência dos tribunais superiores a atenuar os rigores desta regra, desde que não sejam ilícitas, podem ser valoradas pelo juiz como admissíveis. Neste sentido, menciona o autor que segundo o STF, "A nulidade decorrente da falta de realização do exame de corpo de delito não tem sustentação frente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não considera imprescindível a pericia, desde que existam outros elementos de prova" (CAPEZ, 2010, p. 394).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de homicídio está presente na sociedade desde os primórdios. Os motivos encontrados pelos criminosos para a justificação de tal conduta são os mais variados possíveis, assim como pode não haver nenhum motivo relevante ou aparente para justificar a conduta.

A prática do crime de homicídio seguida da ocultação de cadáver demonstra uma busca desmedida pela impunidade, além de ser um fenômeno social de extremo descaso com o direito a vida do semelhante assegurado constitucionalmente.

No processo penal brasileiro, no que se refere à valoração da prova, vige o princípio da persuasão racional do juiz. Segundo tal princípio, o juiz pode decidir conforme a sua convicção, desde que fundamente nas provas contidas nos autos.

Pois então, conforme mencionado, diante de um caso concreto, deve ser realizada a análise do conjunto probatório apresentado nos autos para mensurar se as provas ali existentes são capazes ou não de ensejar a condenação do acusado.

O exame de corpo de delito seja ele direto ou indireto é importante, porém não é imprescindível para a comprovação do crime e pode ser suprido por outros elementos de convicção, como por exemplo, a prova testemunhal, que também não deixa de ser no sentido amplo uma modalidade de prova indireta.

Ao se tratar de crime de homicídio, portanto, sujeito ao rito do júri, na ocasião da pronúncia, o juiz deve se ater ao princípio "*in dubio pro societate*", ou seja, havendo dúvida quanto a inocência ou não do réu, deve ser submetido ao tribunal do júri. Na circunstância aqui em comento, para a pronúncia não é necessária a prova incontroversa do delito, basta o mero convencimento do juiz a respeito da sua existência.

Trata-se de uma exceção ao princípio do "*in dúbio pro reo*" que revela notável prejuízo a quem está sendo processado somente por meio do corpo delito indireto ou por meras provas testemunhais.

Por sua vez, na segunda fase do rito do júri, o jurado não tem necessidade de justificar ou fundamentar a decisão, já que decide pela íntima convicção, ocasião

ISBN 978-85-62288-05-0

em que acarretará novo prejuízo ao réu. Ante ao anteriormente mencionado, há inegável possibilidade de se cometer uma grave “injustiça”.

Cumpre aqui destacar a grande responsabilidade dos jurados, quando atuam no tribunal do júri. Trata-se de um grande desafio, vez que são cidadãos que não possuem conhecimentos técnicos específicos para analisar todas as circunstâncias complexas que geralmente envolvem casos desta natureza.

Uma vez pronunciado o réu e posteriormente submetido à apreciação dos jurados, ele corre sérios riscos de sofrer um julgamento meramente pautado pela emoção provocada pela mídia (pré julgamento) e não pela razão e pela lógica apresentada pela acusação e pela defesa em plenário.

Os meios de comunicação são o principal veículo de informação e reflexão da grande parte da população a respeito dos delitos que ocorrem na sociedade e deles tentam extrair noções de direito penal e do processo penal.

Principalmente em casos de grande repercussão acontece um fenômeno, um verdadeiro espetáculo a respeito de determinados casos, que vai além da vontade de meramente informar, viola o princípio da dignidade da pessoa do acusado, que muitas vezes ainda não é um acusado, mas apenas um possível indiciado.

O que no dia de hoje um determinado povo e uma determinada sociedade possui como verdade absoluta, pode ser que futuramente sejam derrubados tais paradigmas. Assim, no que diz respeito à autoria de um delito, também pode ser que futuramente a verdade real venha à tona e se descubra um erro irreversível.

Diante disso, cabe aos operadores do direito redobrada cautela ao lidar com este tipo de problema, principalmente quando se trata de casos de grande repercussão, pois a sociedade leiga e alguns profissionais dos meios de comunicação que não conhecem as regras contidas no Código de Processo Penal, podem fazer um pré julgamento errôneo do caso e destruir a vida de uma pessoa.

Assegura o artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Todavia, a sociedade condena de modo mais cruel do que o ordenamento jurídico, pois naquele, não há contraditório e nem ampla defesa.

Somente com todas as provas produzidas na instrução em mãos é que se pode ter elementos para uma condenação. Caso estas não sejam convincentes, deve o réu ser absolvido sob pena de o clamor público e o desconhecimento dos leigos preponderarem sobre as normas dispostas no Código de Processo Penal pátrio.

ISBN 978-85-62288-05-0

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1248p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 33.300/RJ; 5ª Turma, Rel Ministra LAURITA VAZ; DJ 09/05/2005 p. 438. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22LAURITA+VAZ%22%29.min.&data=%40DTPB+%3E%3D+20050509&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7376>. Acesso em: 09 de março de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 36.309/RJ; 5ª Turma; Rel Ministra LAURITA VAZ; DJ 13/12/2004 p. 391. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22LAURITA+VAZ%22%29.min.%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&data=%40DTPB+%3E%3D+20041213&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7540#>. Acesso em: 09 de março de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 79.735/RJ, 6ª Turma; Rel Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ 03/12/2007 p.368. Disponívelem:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.%29+E+%28%22Sexta+Turma%22%29.org.&data=%40DTPB+%3E%3D+20071203&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2317>. Acesso em: 09 de março de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 52.123/RJ, 5ª Turma; Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 22/10/2007 p. 320. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22ARNALDO+ESTEVES+LIMA%22%29.min.%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&data=%40DTPB+%3E%3D+20071022&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3499#>. Acesso em: 09 de março de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 39.778/ES, 5ª Turma; Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ 30/05/2005, p.400. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22GILSON+DIPP%22%29.min.%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&data=%40DTPB+%3E%3D+20050530&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3319#. Acesso em: 09 de março de 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 875p.

CERQUEIRA, Antonio Alberto do Vale. É possível a condenação por homicídio sem a existência de um corpo? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2598, 12 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17167>. Acesso em: 17 set. 2010.

CERQUEIRA, Antonio Alberto do Vale. É possível a condenação por homicídio sem a existência de um corpo?**. Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2598, 12 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17167>. Acesso em: 17 set. 2010

GOMES, Luiz Flávio. Existe homicídio sem o corpo da vítima? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2610, 24 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17252>. Acesso em: 17 set. 2010.

GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal.* 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 300p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1087p.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal.* 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 818p.

MULLER, M. S.; CORNELSEN, J. M. *Normas e padrões para teses, dissertações e monografias*. 6. ed. Londrina: UEL, 2007. 155p.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal.* 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1094p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3, 687p.

ISBN 978-85-62288-05-0

A CRIAÇÃO DA COMISSÃO DA VERDADE E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Alana Fagundes VALÉRIO[267]

RESUMO:
Este artigo pretendeu analisar o enquadramento jurídico da Comissão da Verdade, frente à lei de Anistia e como a Comissão da Verdade poderá contribuir para o resgate de informações omitidas durante a Ditadura Militar, atuando em defesa dos Direitos Humanos. A pesquisa utiliza de uma abordagem histórico-descritiva pois pretende situar o tema em um determinado contexto histórico e descrevendo os acontecimentos que trouxeram a temática para á tona para ser tratada por tal instituição.

ABSTRACT:
This article aims to analyze the legal framework of the Truth Commission, in front of the Amnesty Act and as the Truth Commission can help to rescue omitted information during the Military Dictatorship, acting in defense of Human Rights. The research uses a historical-descriptive because they want to place the subject in a particular historical context and describing the events that brought the issue to be surface to be treated by such an institution.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Anistia, Ditadura Militar.

KEY-WORDS: Human Rights, Amnesty, the military dictatorship.

INTRODUÇÃO

A Comissão da verdade tem como finalidade investigar casos de violações aos direitos humanos ocorridos entre os anos de 1964 e 1988(entre eles, torturas, mortes, desaparecimentos e ocultação de cadáveres). Esta comissão será composta de forma pluralista, integrada por sete membros, designados pela Presidência da República, dentre brasileiros de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia e institucionalidade constitucional, bem como, com o respeito aos direitos humanos. Não poderão participar aqueles que exerçam cargos executivos em agremiações partidárias; que exerçam cargo em

[267] Atualmente é aluno do curso de graduação em direito das Faculdades Integradas ´Antônio Eufrásio de Toledo. Bolsista de iniciação científica do CNPQ

ISBN 978-85-62288-05-0

comissão ou função de confiança em quaisquer esferas do poder público; ou que, por qualquer razão, não tenham condições de atuar com imparcialidade no exercício das competências da comissão.

Este artigo pretende abordar o papel que a comissão da verdade irá desempenhar na elucidação das questões relacionadas aos crimes cometidos durante o período ditatorial e seus reflexos dentro do ordenamento jurídico. As omissões por parte do Estado Brasileiro desde o encerramento do Regime Ditatorial causaram consequências em âmbito internacional, principalmente na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que por diversas vezes condenou o Brasil por desobediência as sentenças proferidas pela mesma e também por não atuar efetivamente nos casos sem resolução. A Comissão da verdade foi criada como instrumento para responder à Jurisdição Internacional e esclarecer a sociedade sobre as ausências do Estado com relação aos excessos cometidos por parte de seus agentes e as consequências decorrentes dos mesmos.

O trabalho baseia-se em uma revisão bibliográfica nas mais variadas fontes de pesquisa, ressaltando-se a escassez de fontes relativas ao assunto devido ao mesmo ser recente na área jurídica. O método de pesquisa utilizado foi o histórico-descritivo. Histórico, pois o entendimento do tema depende do conhecimento da evolução histórica do mesmo, o que possibilita a identificação da lógica do seu desenvolvimento. Para Marconi e Lakatos,

> ”[...] Consiste em investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar sua influência na sociedade de hoje, pois as instituições alcançaram sua forma atual através de alterações de suas partes componentes, ao longo do tempo, influenciadas pelo contexto cultural particular de cada época.” (LAKATOS e MARCONI, 2005, p. 51)

E é descritiva porque intenciona mostrar uma situação como ela se apresenta, descrevendo-a após um estudo feito em um determinado tempo e espaço.

1 O Processo de construção dos Direitos Humanos no Brasil

A natureza jurídica do que conhecemos como Direitos Humanos é alvo de grande divergência doutrinária por tratar-se de um ramo do direito que sofreu várias alterações no decorrer da História, sendo necessário que haja uma análise de seus precedentes. Norberto Bobbio explica de forma muito clara esse processo de construção e transformação em sua obra, sendo válido destacar que ”os direitos humanos, nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos

ISBN 978-85-62288-05-0

positivos particulares para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais." (1992, p. 30)

Os direitos humanos nascem como direitos naturais universais no momento em que são reconhecidos pelo Estado, que oferece aos indivíduos garantias fundamentais para que seja possível, o desenvolvimento de toda a sociedade. Sendo o Direito dos Direitos Humanos o defensor dos oprimidos, marginalizados pelo sistema, o foco de defesa sempre caminhou em direção a proteção destes direitos que, após muitos sacrifícios e sangue derramado, foram consolidados pela Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, documento este, que foi elaborado em razão da necessidade de uma base normativa internacional que estabelecesse em seus artigos, que a dignidade da pessoa humana é o princípio que rege esta norma e todas as demais a ela subordinadas.

O Professor Valério Mazzuoli, introduzindo sobre a consolidação dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico internacional afirma que

> Com o surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a aflorar e solidificar-se de forma definitiva, gerando, por via de conseqüência, a adoção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos. (MAZZUOLI, p. 35, 2001)

O número de tratados internacionais que têm como objetivo a segurança dos Direitos Humanos foi crescendo gradativamente, e o Brasil aderiu a diversos, destacando-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, que hoje tem papel fundamental, no debate estabelecido sobre os crimes cometidos durante o período ditatorial e o tratamento dado pelo Estado Brasileiro aos que os cometeram e receberam a Anistia.

É interessante ressaltar que a construção dos Direitos Humanos no Brasil deve ser analisada sob um foco histórico, que está intimamente ligada à história das Constituições Brasileiras. A primeira Constituição Brasileira, de 1824, que foi outorgada, garantia que os direitos civis e políticos estavam elencados na liberdade, segurança individual e na propriedade. Os direitos individuais eram relacionados à classe social a qual pertencia o cidadão, sendo impossível falar em direitos humanos, pois como sabemos a escravidão ainda vigorava em nosso País.

A Constituição seguinte, promulgada em 1891, foi conhecida como a Constituição Republicana. Seus princípios estão intimamente ligados à Constituição dos Estados Unidos da América, logo, elencados no liberalismo de organização federativa e individualismo econômico e político. Nesta constituição, como na

ISBN 978-85-62288-05-0

anterior, já houve a existência de um rol de direitos e garantias para que foram expressamente declarados em título e seção definidos.

A Carta Magna de 1934 encerrou o ciclo da velha democracia liberal e procurou conciliar filosofias que surgiram das Cartas Magnas de Weimar (socialdemocrática) e dos EUA (liberalindividualista). Ampliou o rol de proteção de Garantias e Direitos fundamentais, ressaltando-se como exemplos, a irretroatividade da lei penal e a impossibilidade absoluta de extradição de brasileiros. A Constituição de 1937 destoa de todo esse percurso que foi traçado pelas constituições anteriores. De característica autoritária, inspirada no modelo fascista, a Constituição outorgada pelo então Presidente Getúlio Vargas, no que se refere aos direitos e garantias fundamentais, em seu texto constitucional mostrou-se retrógrada, retirando diversos preceitos democráticos já existentes: a irretroatividade da lei e mandado de segurança foram substituídos pela pena de morte para os crimes políticos e a censura prévia da imprensa.

Com a queda do governo Getúlio Vargas, a Constituição de 1946, foi promulgada e refletiu o sopro democrático emanado da vitória das Nações Aliadas na 2ª Guerra Mundial. Foi uma Constituição de caráter Republicano, Federativo e Democrático. Em matéria de direitos individuais, retomou o rol da Constituição de 1934 e inseriu diversos direitos sociais atinentes a inviolabilidade dos direitos a vida, a liberdade e a segurança individual. Para entender o contexto da Constituição que se seguiu a de 1946 é necessário que façamos um pequeno relato a respeito dos acontecimentos que a precederam, para que seja mais fácil a compreensão do tema tratado por esta pesquisa.

O Golpe de 64

Com o final da 2ª Grande Guerra, ao instalar-se o período conhecido como “Guerra Fria”, os governos, alinhados aos Estados Unidos, passaram a monitorar todos os simpatizantes do comunismo propagado pela então URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), estabelecendo-se uma verdadeira “caça as bruxas”, a fim de evitar que mais países pudessem ser convertidos ao regime, como Cuba, por exemplo. No Brasil, o reflexo de toda essa agitação mundial foi o golpe militar de 31 de março de 1964, quando foi deposto o então Presidente da República João Goulart, que era considerado pelos militares, como uma ameaça a democracia, instaurando-se nesse momento um governo provisório que estabelecesse a “ordem e paz social”. Durante esse período vivenciamos um governo marcado pelo autoritarismo, supressão dos direitos constitucionais, prisão e tortura dos opositores do regime e uma censura prévia em todos os meios de comunicação.

A partir de 1964 foram criados vários organismos de repressão aos opositores da ditadura, entre eles o mais famoso SNI – Serviço Nacional de Informações, que teve outros órgãos repressores subordinados ao seu comando.

ISBN 978-85-62288-05-0

Com as informações obtidas pelo SNI era possível agir com prevenção e maior eficácia no processo repressivo. As torturas instauradas nessa época tinham o objetivo de extrair depoimentos dos oposicionistas ao sistema, incutir medo na população e consolidar os governos instituídos sem a participação popular. Nesse contexto em 1967 foi institucionalizado o Regime Militar, através de uma carta Constitucional, entre outras medidas, ela mantinha a restrição a autonomia dos estados, a submissão dos documentos presidenciais a chancela do Congresso e as eleições indiretas para presidente.

Quando o período ditatorial teve seu apogeu, entre 1968 e 1979, ao longo dos mandatos dos Generais Artur da Costa e Silva, Emilio Garrastazu Médici, Ernesto Geisel e João Baptista de Oliveira Figueiredo, os órgãos de repressão foram acusados de promover diversas prisões ilegais, muitas das quais resultaram em assassinatos.

O Golpe dentro do Golpe: Os Atos Institucionais

Todas as ações do Governo Militar eram respaldadas pelos Atos Institucionais. Estes atos foram editados pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica ou pelo Presidente da República, e partir delas, o Executivo passou a centralizar o poder e impor uma hierarquia constitucional. Deste modo, a cada ato publicado em Diário Oficial, mais restrições surgiam. O Ato Institucional nº 5, decretado em 13 de dezembro de 1968, pelo então Presidente da República General Artur da Costa e Silva, é considerado o mais abrangente e autoritário de todos os outros atos institucionais.

> "Visando assegurar a continuidade do Golpe de 1964 na conformidade da doutrina da segurança nacional desenvolvida pela Escola Superior de Guerra, o Presidente encaminhou ao Congresso o projeto do estatuto fundamental e foi ouvido sobre as emendas apresentadas. O texto aprovado em 24.02.1967 sofreu, porém, rude golpe em 17.10.1969, quando a Junta Militar que assumiu o poder impôs-lhe ampla revisão através da Emenda Constitucional nº 1." (WAGNER, 2010, s.p.)

O AI-5 deve ser analisado sob dois aspectos: a princípio, como uma resposta do Estado para as manifestações dos grupos revolucionários opostos ao regime ditatorial, que passaram a intensificar suas ações; também como uma forma de expor a toda população, que o modelo instituído mantinha a ordem e o pleno funcionamento de todos os setores da Nação. No o preâmbulo do AI-5 é possível notar o espírito que motivou a publicação da mesma:

ISBN 978-85-62288-05-0

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e

CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, [...] de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964);

CONSIDERANDO, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la;

CONSIDERANDO que, assim, se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução, preservando a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária;

CONSIDERANDO que todos esses fatos perturbadores da ordem são contrários aos ideais e à consolidação do Movimento de março de 1964, obrigando os que por ele se responsabilizaram e juraram defendê-lo, a adotarem as providências necessárias, que evitem sua destruição. (ATO INSTITUCIONAL Nº 5, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1968)

Com sua entrada no ordenamento jurídico, o AI-5 fez muito mais do que só conter os ditos “transviados”, passou a perseguir todo e qualquer indivíduo, grupo ou movimentos, que de alguma forma manifestava qualquer parecer crítico ao sistema. Era comum a prisão dos adversários do regime sem nenhuma acusação formal, as vítimas dessas ações eram parlamentares, intelectuais, artistas, líderes estudantis, sindicalistas, religiosos progressistas e militantes de esquerda, entre outros.

A violência que ocorreu durante essas prisões é retratada em fotos, obras literárias e testemunhos de diversos participantes do movimento revolucionário. Muitos deles carregam marcas em seus corpos até hoje, além dos traumas psicológicos que as torturas causaram em suas vidas. Entretanto, o que instiga a

ISBN 978-85-62288-05-0

todos os pesquisadores e estudiosos deste assunto é o número de desaparecidos que, ao serem presos e levados as instituições e quartéis, como o COPS, para interrogatórios, não voltaram para casa.

Nesse aspecto o Brasil carrega uma mancha. Pelo fato de que muitas dessas prisões ocorreram de forma irregular, pela falta de mandado ou sem devido processo legal, muito do que aconteceu com essas pessoas não foi registrado em arquivos, resultando em lacunas que devem ser preenchidas com o início dos trabalhos da Comissão Da Verdade.

A Anistia

Em 13 de outubro de 1978, no governo Geisel, foi promulgada a emenda constitucional nº 11, cujo artigo 3º revogava todos os atos institucionais e complementares, no que fossem contrários à Constituição Federal, "ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial". Após todas as atrocidades cometidas durante o período em que o AI-5 foi levado a efeito, e antes que houvesse a abertura política tão desejada pela população, o Presidente da República General João Baptista de Oliveira Figueiredo assinou a lei, que concedia a Anistia a todos aqueles envolvidos em crimes de natureza política ou praticados por motivação política. Criada no contexto de uma distensão do regime, a proposta de anistia aos envolvidos com crimes políticos no período em questão, foi estendida aos agentes públicos que praticaram atos de violência contra civis durante o regime.

A lei 6.683 de agosto de 1979 decreta em seu Artigo1º:

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

Esta norma não atendia a todos os interesses, pois as famílias das vítimas deste processo não puderam buscar apoio na justiça, já que a lei incluía os condenados por atentados terroristas e assassinatos e também favorecia os militares responsáveis pelas práticas de tortura. O número exato de desaparecidos não foi estabelecido, ainda hoje suas famílias não receberam informações exatas do que ocorreu a eles, se estão mortos e, em caso positivo, onde estarão seus corpos.

ISBN 978-85-62288-05-0

Por acreditarem que o acesso a essas informações é um direito dessas famílias é que há um grande número de processos sendo avaliados e que poderão ser reabertos com o auxílio dos trabalhos da Comissão da verdade.

A lei da anistia e a criação da comissão da verdade vêm trazendo diversos questionamentos sociais e jurídicos. Um dos questionamentos é o da insegurança jurídica, que a reabertura de processos pode causar, bem como o da validade jurídica da referida comissão à luz da lei de anistia. Da mesma forma, questiona-se a própria legitimidade da lei da anistia, em face da Lei Internacional de Direitos Humanos, o que justifica um maior aprofundamento no estudo de tais temáticas. Segundo Pedro Simon (2010, s.p.), "o Brasil que evita punir ou sequer apontar os torturadores da ditadura acaba banalizando a violência que vitimiza o cidadão comum em plena democracia. Esta mesma impunidade que nasceu nos quartéis sobrevive hoje nas ruas". Este mesmo entendimento prevalece nas sentenças condenatórias do Brasil

> As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.(CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL DE 24 DE NOVEMBRO DE 2010, p. 114)

O Brasil é o único país do chamado "Cone-Sul" a não julgar os responsáveis por torturas, sequestros e assassinatos ocorridos em sua ditadura militar. Com uma política estruturada na doutrina de "Segurança Máxima", a perseguição ocorreu para eliminar qualquer manifesto contrário ao regime dos generais. Este período foi marcado pela inexistência de um Estado de Direito e com isso a inaplicabilidade dos princípios jurídicos fundamentais. Como fundamentação para as práticas abusivas realizadas pelos órgãos de segurança, O Código Penal Militar serviu de referência para a adequação típica e punição de diversos presos políticos. O fato de muitos dos crimes que foram cometidos, como os crimes de tortura e terrorismo, serem considerados imprescritíveis, aumenta o debate entre as duas bancadas: a dos Direitos Humanos e os Conservadores.

Posição do Brasil na Jurisdição Internacional

ISBN 978-85-62288-05-0

O Direito Internacional hoje, mais do que nunca, influencia de forma contundente o Ordenamento Jurídico Brasileiro, sendo assim, impossível não tratarmos da participação do País na Jurisdição Internacional. O Brasil se submete aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos aos quais aderiu e os que poderá fazer parte, conforme o parágrafo 2º do art. 5º de nossa atual Constituição. As palavras da Prof.ª Flávia Piovesan confirmam esse entendimento.

> A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo dos direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional. (PIOVESAN, p. 55, 2008)

A posição desses tratados internacionais dentro de nosso ordenamento também é um aspecto a ser considerado, pois há distinções no tratamento dado aos tratados que versem sobre direitos humanos e tratados internacionais relacionados a outros assuntos. O parágrafo 2º do art. 5º de nossa Carta Magna atribui aos tratados de proteção dos direitos humanos status de “hierarquia constitucional”, assim as normas de tratado internacional podem prevalecer sobre a norma constitucional que verse sobre o mesmo tema. Não estamos restringindo a Soberania do Estado, mas sim, ampliando o rol já estipulado pela Constituição Federal e colocando-o em sintonia com o entendimento da jurisprudência internacional.

Em razão da adesão do País a Corte Interamericana de Direitos Humanos, devermos nos submeter às decisões que dela são proferidas, no entanto, isso não ocorre. O Brasil foi condenado diversas vezes por omissão, de cunho legislativo, que significaa omissão por não legislarmos sobre determinado assunto, ou omissão jurídica, onde as decisões proferidas pelo STF, não estão de acordo com a jurisprudência internacional. É de se destacar a última condenação, onde dentre outras resoluções, o Brasil foi condenado a tipificar o crime de desaparecimento de pessoas. Na sentença do Caso Lund e Outros, proferida em novembro de 2010, o caso trata da responsabilidade do Estado brasileiro nos casos de tortura e desaparecimento forçado de membros do Partido Comunista e camponeses, nas operações do Exército entre 1972 e 1975 para conter a Guerrilha do Araguaia. A sentença, expedida em 24 de novembro de 2010 afirma:

> Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas

ISBN 978-85-62288-05-0

> vítimas, inclusive, inter alia, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. (CASO GOMES LUND E OUTROSVS. BRASIL DE 24 DE NOVEMBRO DE 2010, p. 19)

Infelizmente, nosso Estado não consegue adaptar-se as novas tendências no que se refere a Direitos Humanos, pois como já citamos, o Brasil é o único país do eixo sul latinoamericano que ainda não reabriu seus processos oriundos do período ditatorial e ao aplicar a Anistia à todos, foi além, ignorando a real situação, ou seja, que os servidores que agiram em nome do Estado e utilizaram de todo e qualquer meio para conter os "subversivos da lei", cometeram crimes não só contra suas vítimas, mas sim contra toda humanidade, e isso não pode ser tratado como crime comum, simplesmente prescrever pelo decurso do tempo e assim ficarmos mais uma vez indiferentes, inertes, diante de fatos que mudaram a história de nosso País.

A Lei de Anistia e a Jurisprudência Atual

Conforme a Constituição Brasileira, em seu art. 5º, inciso XLIII, a lei considera insuscetível de graça ou anistia a prática de tortura, terrorismo e outros crimes hediondos e por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitar se omitirem. Este entendimento é pacífico desde a promulgação da Constiuição Federal. No entanto, ocorre que o enquadramento da Lei da Anistia frente aos crimes de terrorismo e tortura, no período militar, vem recebendo diferentes interpretações jurídicas, pois como a publicação da lei de Anistia é anterior à promulgação da Constituição atual. O primeio impasse para que se possa tratar de forma aberta e sem restrições deste tema é realmente a identificação da não inconstitucionalidade da norma, e sim da não recepção da mesma.

As discussões jurídicas estabelecidas a partir dessa resolução ganharam novo fôlego, a partir das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e com a atuação da Comissão da Verdade, novos pareceres poderão ser elaborados no momento da reabertura de documentos hoje mantidos sob sigilo. Os reflexos da atuação da Comissão interferem diretamente na interpretação da Lei 6.683/79, que hoje está concentrada em dois blocos, de um lado os que consideram que esta lei e sua aplicabilidade não devem sofrer alterações, cujo um de seus defensores é o Ministro Eros Grau, que em seu voto na ADPF 153, esclarece de forma bastante objetiva que não se trata de recepcionar a norma em questão, pois sua aplicabilidade foi imediata, por isso, não haveria motivos para torná-la

ISBN 978-85-62288-05-0

inaplicável. Há também o argumento, no sentido da punibilidade encontrada no Art. 107, Inciso II do Código Penal (2011), “Extingue-se a punibilidade: pela anistia, graça ou indulto” e mesmo que não houvesse essa garantia, os crimes ocorridos nos anos de chumbo não poderiam ser julgados por que na perspectiva constitucional, considerando o princípio da legalidade.

O segundo bloco é constituído pelos que acreditam que os processos devam ser reabertos, nesse sentido Glenda Mezarobba (2006), se posiciona a favor da abertura dos processos por “ser um dever de revelar a verdade, só recentemente contemplado de maneira mais substantiva, ainda que não plenamente.” E assim possam ser julgados e punidos nos rigores da lei os autores dos crimes praticados durante o regime militar porque estes delitos são considerados hediondos e, portanto, não prescrevem e devem ser considerados crimes de lesa-humanidade passíveis de julgamento, como está ocorrendo em outros países que viveram período de ditadura semelhante.

As instituições e organizações da sociedade civil também divergem quanto à interpretação da Lei da Anistia. Os integrantes de entidades de defesa dos Direitos Humanos interpretam o Art. 1º da lei 6.683/79 de forma diferente da que os juristas analisam. Para Rose Nogueira, presidente do Grupo Tortura Nunca Mais do Estado de São Paulo:

> A Lei de Anistia não beneficiou os "agentes do Estado" que tenham praticado torturas e assassinatos na ditadura militar, pois afirmam que o texto da lei não diz isso, e não pode, já que o Brasil é signatário de vários documentos da Organização das Nações Unidas, segundo os quais a tortura é um crime comum, e imprescritível. (TORTURA NUNCA MAIS, s.p.)

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil encaminhou em 2008, no STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, uma ação que solicita a declaração de que a Lei de Anistia não inclui crimes praticados por agentes da ditadura. Entre os argumentos apresentados, o Conselho Federal da OAB alega que o §1º do art. 1º da Lei de Anistia foi:

> “Elaborado de forma obscura para abranger os crimes comuns cometidos pelos agentes públicos da Ditadura contra os opositores do regime, portanto, abrangem somente os crimes políticos e os crimes comuns cometidos pelos mesmos autores dos crimes políticos não abrangendo os agentes públicos que praticaram, durante o regime militar.” (VECCHIATTI, 2010, s.p.)

ISBN 978-85-62288-05-0

Em relação ao §2º, este não estende a anistia àqueles:

> "Que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal, onde a prática sistemática e organizada de violência generalizada pelos agentes do Estado configura terrorismo estatal, portanto excetuado da anistia legal por sua própria literalidade." (VECCHIATTI, 2010, s.p.)

O Supremo rejeitou o pedido da OAB, por maioria de sete votos a dois, o que ocasionou um choque entre grupos defensores de direitos humanos e esta decisão do STJ. Já a Deputada Luiza Erundina, apresentou projeto que altera o entendimento do STF (Supremo Tribunal Federal) sobre a punição para agentes públicos que torturaram na ditadura. Em razão da inflexibilidade do STF nesse sentido, o Ministério Público Federal tem procurado brechas legais para que possa haver punições nesse sentido. Em entrevista a jornalista Cynara Menezes, para a revista CartaCapital, o procurador da República Marlon Weichert destaca que:

> Essa discussão uma hora terá de ser feita, porque existem duas decisões: uma do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a lei da anistia, e outra, da Corte Interamericana, que prevê a punição. O entendimento de nossa coordenação criminal é pelo cumprimento integral da decisão da Corte Interamericana. [...] As investigações feitas pelo MP são justamente para possibilitar ações pela punição dos crimes. O que não for comprovado, será arquivado. (Revista Eletrônica CartaCapital, 2012, s.p.)

A criação da Comissão Nacional da Verdade, ligada à Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, foi elaborada durante o governo do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Foi votada e aprovada no Congresso Nacional e sancionada pela Presidente Dilma Rousseff. Suas atividades iniciaram-se no mês de Julho de 2012 e já geram repercussões em toda a imprensa nacional. Os integrantes foram escolhidos através de diversos critérios e a Comissão terá o prazo de 2 anos para pesquisar e atuar em prol da verdade.

No site G1(2011), a Ministra da Secretaria dos Direitos Humanos Maria do Rosário, declara que:

> Devemos dar seguimento ao processo de reconhecimento da responsabilidade do Estado por graves violações de Direitos Humanos, com vistas à sua não repetição, com ênfase no período 1964-1985, de forma a caracterizar uma consistente virada de página sobre esse momento da história do país.

ISBN 978-85-62288-05-0

Em Genebra, perante o Conselho dos Direitos Humanos da ONU, o Brasil reconheceu o "direito à verdade", que as vítimas da ditadura têm como aspecto fundamental dos Direitos Humanos e como instrumento fundamental para que a democracia se fortaleça. Marlon Weichert, Procurador da República, do Ministério Público Federal em São Paulo, em entrevista registrada no site Tortura Nunca Mais (2011) declara que:

> A Comissão da Verdade pode ter um grande papel a desempenhar. Ela tem uma dimensão bastante expressiva no âmbito nacional e que, na nossa visão, pode atrair mais pessoas para este trabalho. Agora, é preciso inaugurar uma discussão sobre qual comissão da verdade queremos. O Brasil não pode se dar ao luxo de ter uma comissão de meia-verdade. Tem de ser uma comissão de verdade mesmo.
> E isso significa ter uma lei que crie uma comissão dotada de condições materiais, humanas e jurídicas para exercer bem o seu mandato. Se não, pode ser uma frustração ainda maior. (27/02/2011)

Considerações Finais

Este trabalho, que trata sobre a Comissão da verdade, órgão vinculado à Secretaria de Direitos Humanos, seu enquadramento jurídico em face da lei de Anistia – Lei nº 6.683/1979, como a mesma pode contribuir para novas interpretações jurídicas sobre a defesa da dignidade da pessoa humana e o posicionamento dos juristas constitucionais sobre o tema, pretendeu contribuir para o debate sobre a temática abordada.

A Comissão da verdade tem como finalidade investigar casos de violações aos direitos humanos ocorridos entre os anos de 1964 e 1988(entre eles, torturas, mortes, desaparecimentos e ocultação de cadáveres). Essa temática está ligada aos Direitos Humanos, reconhecendo que a natureza jurídica do que conhecemos como Direitos Humanos é alvo de grande divergência doutrinária por tratar-se de um ramo do direito que sofreu várias alterações no decorrer da História.

Contudo, o que realmente se espera é que possamos de certa maneira, encontrar um equilíbrio entre os posicionamentos apresentados, de um lado os que consideram que a Lei da Anistia e sua aplicabilidade não devem sofrer alterações e de outro os que acreditam ser necessário reabrir os processos referentes aos crimes cometidos durante o Regime Militar. É impossível que sejam punidos todos aqueles que cometeram crimes, não só os que agiram em nome do Estado, como também os revolucionários, por conta dos anos que já se passaram e da Anistia já concedida, que provavelmente não será revogada.

ISBN 978-85-62288-05-0

A questão das distinções no tratamento dado aos tratados que versem sobre direitos humanos e tratados internacionais relacionados a outros assuntos, que é feita pelo Brasil, também é um assunto que precisa ser refletido, será necessário uma postura mais coerente do Brasil, já que se submete aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos aos quais aderiu e os que poderá fazer parte. A Constituição Brasileira reforça que as normas de tratado internacional podem prevalecer sobre a norma constitucional que verse sobre o mesmo tema, porém o Brasil é o único país do eixo "Cone-Sul" a não julgar os responsáveis por torturas, sequestros e assassinatos ocorridos em sua ditadura militar.

A Comissão da Verdade tem a grande tarefa de informar a sociedade sobre os reais acontecimentos dessa passagem em nossa história. Ao conhecermos melhor os bastidores desse período poderemos enfim, nos posicionarmos de forma coerente e justa com aqueles que sofreram as consequências trágicas daquele regime vigente e daremos uma resposta digna às famílias, para o seu desaparecimento. Esclarecer os acontecimentos que envolvem os presos, torturados e desaparecidos do Regime Militar irá colaborar para que nosso país possa, finalmente, virar a página da História, deixando para trás os estigmas herdados da ditadura.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AZEVEDO, Marcos de. *Direitos Humanos Fundamentais***.** São José do Rio Preto:Editora Meio Jurídico, 2006

ARNS, D. P. E. (Org.) *Brasil:* Nunca Mais. Petrópolis: Vozes, 1985.

BRASIL**.***Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior198emc11-78.htm> Acesso em: 02 março 2012.

BRASIL**.** Presidência da República. Lei nº 6.683 de 28 de Agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>. Acesso em: 09 abril 2012.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão EspecialsobreMortos e Desaparecidos Políticos.*Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos.* Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007

COELHO, João Gilberto. *Anistia: 20 anos.* Editora Instituto Teotônio Vilela, 2000.

COMPARATO**,** Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.

ISBN 978-85-62288-05-0

Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 9 abril 2012.

DHNET**.** Rede Direitos Humanos e Cultura. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/index.html> Acesso em: 02 março 2012.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MAGALHÃES. Marionilde Dias Brepohl de.A lógica da suspeição: sobre os aparelhos repressivos à época da ditadura militar no Brasil**.** In:*Revista Brasileira de História.* Vol. 17, n. 34, São Paulo. 1997.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional:* tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro:* a anistia e suas conseqüências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2006.

MENEZES, Cynara. O joio e o trigo. *CartaCapital.* Publicada em 10/07/2012. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/politica/o-joio-%E2%80%A8e-o-trigo/?autor=28>. Acesso em: 12 julho 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Saraiva, 2008.

PINTO, Simone Rodrigues. Direito à Memória e à Verdade: Comissões de Verdade na América Latina. Porto Alegre: *Revista Debates* v.4, n.1, p. 128-143, jan.-jun. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais.* 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SIMON, Pedro. Não se anistia o nazismo. Nem a tortura.*O Globo.* Publicada em 28/04/2010. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2010/04/28/nao-se-anistia-nazismo-nem-tortura-916450286.asp>. Acesso em: 04 março 2012.

SOARES, Inês Virgínia Parado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) *Memória e verdade:* a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos***.** São Paulo, Petrópolis, 2002.

TORTURA NUNCA MAIS. Brasil reconhece na ONU 'direito das vítimas da ditadura à verdade'. Publicado em 28/02/2011. Disponível em: <http://www.torturanuncamais-rj.org.br> Acesso em: 28 fevereiro 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

TORTURA NUNCA MAIS. 'Brasil não pode se dar ao luxo de comissão de meia verdade. Publicado em 27/02/2011. Disponível em: <http://www.torturanuncamais-rj.org.br> Acesso em: 28 fevereiro 2012.

TORTURA NUNCA MAIS SP. Disponível em: <http://www.torturanuncamais-sp.org/site/>. Acesso em: 01 março 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. Lei de Anistia e sua interpretação: o caso da ADPF n.º 153. Inexistência de abrangência para crimes cometidos por agentes estatais. Subsidiariamente, não-recepção de tal interpretação.**Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2478, 14 abr. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14681>. Acesso em: 03 março 2012.

WAGNER, Dorian. *Direitos Humanos e Garantias Fundamentais nas Constituições Brasileiras.* Disponível em: <http://www.grancursos.com.br/downloads/2010/artigos/direitoshumanosegarantias.pdf>Acesso em: 12 maio 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 652.777: PONDERAÇÃO À BRASILEIRA E HEMENÊUTICA.

Luiz Augusto Almeida MAIA[268]

RESUMO:
A aplicação da Lei de Acesso à Informação, no que se refere à divulgação de vencimentos de agentes públicos, terá sua constitucionalidade apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, provavelmente sob o prisma da ponderação de interesses. Não obstante, questionável a escolha do referido método para a solução do conflito, sobretudo em razão de como a mencionada teoria foi incorporada no Brasil. Com efeito, o presente trabalho se ocupa da análise de alternativas Hermenêuticas para construção de uma solução menos relativista, sob o prisma constitucional e de uma teoria da decisão.

ABSTRACT:
The application of the Law of Access to Information, with regard to the dissemination of salaries of public officials, will have its constitutionality appreciated by Federal Supreme Court, probably under the prism of the weighting of interests. However, questionable whether the choice of the method for the solution of the conflict, especially because of how the mentioned theory was incorporated in Brazil. In fact, the present work deals with the analysis of alternatives Hermeneutical for construction of a solution less relativistic, under the constitutional prism and a theory of decision.

PALAVRAS CHAVES: Acesso à informação; ponderação de interesses; hermenêutica.

KEYWORDS: Access to information; the weighting of interests; hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO.

Com a entrada em vigor da Lei 12.527/11 (Lei de Acesso à informação), que estabelece procedimentos a serem observados pela administração pública para

[268] Mestrando em Direito (Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru

ISBN 978-85-62288-05-0

garantia do direito a informação, previsto no inciso XXXIII[269] do artigo 5o, no inciso II[270] do § 3º do artigo 37 e no § 2º[271] do artigo 216 da Constituição Federal, bem como pela consequente polêmica que sua aplicação causou, em distintos setores do funcionalismo, especialmente pela divulgação dos chamados "super salários", o recurso extraordinário 652.777[272], que, aliás, versa a respeito de um caso ocorrido anteriormente a vigência da referida Lei, passou a assumir especial dimensão dentro do mencionado contexto, uma vez que, por ser o primeiro a tratar da questão acerca da divulgação de vencimentos de agentes públicos, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (excetuadas apenas algumas suspensões de segurança, que já foram julgadas monocraticamente), afetará o julgamento dos processos futuros, tendo em vista a sistemática do artigo 543-B[273] do Código de Processo Civil, bem como pelo fenômeno conhecido como abstrativização do controle difuso.

Não é por outro motivo que, nos últimos meses, foram apresentados sucessivos pedidos de ingresso, de diversas entidades, representativas de categorias, bem como da própria União, para atuarem como *amicus curiae*, cada qual defendendo uma determinada posição jurídica.

Infelizmente, o paradigma não é dos melhores, já que possui certas peculiaridades, intrínsecas a forma como foram disponibilizadas as informações referentes aos vencimentos dos servidores do município de São Paulo, que podem influenciar no julgamento da tese que servirá como base para os demais casos.

Todavia, o que chama a atenção, desde a decisão monocrática que reconheceu a existência da repercussão geral da questão, é a tendência manifestada, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, de partirem sua análise sob o ponto de vista de uma colisão de direitos fundamentais, onde de um lado estaria a publicidade e, de outro, a vida privada (intimidade).

Daí a razão de se indagar se o Supremo Tribunal Federal realmente precisa recorrer à técnica da ponderação, como critério para solução do conflito.

---

[269] CRFB/1988 "Art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado"

[270] CRFB/1988 "Art. 37, § 3º - A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:" (...) "II - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública."

[271] CRFB/1988 "Art. 216, § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem."

272 Disponível na Internet via WWW.URL: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1902861. Arquivo capturado em 8 de agosto de 2012.

[273] CPC/73 "Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo."

ISBN 978-85-62288-05-0

2. PONDERAÇÃO À BRASILEIRA E DECISIONISMO.

Ora, "escolher" um princípio constitucional que irá preferir ao outro, em um determinado caso concreto e logo em seguida atribuir a esta decisão um efeito vinculante, parece ser algo, no mínimo, paradoxal, dentro da teoria do Ilustre Professor da Universidade de Kiel, Robert Alexy.

Isto porque as teorias argumentativas baseiam-se em uma análise tópica e não se coadunam com a lógica de "decisões no atacado".

Entretanto, este tipo de antagonismo é somente uma amostra de como a teoria do direito vem sendo "maltratada" no Brasil, bem como de como a tese desenvolvida por Alexy (como se não bastassem todas as críticas em relação a mesma) foi recepcionada de maneira equivocada em nosso pais, sendo empregada em contextos completamente distintos, daqueles para os quais fora concebida.

Neste sentido, importante mencionar a crítica tecida por Lenio Streck, em relação a aplicação da ponderação, pelos tribunais brasileiros:

> Importante anotar que, no Brasil, os tribunais, no uso (absolutamente) descriterioso da teoria alexyana, transformaram a ponderação (Abwägund) em um "princípio". Com efeito, se, na formação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso concreto por subsunção -, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. Esse tratamento equivocado – que enxerga a ponderação como um princípio – fica evidente a partir de uma simples pesquisa nos tribunais brasileiros.[274]

Com efeito, desnecessário dizer que a utilização "à brasileira" da técnica da ponderação, ou seja, de forma indiscriminada, dá margem a diversas arbitrariedades, não se coadunando com o Estado Democrático de Direito.

Assim, o Direito passa a ser utilizado como um simples vetor de racionalidade instrumental, o que explica, de certo modo, o défice de eficácia social do texto constitucional, uma vez que o mesmo é "refém" das pré-compreensões dos julgadores.

Um exemplo emblemático disso aconteceu no caso Ellwanger[275], em que dois Ministros do Supremo Tribunal Federal, supostamente se valendo do método de

[274] STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. [online] Disponível na Internet via WWW.URL:http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/541/326. Arquivo capturado em 8 de agosto de 2012.

[275] Disponível na Internet via WWW.URL: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052. Arquivo capturado em 8 de agosto de 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

Alexy, desenvolvido para a solução de colisões de direitos fundamentas, chegaram a conclusões absolutamente distintas.

É possível resistir a tendência relativista, que domina o nosso Supremo Tribunal Federal?

3. DIREITO À INFORMAÇÃO: UMA QUESTÃO HERMENÊUTICA.

Voltando a tratar, especificamente, da questão envolvendo a Lei do Acesso à Informação e o recurso extraordinário 652.777, fica claro que antes de se debruçarem em "sopesamentos", desprovidos de qualquer método, devem os Ministros do Supremo Tribunal Federal analisar o texto constitucional, a fim de tornarem claro o seu sentido, tomando como referência a realidade de uma sociedade complexa como a nossa.

Sem embargo, é necessário destacar que esse processo de atribuição de sentidos não pode ser arbitrário, pois como Gadamer – inspirado em Heidegger – propõe, a compreensão resulta de uma fusão de horizontes, ou seja, da visão do próprio intérprete e de uma historicidade conjuntural, motivo pelo qual a hermenêutica não é (ou pelo menos não deveria ser), relativista.

Neste sentido, o "pai" da chamada Hermenêutica Filosófica:

> Heidegger só se interessa pela problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a estrutura prévia da compreensão. Nós, ao contrário, uma vez tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, buscamos compreender como a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão.[276]

Como se vê, a teoria de Gadamer se aproxima, em muitos pontos, da tese integrativa desenvolvida por Ronald Dworkin, que procura encontrar um meio termo entre o positivismo exegético e o relativismo.

Desta feita, pertinente a transcrição da lição do mencionado professor norte americano:

> O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que

[276] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método.* Tradução de Flávio Paulo Meurer (revisão da tradução de Enio Paulo Giachini). 7. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: EDUSF, 2005. (Coleção pensamento humano). P. 354.

ISBN 978-85-62288-05-0

> eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o cinismo do novo 'relativismo'. Considera esses dois pontes de vista, como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado principio esta imbuído no direito sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o principio se ajusta a alguma parte complexa da pratica jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver na estrutura dessa pratica a coerência de princípios que a integridade requer."[277]

Aplicando a referida ideia ao caso em discussão, parece ser extreme de dúvidas que a divulgação de quanto a administração pública gasta com seus servidores, se subsume perfeitamente ao conceito (ainda que aberto) de informação relevante para sociedade e, como tal, atende ao interesse público, ainda mais considerando os contornos de nosso Estado Democrático de Direito.

Com efeito, sequer seria crível que, em plena "era da informação", se escondesse ou se dificultasse o acesso do cidadão comum aos dados relativos ao gasto público, frustrando (ou pelo menos enfraquecendo) o poder de fiscalização da sociedade.

Entretanto, a divulgação nominal (individualizada) dos vencimentos de cada servidor, requer uma análise um pouco mais cuidadosa, pois possui contornos mais complexos.

Todavia, a conclusão ainda é a mesma.

Sem embargo, diferentemente do que sustenta Alexy, dispensável que sejam ponderados os princípios da publicidade e da intimidade, mas sim que se pondere (aqui já no sentido Dworkiano, de reflexão) sobre o problema em questão.

Assim, quem se deter em analisar o problema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da medida, irá perceber que a propalada antinomia entre princípios é apenas aparente.

Isto porque a invocação do principio da intimidade, simplesmente não se mostra adequada a solução do caso.

Nesta linha de raciocínio, plausível a decisão prolatada nos autos da suspensão de segurança nº 3.902, de relatoria do ministro Ayres Brito:

---

[277] DWORKIN, Ronald, O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 274.

ISBN 978-85-62288-05-0

"SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo "nessa qualidade" (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O "como" se administra a coisa pública a preponderar sobre o "quem" administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível

ISBN 978-85-62288-05-0

situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos."[278]

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Desta feita, abandonando a "pedra filosofal" da ponderação, e passando para o campo do coerente e adequado, chegamos a conclusão de que a divulgação dos vencimentos dos servidores públicos, inclusive de forma nominal, não viola o principio constitucional da intimidade e da vida privada, até mesmo pela natureza da atividade desempenhada.

Assim sendo, a Lei 12.527/11 (Lei de Acesso à informação) não pode ser acusada de perpetrar um "excesso de transparência", o que seria um contrassenso com o próprio paradigma do Estado Democrático de Direito.

Portanto, preenchido, no tempo e no espaço, o alcance da expressão "informação de interesse coletivo ou geral" (pelo menos no caso concreto), ainda sim continua latente o problema metodológico brasileiro.

Não obstante, notória a contribuição que pode ser dada pela hermenêutica moderna, sobretudo para dar "mais transparência", também para as próprias decisões judiciais.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald, *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método.* Tradução de Flávio Paulo Meurer (revisão da tradução de Enio Paulo Giachini). 7. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: EDUSF, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis*. [online] Disponível na Internet via WWW.URL:http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/541/326.

[278] Disponível na Internet via WWW.URL: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198. Arquivo capturado em 8 de agosto de 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

O VALOR E O REFLEXO DAS LEIS NA SOCIEDADE: A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL

Marco Antonio TURATTI JUNIOR[279]

RESUMO

Este artigo aborda uma discussão acerca da necessidade geral de legislação, tendo em vista o reflexo de uma lei na formação da sociedade. Comenta-se aqui o valor, em todos os aspectos da palavra, da lei e como ela consegue refletir na evolução da população que conduz. A partir desses pontos de vista filosófico e antropológico, os tópicos trabalham a liberdade de informação nesses aspectos, traduzindo o anseio social de uma legislação sobre este tema e suas consequências diretas na formação da cultura. O objetivo é entender porque um assunto quando possui lei própria tem mais importância no ordenamento jurídico, e porque a liberdade informação precisa de uma lei própria. E conclui, após um retrato da sociedade que receberia esta lei e também um breve estudo de direito comparado sobre o tema, que a lei deve atender à sociedade como ela já se encontra moldada, considerando as boas e más influências que a informação veiculada pela imprensa já causou na evolução do povo brasileiro, e não ser concebida de maneira utópica, imaginando uma sociedade inexistente e sem marcas passadas.

RIASSUNTO

Quest'articolo tratta di un ragionamento sulla necessità generale della legislazione, considerando il riflesso di una legge nella formazione della società. Qui, si fa un commento dei valori della legge in tutti i suoi aspetti, così come il riflesso nell'evoluzione della popolazione condotta dalla legge. Basandosi a questi punti di vista filosofico e antropologico, ogni brano lavora la libertà dell'informazione in questi aspetti, esprimendo l'aspettativa sociale di una legislazione su questo tema e le sue conseguenze dirette nella formazione della cultura. Lo scopo è di capire perché un argomento quando possiede legge propria ha più importanza giuridica, e perché la libertà d'informazione ci vuole una legge propria. E, fatto un ritratto della società, conclude che la legge deve assistere la società, come lei è già improntata, prevedendo le buone e le cattive influenze che l'informazione diffusa dalla stampa ha già cagionato all'evoluzione del popolo brasiliano, e non essere concepita di forma utopistica, pensando ad una società inesistente e senza dei vestigi passati.

[279] Acadêmico de graduação no segundo ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), vinculado à Fundação Araucária como bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da própria UENP, tratando sobre liberdades constitucionais e seus reflexos na sociedade sob a orientação do Professor Mestre Fernando de Brito Alves. *juniorturatti@hotmail.com*

ISBN 978-85-62288-05-0

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de informação; necessidade de legislação; filosofia do direito; garantia de direitos fundamentais; sociedade; cultura jurídica.

PAROLE-CHIAVE: Libertà d'informazione; necessità di legislazione, filosofia del diritto; garanzia di diritti fondamentali; società; cultura giuridica.

Introdução

O problema que precisava de uma solução e, para tanto, se criou o direito foi a desarmonia que as relações intersubjetivas poderiam ser ocasionadas na vivência do dia-a-dia. Com isso, o instrumento jurídico de se sancionar e organizar as regras por meio de leis e normas provenientes do Estado é bastante eficaz e já se encontra arraigado na cultura jurídica brasileira. Assim, é proibida ou permitida alguma coisa desde que alguma lei diga isso.

Assim, conseguimos encaixar nessa primeira apresentação, a liberdade informação e sua atual falta de legislação no ordenamento jurídico brasileiro. Em 2009, entendeu-se que a Lei de Imprensa, meio pelo qual se propaga a informação que o povo tem a liberdade de receber e propagar, era inconstitucional, e os novos casos futuro que abordem esse direito fundamental seja baseado nos preceitos diretamente extraídos da Constituição Federal de 1988. Dessa maneira, conduzindo muitos casos com apenas preceitos genéricos, cada aplicador de direito consegue fazer valer a lei, mas todos não estão padronizados com suas sentenças. A falta de uma lei de um importante tema como esse, mostra o quão difícil é a elaboração de uma lei, ainda mais que neste caso, os reflexos dela estarão direta e intrinsecamente ligados à opinião geral do país.

A necessidade de lei é tão complexa quanto a sociedade que clama essa legislação. Nenhum papel é fácil nessa relação, nem do legislador, nem do aplicador, nem da sociedade que sofre com quem aproveita essa lacuna legal e abusa do poder midiático que tem para informar e acaba manipulando a verdade e mascarando informações visando vantagens e golpes a terceiros.

O objetivo do presente artigo é buscar de maneira antropológica e cultural, a necessidade de legislação específica sobre certos temas no Brasil, no caso aqui a liberdade de informação. Contudo, a sociedade já formada e moldurada nas suas peculiaridades deve receber uma lei obrigatória que condiga com sua situação.

Busca-se entender, então, o valor da lei para o povo brasileiro, tratando no primeiro tópico do valor das leis e o porquê da necessidade de leis. É apresentado para explicar essa sociedade que receberá a lei, o histórico da liberdade de informação no país e no mundo e também um retrato sociocultural da sociedade midiática. Por fim, explanar-se-á sobre a necessidade de novas regras jurídicas

ISBN 978-85-62288-05-0

concluindo com o esperado impacto no ordenamento jurídico de uma lei que reja da liberdade de informar e ser informado.

1 A LEI E A SOCIEDADE

Qual o valor da lei para sociedade?

A objetivação do direito se dá de maneira mais eficaz com a produção de leis. Sua observação obrigatória e sujeita à sanção caso realização contrária ou em desacordo com seu dispositivo expresso torna esse método difundido social e culturalmente desde a construção da sociedade que se conhece hoje. E constrói uma ideia de que se não está escrito em uma lei, tal conduta ou comportamento é menos irrelevante e não merece a atenção da população.

A lei em seu sentido básico é "o produto da legislação" (DINIZ, p.364, 2011), ela é de maneira geral – nos seus três sentidos existentes, amplíssimo, amplo e estrito – o que envolve a sociedade como um todo, e norteia, mostrando o que é certo ou errado, se observando as regras como um todo. A sociedade legitima, por meio de suas eleições, pessoas para criar suas leis, credita confiança e estas são criadas, mas qual o valor delas?

Identificar o valor de algum instituto é um trabalho árduo pela própria diferenciação de significados que a própria palavra *valor* possui. O conceito mais difundido da palavra valor, na mídia em geral, é aquele relacionado às finanças e ao sistema monetário, e faz com que a ideia de dinheiro seja equivocadamente relacionada a essa palavra como sinônimo, por grande parte da população. A palavra VALOR tem tanto um significado mais amplo que lhe confere maior importância, quanto um específico para cada área das ciências humanas. No dicionário, em seu sentido literal, o verbete traz a definição de "importância de determinada coisa, legitimidade" (FERREIRA, 2004, p.806), já quando na abordagem filosófica do conceito, diz que valor não é obtido subjetiva ou objetivamente de alguma coisa, mas sim pela interação entre o sujeito e o objeto de tal estudo, pela própria vivência que se tem (MORENTE, 1980, p.23). Na economia política, o valor é sempre o resultado de uma comparação seletiva, dependendo intimamente das necessidades humanas. Valor, na ciência econômica, é sempre um juízo, uma estima, uma importância atribuída a um bem (GASTALDI, 2005, p.84).

É claro, que mesmo que em cada área um conceito possa ser diferente dos demais, eles não conseguem (e nem podem) ser totalmente independentes entre si. Eles carregam um caráter simbiótico entre as teorias que possam surgir tentando explicar de outra maneira o tal conceito. Os três conceitos apresentados acima, não se anulam e ainda, mesmo que aparentemente discrepantes entre si, convergem à mesma ideia. O ponto de chegada da abstração de todos os conceitos acima é a necessidade humana existente a partir de um determinado contexto, atribuindo o

ISBN 978-85-62288-05-0

próprio valor monetário e identificando sua legitimidade, tanto na ideia literal, quanto monetária, como filosófica e econômica. Assim, caminha-se ao lado da certeza de que a sociedade valoriza a lei, porque, acredita que precisa dela.

Dessa maneira, caracterizemos a lei nos seus vetores de valoração para a sociedade, e assim concluir o seu papel nela. Literalmente, já vimos na primeira acepção de lei, ela é fruto de um processo legislativo, ela tem sua legitimidade fundada na necessidade que a sociedade mesma apresenta em vista de problemas que apresenta no convívio dos sujeitos que a compõe. O valor da lei, breve e filosoficamente analisado, é inerente à própria sociedade, pois é feita para ela e por ela, assim se torna o sujeito e objeto da mesma intenção condizente ao texto constitucional, onde no primeiro artigo no seu parágrafo único traz "*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente* (...)". E valor, na concepção econômica, para a lei, é a importância que se destina a ela, e tendo em vista, um viés cultural da sociedade brasileira e sua necessidade extrema de leis escritas para determinados assuntos, o instituto do texto legal é bem prezado pela sociedade conforme a mesma concebeu desse jeito.

Entre tais conceitos, o semântico, o filosófico e de sua vivência na sociedade, vemos que a sociedade se pauta em torno desse instrumento do Estado, sabendo assim, seus direitos e deveres. Mas, antes de um governo legítimo que pudesse cria-las, a sociedade convivia com suas próprias justiças e injustiças, e para extingui-las se fez presente a justiça (por meio de normas jurídicas, não só legais, mas também baseadas nos princípios religiosos, morais e éticos). Dessa maneira, como que a sociedade reagiu com essa eliminação dos seus problemas? Consequentemente, criando novos. E é isso que se analisa no próximo tópico, o porquê que se fez necessário as leis, e como elas podem ou não mudar a configuração da sociedade. E descobrir, no exemplo principal deste artigo, até onde vale a pena a delimitação constitucional da liberdade, sobretudo a de informação.

Por que a sociedade precisa de leis?

É estudado em caráter primordial nas lições de direito que este é feito em prol da sociedade, para que possa ajuda-la a harmonizar os sujeitos em relações das mais diversas possíveis para que o convívio seja o mais proveitoso para ambas as partes relacionadas. Vemos aqui apenas unilateralmente essa relação: a sociedade que surge e traz consigo as normas jurídicas que irão conduzi-la. Contudo, e o oposto dessa relação, e se formos a contramão do raciocínio lógico, e pensarmos: como a sociedade se modifica e se adapta aos novos textos legais que a conduz? A sociedade não se molda após essas leis? Ou permanece imutável mesmo observando novas regras de condutas?

Estabelece Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis* que as leis "devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande

ISBN 978-85-62288-05-0

se as leis de uma nação pudessem servir para outra" (1996, p.16). Dessa maneira, o legislador que cria a lei por seu ofício, não a faz de maneira artificial e sem limitações especiais, mas sim a elabora com caráter específico do lugar que irá vigorar tal.

Para que fique mais clara a problemática supracitada, cito um breve exemplo para melhor ilustrar o caso: se antes de criar-se uma lei, certa conduta era contra a moral ou o bem-estar das pessoas, mas não punitiva pelo Estado dentro de uma circunstância e momento social; a sociedade que convivia com essas demonstrações de cunho duvidoso, era moldada de acordo com os reflexos negativos deste ato na vida cotidiana. Assim, o legislador, vendo que a sociedade precisa de uma lei para que extinga ou dificulte a realização deste maléfico ato à harmonização geral, cria uma lei que pune aquele que o faz; assim, a sociedade não mais precisará se preocupar com tal afrontamento e então se adequará dentro de novas circunstâncias. No exemplo, a melhoria de vida das pessoas deste fictício caso foi qualificada, mas e se, em substituição, fosse um direito de todos, que mal utilizado por alguns, fosse diminuído a fim de manter as relações subjetivas longe do caos?

Pontua o famoso jargão jurídico: "*ubi societas ibi jus"* que significa que onde há a sociedade, há a lei. Assim, e de fato é inquestionável, a sociedade precisa das leis que a regem, mas elas devem ser atentas às necessidades e realidades da população. Declara, magistralmente, Paulo Nader:

> Atento aos reclamos e imperativos do povo, o legislador deve captar a vontade coletiva e transportá-la para os códigos. Assim formulado, o Direito não é produto exclusivo da experiência, nem conquista absoluta da razão. O povo não é seu único autor e o legislador não extrai exclusivamente de sua razão os modelos de conduta. O concurso dos dois fatores é indispensável à concreção do Direito. (p. 29, 2011)

É a partir desta introdução filosófica de reflexos da lei para a sociedade que parte o estudo da liberdade de informação. A imprensa, meio que mais a utiliza, consegue manipular ou sanar dúvidas gerais baseando-se em uma liberdade? Em toda a completude deste trabalho, veremos onde a lei molda ou não o membro social que se influencia pelos seus reflexos no âmbito da liberdade de informação. Bem discutida, no campo doutrinário e na maioria de infinitos debates, não se sabe até onde vai a sua atuação. Ou seja, é difícil definir a linha tênue entre a liberdade de informação e seu abuso, podendo moldar a opinião pública, ainda que de maneira errada. É previsto constitucionalmente, mas a falta de uma legislação que a apoie no contexto jurídico-cultural brasileiro faz com que ela seja abusada ou inutilizada sem muitas diferenças técnicas.

ISBN 978-85-62288-05-0

2 A LEGISLAÇÃO SOBRE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NO BRASIL

2.1 Aspectos gerais sobre a liberdade de informação, o direito de ser informado e a liberdade de imprensa.

Afunilando a linha de raciocínio sobre a legislação que reflete seus princípios na sociedade para o tema geral deste artigo, tratar-se-á aqui da legislação da liberdade de informação, assim também determinar sua relação com a manifestação jornalística e midiática, referindo-se a liberdade de imprensa e ter-se-á a discussão baseada nas ideias apresentadas no tópico anterior.

Todo cidadão, por garantia constitucional, tem o direito de ser informado tudo que é de seu interesse que se relaciona com o cotidiano rotineiro do Estado. É encontrado no inciso XXXIII, do artigo 5º da Constituição de 1988, tal texto: *Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*

Portanto, para integrar essas liberdades do cidadão – tanto a de informar, como a de ser informado –, há a necessidade de uma maneira que irá transmitir essas informações para a população, e quem fará essa ideia, será a imprensa transmitindo a opinião de quem por ela veicula algum fato não obstruindo outros direitos fundamentais, como por exemplo, a vida, a imagem ou a honra. Ampliando o conceito, resumidamente explanado acima, recorremos à definição de José Afonso da Silva (2005, p.247):

> A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever. Reconhece-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.

Este trecho da obra do constitucionalista brasileiro acima, explica muito bem o que pode vir ser alvo de debatedores mal informados sobre a liberdade de informação. Essa liberdade é tratada mais, como um próprio dever que se deve

ISBN 978-85-62288-05-0

prestar com a cidadania em informar o que se passa no sistema judiciário. É assim que se deve ser a boa informação: verídica, clara e objetiva, sem jogo de interesses e comprometimento ilícito por trás da visão ignorante do povo.

Essa liberdade sofre bastante suspeita, quanto à sua interpretação e aplicação pelo fato da maioria acreditar que ela é manipulada, e nunca acreditar na idoneidade que ela pode apresentar. É mais fácil generalizar do que buscar o conhecimento específico de cada caso e diagnosticar o problema, se ele realmente existir.

Integrando o conjunto de direitos correspondentes aos direitos relativos à liberdade de informação, apresenta-se a liberdade de imprensa. Onde, além do direito de informar e de ser informado presente na constituição, também englobará os meios de difusão desse conhecimento, que será importante na propagação das ideias, perante a sociedade. E é neste raciocínio que se volta à discussão que fora apresentada na primeira parte, esta propagação de ideias, com respaldo indiscutivelmente constitucional, controla o conhecimento ou direciona a opinião da sociedade de forma una e exclusiva. Ou nada interfere se bem utilizada? A análise de sua limitação e reflexo na cultura popular determinará, ainda neste ensaio, a conclusão.

2.2 A origem e o desenvolvimento da liberdade de imprensa no Brasil e no mundo.

Tratar-se-ão agora da evolução, tanto na sua origem, evolução e consolidação no nosso país e no mundo. Em termos mundiais, e de caráter influenciador para as outras nações e constituições que as regram, por obvio, os três países com mais influência nesse aspecto foram: Inglaterra, Estados Unidos e França.

O primeiro país a dar o primeiro indício de mudança nesse aspecto, ou seja, na determinação de se mostrar uma cultura de liberdade de imprensa foi a Inglaterra, que em 1695 não renovou a “Licensing Act”, que previa possibilidades de censura previamente a alguma publicação dentro do país. Tal ato demonstrou o início de uma grande jornada rumo à liberdade de imprensa constitucional, fato que só se consolidou pelo pioneirismo das constituições estadunidense de 1787 (contudo, o texto que trata sobre essa liberdade, foi colocado por meio de uma Emenda Constitucional, quatro anos depois) e a francesa de 1848, após os clamores populares de marchas e contramarchas da Revolução de 1848. Tais constituições pioneiras influenciaram na criação de diversas outras no continente europeu como, por exemplo, na holandesa, na belga, na suíça, na norueguesa, na alemã, na grega, na irlandesa, na portuguesa, na espanhola, na italiana, entre outras. Buscando a total mundialização do principio, em 1948, a liberdade de informação, tanto de

ISBN 978-85-62288-05-0

expressar ou de receber, está presente no artigo XIX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da ONU (CARVALHO, 2003, p. 23-27).

Como visto, é vital a importância dessa liberdade. No nosso país, logo que descoberto tinha a imprensa fiscalizada por Portugal, durante bom tempo de colonização, o país não sabia o que era possuir uma imprensa própria, dependia de outras e dependia também da disponibilidade de vir os trabalhos publicados de alguma maneira até as nossas terras. Quando a família real veio para cá, em 1808, teve uma grande mudança quanto a esse aspecto, D. João VI estimulou a imprensa régia, que deu origem ao primeiro jornal do Brasil: Gazeta do Rio. Ainda não se tinha, nem em Portugal, nem em suas colônias, conhecimento sobre o que era a liberdade de imprensa. A Revolução Francesa foi um grande marco nessa evolução e conseguiu que em 1821, a censura fosse abolida legalmente. Na prática, ela ainda ocorria, mas era, mesmo assim, um avanço. Na primeira constituição do Brasil, após a independência, foi declarada a liberdade de imprensa, sem censura prévia daquilo que seria publicado. A liberdade seguiu constitucionalmente, mas foi extinta em diversos episódios históricos na evolução do nosso país como na Era Vargas, que censurava os espetáculos, e também na mais severa demonstração de poder e falta dessa liberdade que foi na Ditadura Militar. Hoje em dia, na constituição vigente, o texto a traz de forma esplêndida, como direito fundamental e coletivo (CARVALHO, 2003, p. 29-33).

2.3 O respaldo e as delimitações constitucionais quanto à liberdade de informação.

Após uma breve passagem por todo o histórico da liberdade de imprensa, tanto no mundo quanto no Brasil, nos focaremos agora, no seu respaldo constitucional. Até que ponto, ela limita, ou então ela determina a possibilidade dela avançar em seus preceitos.

A constituição prevê princípios para a vida humana ser conduzida com o máximo de harmonia que conseguir e buscar o mais alto nível de equilíbrio. Para tanto é que na constituição existem os direitos fundamentais, direitos que buscam a dignidade do cidadão em todas as esferas da sociedade trazido no dispositivo do artigo 5.º da CF/88 traz em seu caput "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (...)", e quanto à sua abrangência desses direitos exemplificativos presentes nos seus 78 incisos.

São direitos positivados na própria constituição do país que dá para a sociedade a garantia tanto de liberdade como os mais diversos direitos coletivos entre eles os sociais e os culturais. Encontra-se aí, portanto à liberdade de informação, que além de tratar de liberdade como um todo e ser geral é coletiva, direcionada à todos. São determinados, como todas as outras coisas, em sua maioria, na constituição, limitações, deveres e obrigações explícitas sobre cada um

ISBN 978-85-62288-05-0

dos princípios que ela traz. Com os tipos de liberdade, não é diferente, ela traz o que se é vedado, o que é permitido, além das doutrinas que também ajudam a interpretação do texto constitucional.

Nem toda liberdade, é tão livre quanto se pensa – é livre, até o ponto que o texto constitucional proporciona a tal liberdade. Para a liberdade da informação, as privações são próprias da constituição quanto aos outros direitos dos homens em geral como, por exemplo, o direito à honra, o direito à imagem, o direito à resposta. Existem certos direitos, que se não violados ou extremamente explorados coexistem harmonicamente sem nenhum conflito, porém se há alguma falha nos bom andamento do conjunto, há um grande conflito de direitos, e deve-se julgar, então, diante do caso, qual será prevalecido.

Assim, resume Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2003, p.47-48):

> É evidente que os direitos constitucionais são como que reflexos; refletem uns aos outros, limitando-se mutuamente. A liberdade de informação, por exemplo, há que encontrar um limite intrínseco no próprio princípio constitucional que a consagra, bem como nos demais direitos fundamentais, especialmente os direitos da personalidade, e assim em diante. Basta compreender e harmonizar as normas constitucionais. A solução da controvérsia, porém, deve ter por pressuposto o estudo sobre a aplicabilidade das normas constitucionais [...].”

O principio da liberdade de informação, assim seja a de imprensa, tem seu advento da livre manifestação que rege a Constituição de 1988, como assim podemos ver no *caput* do artigo 220: “*A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*.”, sendo assim, nenhuma outra lei infraconstitucional pode de maneira alguma ir contra o sentido material deste artigo.

Pode ocorrer de eventualmente, a liberdade de informação pode entrar em âmbitos não propriamente seus, ou seja, que lhes digam respeito. Assim, por exemplo, uma manifestação de um jornal, sobre a intimidade ou honra de um terceiro, estará rompendo com outro direito que a constituição também preza e baseia seus valores por eles – “direitos personalíssimos” – então, nesse caso, há respostas previamente estabelecidas para esses casos, mas já se deixa claro, que eles não devem acontecer.

Dessa maneira, pauta o autor Sidney Guerra (2004, p.42):

ISBN 978-85-62288-05-0

> Neste contexto, surge a problemática envolvendo o direito à imagem e à imprensa, já que não se criou uma norma, após a Carta de 1988, no sentido de determinar até onde pode ir a imprensa, no que tange à divulgação de fotos, informações, etc. de uma determinada pessoa, bem como até onde vai esta proteção constitucional das pessoas nestas questões. Vários estudos estão sendo realizados pelos juristas brasileiros [...].

Algumas decisões são proferidas diretamente nos tribunais, outras então, acabam alcançando várias instâncias por não satisfazer as vontades das partes, mas enfim, acaba que cabendo ao juiz determinar qual direito prevalece mais à dignidade humana em cada caso. Não é qualquer declaração da livre manifestação que se condiz com a liberdade de informação ou mesmo a liberdade de imprensa, é necessário que ela seja difundida por algum meio e que a mesma seja completa e verdadeira e demonstre algo da vida pública que se faça necessário o conhecimento de todos, ou de um setor específico.

É constitucionalmente determinado, o não monopólio das indústrias que fazem essa difusão da informação, porém a mesma é inevitável. Discute esse tema, Castanho de Carvalho (2003, p.92):

> Se o direito de informar torna-se próprio de certa casta da população, é óbvio que esta camada social vai deter, praticamente, o monopólio da informação de massa. Consequentemente, a informação transmitida por esses órgãos, cada vez mais, poderá tornar-se informação *consentida*. Ou seja, a informação poderá ser filtrada, selecionada, ou até mesmo distorcida para atender a interesses de classes, grupos ou segmentos sociais.

A informação parte da imprensa especializada, nós a população que depende dela para nos informar, recebemos sem barreiras de identidade logo no começo, pelo fato de acreditar na idoneidade da mesma, porém ela deve ser respeitosa e trazer a boa informação. É aí que muitos casos, a imprensa cai na generalização, e o senso comum acaba acreditando que tudo é sempre mais do mesmo, e não é. A imprensa, muitas vezes além de sempre passar a informação, respeita e a passa certo, além de usufruir também da dependência cultural que o brasileiro tem com ela, e passa muitas vezes, como serviço de utilidade pública.

A generalização, como já dita, utilizada em discussões sem embasamento imparcial ou sem conceitos previamente tendenciosos, faz perder a qualidade dentro da quantidade, e isso é um erro. Pois, a construção da sociedade como se conhece hoje não selecionou influências certas ou erradas para incorporar na sua formação e

ISBN 978-85-62288-05-0

se constituiu baseada em toda manifestação de informação: as ruins e manipuladoras, infelizmente, e as boas e cidadãs, que são inegáveis.

3 RETRATO SOCIOCULTURAL DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NO BRASIL

Nessa parte do artigo, deixaremos um pouco em segundo plano, a discussão jurídica da liberdade, para entender o comportamento social da sociedade brasileira atual, muito necessário, uma vez que o direito é feito pela sociedade e deve sempre se renovar acompanhando as inovações que a mesma traz. Aqui, com a formação desse retrato, mostrar-se-á a sociedade, com erros e acertos na sua relação com a imprensa e a livre informação. Sendo assim, tentaremos compreender e exemplificar a cultura do país, onde a televisão é quase que na maioria das vezes, um ente familiar.

A televisão, já faz parte da vida do brasileiro, ela é o meio mais utilizado para se transmitir as informações pelas quais a população tem constitucionalmente direito, porém ela não é apenas isso. Ela vive também de vender sonhos, de produzir e criar projetos de mídias que veiculam histórias e traduzem a mais pura liberdade de manifestação de pensamento de autores, atores, apresentadores e jornalistas. Há mais de meio século, o brasileiro talvez possua uma relação mais íntima com o objeto que com seus próprios pais. As ideias propagadas pela TV são mais aceitas e alcançam um raio bem maior na população do que qualquer outro meio utilizado até hoje. O porquê vem da idealização de status que se tinha sobre ter uma televisão e daí pra frente, se tornou um hábito da vida do Brasil. Geralmente, a culpada por novos costumes sociais é a televisão e seus produtos midiáticos por ela transmitidos. Não é para menos, grande parte das roupas que se usa, ou até do que se fala são provenientes dessa cultura televisiva que está inconscientemente inerente ao país. Essa submissão cultural muitas vezes é criticada, mas se não a houvesse, muito do que é o Brasil hoje, seria diferente (e talvez até retardatário).

O problema, contudo, não é a imposição da cultura, a banalização dos hábitos ou os meios que ela utiliza para ganhar dinheiro, na realidade, é a filtragem dos dados e transferência do irreal para o real que não ocorre na maioria das vezes entre as pessoas. Buscam, ainda, incansavelmente aquilo que não se pode ter que se propaga diariamente na televisão. A televisão, essa máquina de liberdade de informação mais bem sucedida é o novo poder moderador do império da modernidade, só que nada é outorgado e prevalece a redenção.

Percebemos que a grande crítica a ela vem da generalização de sua “venda” aos mercados, visando lucro próprio e perdemos a sensibilidade de que ela pode ser boa e é. Assim ressalta o sociólogo Renato Janine Ribeiro (2005, p. 209):

ISBN 978-85-62288-05-0

> Nenhum balanço da TV pode ser um unívoco. É tão equivocado tecer elogio incondicional como promover sua crítica devastadora. A TV mexeu bastante – sobretudo a Globo – nos papéis convencionais do casal, na expressão mais livre das emoções, na difusão de uma consciência maior da psicologia. Aqui está o cerne de seu balanço positivo: um reforço do processo de individualização, enquanto emancipação do individuo em face de uma tradição que se tornou causadora da infelicidade.

O equívoco falado é muito real, as pessoas são muito extremistas e só acreditam ou na grande contribuição ou na grande banalização que a televisão causa na sociedade. Justamente com o que foi dito, apresentamos o lado negativo:

> No plano político, o balanço não é positivo. Mesmo as condições sociais das quais depende estender os ganhos da individuação a faixas inteiras da sociedade, ainda injustiçadas, ficam fora do discurso televisivo. Valores centrais da democracia são deixados de lado. A discussão política é escassa. A política é reduzida a moral, mesmo na melhor TV, e com frequência as questões morais se discutem no plano apenas sexual. (RIBEIRO, 2005, p.209)

O paradoxo entre as consequências positivas e negativas é existente e os reflexos dessa liberdade constitucionalmente atingem a própria sociedade, a quem a própria Constituição garante como forma de igualdade dos cidadãos. Exemplifica-se: Cidadania é um termo tão polissêmico, que podemos em quase todo âmbito jurídico ou social, encontrar uma determinação para ele. Em termos gerais, no tocante da ciência política, cidadania é:

> Qualidade ou estado de cidadão; vinculo político que gera para o nacional, deveres e direitos políticos, uma vez que o liga ao Estado. É a qualidade de cidadão relativa ao exercício de prerrogativas políticas outorgadas pela Constituição de um Estado democrático. (DINIZ, 2010, 115)

Ou seja, cidadania é a pratica de ser cidadão, em compartilhar bons modos para a sociedade, é a boa convivência entre os mesmos, é o costume da sociedade em se correlacionar com os semelhantes. Portanto, a grande pergunta para esse item: há correlação entre TV e cidadania?

> Ora, à pergunta se a TV ajuda as pessoas a tomar consciência de sua própria cidadania, a resposta só pode ser matizada. Se entendermos por

ISBN 978-85-62288-05-0

> cidadania uma série de direitos e uma prática de organização, a TV ajuda, mas dentro do recorte que expusemos. Se, porém, pensamos na construção de uma política democrática, ela está longe de trazer uma contribuição efetiva. (RIBEIRO, 2005, p.212)

Assim, responde uma das grandes perguntas. Não podemos aqui nos privar, e ficarmos apenas em um ponto de vista, porém sabemos sobre o grande apelo da mídia. Assim, os costumes que ela cria ou até mesmo dita, para os mais os radicais são necessidades da sociedade. Esses costumes, portanto, estão intimamente ligados com a prática da liberdade e da justiça que são tutelados pela constituição, assim nenhuma prática por elas concebidas poderão ser ilícitas ou irem de encontro com as leis. Mas isso também pode ser utilizado como, por exemplo, uma definição sobre o que é a lei e estimular e incitar a prática da mesma dentro da sociedade como maneira usual.

Portanto, a informação veiculada pela televisão é boa pra cidadania que ela queira passar, e como se presencia isso, comprovadamente, na sociedade. Ela apresenta diversas campanhas de conscientização, como por exemplo, as de doenças sexualmente transmissíveis, a de doação de órgãos, a contra preconceitos em geral, e a maioria delas, conta com mesmo recurso de propagandas bem sucedido, que é o uso de seus artistas, que dão á campanha ar de intimidade e maior aceitação do público, por já conhecerem. É certo dizer que a imprensa tem seu papel na formação de cidadãos e da divulgação de leis e projetos de leis, e, principalmente, com maior carga de importância, informar aquilo que a Constituição traz e o que os políticos fazem em campanha e durante o mandato, em seu texto e o povo deve saber pelo menos de alguma forma.

É até redundante, a esse ponto do trabalho, discutir o poder da mídia, e conhecer o seu apelo midiático tão forte tantos nas decisões judiciais, quanto na vida dos cidadãos na redoma que é formado pela notícia ou expressão, que livre e constitucionalmente é veiculada pela televisão. Mas, mais do que apenas reafirmar esse poder, a discussão aqui tem como função exemplificar essa relação no retrato sociocultural que está se criando.

A mídia, portanto possui o dever de informar aquilo que ninguém sabe para que a população possa ficar sabendo e exercer seu papel correspondente a ela quanto cidadão e quanto à relação de reciprocidade com todos. É notável, portanto que a mídia tenha seu papel mais intensificado pelo fato dela retirar a ignorância da população. Dessa maneira, muito daquilo que se publica, forma opiniões que mais tarde podem definir eleições e até mesmo mudar os rumos do país. Porque afinal, o país é feito das evoluções da sociedade que nele vive, e assim, o que a faz evoluir, modificar ou retardar, é o que o caracterizará em sua ordem evolutiva.

ISBN 978-85-62288-05-0

A televisão – e da mesma maneira, suas informações que transmite – é entorpecente, e vicia como todas as outras drogas, mas agora já é impossível retirar esse hábito da vida da população dependente. Contudo, assim como os medicamentos, que quando administrados à medida certa, ela também cura, ensina e humaniza a população.

Em uma das passagens do valioso texto de Rui Barbosa, exprime a imprensa, em um teor constantemente atual e atemporal, traduzindo a situação no seu sentido mais puro e real, em sua suma carga axiológica. A vontade de transmitir informações deve ser apenas baseada na vontade de praticar a liberdade constitucional, não pode com ela caminhar junto interesses financeiros ou políticos, pois assim, a principal característica se perde e se esconde pela verdade. O jornalista Rui Barbosa (2004, p.34-35) diz:

> Entre as sociedades modernas, esse grande aparelho de elaboração e depuração reside na publicidade organizada, universal e perene: a imprensa. Eliminai-a da economia desses seres morais, eliminai-a, ou envenenai-a, e será como se obstruísseis as vias respiratórias a um vivente, o pusésseis no vazio, ou o condenásseis à inspiração de gases letais. Tais são os que uma imprensa corrupta ministra aos espíritos, que lhe respiram as exalações perniciosas. Um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de ideias falsas e sentimentos pervertidos, um país, que, explorado na sua consciência, não poderá lutar com os vícios, que lhe exploram as instituições.

Bem utilizado como visto anteriormente, essa grande ferramenta de imprensa pela população pode gerar grandes frutos benéficos para a evolução da sociedade. Assim, traz outro exemplo, Toby Mendel:

> O direito a informação também é uma ferramenta essencial ao combate à corrupção e de atos ilícitos no governo. O direito à informação ajuda a prover a fluidez das informações entre o governo e o setor privado, maximizando assim o potencial para sinergias. Trata-se, pois, de importante benefício da legislação de direito a informação, que ajuda a responder às preocupações de certos governos acerca do custo de implementação dessa legislação. (2009, p.5)

Para concluir, vê-se que a sociedade brasileira é quase que em sua historicamente dependente da informação que capta da televisão, e gosta disso, e não pretende mudar. O que não pode acontecer nesse caso, é que as empresas

ISBN 978-85-62288-05-0

difusoras de informação abusem desse sentido de notícia verdadeira que a imagem do telejornal passa, por exemplo, e manipular a verdade e esconder informações. Tal circunstância que deve ser a base de um futuro processo de elaboração de uma lei.

Então, aqui se compreende que a sociedade formada no Brasil possui em seu passado grandes influências negativas e positivas da informação veiculada à ela, seja manipulada ou transparente em verdade. E também, compreende que uma legislação que determine corretamente limites e freios ao abuso pode ocasionar grandes avanços culturais no país. Contudo, a lei que deverá surgir não pode simplesmente esquecer esse ponto de partida, e criar situações utópica e não influenciadas pelo processo de evolução que a sociedade já sofreu e sobrevive hoje em dia.

4. A NECESSIDADE DE NOVAS REGRAS JURÍDICAS

Atualmente no Brasil, não se encontra nenhuma legislação específica quanto à lei de imprensa e a decorrente manutenção da liberdade de se informar e ser informado. A Lei de Imprensa, que existia foi derrubada em 2009, por ser entendida como inconstitucional nos dias de hoje. Para tanto, as decisões quanto a esta matéria são decididas à luz dos preceitos constitucionais, que dariam embasamento para a criação de uma lei, se viesse esta existir. Mas, a presença de uma legislação específica no Brasil surte mais efeito e sua efetividade acontece de maneira mais rápida e vista com olhos mais atenciosos. Assim aconteceu com a lei que prevê direitos às minorias, e assim pode acontecer com a liberdade de informação. Reitero aqui a declaração, de que o país possui regras quanto à liberdade de informação, mas gerais demais – porque são extraídas diretamente do texto da Constituição, que são por excelência regras abstratas para todas as leis infraconstitucionais –, que não conseguem uniformizar decisões por todo o país nos mais diversos casos.

Resume axiologicamente, para a sociedade, a lei de imprensa, o autor Sidney Guerra (2004, p.84):

> A liberdade de imprensa não é um direito de profissionais da imprensa, mas de toda a sociedade e, portanto, deve ser protegido por todos nós, tendo em vista que estes direitos, como demonstrados, foram conquistados com muita luta e de forma bastante lenta. A liberdade de imprensa não autoriza a mentira, a distorção, a calúnia, a injúria, a difamação. Não autoriza tampouco que a notícia seja tratada de forma interessante para as grandes empresas jornalísticas.

ISBN 978-85-62288-05-0

É importante para um país sua regulação concreta e adequada de sua liberdade de informação. Contudo, na situação que o Brasil se encontra agora, não pode uma lei trazer um retrato utópico e idealizado de uma cultura que a população não tem. A regra é necessária, mas adequada, como toda lei por sua característica principal ao povo. Destinando máximo cuidado para essa, em especial, pois qualquer abuso ou carência temática de alguma circunstância pode trazer consequências irreparáveis no quesito antropológico e comportamental da própria evolução.

CONCLUSÃO

Então porque a sociedade precisa de leis? E porque a sociedade precisa de leis sobre a liberdade de informação condizente com sua evolução e circunstância que se apresenta? Ao longo desse trabalho, conclui-se que, do jeito que a sociedade se moldurou acreditando na liberdade de informação e carregando com ela os reflexos que essa informação acarretou no seu processo de evolução, podemos encontrar todos os aspectos de valor em uma lei para a observância geral do preceito.

A liberdade de informação, indubitavelmente, ao informar às pessoas ignorantes sobre determinado assunto colaboram com a formação da opinião sobre o mesmo, podendo se este for de maneira tendenciosa, prejudicar a boa análise imparcial da matéria. A outra função dessa liberdade, constitucionalmente assistida, de ser informada pode ser manipulada de acordo com interesses da empresa que veicula tal “verdade”.

Assim, em acordo com toda a discussão do trabalho, se faz necessária uma legislação específica sobre o tema da liberdade de informação, nos seus dois aspectos, por ficar claro o valor da verdade na sociedade brasileira. Contudo, tal lei deverá ser elaborada em acordo com a sociedade do jeito que ela já se encontra estruturada, com erros e defeitos, vícios e virtudes já conquistadas ao longo da história. Não se pode criar uma realidade utópica que não condiga com a sociedade, mas que enquadre perfeitamente no viés constitucional.

É realizada essa ressalva, pois os exageros da televisão não poderão ser suprimidos de maneira brusca e sim com cautela, para não gerar revoltas na população mais afetuosa ao meio midiático. E também não pode unificar todos os sistemas em apenas um, ou então entregar tal instituto em posses governamentais.

A sociedade possui erros e acertos durante a sua formação, mas foi com esses pontos – negativos e positivos – que se consolidou da maneira que é. A propagação da cidadania feita pela televisão, como demonstrada, por exemplo, deve continuar em pequenos atos e implicitamente, para manter a naturalidades dos atos da vida social.

ISBN 978-85-62288-05-0

Os abusos e exageros devem ser controlados do mesmo jeito que os acertos e ensinamentos que a imprensa, com sua liberdade, faz a fim de harmonizar a sociedade sem modificar a estrutura e o comportamento dela, como um bom instrumento de controle social deve ser: eficaz e imperceptível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARBOSA, Rui**.** *A imprensa e o dever da verdade.* São Paulo: Editora Papagaio, 2004.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso á informação verdadeira.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DINIZ, Maria Helena**.** *Dicionário jurídico universitário.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio:* o minidicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2004.

GARCÍA MORENTE, Manuel. *Fundamentos de Filosofia I*: lições preliminares. Tradução e prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. 8. ed. - São Paulo: Mestre Jou. 1980.

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de Economia Política.* 19. ed. - São Paulo: Saraiva. 2005.

GUERRA, Sidney**.** *A liberdade de imprensa e o direito à imagem.* 2. Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação*: um estudo de direito comparado. 2.ed. – Brasília: UNESCO, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martim Fontes, 1996.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito.* 33. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. *O Afeto autoritário:* Televisão, ética e democracia. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ISBN 978-85-62288-05-0

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O INSTITUTO JURÍDICO DO REFÚGIO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA EXTRADIÇÃO N.º 1008.

Andreza Franzoi KOEKE[280]

RESUMO:
Como principal instituto jurídico de acolhimento a estrangeiros que não podem retornar ao Estado de nacionalidade ou residência, seja por ameaça de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, filiação a determinado grupo social ou posicionamento político, seja por violação grave de direitos humanos, o refúgio será analisado em suas diferentes características, em especial no que tange ao tratamento dado pelo STF (Supremo Tribunal Federal) aos refugiados envolvidos em processo de extradição, abordando o seu posicionamento sobre o primeiro pedido de refúgio deferido pelo Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) a extraditando.

ABSTRACT:
As the most common way to receive foreigners who cannot go back to their home town or to the country they live in, either because of race, religion, nationality, political filiation persecution, or extreme human rights violation, refuge is analyzed in its different features, especially the protection given by the Brazilian Supreme Court to refugees involved in extradition processes, pointing out the first refuge requirement accepted by the National Committee for Refugees (CONARE) to an extradited.

PALAVRAS-CHAVES: Refúgio. CONARE (Comitê Nacional para Refugiados). Condição de refugiado. Extradição.

KEY WORDS: Refuge. CONARE (National Committee for Refugees). Refugee status. Extradition.

1. Introdução

O aumento dos fluxos de deslocamento humano, que são caracterizados pela incessante e trágica fuga de milhares de pessoas de seus países de origem para

[280] Advogada formada pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba). Especialista em Direito Processual Civil com escritório de advocacia localizado na cidade de Birigui/SP.

ISBN 978-85-62288-05-0

países vizinhos por terem sido ameaçados de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, filiação a determinado grupo social ou posicionamento político, munidos de esperança e com o sonho de um recomeço, tem despertado a atenção da comunidade internacional.

Não é recente a preocupação com o crescimento do número de refugiados no mundo tendo em vista a intensificação dos conflitos étnico-raciais e religiosos e também os desastres naturais. De acordo com o último Relatório de Tendências Globais publicado pelo ACNUR[281] (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), existem 43,7 milhões de pessoas forçadas a se deslocar em todo o mundo, dentre as quais 15,4 milhões são refugiados sendo 10,55 milhões sob os cuidados do ACNUR e 4,82 milhões de refugiados atendidos pela UNRWA, que é a agência da ONU exclusivamente dedicada aos refugiados palestinos[282].

Não só os países de origem, mas também os países de acolhimento, aliados ao ACNUR e às organizações não governamentais, vêm atuando para a contenção deste fluxo migratório, além de buscarem alternativas eficazes para solucionar a situação desses indivíduos.

Anote-se que o refúgio é a principal espécie de acolhimento a estrangeiros que não podem retornar ao Estado de nacionalidade ou residência por perseguição odiosa ou quadro de violação grave e sistemática de direitos humanos[283].

No Brasil, o número de refugiados, até o mês de dezembro de 2011, segundo dados do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), atingia a quantia de 4.477 (quatro mil, quatrocentos e setenta e sete) pessoas, de 76 (setenta e seis) nacionalidades distintas, sendo 424 (quatrocentos e vinte e quatro) reconhecidos pelo Programa de Reassentamento, ou seja, oriundas de Estados nos quais obtiveram refúgio, mas continuaram as ameaças às suas vidas e liberdade.

O presente artigo abordará a experiência e o posicionamento oficial do órgão máximo do Poder Judiciário nacional sobre os refugiados, através da análise do caso concreto submetido ao Supremo Tribunal Federal, que foi obrigado a enfrentar uma *questão inédita* – **se a condição de refugiado pode impedir ou não a extradição**: o pedido de extradição formulado pelo Governo da Colômbia registrado sob o n.º 1008, que foi julgado no dia 21 de março de 2007, na Sessão do Pleno. O entendimento do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, foi pelo não-

[281] Totalmente apolítico, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados é considerado uma das principais agências humanitárias. Foi criado pela Assembléia Geral da ONU em 14 de dezembro de 1950 para proteger os refugiados em todo o mundo.

[282] HAYDU, Marcelo. *A integração de refugiados no Brasil. p. 132. In:* 60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

[283] RAMOS, André de Carvalho. *Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas.* p. 42. *In:* 60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

conhecimento do pedido de extradição, julgando extinto o processo e determinando a expedição de alvará de soltura do extraditando, em uma decisão histórica por conter **o primeiro pedido de refúgio deferido pelo Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) a extraditando.**

2. A situação do refugiado

No presente segmento do trabalho, vamos analisar a situação do refugiado no ordenamento jurídico, abordando a proteção jurídica dada ao instituto do refúgio.

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, que foi aprovada por uma conferência especial das Nações Unidas em 28/07/1951, elaborada, inicialmente, com o intuito de definir o termo *refugiado* e estabelecer os direitos dos indivíduos beneficiados com o direito de asilo e limitar as responsabilidades das nações concedentes[284], em seu artigo 1º, trata do conceito de *refugiado,* relacionando as hipóteses de enquadramento*:*

> Todo aquele que em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontrava fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Por sua vez, a Lei n.º 9.474/97, que regulamentou os dispositivos da Convenção e do Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, implementando-os no Brasil, conferiu maior eficácia a tais documentos uma vez que ampliou o número de situações que autorizam a solicitação de refúgio previstas no artigo 1º da referida lei. É o que se vislumbra no inciso III do mencionado artigo ao reconhecer como uma das hipóteses de enquadramento de refugiado aquele que foge de seu país de origem por estar sofrendo grave violação aos direitos humanos:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
>
> I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

[284] Ressalta-se que, apesar de ter sido criada em 1951 especialmente para atender os refugiados europeus, logo após a Segunda Guerra Mundial, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, após o Protocolo de 1967, visa proteger todos os refugiados ao redor do mundo, não tendo limites geográficos nem temporais para tal assistência.

ISBN 978-85-62288-05-0

> II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
>
> III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Nota-se que a Lei n.º 9.474/97, em seu artigo 1º, incisos I e II, trouxe o conceito estatutário da ONU, reservando para o inciso III, a definição de refugiado dentro da realidade latino-americana consubstanciada na Declaração de Cartagena[285], o qual define refugiado como o indivíduo que teve que deixar seu país de origem posto que este enfrentava *grave e generalizada violação dos direitos humanos.*

Numa segunda análise, passamos a observar o conceito de refúgio para a doutrina. Tomando como referência a análise de Luiz Sales do Nascimento[286], procuraremos detectar a origem dessa expressão. Percebe-se que o significado etimológico da palavra *refúgio,* que provém do latim *refugere,* formado pelo intensificativo *re-* mais *fugere,* é fugir.

No mesmo sentido, Pietro de Jesús Lora Alarcón[287], ao comentar o conceito de refugiado trazidos nos três incisos do artigo 1º da Lei n.º 9.474/97, esclarece que *"a pessoa é forçada a migrar, que se trata de um deslocamento no qual existe uma dissociação entre a vontade e a ação".* E conclui:

> Perseguida por motivos de racismo, de nacionalidade, opiniões políticas ou por pertencer a um determinado grupo social, estando fora e sem possuir nacionalidade ou habitando vários cenários nos quais se registram gravíssimas violações aos direitos humanos, a pessoa não quer ou não pode acolher-se à proteção do seu país.

Enquanto isso, André de Carvalho Ramos[288] define refugiado como aquele

---

[285] Foi elaborada em 1984 na cidade de Cartagena na Colômbia em resposta aos vários conflitos que estavam ocorrendo na América Central (Nicarágua, El Salvador e Guatemala) nesta época com a intenção de alterar a Convenção de 1951, a qual já não era capaz de abranger todos os diferentes tipos de refugiados existentes no continente americano em razão destes conflitos.

[286] NASCIMENTO, Luiz Sales. *A Cidadania dos Refugiados no Brasil.* São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 35.

[287] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Valores constitucionais e Lei 9.474 de 1997. Reflexões sobre a dignidade humana, a tolerância e a solidariedade como fundamentos constitucionais da proteção e integração dos refugiados no Brasil.* p. 123. *In:* 60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

[288] RAMOS, André de Carvalho. *Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas.* p. 27. *In:* 60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e

ISBN 978-85-62288-05-0

que tem fundado temor de perseguição por motivos odiosos.

Importante destacar que o instituto do refúgio tem a finalidade de garantir que o refugiado seja um cidadão, garantindo que o mesmo possa *ter e exercer o direito a ter direitos*[289].

Conclui-se, portanto, que refugiado é aquele que não pode ou não quer voltar ao seu país de origem, seja por motivos de perseguição, seja por grave violação de direitos humanos.

Após a definição de refugiado, passamos a analisar o órgão ligado à ONU, que se dedica à proteção internacional dos refugiados, auxiliando-os na solução permanente e duradoura de seus problemas.

3. O ACNUR: Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados e sua atuação

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)[290] foi criado pela Assembléia Geral da ONU (Organização das Nações Unidas) no dia 14 (catorze) de dezembro de 1950 com o objetivo de proteger e assistir às vítimas de perseguição, violência e intolerância ao redor do mundo.

Importante notar que se trata de uma organização humanitária social que, desde a sua criação, já ajudou mais de 50 (cinquenta) milhões de pessoas tendo sido ganhadora, por duas vezes, do Prêmio Nobel da Paz nos anos de 1954 e 1981.

No que tange aos objetivos desta organização humanitária, deve-se frisar que o ACNUR preocupa-se com a proteção de homens, mulheres e crianças refugiadas, que se encontram fora de seu país de origem e que não podem (ou, muitas vezes, não querem) retornar ao mesmo devido aos temores de perseguição e violência, conflitos políticos e violação massiva de direitos humanos, além de buscar incessantemente soluções permanentes e duradouras aos problemas enfrentados por estas pessoas na tentativa de auxiliá-las na reconstrução de suas vidas em um ambiente normal.

Necessário destacar que o Brasil sempre teve um papel muito importante na proteção internacional dos refugiados uma vez que foi o primeiro país do Cone Sul[291] a ratificar a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 em 1960, além de ter sido um dos primeiros países integrantes do Comitê Executivo do

---

Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

[289] NASCIMENTO, Luiz Sales. *A Cidadania dos Refugiados no Brasil.* São Paulo Editora Verbatim, 2012, p. 51.

[290] Informações obtidas junto ao website do ACNUR http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/breve-historico-do-acnur/ Acesso em 14/08/2012.

[291] Entende-se por *Cone Sul* a região meridional localizada na América do Sul, ao sul do Trópico de Capricórnio, composta por Argentina, Chile, Uruguai, sul e sudeste do Brasil, Paraguai e sul da Bolívia, ressaltando-se que estes dois últimos são englobados por continuidade geográfica.

ISBN 978-85-62288-05-0

ACNUR, que é responsável pela aprovação dos programas e orçamentos anuais da agência.

O escritório do ACNUR no Brasil localiza-se na capital do país, Brasília. Atua em cooperação com o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão este ligado ao Ministério da Justiça.

Além desta parceria, atua ainda ao lado de diferentes organizações não-governamentais (ONGs) em todo o território nacional, entre as quais podemos citar o Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH), a Associação Antônio Vieira (ASAV), o Centro de Direitos Humanos e Memória Popular (CDHMP) e a Cáritas (Brasileira, Arquidiocesana de São Paulo e do Rio de Janeiro).

Após esta breve explicação sobre o papel do ACNUR e sua missão na proteção e assistência aos refugiados ao redor do mundo, passamos a analisar a atuação do CONARE – Comitê Nacional para Refugiados, órgão governamental ligado ao Ministério da Justiça.

4. O Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) e sua competência para o reconhecimento da condição de refugiado

O Comitê Nacional para Refugiados (CONARE)[292] é um órgão colegiado de deliberação coletiva, vinculado ao Ministério da Justiça, composto por 7 (sete) membros, majoritariamente governamental, entre eles, um representante do Ministério da Justiça, que será o presidente deste Comitê; um representante do Ministérios das Relações Exteriores; um representante do Ministério do Trabalho; um representante do Ministério da Saúde; um representante do Ministério da Educação e do Desporto; um representante da Polícia Federal; um representante de organização não governamental dedicada à proteção e assistência aos refugiados no Brasil e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, com direito a voz, sem voto.

Oportuno perceber que tal órgão, instituído pelo artigo 11 da Lei n.º 9.474/97, tem por finalidade analisar os pedidos de reconhecimento da condição de refugiado, deliberando sobre a cessação ou perda desta, coordenar as ações necessárias à eficácia de proteção, integração social, assistência, inclusive jurídica, aos refugiados, e, principalmente, aprovar instruções normativas que auxiliem a execução da Lei n.º 9.474/97, que é o Estatuto dos Refugiados.

Sobre o assunto, a doutrina brasileira também analisa a atuação do CONARE na proteção aos refugiados. Neste sentido, Renato Zerbini Ribeiro Leão[293] comenta

---

[292] Informações obtidas junto ao website do Ministério da Justiça http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7605B707ITEMID5246DEB0F8CB4C1A8B9B54B473B697A4PTBRIE.htm Acesso em 13/08/2012.

[293] LEÃO, Renato Zerbibi Ribeiro. *CONARE: Balanço de seus 14 anos de existência.* p. 69. *In:* 60

ISBN 978-85-62288-05-0

que o CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados) é uma *realidade institucional consolidada* constituída por um órgão de deliberação coletiva e tripartite do Estado e da sociedade, com elevado conteúdo humanitário, dedicado ao instituto do refúgio no Brasil.

O artigo 12 da referida Lei, por sua vez, discorre sobre a competência do CONARE, dentre as quais, podemos citar a função de analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado, bem como decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado.

Além do reconhecimento e cessação da condição de refugiado, há outras tarefas de competência do CONARE, dentre as quais podemos citar, a análise do pedido sobre o reconhecimento da condição de refugiado, a deliberação quanto à cessação *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes da condição de refugiado, a declaração da perda da condição de refugiado, a orientação e coordenação das ações necessárias à eficácia da proteção, assistência, integração local e apoio jurídico aos refugiados, a aprovação de instruções normativas que possibilitem a execução da Lei n.º 9.474/97.

Foi neste sentido que o Supremo Tribunal Federal votou no julgamento do pedido de extradição n.º 1008 formulado pela República da Colômbia ao afirmar que *"o deferimento do refúgio é questão da competência política do Poder Executivo, condutor das relações internacionais do país".*[294]

O CONARE tem, além da função de julgamento do pedido de refúgio, a função de orientar e coordenar todas as medidas protetivas e assistenciais dirigidas aos refugiados que se encontram no país.

Toda e qualquer decisão proferida pelo CONARE deverá ser fundamentada na Constituição Federal, na Lei 9.474/97, na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e ainda fundado nas demais fontes de Direito Internacional dos Direitos Humanos, como por exemplo, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*[295] *(1948),* determinação esta contida no artigo 48 da Lei n.º 9.474/97.

Após esta abordagem sobre a atuação do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), cuja responsabilidade, como já foi apontada acima, vai além do que a análise e o julgamento dos pedidos de refúgio, passamos a analisar o procedimento previsto na legislação brasileira para solicitação da condição de refugiado.

---

anos de ACNUR: Perspectivas de futuro / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

[294] Extradição 1008. Vide Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

[295] Liderados pelas potências emergentes no período pós-guerra, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* foi estabelecida na Conferência de Yalta realizada na Ucrânia com o objetivo de se evitar guerras e promover a paz e a democracia e fortalecer os Direitos Humanos na tentativa dos países de se construir novos alicerces ideológicos.

ISBN 978-85-62288-05-0

5. Procedimento para solicitação da condição de refugiado

No tocante ao procedimento de requerimento do *status* de refugiado, insta esclarecer que este tem natureza administrativa e ocorre em duas instâncias: a primeira perante o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) e a segunda perante o Ministério da Justiça.

Primeiramente, o estrangeiro deverá apresentar-se à autoridade competente e externar sua vontade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado. Posteriormente, será notificado para prestar declarações.

Mister esclarecer que há a necessidade de comunicação de tal solicitação ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR. Esse órgão tem a possibilidade de oferecer sugestões que facilitem seu andamento.

Após as declarações prestadas pelo solicitante, se necessário com a ajuda de um intérprete, o estrangeiro deverá preencher a solicitação de reconhecimento de sua condição de refugiado, informando sua identificação completa, inclusive qualificação profissional, grau de escolaridade do solicitante e membros do seu grupo familiar, bem como relato das circunstâncias e fatos que fundamentem o pedido de refúgio, indicando os elementos de prova pertinentes, em atendimento às exigências contidas no artigo 19 da Lei n.º 9.474/97.

Uma vez esclarecido o procedimento de solicitação da condição de refugiado, que tem natureza administrativa e é dividido em 2 (duas) fases sendo a primeira perante o Comitê Nacional para Refugiados e a segunda perante o Ministério da Justiça, devemos analisar com maior profundidade a decisão sobre este requerimento do *status* de refugiado, apontando a natureza jurídica desta e a possibilidade ou impossibilidade de interposição de recursos em caso de negativa. É o que veremos no tópico seguinte.

6. O artigo 29 da Lei n.º 9.474/97 e os recursos cabíveis da decisão que concede ou não, por parte do CONARE, o *status* de refugiado

Após a análise do requerimento da condição de refugiado formulado pelo estrangeiro, o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) proferirá decisão, de natureza declaratória, devidamente fundamentada, conforme exigido no artigo 26 da Lei n.º 9.474/97, notificando o solicitante e o Departamento de Polícia Federal, para as medidas administrativas cabíveis.

No caso de decisão positiva, o procedimento a ser seguido é o previsto no artigo 28 da Lei n.º 9.474/97, ou seja, o refugiado será registrado junto ao Departamento de Polícia Federal, devendo assinar termo de responsabilidade e solicitar cédula de identidade pertinente (RNE – Registro Nacional de Estrangeiros) para regularização de sua situação. Salienta-se que, neste caso, não há previsão

ISBN 978-85-62288-05-0

legal de recurso administrativo ao Ministro de Estado da Justiça, visto que tal decisão privilegia o instituto do refúgio.

Já no caso de decisão negativa, esta deverá ser fundamentada na notificação a ser enviada ao solicitante, ressaltando-se o cabimento de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da notificação.

Entretanto, nos termos do disposto no artigo 31 da Lei n.º 9.474/97, a decisão do Ministro de Estado da Justiça não será passível de recurso, devendo ser notificada ao CONARE, para ciência do solicitante, e ao Departamento de Polícia Federal, para as providências devidas sendo que o solicitante ficará sujeito à legislação de estrangeiros em vigor no país.

Ainda que outra opinião possa vir a ser comentada, vamos analisar a possibilidade de propositura de uma ação judicial diante da negativa do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) em relação ao requerimento formulado pelo solicitante de refúgio para que lhe seja declarada a condição de refugiado.

7. O controle judicial pelo Supremo Tribunal Federal em garantia ao princípio constitucional da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal)

Em se admitindo que o solicitante de refúgio esteja enquadrado nas hipóteses de concessão da condição de refugiado previstas pela Lei n.º 9.474/97, a resposta se torna mais fácil uma vez que, preenchidos os requisitos legais exigidos para tanto, deve-se, tão somente, superar as exigências formais. É certo que cabe ao governo federal decidir as questões ligadas ao plano político internacional. Porém, sabe-se também que o Poder Judiciário tem legitimidade para decidir sobre a legalidade ou ilegalidade da decisão proferida pelo CONARE no tocante à condição de refugiado.

Entretanto, a questão se torna um pouco mais complexa quando o solicitante de refúgio não se enquadra nas hipóteses legais previstas no Estatuto do Refugiado (Lei n.º 9.474/97) e mesmo assim ajuíza ação para pleitear tal condição perante o órgão jurisdicional.

Numa perspectiva ampla, podemos argumentar que cabe ao governo federal medir a gravidade da situação de política externa em relação à violação de direitos humanos, não podendo o Judiciário interferir nos assuntos concernentes às posturas assumidas pelo Brasil no plano político internacional, a não ser que o Judiciário observe flagrantes violações e, atendendo à missão constitucional de julgar, manifeste opiniões sobre tal ponto.

Frisa-se que a questão se torna ainda mais interessante quando se tratar de

ISBN 978-85-62288-05-0

pedido de refúgio político. Por exemplo, o Primeiro Ministro da Síria vem para o Brasil e solicita a concessão do *status* de refugiado. Ocorre que o mesmo vem sendo procurado mundialmente e os Estados Unidos afirma que declarará como inimigo o Estado que lhe conceder amparo. Neste caso, se o CONARE proferir decisão negatória sobre o pedido de refúgio solicitado pelo Primeiro Ministro, indaga-se: o Poder Judiciário teria legitimidade para apreciar tal pedido se o mesmo fosse formulado através de ação judicial? Qual interesse deveria preponderar: o direito subjetivo ao refúgio do solicitante ou a soberania do Estado no âmbito do direito internacional público por se tratar de decisão de cunho político?

A doutrina brasileira se manifestou sobre a decisão que concede o refúgio ilegalmente e o não cabimento de recurso administrativo ao Ministro de Estado. Como exemplo, podemos citar André de Carvalho Ramos[296], que defende que, apesar de não caber recurso administrativo, é possível o ajuizamento de ação judicial para defesa da legalidade e da ordem

jurídica, o chamado *controle judicial da concessão ou denegação do refúgio*.

A jurisprudência, por sua vez, usou como argumentação a teoria dos motivos determinantes, a teoria do desvio de finalidade e abuso de poder e, ultimamente, o princípio da proporcionalidade, que garantem ao Poder Judiciário instrumentos para controlar o abuso e o excesso por parte do Poder Executivo. É o que verifica diante da análise da postura do Poder Judiciário no que tange à atuação do CONARE. Não podemos nos esquecer, tendo em vista o princípio da universalidade de jurisdição previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que todas as decisões administrativas podem ser revisadas pelo Poder Judiciário.

Com efeito, outra questão a ser enfrentada neste momento é discutir se a deliberação do CONARE é discricionária no que se refere ao reconhecimento da condição de refugiado uma vez que tal decisão possui caráter declaratório e não constitutivo, como o que ocorre com a decisão de concessão de asilo. Assim, temos que esta decisão, ainda que expresse a vontade do Estado por ser ato de competência do CONARE, órgão este ligado ao Ministério da Justiça, está sujeita ao controle judicial.

Bem por isso André de Carvalho Ramos[297] defende o cabimento do controle judicial nas duas hipóteses, quais sejam, o reconhecimento indevido do *status* de

---

[296] CARVALHO RAMOS, André de, *Direito ao Acolhimento: Principais Aspectos da Proteção Aos Refugiados no Brasil*. In *Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei 9474 de 22 de julho de 1997)*. Coordenação de João Carlos de Carvalho Rocha e outros. Belo Horizonte, Del Rey, 2007. In EXTRADIÇÃO – CASO CESARE BATTISTI – REPÚBLICA ITALIANA – CONCESSÃO DE REFÚGIO PELO MINISTRO DA JUSTIÇA – CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO DE CONCESSÃO. Parecer do Professor Carlos Mário da Silva Velloso. p. 33.

[297] CARVALHO RAMOS, André de, *Direito ao Acolhimento: Principais Aspectos da Proteção Aos Refugiados no Brasil*. In *Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos: 10 anos do*

ISBN 978-85-62288-05-0

refugiado (1) e o não reconhecimento do refúgio pelo CONARE (2), argumentando que cabe a declaração de nulidade deste ato em defesa da ordem jurídica e do princípio da legalidade.

Assim, podemos concluir que é perfeitamente possível o controle de legalidade pelo Poder Judiciário do ato da Administração Pública no que tange à decisão do CONARE sobre o reconhecimento da condição de refugiado uma vez que é competência do Poder Judiciário corrigir as ilegalidades, inconstitucionalidades e abusos de ato administrativo, tudo isso em razão do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a Direito e do princípio da legalidade, ambos previstos no artigo 37 da Constituição Federal.

Como já foi anteriormente mencionado, de acordo com o *princípio da universalidade de jurisdição* previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário rever as decisões administrativas.

Não poderia ser outra a postura adotada pelo Poder Judiciário no que se refere às decisões do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Porém, diferentemente do asilo político, o refúgio é um direito do estrangeiro perseguido, o qual pode, caso o CONARE decida pela inexistência dos requisitos necessários para a concessão e reconhecimento do refúgio, questionar esta posição judicialmente perante a Justiça Federal por ser o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) um órgão despersonalizado da União, conforme o previsto no artigo 109 da Constituição Federal.

Entretanto, de acordo com o entendimento de André Carvalho RAMOS[298], *"a revisão deve ser absolutamente regrada e estrita, em respeito ao princípio do non-refoulment".* Isto quer dizer que a revisão das decisões de concessão ou não de refúgio pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) deve sofrer limitações quanto aos motivos que fundamentaram a decisão, concluindo que a inexistência de tais fundamentos autorizaria o Poder Judiciário a intervir e revisar a decisão administrativa adotada pelo Poder Executivo através do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) a fim de se proteger o próprio instituto do refúgio. RAMOS [299] acrescenta:

Estatuto dos Refugiados (Lei 9474 de 22 de julho de 1997). Coordenação de João Carlos de Carvalho Rocha e outros. Belo Horizonte, Del Rey, 2007. In EXTRADIÇÃO – CASO CESARE BATTISTI – REPÚBLICA ITALIANA – CONCESSÃO DE REFÚGIO PELO MINISTRO DA JUSTIÇA – CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO DE CONCESSÃO. Parecer do Professor Carlos Mário da Silva Velloso, p. 33/34.

[298] RAMOS, André de Carvalho. *Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas.* In: *60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro.* / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo : Editora CL-A Cultural, 2011. p.39.

[299] Op.cit. p.39.

ISBN 978-85-62288-05-0

> A revisão pelo Judiciário (pelo STF, nos processos extradicionais, ou em outros tipos de ações, como, por exemplo, uma ação civil pública interposta pelo *parquet* federal) deve ser feita de modo fundamentado e levar em consideração a meta final do Direito dos Refugiados que é a preservação da dignidade da pessoa humana, sob pena de expor o Brasil a sua responsabilização internacional por violação de direitos humanos, uma vez que o direito ao acolhimento é previsto também no artigo 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja corte (Corte Interamericana de Direitos Humanos) o Brasil já reconheceu a jurisdição.

Entretanto, não caberia ao Poder Judiciário rever o mérito da decisão que concedeu ou não o refúgio por ser esta competência atribuída ao Poder Executivo. E é neste sentido que o Supremo Tribunal Federal se manifestou no julgamento do pedido de extradição n.º 1008 ao reconhecer a validade da Lei n.º 9.474/97 que reserva ao Poder Executivo a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado (concessão de asilo ou refúgio) e a aplicabilidade do artigo 33 da Lei n.º 9.474/97, que será discutida no próximo tópico.

Superada esta dúvida, passamos a entender melhor o teor do artigo 33 da Lei n.º 9.474/97, o qual dispõe sobre a possibilidade de reconhecimento do *status de refugiado* quando houver processo de extradição em andamento contra o solicitante de refúgio.

8. A aplicabilidade do artigo 33 da Lei n.º 9.474/97

Nos termos do disposto no artigo 33 da Lei n.º 9.474/97, o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Vale ainda destacar que, conforme previsão contida no artigo 34 da referida Lei (Estatuto dos Refugiados), a solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio, comunicando-se o órgão competente onde tramita o processo de extradição.

No caso da extradição n.º 1008, antes de analisar o mérito do pedido de extradição, foi submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal a questão relativa à aplicabilidade ou não do artigo 33 da Lei n.º 9.474/97, que dispõe que *o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.*

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que o artigo 33 da Lei n.º 9.747/97 deveria ser aplicado no caso do pedido de extradição quando

ISBN 978-85-62288-05-0

houver reconhecimento por parte do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) da condição de refugiado, o que obsta o prosseguimento do processo de extradição.

Como não constitui nossa pretensão pormenorizar esta análise, apontamos tão somente a necessidade da apreciação da pertinência temática entre as razões da concessão do refúgio e as razões do pedido de extradição quando o Poder Judiciário, ao cumprir sua função jurisdicional de controle judicial prevista no artigo 102, inciso I, alínea *g,* da Constituição Federal, decidir sobre a aplicabilidade ou não da decisão administrativa proferida pelo Ministério da Justiça no que se refere ao disposto no artigo 33 da Lei n.º 9.474/97 para extinguir-se o processo de extradição.

Com efeito, finalizada a discussão sobre a aplicabilidade ou não do artigo 33 da Lei n.º 9.474/97 no que diz respeito à extinção do processo de extradição em caso de reconhecimento da condição de refugiado do extraditando, mister se faz uma análise mais detalhada sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal no caso do julgamento da extradição n.º 1008, que veremos adiante.

9. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o pedido de extradição registrado sob o n.º 1008

Neste breve relato processual do julgamento da extradição n.º 1008, cabe esclarecer que foi formulado pelo Governo da República da Colômbia pedido de extradição para fins de instrução de investigação criminal, com fundamento no artigo 82 da Lei n.º 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) e no artigo VI do Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e a Colômbia em 1938, o qual foi promulgado pelo Decreto n.º 6.330/40, tendo sido requerida a sua prisão preventiva para fins de extradição, diante da imputação de envolvimento deste em dois crimes de homicídio e nos delitos de sequestro extorsivo, terrorismo e rebelião, todos previstos no Código Penal Colombiano, apontando-se ainda que o extraditando exercia funções de direção nas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Foi decretada a prisão preventiva do extraditando, que foi recolhido às dependências da Superintendência Regional da Polícia Federal em São Paulo tendo sido posteriormente removido para a Capital Federal, mediante prestação de informações pelo Senhor Ministro da Justiça e autorização do Supremo Tribunal Federal. Além disso, foram prestadas informações pelo Ministério da Justiça no sentido de que o extraditando formulou pedido de refúgio perante o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), fato este que também foi comunicado ao Supremo Tribunal Federal pelo próprio extraditando, o que ocasionou o sobrestamento do processo de extradição, conforme previsto pelo artigo 34 da Lei n.º 9.474/97. Deve-se frisar que, com base na Lei n.º 9.474/97, foi requerido o reconhecimento da condição de refugiado político ao extraditando pelo Comitê Nacional para os Refugiados

ISBN 978-85-62288-05-0

(CONARE) tendo sido o mesmo deferido pelo Ministro de Estado da Justiça.

Com o reconhecimento do *status* de refugiado, o Supremo Tribunal Federal determinou o cumprimento da custódia do extraditando em regime domiciliar, reconhecendo-se o caráter excepcional decorrente da concessão do refúgio pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), nos termos do disposto na Lei n.º 9.474/97, **o primeiro pedido de refúgio deferido pelo CONARE a extraditando,** julgando-se, por maioria de votos, extinto o processo de extradição e determinando-se a expedição de alvará de soltura do extraditando.

Assim, fácil resulta deduzir que o pedido de extradição n.º 1008 foi relevante para a jurisprudência brasileira não só porque tratou do primeiro pedido de refúgio deferido pelo Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), mas principalmente porque neste caso ficou determinada a necessidade de identidade entre os fatos motivadores do reconhecimento da condição de refugiado e os fatos que fundamentaram o pedido de extradição.

10. Considerações Finais

Neste momento, cabe-nos fazer algumas considerações finais sobre a análise do pedido de extradição n.º 1.008.

Primeiramente, destacar que tal caso foi duplamente impactante na jurisprudência brasileira, como já foi mencionado anteriormente, porque tratou do **primeiro pedido de refúgio deferido pelo Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) a extraditando,** e porque foi uma decisão histórica, na qual o Supremo Tribunal Federal teve que enfrentar uma questão inédita, qual seja, **se a condição de refugiado pode impedir ou não a extradição.**

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência originária para o julgamento dos pedidos de extradição, prevista no artigo 102, inciso I, alínea *g,* da Constituição Federal de 1988, é capaz de contribuir para a divulgação da importância de proteção aos refugiados e para a demonstração do caráter jurídico do tema[300]. No caso concreto aqui analisado, o Supremo Tribunal Federal (frisa-se, mais uma vez, em decisão inédita e histórica) analisou a pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição, reconhecendo-se a constitucionalidade da Lei n.º 9.474/97 (Estatuto dos Refugiados), em especial a aplicação do artigo 33 da referida Lei, cujo teor determina que *o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.*

[300] JUBILUT, Liliana Lyra. *A Judicialização do Refúgio.* p. 178. *In:* 60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

Conclui-se que esta decisão serviu como precedente no tocante à questão do reconhecimento da condição de refugiado como causa de prejudicialidade das extradições fundadas nos mesmos fatos que ensejaram o pedido de refúgio (necessidade de ocorrência da identidade entre os fatos motivadores do reconhecimento da condição de refugiado e aqueles que fundamentam o pedido de extradição).

Frisa-se que tal questão voltou ao Plenário com o julgamento da Extradição n.º 1085/Rel. Min. Cezar Peluso (Cesare Battisti), que superou o entendimento anteriormente fixado sobre o tema constitucional da Extradição n.º 1008/Rel. Min. Gilmar Mendes (Padre Olivério Medina), para conhecer do pedido extradicional, gerando bastante polêmica quanto à eficácia jurídica do ato administrativo de concessão de refúgio e o caráter discricionário do Presidente da República para a determinação da extradição.

Por fim, podemos concluir também que, ainda que o reconhecimento da condição de refugiado seja considerado fato superveniente capaz de obstar o prosseguimento do processo de extradição, nos termos do artigo 33 da Lei n.º 9.474/97, mesmo assim, devido à consagração do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça à direito (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), é tarefa do Supremo Tribunal Federal examinar e julgar, mesmo que de forma incidental, a legalidade do ato administrativo.

É certo que ainda restam muitos desafios para a jurisprudência brasileira no que se refere à proteção e assistência aos refugiados. Todavia, não podemos negar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal no pedido de extradição n.º 1008 foi fundamental para o fortalecimento da legislação pertinente e também para o aumento do envolvimento da sociedade civil, bastante preocupada com o fluxo de refugiados no país, e autoridades brasileiras na solução dos problemas concernentes ao tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Valores constitucionais e Lei 9.474 de 1997. Reflexões sobre a dignidade humana, a tolerância e a solidariedade como fundamentos constitucionais da proteção e integração dos refugiados no Brasil.* p. 123. *In:* 60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

CARVALHO RAMOS, André de, *Direito ao Acolhimento: Principais Aspectos da Proteção Aos Refugiados no Brasil*. In *Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei 9474 de 22 de julho de 1997)*. Coordenação de João Carlos de Carvalho Rocha e outros. Belo Horizonte,

ISBN 978-85-62288-05-0

Del Rey, 2007. In EXTRADIÇÃO – CASO CESARE BATTISTI – REPÚBLICA ITALIANA – CONCESSÃO DE REFÚGIO PELO MINISTRO DA JUSTIÇA – CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO DE CONCESSÃO. Parecer do Professor Carlos Mário da Silva Velloso.

CARVALHO RAMOS, André de. *Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas.* In: *60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro.* / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo : Editora CL-A Cultural, 2011.

HAYDU, Marcelo. *A integração de refugiados no Brasil. In:* 60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

JUBILUT, Liliana Lyra. *A Judicialização do Refúgio.* p. 178. *In:* 60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *CONARE: Balanço de seus 14 anos de existência.* In: *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro.* / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo : Editora CL-A Cultural, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público.* 6ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais.* 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Luiz Sales. *A Cidadania dos Refugiados no Brasil.* São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Editora Max Limonad, 3ª ed. atual., 1997.

ISBN 978-85-62288-05-0

O DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR DA CONSTITUIÇÃO

Raíza Alves Rezende[301]
Tais Pagnan Garrocini[302]

RESUMO

O direito social à educação elencado no artigo 6º entre o rol dos direitos sociais, bem como no artigo 205 da Lei Fundamental deve ser concretizado em seu máximo pelo Estado, possuindo função essencial na formação do indivíduo quanto a seu papel de cidadão, como portador de direitos e obrigações recíprocas em sociedade, dentro de um Estado Democrático de Direito. É de conhecimento geral a deficiência e o modelo educacional falido que é ofertado pelo Estado. O presente artigo objetiva demonstrar a possibilidade de um novo modelo educacional, trazendo conteúdos gerais constitucionais. Buscando maneiras de conscientizar e otimizar o papel de cidadão a ser desempenhado por cada um em sociedade, atingindo como pressuposto primeiro e último a consecução da dignidade humana.

ABSTRACT

The social right to education, listed on the 6th article on the role of social rights, as well as on the 205 article of the Fundamental Law, must be achieved in its total by the state, having a essential role on the formation of the citizen, so that everyone can be aware of their rights and duties in a social and democratic state. Is known that are flaws in the model of education that is offered by the state. The destination of the present article is to study the possibility of a new educational model, bringing constitutionals subjects. Searching for new ways to optimize the role of the citizen that has to be done by each one in the society, reaching for the concretization of the human dignity.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Educação constitucional; Dignidade humana; Cidadania.

KEYWORDS: Fundamental rights; Constitutional education; Human dignity; Citizenship.

[301] Aluna do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná
[302] Aluna do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná

ISBN 978-85-62288-05-0

INTRODUÇÃO

A plena realização da dignidade humana tornou-se o objetivo máximo com o início do movimento constitucionalista, quando todo o ordenamento passou a se calcar no respeito supremo da Lei Maior e da soberania do povo.

Assim sendo, a Constituição se tornou o centro do ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade em um 'documento' para a sociedade, da pessoa dotada de dignidade humana. O Estado se viu na obrigação de atuar conforme e em sujeição àquela, posto que é um fruto, como também um instrumento do povo.

No Estado Democrático de Direito, fundado na democracia e nos direitos sociais, busca-se a realização da dignidade humana através da solidariedade e da justiça social, preparando cada cidadão para o exercício consciente da cidadania, ou seja, para que cada pessoa possa exercer os direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna e assegurar sua a consecução de sua dignidade enquanto pessoa. Por conseguinte, caracterizando, assim, a autêntica democracia.

Nesta esteira, há uma indignação pulsante, de saber uma dignidade existente e reconhecida, mas quase sempre desprezada, negada em nosso Estado; seja em situações alarmantes de miséria, opressão, como na omissão estatal em fornecer o que é garantido pela Constituição da República. O cidadão carente de valores éticos e da consciência real de cidadania é leigo de sua real e suprema titularidade estatal disposta no artigo 1º da Constituição de 1988; não se percebe como o principal lesado e não atua conscientemente na defesa de seus direitos, tampouco fiscaliza a gestão pública do Estado.

De forma que se deve buscar todas as formas possíveis de realização e alcance permanente da dignidade humana para toda pessoa, todo cidadão. A fim de que através do conhecimento o indivíduo atinja a consciência de saber existir sua dignidade e consiga preservá-la, exigindo o respeito do estado e da própria sociedade para consigo e para o bem-coletivo.

Logo, a educação torna-se o instrumento primeiro na oportunidade de construção e transformação de uma nova sociedade, condizente com os valores constitucionais da democracia, justiça, cidadania e dignidade. Através daquela e uma nova prática educacional, na qual se possa inserir tais valores é que haverá um despertar consciente para a efetivação dos ditames da Constituição da República, bem como dos princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito em que vivemos.

1. A EDUCAÇÃO NO BRASIL

Todo indivíduo deve defender a Carta Magna e mais do que isso deve amá-la, é a "vontade de Constituição" que lhe atribui força e eficácia, segundo Konrad

ISBN 978-85-62288-05-0

Hesse. Outrossim, o nível da qualidade educacional prestada pelo poder público reflete o nível de respeito aos ditames constitucionais, como a democracia, cidadania e respeito à própria dignidade humana.

Cabe aqui ressaltar que a educação no Brasil nunca esteve em voga, ou seja, nunca foi objeto de efetivos investimentos pelo Estado, nunca houve valorização e verdadeiro empenho na melhoria dos métodos, profissionais e estrutura, por parte daquele. Sendo que investimentos em educação se refletem diretamente na melhoria desta, além da qualidade social e cívica do povo brasileiro, como também no desenvolvimento econômico do país.

Assim, o direito social à educação positivado no artigo 6º entre os direitos sociais, como no artigo 205 da Lei Fundamental, não resolve sozinho os problemas enfrentados atualmente, de forma que se não forem criados meios para que ela flua aos seus titulares, a boa intenção do texto constitucional e a vontade do legislador cairão por terra.

A educação básica fornecida se mostra deveras insuficiente, pois saber ler não representa conhecimento. O indivíduo pode se tornar alienado dependendo da informação (ou falta dela) que receba, haja vista a enorme quantidade de 'analfabetos funcionais' existentes; acarretando vários malefícios aos menos favorecidos socialmente, comprometendo a democracia, o acesso à justiça.

O ensino deve servir como um meio de luta contra as formas de dominação existentes e derivadas da forma inadequada e ineficiente de educar. Através de uma nova prática educacional é que se alcançará um nível de civilidade condizente com a dignidade humana e a paz social que são guarnecidas por um Estado Democrático de Direito como o nosso.

1.1 A EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Tendo a marca da ideologia dominante na época, todas as Constituições brasileiras trataram do tema educação, seja de maneira mais restrita, seja de maneira mais ampla como a atual.

A primeira Constituição nacional, outorgada em 1824 por D. Pedro I sem que houvesse qualquer participação do povo, foi inspirada no colonialismo inglês e garantiu entre os direitos civis e políticos a gratuidade da instrução primária para todos os cidadãos e a criação de colégios e universidades.

A Constituição Imperial não se preocupou em dedicar um capítulo específico para a educação, referindo-se a ela em apenas dois incisos do art. 179, conforme transcrito:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a

ISBN 978-85-62288-05-0

propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes."

Pode-se notar que o direito à educação previsto na Constituição Imperial era excludente, na medida em que eram considerados cidadãos, conforme o art. 6° (BRASIL, on line):

"Art. 6. São Cidadãos Brazileiros

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.

II. Os filhos de pai Brazileiro, e os illegitimos de mãi Brazileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio.

III. Os filhos de pai Brazileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.

IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.

V. Os estrangeiros naturalisados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.

A própria Constituição de 1824 não considerava os escravos como cidadãos.

Nota-se que o inciso XXXII deste artigo disciplinava a respeito da gratuidade da instrução primária para todos os cidadãos. No entanto, vale lembrar que os direitos e garantias elencados nesta Carta tinham por objetivo atender às reivindicações liberais de Portugal e, sendo assim, a gratuidade universal à educação primária inseriu-se no texto como uma obrigação efetiva do Estado e não foi fruto de interesses articulados e reclamos sociais organizados.

Não havia, nesse momento, a atribuição de competências específicas às províncias para a efetivação da educação.

Assim, podemos dizer que durante o período de vigência da Constituição de 1824 não existiu uma atribuição clara e precisa de competências entre as pessoas políticas para seu desenvolvimento e não trouxe benefícios para o progresso da educação no País, pois privilegiou o ensino superior em detrimento da criação de políticas que cuidassem da implantação do ensino fundamental público e gratuito,

ISBN 978-85-62288-05-0

essencial para a formação da maior parte da população.

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1981, foi criada a primeira Constituição Republicana do Brasil, elaborada por Rui Barbosa, que, ao contrário da Carta anterior, teve participação pública, pelos representantes do povo brasileiro, que com o objetivo de organizar um regime democrático, decretaram e promulgaram a primeira Constituição da República.

O direito à educação foi tratado nos artigos 35 e 72. As mudanças que ocorreram foram principalmente em relação à descentralização e concentração das atividades educacionais da União e dos Estados. Também estabeleceu a separação entre Estado e Igreja, uma vez que o ensino ministrado nos estabelecimentos público era laico.

Segundo Raposo (2005, p. 2)

> A Constituição Republicana de 1891, adotando o modelo federal, preocupou-se em discriminar a competência legislativa da União e dos Estados em matéria educacional. Coube à União legislar sobre o ensino superior enquanto aos Estados competia legislar sobre o ensino secundário e primário, embora tanto a União quanto os Estados pudessem criar e manter instituições de ensino superior e secundário. Rompendo com a adoção de uma religião oficial, determinou a laicização do ensino nos estabelecimentos públicos.

Assim, podemos concluir que a Constituição de 1891 atribuiu competência em matéria educacional às pessoas políticas, o que caracteriza um avanço, ainda que singelo, para a sistematização da matéria e a melhora das condições do desenvolvimento da educação no Brasil.

A Constituição de 1934 representou um processo de modernização do Estado e fez nascer uma nova fase da história constitucional brasileira, influenciada pelas Constituição Mexicana de 1917 e Alemã de 1919, se dedicou a enunciar normas que exorbitam os temas eminentemente constitucionais. Os direitos econômicos, sociais e culturais foram positivados na nova Carta.

Foi a primeira Constituição a dedicar um Capítulo à educação e à cultura. Também restou estabelecida a competência legislativa da União para traçar diretrizes da educação nacional. Um título foi dedicado à família, à educação e à cultura. A educação foi definida como direito de todos, correspondendo a dever da família e dos poderes públicos, voltada para consecução de valores de ordem moral e econômica.

Segunda Fávero (2005, p. 13) o texto constitucional de 1934 deixa antever que o direito à educação passa a ser “condividido” entre o Estado e a família.

ISBN 978-85-62288-05-0

Veja o que estabeleceu a Carta de 1934 (BRASIL, on line):

> Art 148. Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das sciencias, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objectos de interesse historico e o patrimonio artistico do paiz, bem como prestar assistencia ao trabalhador intellectual.
>
> Art 149. A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela familia e pelos poderes publicos, cumprindo a estes proporcional-a a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no paiz, de modo que possibilite efficientes factores da vida moral e economica da Nação, e desenvolva num espirito brasileiro a consciencia da solidariedade humana.

Pode-se notar que a Constituição de 1934 incorporou os direitos sociais aos direitos dos cidadãos.

A Carta em comento apresentou dispositivos que organizavam a educação nacional, mediante previsão e especificação de linhas gerais de um plano nacional de educação e competência do Conselho Nacional de Educação para elaborá-lo; criação dos sistemas educativos nos estados, prevendo os órgãos de sua composição como corolário do próprio princípio federativo e destinação de recursos para a manutenção e desenvolvimento do ensino. Também estabeleceu a garantia de imunidade de impostos para estabelecimentos particulares, de liberdade de cátedra e de auxílio a alunos necessitados e determinação de provimento de cargos do magistério oficial mediante concurso público.

Podemos verificar que a Constituição de 1934 promoveu significativos avanços referentes à melhoria da qualidade da prestação da atividade educacional pelo Estado.

A Constituição de 1937 foi a segunda a ser outorgada no Brasil, que, em decorrência das condições políticas e ideológicas externas e internas, acabou por derrubar o renovador texto constitucional anterior. A nova Carta vinculou a educação a valores cívicos e econômicos. Não houve preocupação com o ensino público, sendo o primeiro dispositivo no trato da matéria dedicado a estabelecer a livre iniciativa. A centralização é reforçada não só pela previsão de competência material e legislativa privativa da União em relação às diretrizes e bases da educação nacional, sem referência aos sistemas de ensino dos estados, como pela própria rigidez do regime ditatorial.

Por fim, a Constituição de 1937 centralizou os poderes nas mãos do Chefe do Poder Executivo, constituindo-se num governo autoritário.

Segundo Pompeu (2005, p. 71) a Carta aqui tratada priorizou a escola

ISBN 978-85-62288-05-0

particular, “criando um verdadeiro hiato entre o ensino dos pobres, classes menos favorecidas e o ensino daqueles que podem pagar, as classes mais favorecidas”. A gratuidade foi tratada como uma exceção a quem poderia alegar ser pobre na forma da lei; aos outros que não pudessem alegar escassez de recursos, seria cobrada uma contribuição mensal.

O ensino primário gratuito era obrigatório para todos. Contudo, deveria haver o dever de solidariedade.

Conforme a Carta Constitucional de 1937 (BRASIL, on line):

> Art. 129. A infancia e á juventude, a que faltarem os recursos necessarios á educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municipios assegurar, pela fundação de instituições publicas de ensino em todos os seus gráos, a possibilidade de receber uma educação adequada ás suas faculdades, aptidões e tendências vocacionaes.
>
> O ensino prevocacional profissional destinado ás classes menos favorecidas é, em materia de educação, o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municipios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionaes.
>
> É dever das industrias e dos syndicatos economicos crear, na esphera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operarios ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsidios a lhes serem concedidos pelo poder publico.
>
> Art. 130. O ensino primario é obrigatorio e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por occasião da matricula, será exigida aos que não allegarem, ou notoriamente não puderem allegar escassez de recursos, uma contribuição modica e mensal para a caixa escolar.

Com a Constituição de 1946 há um resgate dos princípios das Constituições de 1891 e 1934. A competência legislativa da União circunscreve-se às diretrizes e bases da educação nacional. Aos Estados incumbe a competência residual para legislar sobre matéria educacional de seus sistemas de ensino. Raposo (2005, p. 2) salienta que:

> A educação volta a ser definida como direito de todos, prevalece a idéia de educação pública, a despeito de franqueada à livre iniciativa. São definidos

ISBN 978-85-62288-05-0

> princípios norteadores do ensino, entre eles ensino primário obrigatório e gratuito, liberdade de cátedra e concurso para seu provimento não só nos estabelecimentos superiores oficiais como nos livres, merecendo destaque a inovação da previsão de criação de institutos de pesquisa. A vinculação de recursos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino é restabelecida.

Nesta Carta a educação passa a ter o valor direito público subjetivo, no entanto cabe também à família o dever de educar os filhos. Nesse sentido, pode-se dizer que a educação passa a basear-se no princípio "in loco parentis", devendo ser ministrada tanto na escola quanto no lar.

No que se refere especificamente ao direito à educação (art. 166), as idéias contidas nesta Constituição assemelham-se às da Carta de 1934. Sendo assim, a educação encontra-se prevista no capítulo II, que dispõe sobre a Educação e a Cultura. Os incisos I e II do art. 168, definem a obrigatoriedade e a gratuidade ao ensino primário oficial, no entanto, a ênfase do texto refere-se à subsidiariedade do Estado no provimento do ensino oficial posterior para aqueles que provarem a falta ou insuficiência de recursos.

A Constituição de 1967 manteve a estrutura organizacional da educação nacional, preservando dessa maneira os sistemas de ensino dos Estados. Contudo, percebe-se um retrocesso sob a ótica de matérias relevantes como, por exemplo, o fortalecimento do ensino particular, mediante previsão de meios de substituição do ensino oficial gratuito por bolsas de estudo; a necessidade de bom desempenho para garantia da gratuidade do ensino médio e superior aos que comprovassem insuficiência de pecúnia; a limitação da liberdade acadêmica pelo medo subversivo; a diminuição do percentual de receitas vinculadas para a manutenção e desenvolvimento do ensino.

1.2 CONTEÚDO JURÍDICO DA EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No berço da civilização grega a educação sobre o status político e a organização político-jurídica já era prioridade, para que o indivíduo desempenhasse conscientemente seu papel nas decisões públicas, pois o importante era a participação igualitária no poder. Sócrates deu início a defesa da missão educacional para aprendizagem dos principais valores e virtudes, como os saberes indispensáveis para o exercício da cidadania. Platão destacava que todo cidadão através do ensino deveria alcançar a compreensão das regras que compõem a gestão pública para então exercitá-las. Ainda, conforme os dizeres de Aristóteles, de nada vale uma lei se o cidadão não for formado pela educação e os costumes, para sua compreensão e valorização.

ISBN 978-85-62288-05-0

O direito à Educação Constitucional é uma espécie nobre do direito social à educação capitulado no artigo 6º desta Constituição, cabendo aqui ressaltar a interpretação sistemática e teleológica relacionada aos artigos 64 e 205 do ADCT da CF88. Estes artigos demonstram a vontade do constituinte originário de que cada brasileiro tivesse acesso materialmente à Constituição assim como também recebesse o ensinamento sobre ela; como forma de despertar o sentimento da "vontade de constituição" em cada cidadão brasileiro.

A Educação Constitucional se afirma através de uma interpretação principiológica, sistemática e teleológica da Constituição pelos artigos 5º, parágrafo 2º; 6º e 205, como também pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação brasileira (LDB – Lei 9.394 de 1996), sendo que esta expressamente diz que os conteúdos curriculares da educação básica observarão a difusão dos valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática.

No Brasil há a ilusão de que a publicação de uma lei, automaticamente, resolverá as mazelas sociais vivenciadas o que não ocorre se não houver uma valorização por parte da sociedade à supremacia dos princípios constitucionais. Deve ser transformada a visão apática, desinteressada dos indivíduos em face da postura cidadã-democrática a ser exercida. Responsabilidade que não é apenas do cidadão, mas daqueles que governam e de maneira estratégica, dolosamente omitem-se a lhe dar a oportunidade de entender a estrutura estatal e a dinâmica constitucional do Estado que o povo é titular do poder.

Nesse contexto político-social se formam milhares de 'analfabetos políticos' que sem conhecer e respeitar os valores constitucionais se sucumbem a costumes antiéticos como o "jeitinho brasileiro" em uma sociedade cada vez mais individualista e violenta. O pressuposto de uma sociedade democrática verdadeira é a educação voltada para a cidadania, idéia enfatizada desde os gregos.

A linguagem de nossa Carta Magna é acessível didaticamente, facilitando a compreensão básica pelo povo, já que expressões jurídicas técnicas são exceções, sendo a Constituição um documento político, ressaltando sua forma democrática de compreensão.

Qualquer estudo jurídico ou de qualquer ramo do saber deve se iniciar e terminar sob a ótica constitucional, material ou formal. De sorte que sem a adequada preparação constitucional do cidadão, a democracia será nada mais que uma farsa, exercida sem qualidade e consciência alguma, sendo alvo de desvios ditatoriais ou demagógicos em sua acepção, como se nota em nosso país.

A Educação Constitucional é um meio que busca transformar a atual sociedade carente no desempenho de um papel ativo na esfera estatal, política. Busca-se uma evolução do próprio Estado; o fortalecimento das instituições e da sociedade democrática idealizada e desejada por todos.

ISBN 978-85-62288-05-0

É um dever inadiável de todos promover a consciência da necessidade urgente da implementação da educação constitucional; uma missão prioritária para uma nova face da democracia e seu exercício pela cidadania em nosso país.

Não se pode separar cidadania do contexto educacional, já que a primeira diz respeito aos direitos civis e políticos e seu exercício, a segunda é indispensável no tocante à conscientização, ao preparo para o exercício desses, contido num processo educacional que esteja adequado aos princípios constitucionais.

Neste sentido (BARROSO, 2009, p.221) "é indispensável o consciente *exercício de cidadania*, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais".

Neste passo, a Educação Constitucional possui ligação umbilical com os princípios constitucionais fundamentais. Fato que acarreta dizer que sua violação não se encerra nela própria, mas também viola simultaneamente os princípios dos quais deriva. Assim sendo, sua ofensa é muito mais grave do que a transgressão de uma norma específica, pois representa a subversão dos valores fundamentais de todo o ordenamento jurídico.

A mera declaração formal dos direitos fundamentais acaba por ser transformada em palavras vazias se não for reivindicada sua consolidação permanente. De modo que a Educação Constitucional é requisito indispensável para que a reivindicação popular seja justa, exeqüível e eficaz. O cidadão nas trevas da ignorância constitucional, simploriamente, acredita que o Estado e toda sua riqueza não lhe pertencem, não são diretamente de sua responsabilidade; daí se justifica a tolerância frente à corrupção assistida freqüentemente, na ausência de compreensão da realidade estatal, que deriva da ausência desta nova forma de educação.

Assim, a Educação Constitucional merece defesa por seu caráter de direito fundamental responsável por fornecer o conhecimento ao indivíduo de como exercer sua cidadania, pois a educação prestada de forma precária é insatisfatória, atuando mais no sentido de manter o *status quo* dominante do que desenvolver o senso crítico transformador. O povo educado constitucionalmente irá exigir o devido respeito, principalmente por parte do Estado a alguns direitos que possui e em grande maioria não conhece, como por exemplo: Mandado de Injunção; Mandado de Segurança; Ação Popular; Inviolabilidade de Domicílio; Sufrágio; Plebiscito; Referendo; Preservação da Ordem Pública e da Incolumidade das Pessoas e do Patrimônio; Direito e Dever da coletividade de defender, proteger e manter o meio ambiente equilibrado; dentre vários outros, como os dos artigos 5º, 6º, 7º (direitos individuais e sociais), além dos implícitos.

Tal educação cívica e política é dever do Estado e de todos que puderam obtê-la, esses que já se beneficiaram da conscientização e do conhecimento

ISBN 978-85-62288-05-0

constitucional, os quais são agentes participativos em sociedade e na fiscalização do Estado devem repassá-la, com fulcro em um dos princípios basilares de nosso ordenamento jurídico: o princípio da solidariedade (artigo 3º, I).

Acerca da Educação Constitucional, sua viabilização e a omissão estatal, cabe questionar: Será que interessa ao Poder Público brasileiro esse novo cidadão, educado na Constituição, consciente de seus direitos e deveres?

1.3 EDUCAÇÃO, DIGNIDADE HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para ser cidadão se deve ter ética e viver em uma democracia. E onde aprendemos na prática estes conceitos é na escola e, sendo a escola, um espaço de vivência onde os alunos podem discutir os valores éticos e morais que constituem toda e qualquer ação de cidadania, encontra-se dentro deste espaço, o professor. Este necessita de alguns pontos para trabalhar o conceito de igualdade e democracia dentro da escola, dentre esses destacamos a dignidade da pessoa humana, que implica no respeito aos direitos humanos; repúdio à discriminação de qualquer tipo; acesso a condições de uma vida digna; respeito mútuo nas relações interpessoais, públicas e privadas.

Sobre esta concepção acerca da dignidade humana, Sarlet (2004, p. 60) conceitua da seguinte forma:

> [...] 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 existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Essa educação deve ser voltada ao desenvolvimento moral-ético dos indivíduos, de forma que lhes promova um aperfeiçoamento da convivência social, consciência de responsabilidade de seu lugar em sociedade, titular de direitos e obrigações para com o meio-ambiente, dentre outras causas.

Buscar-se-á um aprimoramento de suas habilidades de crítica, tolerância e reflexão que agora não são desenvolvidas com uma educação puramente técnica. Uma prática educacional fundada nos valores da dignidade humana quer sensibilizar o homem, não apenas repassar-lhe um conhecimento teórico e vazio, sem que mude a forma de ver e agir no mundo. Objetiva andar na contramão do que se vê atualmente: difusão de valores egocêntricos e individualistas que não acrescentam

ISBN 978-85-62288-05-0

nada ao coletivo e sim agravam a situação de convivência e do conteúdo valorativo do bem-comum.

A dignidade traz consigo os valores da democracia, da cidadania, tolerância e igualdade - como cidadão e na preparação para o trabalho - todos unidos como objetivo na educação constitucional, ou seja, o conteúdo material da educação; tendo como fim primeiro e último a preservação da dignidade da pessoa humana. Valores que podemos extrair do artigo 205 da CF e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

A educação enfrenta muitos desafios, dos quais talvez o maior deles seja o resgate de seu sentido como direito humano e fundamental; de maneira que ela possa se afirmar como meio transformador na produção da justiça social, melhora da qualidade de aprendizagem das pessoas, como interpretar o que vivem e melhor atuação em sociedade. Em todos os seus níveis, assegurada a liberdade e a igualdade, visa a formação não apenas básica e técnica da pessoa, mas também a moral e política, protegendo o pluralismo de ideias, a liberdade de expressão e a dignidade no âmbito educacional.

De modo que sem a educação qualificada o indivíduo se torna refém das trevas da ignorância e da dominação de quem detém poder. Assim, a dignidade humana como corolário de todo o ordenamento jurídico, assegura a educação constitucional como um dos pressupostos para sua realização completa.

Como na omissão estatal em fornecer uma educação focada na constituição, passando ao povo, titular de todo o poder do Estado, seus direitos e garantias individuais, sociais e como exercer conscientemente seu papel de cidadão em sociedade. É uma ofensa direta ao princípio da dignidade humana, como também ao da democracia e da cidadania.

Paulo Freire (2003, p.41) elucida que:

> É absolutamente indispensável que o povo todo assuma, em níveis diferentes, mas todos importantes, a tarefa de refazer a sua sociedade, refazendo-se a si mesmo também. Sem esta assunção da tarefa maior - e de si mesmo na assunção da tarefa - o povo abandonará a pouco e pouco a sua participação na feitura da História. Deixará, assim, de estar presente nela e passará a ser simplesmente nela representado.

Esse cidadão educado segundo esta nova forma de educação, sob o enfoque social deverá ter consciência sobre a integridade territorial, paz social, integração nacional, problemas políticos, econômicos e sociais, a democracia. Será um agente ativo e crítico, um ser cívico e verdadeiro patriota.

Defender a Constituição da República é dever de todos, mas só a partir da

ISBN 978-85-62288-05-0

educação constitucional se tornará possível.

A educação constitucional não visa dar o mesmo conhecimento específico de Constituição daqueles que fazem o curso de direito, mas sim um conhecimento geral sobre sua titularidade na soberania estatal, defesa da dignidade humana, compreensão básica da organização político-administrativa do Brasil, entendimento da República Federativa enquanto Estado Democrático de Direito e da supremacia constitucional, ainda e principalmente, seus direitos e garantias fundamentais, além dos mecanismos mínimos para fiscalização da administração pública e acesso à justiça. Como também estimular a capacidade reflexiva e crítica deste cidadão-aprendiz, para que venha a desenvolver um compromisso de defesa e afirmação de seus direitos e liberdades.

Segundo Carnelutti (2002, p.9-10): "Assim, uma certa educação jurídica estendida ao povo, é, também, um meio para combater duas pragas sociais que são a delinqüência e a litigiosidade".

Neste passo, com o parecer 38/2006 vinculou-se o ensino da filosofia e da sociologia ao preparo para a cidadania e em 2008 a Lei 11.684 alterou o artigo 36 da Lei 9.394, tornando o ensino dessas matérias obrigatório na grade curricular do ensino médio. Tal alteração merece destaque no sentido de que é o início da viabilização do ensino focado socialmente à Constituição para a formação de novos cidadãos, conscientes de seu papel em sociedade.

2 TEORIA E *PRAXIS*

Teoricamente, a educação contemporânea aspira aos valores da liberdade, preconizados pelos iluministas, no sentido de transformar o homem e dar fundamento cognitivo para novos caminhos através do conhecimento.

Desta feita, a educação é um dos alicerces básicos da democracia, posto que nela e através dela se encontra a possibilidade de uma nova sociedade pluralista, igualitária e consciente.

Assim, ela se apresenta como um serviço público indispensável, em sua missão de trazer o conhecimento e a razão ao cidadão em formação, ainda, como base de organização da ordem social. Lado outro, a garantia do acesso à educação através da instituição escolar não é suficiente para que sua prática cumpra e respeite os valores e princípios de que deriva como os implícitos e aqueles já capitulados no artigo 206 da CF, pois, deve ter a qualidade necessária para que consiga operar efetivamente na vida de cada titular da democracia e cidadão em potencial.

Contudo, é na práxis que se revela a concretização dessa liberdade potencial através do ensino, pois, é o sistema educacional que deve viabilizar essa transformação do indivíduo para esses ideais e que dessa forma ele possa exercer

ISBN 978-85-62288-05-0

seu papel como cidadão no Estado Democrático de Direito que vivemos.

Há um certo cinismo em proclamar discursos de direitos e garantias sem, de fato, colocá-los em prática ou viabilizar os meios para que se efetive. Não é possível educar em direitos humanos sem crer em direitos humanos sem criar formas para que esses sejam divulgados, para que cada pessoa saiba o que é, o que pode ser; o que traz dentro de si por sua condição de gente, ser humano participante de um Estado Democrático e protegido por uma Constituição.

Deve ser superada a mediocridade de praticar somente o que está nos planejamentos letivos básicos, há que se ver longe, dar sentido às diretrizes elencadas nos princípios constitucionais e ser menos mecânico. Oportunizar um aprendizado de conhecimento crítico, real, para que se possa dar um passo na concretização de uma sociedade melhor, para a superação de opressões e injustiças.

Propostas interessantes para a viabilização dessa nova educação se dão através de projetos de extensão nos cursos de direito, ciências sociais, história, comunicação social. De forma que alunos com o devido preparo científico e supervisionados auxiliariam na formação dos novos cidadãos conscientes, preocupados com seus direitos e deveres, difundindo a Educação Constitucional, dentro de sua área de conhecimento e atuação, na comunidade em que vivem e atuam. Outra forma interessante de transmitir a Educação Constitucional seria através dos meios de comunicação, como em programas de televisão, exemplo bem sucedido é o feito pela Rede Vida de Televisão com o programa “Conheça a Constituição”, pioneira nesta ação.

Assim, deve ser fortalecida a busca por treinar e educar o jovem para a defesa de sua própria dignidade com o mesmo afinco que se ensina gramática e cálculo.

CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa sobre o conhecimento constitucional realizada em cidades dos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, cerca de 70% dos jovens brasileiros não sabem seus direitos sociais, nem o que é democracia e, ainda, o número assustador de 78 % (!!) não sabe o que é a Constituição de 1988.

O presente trabalho demonstrou que a educação pode mudar essa realidade, de maneira que a juventude venha a receber desde seu início de sua vida escolar uma prática educacional voltada à dignidade humana, democracia e cidadania. É transformar esse desinteresse da grande massa brasileira em engajamento, transformar a omissão estatal na prestação desse indispensável serviço público em conhecimento real para se obter atitudes diferentes na prática do

ISBN 978-85-62288-05-0

cotidiano.

Tais dados demonstraram que, é chegada a hora de enfrentar o problema vivido na sociedade brasileira, buscando soluções, as quais sabemos ser lentas e difíceis sim, mas que já estão abrigadas e garantidas na Constituição como a educação constitucional, que tão somente não são viabilizadas e sim ignoradas pelo Estado.

A partir de uma nova posição frente à educação, abrindo caminhos e possibilidades para que sua nova vertente constitucional, já protegida pela Carta Magna, seja executada é que se caminhará para uma nova realidade e preparo dos jovens e adultos do Brasil, para que assim finalmente lidem com as patologias sociais e antijurídicas existentes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição (1824).* Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/>

BRASIL. *Constituição (1934).* Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/>

BRASIL. *Constituição (1937).* Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/>

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito.* Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

Direitos Humanos Net: Rede de *Direitos Humanos e Cultura do Brasil.* Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/index.html>

FÁVERO, Omar (Coord.). *A Educação nas Constituintes Brasileiras: 1823-1988.* Campinas: Autores Associados, 2001.

FREIRE, Paulo. *O povo diz a sua palavra ou a alfabetização em São Tomé e Príncipe. A Importância do Ato de Ler: em três artigos que se completam.* 45 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2003.

HORTA, José Luís Borges. *Direito Constitucional da Educação.* Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

RANGEL, Rodrigo Costa Vidal. *Educação Constitucional, cidadania e estado democrático de direito.* Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

RAPOSO, G. R. *A educação na Constituição Federal de 1988.* Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 641, 10 abr. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6574>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na*

ISBN 978-85-62288-05-0

Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 38-39.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial.* Rio – São Paulo: ABC, 2005.

Pesquisa no ensino médio revela que 78% dos jovens desconhecem a Constituição. Assis Ribeiro. Acessado em: 02 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/pesquisa-no-ensino-medio-revela-que-78-desconhecem-a-constituicao>

Raffaela Medeiros E Morais; Saulo De Tarso Gambarra Da Nóbrega – *Educação Moral e Empatia: Constribuições para a promoção de uma educação em/para os direitos humanos*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3404.pdf>

ISBN 978-85-62288-05-0

O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO DO SÉCULO XIX: A LIBERDADE E ESCRAVIDÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1824

Jéssica FACHIN[303]

RESUMO

O estudo é uma reflexão sobre os direitos individuais no constitucionalismo brasileiro no período Monárquico. Analisa o contexto histórico no qual a primeira Constituição brasileira foi elaborada e, em seguida, os direitos individuais nelas protegidos, bem como a convivência com a escravidão. Não ignora as circunstâncias sociais, reveladoras das dificuldades de implementação de tais direitos. Procura compreender o constitucionalismo brasileiro naquele momento histórico, inferir as ideias e discussões que semearam o primeiro ordenamento jurídico do País e entender o quadro social no qual permeavam as calorosas discussões e os distintos interesses em torno da organização do Estado. Reconhece que, embora fosse liberal e protetora de direitos individuais, a Constituição de 1824, por longo tempo, tolerou a escravidão.

RESUMEN

El estudio es una reflexión acerca de los derechos individuales en el constitucionalismo brasileño en el período Monárquico. Analiza el contexto histórico del cual la primera constitución brasileña fue elaborada y, seguidamente, los derechos individuales en ellas protegidos, así como la convivencia con la esclavitud. No se ignora las circunstancias sociales, que revelan las dificultades de implementar tales derechos. Se busca comprender el constitucionalismo brasileño en aquél momento histórico, inferir las ideas y discusiones que sembraron el primero ordenamiento jurídico del País y comprender la situación social de la cual permeaban las calurosas discusiones y los distintos intereses alrededor de la organización del Estado. Reconoce que, aunque fuera liberal y protectora de los derechos individuales, la Constitución de 1824, por largo tiempo, toleró la esclavitud.

Palavra-chave: Constitucionalismo brasileiro. Direitos fundamentais. Constituição. 1824. Monarquia.

[303] Graduanda em Direito e em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e Universidade Estadual de Londrina (UEL)

ISBN 978-85-62288-05-0

Introdução

As Constituições são consequências de fatos históricos. Elas significam a ruptura que já ocorreu no tecido social. Somente se poderá falar em nova Constituição na vida de um País, se (e quando) eclodiram fatos históricos forjando a necessidade de se criar um novo Estado ou alterar, profundamente, suas instituições.

O Brasil do início do século XIX, tornado-se independente do jugo de Portugal, produziu a Constituição de 1824. A proclamação da República e da Federação, bem como a abolição da escravatura, geraram a necessidade se elaborar uma Constituição para reger a vida do País. Essa realidade histórica foi se repetindo quando surgiram as Constituições do século XX.

Contexto Histórico

No dia Sete de Setembro de 1822 o Brasil declarou-se independente da metrópole de Portugal, por intermédio de Dom Pedro I, o então príncipe regente do Brasil. Tal ato emancipatório teve implicações de imediato somente no âmbito nacional, pois só veio a ser reconhecido de fato no plano internacional algum tempo depois, primeiramente pelos Estados Unidos, em maio de 1824.

A proclamação da independência haveria de gerar a necessidade de elaboração de uma Lei Fundamental que organizasse o poder e assegurasse direitos fundamentais (individuais, para a terminologia da época).

Desta forma, Dom Pedro I foi coroado Imperador do Brasil em 1° de Dezembro do mesmo ano e convocou, em junho, a primeira Constituinte brasileira, instalada quase um ano mais tarde, em 3 de maio de 1823 - conforme consta no Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil - e foi dissolvida seis meses mais tarde por um ato de autoritarismo de Dom Pedro I.

Na abertura da Assembleia de 1823, tendo na presidência o Bispo Capellão Mór, D. Pedro I profere seu discurso de abertura, demonstrando claramente o seu "liberalismo burguês já então conservador" [304] e a sua veemente presunção de ser superior à Assembleia:

> "Como imperador Constitucional, e mui principalmente como Defensor Perpétuo deste Império, Disse ao Povo no dia 1° de Dezembro do anno próximo passado, em que Fui Coroado, e Sagrado, Que com a Minha Espada Defenderia a Patria, a Nação, e a Constituição, se fosse digna do Brasil, e de mim.".[305] (Diário da Assembleia Geral, 1823).

[304] BONAVIDES, Paulo e ANRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil.* 3ª Ed. P.40.
[305] Diário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil – 1823.

ISBN 978-85-62288-05-0

A criação da assembleia constituinte foi um elemento essencial no processo de independência do Brasil. Foi por ela que buscamos instituir nossas leis fundamentais e consolidar a ruptura definitiva com Portugal. Mas, como consta, esses seis meses de duração da primeira constituinte foram de intensa discussão política e tumulto, em que abolicionistas, escravagistas, liberais, conservadores, republicanos e federalistas tentavam assentar seus valores no primeiro texto normativo brasileiro.

Umas das maiores preocupações da constituinte, trazida tanto por parte dos liberais quanto dos conservadores, era a questão da unidade nacional, visto a fragmentação da América espanhola em diversas nações, que justificava tal inquietação.

Falava-se, à época, em dois conflitos correntes no Brasil desde a independência, um externo e um interno. O externo figurava na disputa de interesses entre brasileiros e portugueses, que inclusive em algumas províncias ainda se via constar a presença de tropas Portuguesas, como na Bahia. O conflito interno se via pelas distintas opiniões que semeavam na sociedade a fim de organizar o novo Estado brasileiro.

Em meio a tantas opiniões, pensamentos e ideologias diferentes é que surgiram os primeiros dissídios da Constituinte de 1823 que traria, pouco depois, a dissolução da mesma. A primeira crise da constituinte manou em torno ao poder do Monarca. Discutia-se qual e de que forma seria o papel do imperador na nova organização política do país. Por um lado, os democratas, entre eles José Clemente, presidente do Senado e da Câmara, defendiam a legitimação do poder do Imperador pela constituição, a qual seria feita pelo povo e, sendo assim, não poderia mais invocar o poder divido. Por outro lado, os liberais, tendo José Bonifácio como grande atuante, "defendia que a autoridade do imperador, decorrente da tradição e da herança histórica, sustentava-se por si mesma. Era, portanto, superior a da constituinte e de todo o restante da sociedade brasileira." [306]

Foi então, em 17 de setembro de 1822, José Clemente enviou às câmaras de diversas províncias e também às reuniões da maçonaria, um documento que propunha a aclamação de D. Pedro como imperador constitucional, estando seus poderes limitados à constituição a qual juraria sem antes mesmo haver sido elaborada. Era a chamada cláusula de juramento prévio.

José Bonifácio, que era eminentemente contra a ideia de jurar às cegas uma Constituição, ordenou prisões e deportações a suspeitos de conspiração contra o Monarca, se apresentando conservador e demasiado autoritário, de forma antes nunca vista. Dentre esses deportados estava José Clemente. A cláusula de juramento prévio foi posteriormente renunciada.

[306] GOMES, Laurentino. *1822*. 2012. P.213.

ISBN 978-85-62288-05-0

A segunda crise adveio em torno da discussão do veto do imperador, em que José Bonifácio dizia que deveria ser absoluta, podendo assim anular e mudar qualquer artigo da Constituição e, uma corrente representada por Clemente Pereira e Gonçalves Ledo, trazia a negativa ao veto. Ainda, uma terceira corrente propunha o veto suspensivo, podendo este instituto apenas adiar por tempo indeterminado alguma disposição da constituição. Essa foi a principal causa da dissolução da Constituinte que veio a ocorrer em novembro de 1823.

No dia 11 de novembro daquele ano foi declarada sessão permanente na Assembleia Constituinte. Na madrugada, o prédio foi cercado pelo Exército e os deputados receberam o aviso de que a constituinte estava dissolvida. Na saída, 14 deputados foram presos, entre eles os irmãos Andrada e o Padre Belchior, que fora testemunha do grito do Ipiranga.

A dissolução da constituinte gerou certa desavença entre a coroa e a opinião pública deixando margem a futuras revoltas como a Confederação do Equador, eclodida mais tarde no ano de 1824, em Pernambuco.

Ao dissolver a Constituinte, o Imperador prometeu uma constituição liberal e assim a fez, quase que uma cópia do projeto da constituição elaborada na Constituinte dissolvida. Foi então, em 25 de março de 1824 – após um mês de trabalho constituinte – a outorga da primeira Constituição brasileira.

Segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade, “tudo terminou como D. Pedro I queria: uma Constituição outorgada liberal em matéria de direito individuais, mas centralizadora e autoritária na soma dos poderes que concedia ao monarca constitucional.”. [307]

Registre-se que a Constituição de 1824 nasceu afeiçoada ao Direito Público europeu, especialmente da França. Nesse sentido, previu o Estado Unitário, a Monarquia e o poder moderador, além de outras instituições reveladoras do figurino do Velho Mundo.

O ideário da Constituição de 1824 estava conectado com escritos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, produzida pelos revolucionários franceses. Isso implica em afirmar que sua base de valores reproduzia a base de valores que triunfou na França. Nesse sentido, seguindo o art. 16 da Declaração Francesa, a Constituição brasileira formalizou a "separação dos poderes" e previu um rol de direitos individuais.

A Constituição de 1824

A constituição foi outorgada por D. Pedro I em 25 de Março de 1824. Foi o primeiro e mais duradouro texto constitucional de nosso País.

[307] BONAVIDES, Paulo e ANRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil.* 3ª Ed. P.80.

ISBN 978-85-62288-05-0

Deu-se à luz do constitucionalismo clássico, corrente de pensamentos advindos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na Inglaterra, em que seu artigo 16 dispunha que: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinados, não tem Constituição.". Assim, dessas ideias emanavam valores eminentemente liberais, trazia em seu bojo os anseios de um sistema político de liberdades e se opunham, ideologicamente, ao absolutismo, que se enfraquecia na Europa. Portanto, ao falar-se em constitucionalismo, obrigatoriamente fala-se em liberdade. Essas ideias partiam das doutrinas contratualistas, em que se destaca Thomas Hobbes, Locke e Rousseau e que, "o homem é titular de direitos naturais, é por essência um ente livre. De tal sorte que a sociedade e o Estado, para legitimarem suas instituições, precisam aclamar a liberdade, inferida naquele *prius,* que é o denominado *status naturalis* ou estado de natureza.".[308]

Como se nota, a Carta de 1824 foi elaborada sob inspirações e ideários que permeavam na Europa no final do século XVII. Segundo Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, "apesar de não se tratar de nada original - até porque nosso pensamento político refletia o que nos vinha de fora - mesmo assim foi um grande estatuto político [...]".[309]

Com a Carta, o governo brasileiro foi então organizado. Estabeleceu um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo, trazendo a figura do Imperador como "Defensor Perpétuo do Brasil" (Art. 4°). O monarca não estava sujeito à responsabilidade e sua figura é inviolável. Aparentemente, a constituição parece legitimar o absolutismo, podemos falar em um "constitucionalismo do absolutismo", segundo Bonavides e Andrade, embora completamente contraditório.

Ainda nesse sentido, ao trazer a tripartição do poder, a Constituição trouxe uma inovação. Acresceu um quarto poder, o chamado Poder Moderador, inspirado nas ideias do filósofo e pensador franco-suíço Benjamin Constant. Poder esse exercido privativamente pelo Imperador e seu primeiro representante, em que avaliava ser "a chave de toda organização política [...] para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos." (art. 98). Tal Poder lhe permitia nomear senadores; convocar Assembleia Geral extraordinária; prorrogar ou adiar a Assembleia; dissolver a Câmara dos Deputados; nomear e demitir livremente ministros no Estado; suspender magistrados; entre outros.

Percebe-se tamanho poder o Imperador detinha sobre os caminhos constitucionais da época e, desta forma, comportando um Estado fortemente centralizado. O Poder Moderador trouxe a desarmonia dos três poderes. O poder

[308] BONAVIDES, Paulo e ANRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil.* 3ª Ed. P.92
[309] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007. P.153.

ISBN 978-85-62288-05-0

Executivo, exercido pelo Imperador, detinha o maior poder e atribuía poderes demais ao Legislativo, tais como interpretar as leis, velar pela Constituição e a definição do que seria matéria constitucional, tornando, desta forma, o judiciário um poder político sem vigor.

A Câmara dos Deputados, a qual de certa forma tinha uma representatividade popular maior, era eletiva e temporária, enquanto o Senado vitalício e também eletivo.

O voto era indireto e censitário. Votavam os cidadãos, com grande exclusão trazida pela própria Constituição, em uma eleição primária, que elegia eleitores, Assembleias Paroquiais, e, esses sim escolhiam seus representantes da Nação e da Província.

A Constituição de 1824 foi considerada semirrígida. "Previa dois procedimentos distintos para sua alteração. Um, mais rígido, destinado a alterar matérias relativas aos limites e às atribuições dos poderes individuais dos cidadãos. Outro, flexível, utilizado para alterar qualquer norma constitucional.".[310]

O Brasil obtinha uma unidade política fortemente concentrada em que "toda a autoridade era rigorosamente centralizada na capital do Império e nos poderes que a Constituição criou o dos quais derivavam todas as emanações da força do Estado."[311] Tal centralização foi minguada após o Ato Adicional de 1834, uma conquista dos Liberais e a única emenda à Constituição, que, entre outras atribuições criou Assembleias Legislativas provinciais e a supressão do Conselho do Estado, que tanto causava dissídio entre os dois partidos existentes na época, Liberal e Conservador.

As Assembleias Legislativas provinciais substituíram os Conselhos Gerais de Província e lhe foi concedida significativos poderes fiscais, legais e administrativos. Tais inovações abrandaram sensivelmente o rigorismo unitário do Estado, embora a competência das Câmaras ainda ficasse subordinada ao Executivo da província e esta ao Governo Central, foi um considerável avanço no tocante à descentralização de competências. "Foi a aplicação do que na doutrina moderna qualifica de *princípio da devolução*, pelo qual os governos locais continuam subordinados ao Governo Central, mas este lhe devolve o exercício de certas competências."[312]

O Ato Adicional de 1834 foi, de certa forma, suprimido pela lei de Interpretação do Ato Adicional, que adveio no intuito de interpretar algum artigo do Ato quando ocorresse dúvida. Promulgada em maio de 1840 como lei ordinária - em razão de uma brecha deixada pela Constituição, visto inegável caráter constitucional - foi um contragolpe conservador que culminou em diminuir os poderes provinciais e

[310] FACHIN. Zulmar *Curso de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro. 2012. P.72.
[311] NOGUEIRA, Octaciano. Constituições Brasileiras: 1824. Brasília, 1999. P.29.
[312] FALCÃO, Alcino Pinto e DIAS, José Aguiar. *Constituição Anotada.* Rio de Janeiro. P.87.

ISBN 978-85-62288-05-0

instituir novamente o Conselho do Estado. Foi uma lei restritiva, que diminuiu a autonomia do Ato Adicional com o ganho de um unitarismo imperial marcante.

Cabe destacar uma característica importante ocorrida no Regime Político brasileiro, que foi a prática do *parlamentarismo de fato*[313]. Muito diferente do parlamentarismo inglês, foi, de certa forma instituída pelo Decreto N° 523 de 1847, ao criar um Presidente do Conselho de ministros. Tal acontecimento foi se moldando aos poucos no seio da política organizadora do Estado e somente "permitida" em razão da plastibilidade e adaptabilidade da Constituição. A respeito, Octaciano Nogueira pronuncia que "na verdade, mais uma imposição política e uma concessão do Imperador do que um preceito da Constituição. Esta, ao contrário, não só não o autorizava como, na doutrina e na prática, o vedava."[314] Nota-se assim, que o parlamentarismo brasileiro, se assim o podemos dominar, foi mais uma conquista costumeira e prática efetiva dos usos parlamentares, que uma instituição formal de um sistema de governo.

A Constituição de 1824 foi a primeira do mundo a trazer consigo um rol de direitos individuais, tais como o princípio da legalidade, da anterioridade, da livre manifestação de pensamento, imprensa sem censura, o princípio da igualdade, entre outros mais que serão arrolados no tópico seguinte.

Ainda, após e em consequência da Carta de 1824 foram implementados importantes textos normativos, tais como a lei que criou o Supremo Tribunal de Justiça; as câmaras municipais; o Código Criminal; o Código de Processo Criminal; o Código Comercial; entre outras. Foi-se desta forma estabelecendo um sistema jurídico no qual tinha como escopo a Norma Fundamental trazida pela Constituição.

Direitos fundamentais protegidos

A Constituição brasileira de 1824 foi a primeira Constituição do mundo que, cumprindo o mandamento dos revolucionários franceses, previu um rol de direitos individuais. Podem ser encontrados em seu texto, dentre outros, os seguintes direitos inerentes á pessoa humana: inviolabilidade do domicílio, presunção de inocência, o princípio da pessoalidade da pena, o princípio da igualdade e da legalidade.

Dentre os direitos fundamentais relativos à liberdade da pessoa humana, a Constituição Monárquica previu a liberdade de manifestação e de pensamento juntamente com a imprensa sem censura (art.179, IV); a liberdade religiosa (art. 179, V), desde que com cultos domiciliar e total respeito à religião do Estado, o catolicismo e ainda, a liberdade de ação profissional.

[313] FACHIN. Zulmar *Curso de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro. 2012. P.72.
[314] NOGUEIRA, Octaciano. Constituições Brasileiras: 1824. Brasília, 1999. P.29.

ISBN 978-85-62288-05-0

Quanto aos direitos relativos à igualdade trazidos pela Carta, devemos mencionar a igualdade formal (art. 179, XIII) e a igualdade de acesso a cargos e empregos públicos (art. XIV), muito embora caiba lembrar que, na prática, a Constituição brasileira de 1824 se mostrou muito diferente que no texto positivado, o que infringiu, desta forma, na sua eficácia.

A Carta de 24 assegura o direito à propriedade (art. 179, XXII), admitindo uma exceção à sua plenitude no caso de uso ou exigência do Estado e invocando assim, uma lei para que disponha dessa exceção e da devida indenização ao proprietário.

O direito fundamental à segurança faz percepção no princípio da legalidade (art. 179, I); na inviolabilidade do domicílio (art. 179, VII); no princípio do juiz natural (art. XI); da pessoalidade da pena (art. XX) e ainda, alguns direitos fundamentais relativos à pessoa presa (art. 179, XXI).

Há de se constatar ainda, alguns direitos individuais trazidos pela Constituição Monárquica, como por exemplo, a instrução primária de forma gratuita e aberta a todos os cidadãos, tendo sido considerada uma avançada conquista ao levar em conta o século no qual adveio.

Os direitos individuais eram considerados matéria constitucional juntamente com as atribuições dos poderes políticos e os direitos políticos do cidadão, tendo assim uma maior rigidez no que tange sua modificação, compreendendo no exame da matéria, a ser modificada, por três legislaturas consecutivas e revisada por uma assembleia de revista, que seria dissolvida assim que fosse encerrado seu trabalho.

Quanto aos direitos individuais previstos na Carta, considerar-se que houve "uma sensibilidade precursora para o social, sem embargo de todo o teor individualista que caracterizava os dois documentos (o projeto e a Carta de 24). Tão acentuada, aliás, que deixaria bastante envergonhados os constituintes republicanos em 1891, se conduzidos a um confronto.".[315]

O convívio com a escravidão

Não é demais registrar que a Constituição de 1824 era liberal e previa direitos individuais. Contudo, foi sob a sua vigência que o Brasil teve a escravidão como uma espécie de instituição impregnada no ordenamento jurídico do País e na cultura da própria sociedade.

Existiram algumas frentes abolicionistas à época da Assembleia Legislativa de 1823. Um influente político liberal e abolicionista que se destacou na história brasileira no século XVII foi José Bonifácio de Andrada e Silva. Braço direito de Dom Pedro I no início do século, defendia a libertação dos escravos como ideologia

[315] BONAVIDES, Paulo e ANRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil.* 3ª Ed. P.101.

ISBN 978-85-62288-05-0

maior, como se pode notar em seu discurso na Assembleia Geral Constituinte de 1823 em que propunha:

> uma nova lei sobre o comércio da escravatura, e tratamento dos miseráveis cativos. Este assunto faz o objeto da atual representação. Nela me proponho a mostrar a necessidade de abolir o tráfico da escravatura, de melhorar a sorte dos atuais cativos, e de promover a sua progressiva emancipação. (FIGUEIREDO, Carlos, 2003)[316]

Para ele uma Constituição Liberal que admitiria a escravidão era algo incongruente, segundo demonstra no mesmo discurso na assembleia de 23: "Mas como poderá haver uma Constituição liberal e duradoura em um país continuamente habitado por uma multidão imensa de escravos brutais e inimigos?". [317]

Bonifácio fora demitido pelo próprio D. Pedro I, sob justificativa de estar sendo demasiadamente autoritário, em razão dos episódios ocorridos na Assembleia dissolvida. Mas de fato a razão foi outra, visto a base maior de apoio de D. Pedro I ser os grandes proprietários de terra, podia-se implementar qualquer mudança a fim de modificar a base social brasileira, menos algo que tivesse tanto impacto no setor que movimentava a economia do país e contrariasse a vontade da base governamental brasileira.

Embora todo esforço das revolucionárias ideias de José Bonifácio, nada do que pregava foi incorporado à Constituição Imperial. O único avanço neste sentido que se pode atentar na Carta é a abolição de penas cruéis, açoites, tortura e marca de ferro quente (art.179, XIX). No tocante aos demais assuntos, o escravo não fora sequer mencionado na Constituição liberal.

A escravidão tornou-se presente no país no século XVI. Os portugueses escravizavam antes mesmo de haver descoberto o Brasil.

Passou a traficar negros com o advento da cana-de-açúcar, no Nordeste. Objetivou-se, com a mão escrava, suprir a demanda por mão de obra nos engenhos nordestinos e mais tarde, essa mão de obra fora suprir também os cafezais no Sudeste.

Além da forma indigna que viviam os escravos, a maneira com que eram transportados de seus países para o Brasil era assustador. Vinham em porões de navios insalubres, amontoados e em condições desumanas. Os mesmos navios que inclusive, fora por muito tempo utilizado para transportar as mercadorias que vinham da Índia.

---

[316] FIGUEIREDO, Carlos. *Discursos Históricos Brasileiros.* Belo Horizonte, 2003. P.165.
[317] FIGUEIREDO, Carlos. *Discursos Históricos Brasileiros.* Belo Horizonte, 2003. P.164.

ISBN 978-85-62288-05-0

Quanto às suas condições de vida no Brasil eram da mesma forma indigna. Eram torturados, chicoteados e se utilizavam de requintes de crueldade com aqueles que não tinham condutas adequadas ou que tentavam a fuga.

Em meados do século XIX, a Inglaterra passara a pressionar fortemente o Brasil para o fim da escravidão. Em 1826, a Inglaterra ratificou com o Brasil um tratado que, três anos mais tarde, faria do tráfico negreiro uma conduta ilegal no país. Esse tratado deu a Inglaterra o direito de inspecionar e apreender navios negreiros na costa brasileira. Posteriormente, a lei 7 de Novembro de 1831, garantiu a liberdade aos negros que ingressassem no país depois desta data e instituiu severas penas aos traficantes.

A lei e o tratado firmado por Brasil e Inglaterra em 1831 e 1826, não tiveram muita eficácia. Porém, diante disso, a Inglaterra aprovou um ato, conhecido por Bill Aberdeen, o qual se permitia apreender navios negreiros e impor tratamento como se fossem navios piratas, inclusive submetendo os responsáveis pelos navios a julgamento na Inglaterra.

Mas tarde, foi enviado ao parlamento um projeto de lei, por Eusébrio de Queiróz, Ministro da Justiça, pedindo medidas severas contra o tráfico e a que a lei de 1831 tivesse de fato eficácia. A lei foi promulgada em setembro de 1850 e desta vez o tráfico negreiro passou a ser verdadeiramente controlado. Após a lei, houve quase que um desaparecimento da entrada de escravos no Brasil.

A preocupação de toda a população na época era a mesma: o fim do tráfico se ocorresse repentinamente, causaria um colapso na sociedade brasileira, no tocante à sua economia e no âmbito social. Desta forma, é que foram sendo adotadas medidas não muito radicais como a abolição por completa da escravidão, embora esta viesse de forma inevitável.

Depois das leis citadas, outras mais vieram para abrandar a situação da escravidão do Brasil. Tais como a lei do Ventre Livre (setembro de 1871), que dispunha que os negros nascidos no Brasil, estavam livres, ficando ao cuidado do dos Senhores até os 21 anos ou entregues ao governo, visto seus pais ainda serem escravos. E depois, em 1885, a Lei dos Sexagenários, que garantia a liberdade aos escravos que tinham mais de 60 anos.

A abolição da escravidão veio em 13 de março 1888, assinada pela Princesa Isabel.

O regime liberal jamais poderia aceitar a escravatura. Há uma incongruência muito grande entre ambos. Mas no Brasil, segundo André Peixoto de Souza[318], havia um liberalismo fortemente preocupado com a organização do poder, trazendo

[318] Direito Constitucional e internacional dos direitos humanos/ Coordenadores Alexandre Coutinho Pagliarini, DImitri Dimoulis. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.223.

ISBN 978-85-62288-05-0

a ideia de que tudo deveria ser feito para o povo e não pelo povo e outro, pregando a liberdade dos homens.

É de se observar que, no período Monárquico, em meio às ideias liberais, o regime liberal adotado pela Constituição surgiu de forma ambígua em muitos casos. Um desses é a manutenção da escravatura no mesmo período em que eclodiam essas ideias libertárias. Mostrou-se um liberalismo preocupado apenas na organização do poder, não na efetivação dos direitos individuais, e ainda, se observado mais na prática, voltado na defesa da propriedade e dos interesses daqueles que governavam o país, os fazendeiros escravocratas e seus filhos.

A Constituição Monárquica, se formalmente considerada, foi a que mais se afastou do poder. Este, movido durante anos por interesses servis que dominavam as bancadas das assembleias, aduziu uma sociedade divida entre senhores e escravos.

Mesmo os maiores nomes do Abolicionismo da época como José Bonifácio e Joaquim Nabuco, jamais buscaram solucionar a enorme contradição existente entre os direitos individuais assegurados pela norma fundamental e o regime servil invocando a Constituição de 1824.

Paulo Bonavides e Paes Andrade[319], sob essas perspectivas, falam em uma ficção constitucional que só veio a término com a Constituição Republicana, em 1891. Ao afirmar que, o Constitucionalismo no Brasil na prática foi muito distinto do qual formalmente veio a ser outorgada pela Carta de 24 - a luz das ideias liberais e dos grandes movimentos Europeus - além de usar-se do “Parlamentarismo de fato” consentido para justificar tal afirmativa, o sustento da escravidão também faz caminho a pensamentos neste sentido.

Conclusão

A Constituição de 1824 veio no contexto das ideias libertárias que permeavam na Europa no século XVIII. Inspirada no liberalismo inglês e francês, previu um rol de direito individuais avançados para a época e a divisão harmônica dos poderes. Contudo, embora prevendo direitos individuais relativos à liberdade, a Constituição não vedou a existência da escravidão. Diante deste seu silêncio, a escravidão foi uma prática toda como normal até o final do século XIX.

Nesse sentido, permitiu ao Estado uma centralização rígida e uma monarquia constitucional. Embora o Imperador não tivesse nenhuma responsabilidade, a constituição trazia alguns de seus poderes institucionalizados.

A Constituição que trazia liberdades individuais e previa uma separação harmônica dos quatro poderes, não foi tão eficaz como previa seu texto. O

[319] BONAVIDES, Paulo e ANRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil.* 3ª Ed. P.7.

ISBN 978-85-62288-05-0

constitucionalismo brasileiro na Monarquia foi moldado na sociedade da época, quase que costumeiro, admitindo institutos como o Parlamentarismo e o convívio com a escravidão.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paula e ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 3ª Ed.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional.* 5. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: FORENSE, 2012.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824.* Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

Direito Constitucional e internacional dos direitos humanos/ Coordenadores Alexandre Coutinho Pagliarini, DImitri Dimoulis. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional.* 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Laurentino. *1822: como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil.* 1 ed. e. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gornet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Carlos. *Discursos Históricos Brasileiros.* Belo Horizonte: Editora Leitura, 2003.

BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). Diário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil – 1823. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. V.6. Tomo I.

BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). Diário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil – 1823. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. V.6. Tomo II.

BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). Diário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil – 1823. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. V.6. Tomo III.

LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil.* Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

FALCÃO, Alcino Pinto e DIAS, José Aguiar. Constituição Anotada. Rio de Janeiro.

ISBN 978-85-62288-05-0

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA

ISBN 978-85-62288-05-0

INEFICÁCIA ESTATAL FRENTE ÀS DEMANDAS CRIMINAIS

Felipe Augusto Rodrigues AMBRÓSIO*
Gabriela Lopes CIRELLI*

RESUMO

É inegável o valor do sistema penal, já que é, incontestavelmente, indispensável para a manutenção do bem estar e harmonia social. No entanto, sabe-se que este possui várias falhas, que buscarão ser apontadas neste trabalho. Este artigo traz ainda a reflexão acerca da atitude do Estado perante os crimes, dos mais variados gêneros, cometidos por pessoas de condições econômicas e sociais distintas. É sabido que seu tratamento é também desigual, configurando, assim um desequilíbrio e, principalmente, o afastamento da igualdade material, tão buscada pela Constituição Cidadã de 1988. Através da análise dos mais funestos casos de corrupção, inoperância da administração pública e segurança pública, busca-se analisar de a maneira que esses aspectos interferem na sociedade, principalmente em relação às camadas mais pobres, em decorrência das abissais desigualdades sociais. Analisa, em adição, os mecanismos de controle social, bem como os principais fatores que ensejam a seletividade, dentre eles o próprio processo de criminalização, o qual apresenta vários aspectos quanto à diferenciação de tratamento entre as camadas ricas e pobres da sociedade. Em seguida, enfoca brevemente o fenômeno do etiquetamento e a criminalidade das *cifras negras*, assuntos intimamente relacionados à seletividade. Finalmente, apresenta importantes aspectos acerca da crise da segurança pública, violência estrutural, poder de polícia, globalização, enfim, pontos que, de uma forma ou de outra, influenciam na questão da criminalidade.

ABSTRACT

No one can deny the value of the penal system, as it is undoubtedly essential for the maintenance of social welfare and harmony. However, it is known that it has many deficiencies, which will be pointed out in this work. This article aims to make a reflection on the state's attitude towards the crimes of many different kinds, committed by people of different social and economic conditions. It is known that their treatment is different, forming thus an unbalance, and especially the removal of

* Aluno do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus Jacarezinho/PR
* Aluna do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus Jacarezinho/PR

ISBN 978-85-62288-05-0

equal material, aspired by our Citizen Constitution. Through the analysis of the most baneful corruption, ineffectiveness of public administration, public safety, we seek to analyze how these aspects affect on society, especially in relation to the poor ones, due to the abysmal social inequality. It examines, in addition, the mechanisms of social control, as well as the main factors that lead to the criminal law selectivity, for example, the process of criminalization, which presents various aspects regarding the differential treatment between the stratums of rich and poor society. Then, it briefly focuses on the labeling phenomenon and the white-collar criminality, issues closely related to the selectivity. Finally, it presents important aspects about the crisis of public safety, structural violence, police power, globalization, many points that, in one way or another, influence the issue of criminality.

PALAVRAS-CHAVE: ineficácia do estado; seletividade; controle social; desigualdade social.

KEYWORDS: ineffectiveness of the state; criminal law selectivity; social control, social inequality.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo abordar os principais aspectos relacionados à reação estatal perante o crescimento da criminalidade e da violência, e o rumo que ambas vêm tomando. No quadro que vivemos, o sistema Estatal, manchado pelo domínio do poder, encontra-se comprometido, marginalizador de boa parcela sociedade.

O cidadão muitas vezes se vê verdadeiramente forçado a delinquir, ao passo em que se encontra abandonado por seus governantes, sem um mínimo existencial para tocar sua vida dignamente.

Tenta-se demonstrar que, em detrimento de todo o desenvolvimento social, o qual ampararia precipuamente os carentes, os representantes dos entes públicos, e seus *operários*, mediante manipulações e trocas de favores, vão mantendo e ampliando seus poderes, e de maneira negligente, consideram seus cidadãos como indivíduos *matáveis*.

Uma das maiores deficiências de nosso sistema penal é a seletividade, assunto abordado no segundo tópico do artigo. O que se percebe em todo o processo de criminalização é o caráter essencialmente seletivo, que pune mais severamente as castas menos favorecidas, deixando impune a população mais abastada e influente. Esta população, na maior parte das vezes, detém o poder e possui forte influência econômica sobre o destino da sociedade como um todo, além de gozar dos contatos políticos mais privilegiados. Desse modo, evidente o exercício

ISBN 978-85-62288-05-0

do controle social pelas elites, cujo objetivo é apenas agir de modo a obter benefícios oportunos, sem pensar nas necessidades e dificuldades que assolam o povo. Ademais, também atrelado a este tema, está a questão do etiquetamento, intimamente relacionada com os delitos cometidos pelos miseráveis da sociedade. Não mais se questiona *quem é o criminoso?,* mas *quem é definido como criminoso?.* Essa mudança de enfoque traz uma dúvida que, na verdade, sempre existiu no âmago de cada um: "por que algumas pessoas são rotuladas pela sociedade e outras não?". É por esse motivo que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta e sim uma etiqueta atribuída a determinados indivíduos através de complexos processos de seleção, isto é, trata-se de um duplo processo de definição legal de crime, criminalização, associado à seleção que etiqueta um autor como criminoso.

Por derradeiro, porém não menos importante, busca-se através desse artigo, trazer à tona a situação alarmante em que se encontra a máquina repressora Estatal, abordando a questão da (in)segurança pública, e a vitimização das populações mais pobres, como de praxe. Buscamos demonstrar que este quadro se configura através de variados ensejos: desemprego, injustiças sociais, falta de acesso ao sistema de saúde e educacional, desagregação familiar, políticas governamentais ineficientes, iníqua distribuição de renda e falta de credibilidade popular nas instituições públicas. Nessa parte do artigo, buscam-se meios de prevenção da criminalidade, a fim de evitar a reincidência, tentando inibir o círculo vicioso da criminalidade.

Cumpre mencionar que as proposições apresentadas neste artigo não pretendem encerrar o debate, apontando uma saída milagrosa para todo o problema da criminalidade e da corrupção sistêmica, mas sim promover uma discussão sobre a preocupação e a atitude que se mostrariam admissíveis e, talvez, que devessem tomadas pelo Direito e pelo Estado brasileiro.

1 Análise sobre a corrupção no Estado brasileiro : devassidão moral no cenário político contemporâneo e seus corolários de toda sorte

A realidade assume inúmeras nuances. Obviamente que varia sua intensidade conforme fatores, como a escolaridade do individuo, o local onde reside e desempenha os ofícios diários, suas crenças, sua cor, seu modo de viver e conviver.

E para boa fatia da população brasileira, ela é cruel, desumana. Felizmente, tornou-se praticamente consenso que o conjunto fático no qual esbarramos é resultado da deterioração dos serviços públicos mais básicos, decorrentes da corrupção em todos os níveis da esfera administrativa, bem como da sociedade, especialmente das elites intelecto-culturais, as quais não externam seu repúdio a tal quadro, construído para uma realidade social de inversão de valores éticos, a

ISBN 978-85-62288-05-0

marcar a vida de maior parte da população brasileira, especialmente aquela abaixo da linha da pobreza.

Tais quadros de miséria e violência que são verificados cotidianamente levam o ser humano a resultados nefastos, mormente os excluídos da sociedade brasileira, que convivem com a fome e outros inúmeros tipos de privações.

O incontestável martírio suportado pelos *favelados* das periferias, quanto pelo sertanejo nos agrestes, revela o lado mais obscuro do corpo social o qual nos inserimos. Deve-se imputar a *culpa* por toda essa situação aos homens que administram as instituições do poder organizado, sem se esquecer, contudo, do próprio povo, que deveria se fazer mais ativo frente aos desmandos dos governantes. Mesma população esta que vive uma cidadania sob o império da tortura da dignidade, das moléstias, da fome, ou seja, o exercício mais aflorado da miséria humana, na sua mais tenebrosa condição.

As flagrantes situações de descaso com os excluídos sociais têm inquestionável fonte no sistema corrupto brasileiro, o qual, podendo ser comparado aos sistemas totalitários do século XX, faz deles *apátridas* nas periferias, hospitais abandonados, clínicas psiquiátricas, sertões famélicos, dentro de sua própria terra.

O que se vê é um descaso que perdura por anos com o qual o cidadão acaba se acostumando, e aprende a conviver com a precária administração pública. E a desorganização estatal tem impedido o acesso do *homem comum* aos meandros do poder, onde são e serão tomadas as decisões que determinam o posicionamento dos cidadãos no Estado soberano, facilitando, dessa forma, ainda mais a atuação dos agentes corruptos. Asseveram Rosenn & Downes que:

> A troca de favores envolve a manipulação do poder público por funcionários com o objetivo de "comprar" apoio político no Congresso, apoio financeiro da comunidade de negócios, ou uma coisa ou outra de outros grupos de interesses. Tais trocas ocorrem em todos os sistemas políticos e possuem uma longa e célere história no Brasil (2000, p. 50-51).

No Brasil, as pessoas de menor poder econômico têm significado para o Estado apenas enquanto eleitores, jamais como cidadãos, que são traídos pelo Legislativo e Executivo, justamente por não terem condições de se defenderem ou oporem qualquer resistência às afrontas constantes de seus direitos mais básicos, consagrados de maneira romântica na Carta da República de 1988.

Em nosso país, a biopolítica[320] vem sendo exacerbadamente explorada de maneira aterrorizante, ao passo em que os recursos públicos, que deveriam ser

[320] Foucault fala de uma mudança fundamental no modo como a vida é encarada pelo poder, sendo gerida como um todo. Nas Sociedades de Soberania, o soberano detém o direito sobre a vida e a

ISBN 978-85-62288-05-0

destinados ao atendimento das funções sociais do Estado, têm deixado claro o império do poder totalitário da fraude.

Nessa esteira, seguindo o pensamento de Agamben, tem-se a indicação dos expatriados da sociedade brasileira, aqueles que são *insacrificáveis*, porém são *matáveis*, já que podem ser abandonados pelo soberano sem quaisquer condições próprias de sobrevivência. O *homo sacer*[321] se personifica na vida abandonada pelo direito

O preso, o favelado, o migrante e o imigrante, em suma, o pobre e o miserável constituem outras tantas figuras que confirmam o caráter biopolítico e aporético da política contemporânea: eles constituem o elemento "que não pode ser incluído no todo de que formam parte (isto é, o Povo como instância política constituinte da soberania) e o que não pode pertencer ao conjunto em que já está sempre incluído" (AGAMBEN, 1998, p.226)

Os desmandos praticados em todos os níveis de poder, a opressão imposta pela sobrecarga tributária, a violência restritiva da liberdade do cidadão comum, o tráfico de influência e de interesses, protegidos e acobertados pelo aparente legítimo processo eleitoral levam a qualquer pessoa com o mínimo senso crítico a pensar estar vivendo sob o domínio de um totalitarismo impostor, sedizente Democrático de Direito.

Entendemos que a corrupção, a violência (em todas as suas formas) e a criminalidade no atual contexto social estão indissoluvelmente associadas, sendo elas faces da mesma moeda. E esta reunião vem atingindo proporções assustadoras, que põe em xeque o Estado nacional, na medida em que o poder público não logra controlar a ocorrência dos crimes, fazendo se contaminar por eles. Assim, toda a miséria e iniquidade social constituem um campo altamente propício para a disseminação de delitos e da violência.

---

morte de seus súditos, particularmente nos casos em que o primeiro se encontra ameaçado – seja devido a inimigos externos, que provoquem guerras, expondo assim a vida dos súditos nas batalhas, seja o próprio súdito, que se levanta contra o soberano, e deve então ser morto como castigo. De qualquer forma, o poder aí se exerce no limite da vida. Segundo Foucault "o direito que é formulado como 'de vida e morte' é, de fato, o direito de causar a morte e deixar viver" (1988, p. 148). Nas Sociedades Disciplinares, no entanto, o poder sobre a vida não vai mais se voltar para os momentos em que ela pode ser extinta. Pelo contrário, o biopoder vai tratar de gerir a vida em toda a sua extensão, de organizá-la, majorá-la, vigiá-la, para que possa ser incluída, de forma controlada, nos aparelhos de produção capitalistas. De fato, não se trata mais de uma lei que vise a morte, trata-se de "distribuir os vivos em um domínio de valor e utilidade" (idem, p. 157). É uma lei normalizadora, que vai se utilizar de diversos aparelhos (médicos, administrativos) para regular a vida.

[321] O homo sacer é um conceito-limite do direito romano que delimita o limiar da ordem social e da vida humana. Nele transparece a correlação entre a sacralidade e a soberania. O homo sacer não só mostra a fragilidade da vida humana abandonada pelo direito, mas também, e mais importante, revela a existência de uma vontade soberana capaz de suspender a ordem e o direito. A vida nua, expulsa da ordem pela exceção da vontade soberana está condenada ao banimento. Ela é uma vida banida e, como consequência, uma vida bandida.

ISBN 978-85-62288-05-0

O Estado brasileiro se vê imerso num grau de corrupção generalizada em todos os níveis da administração pública, tal qual impulsionado nas situações contumazes regidas pelas trocas de favores. Os casos de lavagem de dinheiro apresentados na grande mídia de tempos em tempos são apenas a ponta de um iceberg, que se usa de uma liberdade de imprensa corrompida pelo clientelismo político, fluxo de influências, pressão de multinacionais e patrocinadores de campanha, incutindo, dessa forma, no senso comum, opiniões deturpadas, quando não, falsas.

John Rawls afirma que:

> O sufrágio universal é um contrapeso insuficiente; pois, quando os partidos e as eleições são financiados não por fundos públicos, mas por contribuições privadas, o fórum político fica tão condicionado pelos desejos dos interesses dominantes que as medidas básicas necessárias para estabelecer uma regra constitucional justa raramente são apresentados de modo adequado. (2002, p. 247)

Numa fria análise, nota-se que a administração pública deixa de atender seus encargos e deveres, e a sociedade se omite na fiscalização e denúncia, estando ambas cientes, e tentando explicar, por todos os meios, o estado de corrupção generalizada. Dessarte, esvai-se pelo ralo a aparência democrática de nação, num cotidiano de corrosão de valores éticos que deveriam nortear o trato com os recursos e serviços públicos. A maquiagem aplicada em procedimentos licitatórios e concorrenciais, de legalidade, só trazem uma anêmica aparência, mantida pelo segredo, segredo este condicionante do próprio poder.

Nesta vertente, a própria falta de entendimento da população contribui para a manutenção do *status quo*, que se mantém estruturado numa teia secular de procedimentos corrompidos.

Pelas breves considerações até agora expostas, tentamos estabelecer o nexo lógico entre a corrupção sistêmica no Estado brasileiro, que em função deste mal que o assola em todas suas esferas, é levado à inoperância e negligência, com a criminalidade e violência crescentes. Buscamos, pelo momento, demonstrar que toda a violência só pode existir com a conivência, cumplicidade e ativa participação estatal e de seus órgãos, entenda-se, grupos da polícia, membros do Legislativo (em todos os níveis), setores do aparelho burocrático civil e inclusive autoridades do judiciário.

A escalada na ocorrência de crimes apenas leva a legitimação do poder punitivo e repressivo estatal. Quadro este que força a sociedade e as pessoas a abrirem mão das conquistas democráticas, consubstanciadas nas liberdades

ISBN 978-85-62288-05-0

políticas, em troca de uma suposta garantia do Estado e de setores privados para seus bens, incluindo a vida e o patrimônio.

2 O Sistema Seletivo e o Direito Etiquetador

O sistema penal, como modalidade imprescindível de controle para manutenção da ordem e da paz em sociedade, é indubitavelmente eivado de deficiências, dentre elas a chamada seletividade. Há certos mecanismos que ensejam esse tratamento desigual. O próprio processo de criminalização, a bem da verdade, parece selecionar a quem punir mais. Este, por sua vez, apresenta vários aspectos no que tange a diferenciação do tratamento entre as camadas ricas e pobres da sociedade. O fenômeno do etiquetamento, por exemplo, enquanto estigmatizador da população criminosa pertencente às camadas menos favorecidas, também ressalta esse caráter seletivo do Direito Penal. Situação diferente é a que ocorre com a população mais abastada ou que ocupa funções de grande renome, que cometem delitos de um diferente gênero, como os casos de crime de colarinho branco. Esse último consiste na 'cifra negra' da criminalidade em favor dos ocupantes de posição social privilegiada. Nesses casos, além de ser evidente a impunidade dos infratores, a própria sociedade parece 'esquecer' e não repugnar tanto tais condutas.

É bastante notório que o Direito Penal atinge muito mais uma "clientela" específica que é, por seu turno, a classe mais pobre. É o que assevera Fragoso, em sua obra: "Parece certo que a realização do sistema punitivo funciona como um processo de marginalização, para atingir uma determinada clientela, que está precisamente entre os mais desfavorecidos da sociedade" (2003, p. 552).

Embora o Estado Democrático de Direito esteja em busca da compensação dessa diferenciação, ela ainda é bastante perceptível em nosso cotidiano, quando nos deparamos com situações em que somente os pobres são punidos por não ter condições de pagar sua fiança ou contratar bons advogados para defendê-los. Nestes casos, o devido processo e a ampla defesa figuram apenas nos livros. Segundo esse raciocínio, conclui Fragoso:

> O Direito Penal é o direito dos pobres, não porque os tutele e proteja, mas sim porque sobre eles exclusivamente faz recair sua força e seu vigor. Eles é que constituem a clientela do sistema e são por ele, virtualmente, oprimidos. Só os pobres sofrem os processos por vadiagem e só eles são vítimas das batidas policiais com o seu cortejo de ofensas e humilhações. Só os pobres são ilegalmente presos para averiguações. Os ricos livram-se facilmente, contratando bons advogados, recorrendo ao tráfico de influência e à corrupção. Eles nunca vão para as prisões. Quando, em situações

ISBN 978-85-62288-05-0

> excepcionais, isso vem a suceder, logo ficam doentes e são transferidos para hospitais (Idem).

Se analisarmos o sistema penal ao longo dos anos, juntamente com o desenvolvimento da sociedade capitalista, perceberemos que seu sistema de valores enfatiza, ao máximo, a proteção do patrimônio privado, em que a camada privilegiada política e economicamente se vale de instrumentos no sentido de atingir desvios típicos de grupos sociais marginalizados. Sobre esse tema, Batista conclui que

> Quando alguém fala que o Brasil é "o país da impunidade", está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros – dos escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros, etc). Porém, essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjam rápido emprego e desfrutem do salário mínimo (punidos ou mal pagos): Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir o salário, porque a polícia prende e arrebenta (punidos e mal pagos)(1990, p. 39)

Fácil entender que a sociedade moderna, excludente e marginalizadora, é reflexo de um passado cheio de injustiças e enraizado em discriminações e preconceito, que insistem em perdurar até os dias de hoje, impregnando as mentes humanas e instituições sociais e políticas desde os tempos mais remotos.

A sempre tratada *igualdade material,* ideal almejado pelo direito, onde todos os homens possuem dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, está longe de ser aplicada de forma absoluta. A sociedade, seus órgãos institucionais, bem como o próprio Estado Democrático insistem em relativizá-la constantemente, na maioria das vezes em desfavor dos mais pobres. Por que não sonhar que um dia viveremos plenamente não apenas aquela igualdade decorrente da submissão de todos ao império da mesma lei, mas uma situação onde as leis possuam conteúdo e adequação social. A incessante busca por uma igualdade substancial, segundo Capez, deve-se ao fato de que:

ISBN 978-85-62288-05-0

> As normas, embora genéricas e impessoais, podem ser socialmente injustas quanto ao seu conteúdo. É perfeitamente possível um Estado de Direito, com leis iguais para todos, sem que, no entanto, se realize justiça social. (...) a expressão "Estado de Direito", por si só, caracteriza a garantia inócua em aberto, limitado apenas à impessoalidade e à não-violação de garantias individuais mínimas. Por essa razão, nosso constituinte foi além, afirmando que o Brasil não é apenas um Estado de Direito, mas um Estado Democrático de Direito (2007, p. 9).

Nesse sentido, vislumbramos que para a existência de equiparação aos homens, faz-se mister, como de acordo com a lição secular de Aristóteles, *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*.

É imprescindível que o sistema penal, como um todo, seja norteado pelos princípios derivados do perfil político-constitucional, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. Tais preceitos funcionarão como braços genéricos e abrangentes, cabendo sempre ao operador do direito verificar sua presença, tanto na criação, quanto na aplicação da lei penal. A igualdade material, embora seja incessantemente buscada, não é concretizada de modo satisfatório em diversos aspectos, uma vez que o próprio processo de criminalização costuma diferenciar o tratamento entre ricos e pobres.

A máquina repressiva do Estado deve estar em consonância com seus princípios basilares, precipuamente o da Dignidade da Pessoa Humana, de modo a impedir a ilegalidade processual, sob pena de exercer seu poder de forma arbitrária e seletiva, sobre os setores vulneráveis, como ensina Zaffaroni (2001, p. 16).

Na realidade brasileira, não obstante a existência de todas as diretrizes constitucionais, o Estado, da forma como hoje se insere, é, infelizmente, incapaz de cumprir com seus deveres sociais. Os casos de corrupção, supracitados no capítulo anterior, dirigidos ao Estado, por seus próprios representantes, enfraquece-o ainda mais, impedindo-o assim de levar a efeito sua função social, conforme determinado pelo texto constitucional.

A fim de conjecturar um direito penal igualitário, Alessandro Baratta, no que tange à tão almejada igualdade, numa visão realista, afirma que o "direito penal igualitário é um mito, uma vez que a própria norma penal distingue os autores dos crimes segundo suas classes sociais" (2002, p. 162).

2.1 Controle Social e Processo de Criminalização

Na sociedade real, de "carne e osso", há aqueles que dominam e os que são dominados. Para Weber, é natural que as classes superiores pratiquem a

ISBN 978-85-62288-05-0

exclusão e o afastamento dos não-membros, o que reforça mais ainda os sentimentos de pertencimento e distinção.

Como decorrência desta diferenciação pelo mais forte, há a verticalização, a qual incide de cima para baixo. Este *controle social* abarcaria então quaisquer "mecanismos destinados ao comando de regulação das relações sociais, uma necessária condição para inspirar e motivar uma convivência harmoniosa da sociedade" (VIANA, 2010, em: <http://eduardo-viana.com/?p=347>).

Sua presença não necessariamente será evidente. É difuso o controle pelo qual os mecanismos controlam a população, que, despercebida, segue as condutas impostas, de tal forma que se torna inconsciente da influência sofrida. É o que se vê com atuação dos meios de comunicação em massa, que além de induzir a padrões de conduta, bombardeiam a sociedade com imagens e informações que manipulam o imaginário popular, implantando uma verdadeira neurose, e criando ainda uma infinidade de análises e fórmulas de resolução dos problemas para a criminalidade.

Já o chamado controle institucionalizado é aquele que se impõe com regras próprias, através de uma instituição do próprio Estado. Dentro do chamado controle com discurso não-punitivo, mesmo com a imposição de uma conduta sem o caráter punitivo, há, na prática, modos de punir, mesmo que de forma indireta, como ocorre com a psiquiatria ou a institucionalização de velhos, quando entre instrumentos elétricos de tortura e eletrochoques não costuma haver muita diferença.

O controle institucionalizado em forma punitiva é, por sua vez, representado por excelência pelo sistema penal. Para Cirino dos Santos, a pena criminal é considerada como o "mais rigoroso instrumento de reação oficial contra violações da ordem social institucionalizada, garante todos os outros sistemas ou instituições particulares e a existência/continuidade do próprio sistema social, como um todo" (1981, p. 25). Inquestionável, portanto, a preponderância da função de controle social da Política Criminal adotado e do direito posto.

O processo de criminalização, tomado no seu conjunto, é marcado pela seletividade. Consoante o pensamento de Baratta, a igualdade no direito penal não passa de um mito. Para ele, "o direito penal não é menos desigual do que outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência" (2002, p. 162).

Nesse sentido, Kazmierczak aponta que

> A rigor, a norma é dirigida a todos os indivíduos, sem quaisquer distinções (aparentes) de classe social ou de pessoas. Possui, portanto, a característica de ser abstrata e impessoal, ou seja, regulamenta situações que podem vir a ocorrer e não se direcionam a ninguém de forma individualizada (2010, p. 40).

ISBN 978-85-62288-05-0

No entanto, o que se pode perceber, como já foi dito, é que, na prática, o que existe é apenas um mito de igualdade no direito penal.

Bianchini afirma que o direito penal "seleciona pessoas e não ações, como também fica evidente que criminaliza pessoas determinadas, segundo a classe e posição social" (apud KAZMIERCZAK, 2010, p. 48).

O momento mais crítico, contudo, é quando da criminalização secundária, no instante da aplicação da lei penal, quando a conduta tipificada sai do plano abstrato para incidir num caso concreto, sujeitando o agente criminalizado a uma sanção penal. Aqui, percebe-se a importância da posição de classe dos sujeitos a serem criminalizados. O resultado do processo criminalizador terá como "variável decisiva da criminalização judicial a *posição de classe do autor da conduta incriminada,* e não (como afirma a ideologia jurídica dominante) a gravidade do crime ou a extensão social do dano" (Idem). É nesse raciocínio que Bianchini afirma que o direito penal "seleciona pessoas e não ações, como também fica evidente que criminaliza pessoas determinadas, segundo a classe e posição social" (Ibidem).

> A criminalidade, quando ocorre entre sujeitos da classe dominante, na esmagadora maioria das vezes, não produz consequências penais, vale dizer, não gera o processo de criminalização secundária, ou, se o fizerem, serão conduzidos à impunidade. Em contrapartida, a criminalidade de autores em posição de classe dominada, ou seja, a que normalmente envolve crimes contra a pessoa, contra o patrimônio e contra a sexualidade, produz consequências penais: gera a criminalização secundária, que conduz a punições rigorosas (CIRINO DOS SANTOS, 1981, p. 28).

Com isso, visualizamos que o resultado dessa seletividade na criminalização secundária pode acarretar efeitos diversos na sociedade, dependendo dos motivos que ocasionaram uma ou outra aplicação das leis penais. Percebe-se que, nas camadas subalternas, os marginalizados e estigmatizados criam "um sentimento de verdadeiro temor na aplicação do Direito Penal, o qual, por sua natureza, já traz esse estigma, mas para os destinatários em potencial podem trazer verdadeiro pânico, pois são eles, muitas vezes, os seus destinatários" (KAZMIERCZAK, 2010, p. 47).

2.2 Etiquetamento Social

Tendo como precursor Durkheim, a teoria do etiquetamento ou *labelling approach* mostrou-se como uma superação ao positivismo, com fortes raízes na Criminologia Tradicional.

ISBN 978-85-62288-05-0

Por esta teoria, a criminalidade deixa de ser considerada ontológica, mas sim, "uma rotulação que a classe hegemônica atribui ao indivíduo transgressor dos valores por ela impostos por meio dos processos formais (institucionalizados) e informais" (MADEIRA DA COSTA, 2005, p. 75).

Sob a perspectiva da teoria do *labelling,* quanto ao processo de seleção da população criminosa, segundo Sack, *apud* Baratta,

> a criminalidade, portanto, como realidade social, não é uma entidade preconstituída em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos. E isto não somente conforme o comportamento destes últimos se deixe ou não subsumir dentro de uma figura abstrata do direito penal, mas também, e principalmente, conforme as meta-regras, tomadas no seu sentido objetivo antes indicado (2002, p. 180).

A principal consequência do etiquetamento daquele que praticou o delito, ou seja, da sua estigmatização como delinquente consiste em uma decisiva mudança da identidade social do indivíduo; uma mudança que ocorre logo no momento em que é introduzido no *status* de desviante.

O s*tatus* de criminoso acaba sendo imposto de forma estigmatizante ao autor do desvio primário pela própria sociedade, através da reação social, levando o indivíduo, muitas vezes, a um consequente desvio secundário permanente e uma carreira criminosa. As ideias de ressocialização e a concepção educativa da pena estão prejudicadas de tal forma que colocam em completa dúvida o princípio da prevenção e levam todo o sistema ao descrédito.

A estigmatização social também coloca em xeque o princípio da igualdade, tendo em vista que, para a teoria do etiquetamento, a criminalidade é um status atribuído a "determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento e estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental" (BARATTA, 2002, p. 112).

A existência da criminalidade do colarinho branco está estritamente relacionada ao fenômeno do etiquetamento, aquela como reflexo deste. Isto pois, havendo um estereótipo de delinquência incrustado nas camadas pobres, acaba sendo transportada às camadas abastadas uma menor atenção em relação à criminalidade, direcionando os olhos da sociedade, e em especial os do sistema penal, a os estigmatizados, entenda-se, miseráveis.

Um aspecto de bastante relevância é o da sanção a ser aplicada ao criminoso das *cifras negras*, quanto à espécie da pena cominada. Nos crimes

ISBN 978-85-62288-05-0

cometidos pelos pertencentes às classes sociais mais baixas, a pena privativa de liberdade e em larga escala se revela a mais aplicada. O próprio estereótipo já edificado em torno das camadas pobres já induz o juiz a aplicar a pena de prisão, que se revela "a mais apropriada" para os comportamentos típicos dos miseráveis.

Num Estado Democrático de Direito, norteado por uma Constituição repleta de direitos e garantias fundamentais, é imprescindível que, existindo crime, a máquina repressora penal venha a atingir a todos de maneira equânime. Como bem ilustra SANTOS:

> Mais do que reduzir ilegítimos privilégios dos poderosos (...), o caminho da igualdade deverá passar por uma extensão dos mesmos privilégios a todos os outros arguidos. De fato, se não nos é possível evitar a desproporção de poder e de bem estar na vida, com tudo o que acarretam, que os evitemos, pelo menos, no funcionamento da justiça penal (SANTOS, 1999, p. 290).

Evidente que o princípio da igualdade passa a ser considerado mito. Os delitos econômicos e empresariais, típicos das elites, não obstante tipificados na lei penal, não são objeto de processo de seleção, etiquetamento ou estigmatização, em virtude de serem perpetrados pelos estratos elevados da população, que não caem usualmente nas malhas surradas e remendadas de um direito penal preconceituoso e seletivo que encontramos no Brasil.

3- Questão Da Criminalidade No Filme Brasileiro E A Crise De (In)Segurança Pública No Atual Contexto

No Brasil, a miséria convive com a opulência. A mídia, principalmente a televisão, incita a ideia de que a felicidade reside na capacidade de consumo, ao mesmo tempo em que, de forma sensacionalista, agrava a sensação de medo e impotência. Diante dos quadros de violência e criminalidade que se apresentam, o respeito e a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais do Homem tornam-se cada vez mais importantes, à medida que são violados em prol de uma estrutura confusa de Estado, num limbo entre antigos e novos conceitos de governabilidade.

No Brasil, a democracia ainda não chegou ao campo da segurança pública. Mais que claro que o país não desenvolveu nenhum conceito adequado para os moldes do Estado Democrático de Direito. O sistema aqui é fragmentário. Cada corporação atua de forma independente, sem qualquer ligação funcional para com as outras, a qual é criadora de animosidades e gera uma ineficiência ainda maior na prestação dos serviços.

A mentalidade vigente é da década de quarenta. Os agentes não tem o adequado preparo para enfrentar questões cruciais como o tráfico de drogas e os

ISBN 978-85-62288-05-0

crimes fiscais. A estrutura não é feita para resolver os problemas da criminalidade contemporânea, mas para ocorrências comuns, sem sofisticação.

Diante do quadro de medo e consternação, em meio a toda situação de insegurança e exposição, o cidadão comum rompe o Contrato Social e cede aos apelos de mercado: constrói muros altos, instala cercas elétricas, adere a "seguro isso, seguro aquilo", numa verdadeira imposição do mercado do medo.

O não estabelecimento de políticas que busquem a harmonia social e a não construção coletiva de um conceito democrático de segurança pública passa a impor ao país essa segurança privada, que desenvolve práticas perigosas de repressão e violência, além de ser bem armada e pouco preparada, derrubando muitas vezes, como consequência, direitos civis, outrora conquistados a duras penas.

Da existência dos quadros complexos de criminalidade e violência, a solução encontrada, no muito das vezes, é o aumento nos contingentes policiais. Entretanto, como a atuação hoje se volta mais à repressão do que à garantia de direitos, o aumento nos quadros acaba elevando ainda mais a insegurança dos cidadãos, que os associam à grande parte da violência, dos abusos, e à corrupção, na sua face mais pura.

A violência existente no Brasil é estrutural. A criminalidade e a brutalidade do sistema de repressão da justiça criminal são apenas partes do mesmo problema. Com uma cara própria, a insegurança dos brasileiros se representa por quadros de desemprego, pelas injustiças sociais, pela falta de acesso ao sistema de saúde e educacional, pela desagregação familiar, pelas políticas governamentais ineficientes, iníqua distribuição de renda, falta de credibilidade popular nas instituições públicas, e pela violência na intimidade familiar, patrocinada pelo controle remoto da televisão, superdimensionador da criminalidade aos olhos do homem médio Contexto este reforçado pela caracterização como condutas gerais e plenamente aceitas da fome, da miséria, da tensão permanente entre governo e sociedade, da decomposição de valores éticos, morais, culturais e jurídicos, simbolizando, assim, uma violência ainda não codificada.

O que é visto e da forma como é desempenhado vai totalmente contra o conceito teórico de segurança pública. Avalia J. Mota Maia que:

> Constituindo uma manifestação, ou até uma razão de ser da existência do estado de direito, a segurança pública comporta-se num complexo de medidas que conduzem a um fim único, que é o bem estar do homem. [...] Assim, a segurança pública significa a possibilidade de o cidadão ser defendido dos perigos e ameaças do excesso ou arbítrio do poder do Estado, com também dos perigos que podem resultar da ausência de uma administração racional e responsável para tornar efetiva a função do Estado

ISBN 978-85-62288-05-0

> (ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO, p. 299-301, 1977-301, apud BAPTISTA, 2007, p. 117).

Ainda sobre a não produção de efeitos seguros acerca da tomada de decisões da política de Segurança Pública, Winfried Hassemer assevera que:

> Política de segurança pública não equivale a política policial, mas compreende também uma Política Criminal que, por sua vez, compreende não apenas o ponto de vista da efetividade policial, mas também as garantias penais e constitucionais. Mesmo assim, ainda é muito pouco. [...], política de segurança pública sem consideração para com a juventude, a mão de obra, a moradia, os problemas sociais e a educação, converte-se num espetáculo sem esperanças e sem fim previsível. Portanto, uma política de segurança só faz algum sentido no contexto de uma verdadeira política interna bem definida, sincronizada e coordenada (REVISTA DE DIREITO ALTERNATIVO, p.32, 1994).

A percepção social não se volta à violência estrutural, visto num panorama econômico, pois dirige todos os olhares à criminalidade tradicional, o traficante, *o ladrão de galinha*, que gozam do impacto que produzem na opinião pública. Em função do todo o alarmismo, vê-se apenas a capa do livro, e não seu conteúdo.

A criminalidade deita suas raízes na própria natureza humana. Entretanto, no presente, alcança níveis deveras alarmantes. E, muito embora diversos doutrinadores possam associar suas causas a diversos fenômenos, é possível dizer que a causa de tudo isso é a ausência endêmica do Estado, que deixa de cumprir os direitos básicos assegurados na Carta Magna.

No Brasil, principalmente, após a década de setenta, houve uma explosão na taxa de ocorrências de delitos de todo tipo. Justamente nesta mesma época, as idéias neoliberais, que muitos julgavam estar sepultadas pela história, ressurgiram e se tornaram dominantes no Ocidente, subjundo de vez o reformismo social do *welfare state*, e irradiando fortemente seus efeitos para o Brasil, mormente os negativos. Dessa forma:

> Não podemos admitir a tese dos economistas neoliberais de que só o mercado pode ser a fonte de bem-estar na sociedade, de que o mercado por si só garante justiça social. O mercado não garante justiça social porque o mercado não segue a lógica da justiça social. [...] A justiça social pressupõe mudanças estruturais nos planos social, econômico, político, e jurídico; pressupõe o desenvolvimento de uma outra economia, uma

ISBN 978-85-62288-05-0

> economia alternativa ao capitalismo. O estado tem de garantir uma estrutura de propriedade justa, uma distribuição de renda justa, um sistema tributário justo, o acesso à saúde pública e à educação pública de qualidade, bem como promover políticas públicas voltadas para o combate às desigualdades (FARIAS, 2004, p. 140-141).

Após o surgimento, estabelecimento e fortalecimento do ideário neoliberal. O desemprego como destino de um sem-número de pessoas reverteu a tendência progressiva à inclusão e à solidariedade sociais, ao lado da desagregação das estruturais familiares, que junto com o emprego exerciam um papel (informal) do distanciamento do crime. O novo consumismo o individualismo hedonista, adicionado o abalo da autoridade moral por que passam agentes da justiça criminal, sobretudo a polícia, são fertilizantes da criminalidade crescente desde então.

A própria globalização, em si, traz o aumento da criminalidade e o agravamento das desigualdades e exclusões sociais como consequência inevitável, cabendo, ao Estado desenvolver ações efetivas que possam diminuir as distâncias entre classes. Neste sentido, Rogério Felipeto apresenta que:

> Não é recente a discussão acerca da influência do conteúdo econômico do direito, mormente quando se cuida do direito penal. Se é verdade que na mais perfeita das sociedades, na mais igual delas, a indígena, a existência do crime, demonstrando que os fatores criminógenos não se restringem aos fatores de ordem econômica, por outro lado, é inegável que quanto mais desemprego, quanto mais desigualdade social, consequência essa da desigualdade econômica, maior é o crescimento da taxa de criminalidade dentro de uma sociedade. Nesse sentido, a globalização tem contribuído para o crescimento da criminalidade (FELIPETO, 2001, p. 519-521) .

Após o até agora explanado, conferimos que a Política de Segurança Pública tem como finalidade maior a preservação da ordem público-social, buscando a coexistência harmoniosa e pacífica da população, embasada em valores jurídicos e éticos. O Estado basicamente intenciona elidir a violência das relações sociais por meio de seu poder de polícia.

Hodiernamente, às condutas do cotidiano ditas incivilizadas (desordeiros, grafiteiros, obscenidades públicas, violência doméstica *v.g.*), consideradas minocriminalidade (pequenas infrações), impera a posição apoiada na política de “Tolerância Zero”, onde aquelas devem ser tratadas e perseguidas com severidade e repressão. Contudo, tais ações vêm se mostrando no mínimo impraticáveis, por

ISBN 978-85-62288-05-0

sua inefetividade e completa ausência de comprovação de resultados positivos, reforçada pela verdadeira afronta aos Direitos Humanos.

A essas condutas, abrangidas pela minocriminalidade, devem ser dirigidas políticas preventivas atuantes sobre contextos sociais e situacionais a serem implantados não só pelas agências responsáveis, como também pela própria sociedade, afastando o caráter meramente punitivo, cujos reclamos levam ao expansionismo do Direito Penal, guarnecendo o círculo vicioso da violência e criminalidade.

> A prevenção deve ser dirigida aos autores daquelas condutas, para que não venham a delinquir ou reincidir; como também às potenciais vítimas, para que estas se tornem menos vulneráveis à ação daqueles, incentivando comportamentos sociais, restabelecendo o capital social, e a obediência às leis (ZACKSESKI, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2000, a. 8, n. 29, p. 179).

Carlos Alberto Baptista informa que:

> Para a alteração da crise de segurança social não se faz necessária a criação de novos organismo ou estruturas sociais, inicialmente, o processo cultural comprometido com os ideias de poder, controle e alienação deve ser deixado de lado, fazendo com que se ponha em prática o que só se vê na teoria: políticas públicas fortes, com objetivos definidos, e, acima de tudo, passíveis de efetivação. Caso contrário, o empenho não ultrapassará a retórica dos discursos (2007, p. 128).

O Estado não deve criar mais e maiores meios coercitivos, pois estas ações apenas farão com que novas leis fiquem vagando pelos códigos, sem que alcancem os objetivos pretendidos, extinguindo-se na própria incompetência e limitação estatais.

É, por fim, rematando o tema em análise, a lição trazida por Bismael B. Moraes:

> A prevenção salva, dá segurança e evita gastos maiores: a repressão embrutece, amedronta, fere, mata e atinge a liberdade. Mas a prevenção é difícil, pois requer preparo e vocação, além de ser silenciosa e não render dividendos aos ‘espertos’. Já a repressão é fácil, viciosa e atraente, podendo ensejar o exibicionismo e a vaidade aos faltos de moral, e, acima

ISBN 978-85-62288-05-0

de tudo, apresenta-se rentável sob vários ângulos. A prevenção é um bem para todos; a repressão é conveniente para alguns (2000, n. 780, p. 483).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assistimos todos os dias uma verdadeira democratização da criminalidade, em todos seus aspectos. A transgressividade em potencial do ser humano é uma característica humana. Durkheim, considerando o crime com fato normal, ensinou que o crime existe em todas as sociedades, das maneiras mais diversas. Não se reserva a determinado grupo ou classe social. Não poderia ser normal a ausência de crime, pois um fato que não é observado em nenhuma situação seria uma coisa patológica. A ausência absoluta de criminalidade seria impossível numa sociedade, portanto, se caracterizando como um fato social comum a ela. O crime "é necessário; ele está ligado às condições fundamentais de toda a vida social e, por isto mesmo, é útil; pois as condições de que ele é solidário são elas mesmas indispensáveis à evolução normal da moral e do direito" (Durkheim, 1999, p.71). Uma sociedade sem crimes estaria num estágio utópico, ou passando por uma mórbida situação.

Criminalidade não é sinônimo de pobreza. O que historicamente se conhece como classes perigosas, em referência aos trabalhadores, tem o seu potencial explosivo relacionado principalmente ao binômio exploração/falta de qualidade de vida.

A violência é assim um processo de socialização. O individuo se torna violento devido a componentes psicossociais ligados à sua vivência de mundo. A violência, neste aspecto, mostra-se como um modelo institucional de cada sociedade. A sociedade ratifica o mote de que os ricos tudo podem, encobrindo suas transgressões sociais com o manto da impunidade e transcrevendo a falácia de que os pobres é quem são criminosos e marginais.

Tentamos esclarecer neste trabalho que a segurança pública figura como interconexão da organização social da liberdade, junto à defesa dos espaços ou instituições democráticas já conquistadas, e da aplicação da justiça cotidiana na proteção contra atos que possam agredir a caminhada para maior participação e paz social.

Vislumbramos ainda que o investimento na formação de policiais e demais agentes de segurança, e o esclarecimento junto à população, mesmo não sendo o escape a todos os problemas de insegurança, auxiliam na busca por alternativas para se garantir direitos humanos e civis e reduzir a criminalidade.

A segurança sustentável passa de utopia à realidade apenas quando pode interessar à sociedade de forma global e duradoura, não se constituindo num privilégio de poucos, mas num projeto de muitos.

ISBN 978-85-62288-05-0

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. Belo Horizonte, UFMG. 2002.

BAPTISTA, Carlos Alberto. Crescimento da Criminalidade e a atuação estatal. Curitiba: Juruá, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.* 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.* 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral.* V. 1. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia Radical.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. [tradução Eduardo Brandão]. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO, São Paulo: Saraiva, apud BAPTISTA, Carlos Alberto. *Crescimento da Criminalidade e a atuação estatal*. Curitiba: Juruá, 2007.

FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2004.

FELIPETO, Rogério. *Nova feição do direito penal*. Revista dos Tribunais. Fascículos Penais, a. 90, v. 792, out. 2001.

FOUCALT, M. *História da Sexualidade*, vol. I A Vontade de Saber. 13ª ed. Rio de Janeiro, 1999.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: parte geral.* 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e Exclusão Social.* Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2005.

MORAES, Bismael B., *Segurança pública no Brasil e o sistema criminal*. Revista dos Tribunais, Doutrina Penal, Terceira Seção, 89. a., n. 780, out. 2000.

RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*.São Paulo, Martins Fontes, 2002.

ROSENN, Keith S. & DOWNES, Richard – Organizadores. *Corrupção e Reforma Política no Brasil – O Impacto do Impeachment de Collor* – Rio de Janeiro, FGV, 2000.

ISBN 978-85-62288-05-0

SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime do colarinho branco (da origem do conceito a sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal).* Faculdade de Direito de Coimbra, 1999.

VIANA, Eduardo. *Direito Penal e Controle Social: Uma análise à luz da teoria da reação social*. Disponível em: <http://profeduardoviana.wordpress.com/2010/06/15/direito-penal-e-controle-social-uma-analise-a-luz-teoria-da-reacao-social/>. Acesso em: 15 ago 2012.

ZACKSESKI, Cristina. *Da prevenção penal à "nova prevenção"*. Revista Brasileira de Ciencias Criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribuais, a. 8, n. 29, jan./mar. 2000.

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

ISBN 978-85-62288-05-0

A (DES)FINALIDADE DA PENA

Fernanda de Matos Lima MADRID[322]

RESUMO:
O presente artigo fará uma análise histórica das penas privativas de liberdade, a fim de se demonstrar o que sentimento de castigo que se apresentou nos primórdios foi transferido para a atualidade; seu conceito, suas finalidades teóricas, ou seja, aquelas declaradas, discorrendo sobre a teoria absoluta (ou da retribuição), teoria relativa (finalista, utilitária ou da prevenção), teoria mista (eclética, intermediária, unificadora da pena ou conciliatória) e, por fim, teoria da prevenção geral positiva. Também almeja ensejar reflexões sobre as reais funções da pena privativa de liberdade, bem como tratar da crise que a mesma tem experimentado, demonstrando o desserviço prestado pela sanção penal tanto para a sociedade quanto para o delinquente.

ABSTRACT:
This article intends to conduct a historical analysis of custodial sentences, in order to demonstrate that the feeling of doom that appeared in the early days was transferred to the present; its theoretical purposes, ie those declared, discussing about the absolute theory (or retribution theory), relative theory (finalist, utilitarian or prevention theory), mixed theory (eclectic, intermediate, unifying the penalty or compromise theory) and, finally, the theory of positive general prevention. It also aims to give reflections on the real functions of the custodial sentence, as well as address the crisis that it has experienced, demonstrating the disservice done by the criminal penalty for society and the offender.

PALAVRAS-CHAVE: Pena privativa de liberdade; finalidades; real função; crise.

KEYWORDS: Custodial sentence; purposes of sentence; real function; crisis.

INTRODUÇÃO

A questão do papel exercido pela pena privativa de liberdade é tema latente nas discussões jurídicas. Pouco se tem feito na busca das funções proclamadas

[322] A autora é graduada em Direito pelas Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente, possui Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. É aluna do Mestrado na Universidade Estadual do Norte do Paraná e bolsista da Fundação Araucária.

ISBN 978-85-62288-05-0

pela legislação no que concerne a restrição da liberdade do infrator.

O objetivo principal deste trabalho é demonstrar que a pena restritiva de liberdade se caracteriza por exercer uma desfinalidade tanto para a sociedade como para o delinquente. O que se verifica é que ela se caracteriza como um instrumento de exclusão social, ao contrario dos fins proclamados, visando à manutenção da estrutura social existente.

Portanto, é inegável que o estudo desta mazela, que assola a sociedade, é fundamental, no intuito de buscar substitutos mais legítimos para a pena privativa de liberdade.

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

O método utilizado foi o dedutivo, posto que se parte da análise histórica da pena para a crítica do papel que ela efetivamente exerce na sociedade.

O trabalho está dividido da seguinte forma: Breves considerações histórica da pena de prisão, conceito da pena, finalidade da pena, a (des)finalidade da pena: a crise da pena privativa de liberdade e, por fim, conclusões.

2 BREVE HISTÓRICO DA PENA

Para um estudo da pena é imprescindível examinar suas origens a fim de que se perceba como o sentimento de punição ou castigo se apresenta nos primórdios e de que maneira esta represália foi transferida para um poder central incumbido de administrar a justiça[323].

A origem da pena é tão antiga quanto à humanidade e, por isso, é extremamente difícil definir sua origem. A própria doutrina não chega a um consenso na divisão da investigação de sua gênese.

Utilizaremos, com o intuito de evitar erros, mais ou menos os períodos da história da humanidade.

Observamos que desde a antiguidade até o século XVIII as sanções possuíam características predominantemente aflitivas, vez que o corpo do autor do delito é que pagava pelo mal por ele cometido. O período iluminista, primordialmente o século XVIII, foi o ponto inicial para a transformação das ideias no que concerne à aplicação das penas. Com a publicação da obra “Dos delitos e das penas” (1764), de Beccaria, um movimento de indignação em relação ao tratamento dispensado aos seres humanos submetidos às penas.[324]

[323] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 01.
[324] ROGÉRIO, Greco. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 463.

ISBN 978-85-62288-05-0

2.1 A Cultura dos Povos Primitivos

O homem primitivo estava muito ligado a sua comunidade, visto que fora dela se sentia desprotegido das ameaças imaginárias (fenômenos que não possuía explicações racionais). A referida ligação influenciava na organização jurídica primitiva que se fundamentava no vínculo de sangue da qual se originava a vingança de sangue, que era desvinculada de um poder central e não possuía qualquer controle externo de sua extensão.

De maneira simbólica, esta vingança tinha a força de desfazer a ação do delinquente, através de sua própria destruição ou banimento do grupo.

Tal sistema, por obvio, gerava guerras intermináveis entre as famílias, trazendo sérios prejuízos a toda a comunidade. Por isso, posteriormente, a vingança passou a ser regulamentada e administrada por um poder central.

Esta vingança de sangue se manteve até ser trocada lentamente pelas penas públicas. Com o progresso político dos povos, a autonomia dos grupos e famílias passou a ser cada vez mais limitada, afastando-se, gradativamente a vingança privada.

A transferência da punição para um poder central ocorreu não para abrandar a vingança, mas sim a fim de se manter certa ordem social e de evitar as guerras infinitas que prejudicava a própria coletividade.

O sentimento vingativo da pena se mantinha, embora atenuado nas suas consequências. Um exemplo deste abrandamento é a Lei de Talião contida no Código de Hamurabi (século XXIII a.C) e no Pentateuco.

O principal motivo para se limitar a vingança foi à própria preservação da comunidade, colocada em risco pela vingança particular.

Os totens e tabus também tiveram reflexos no sistema punitivo. Como o homem não conseguia apresentar respostas racionais aos fenômenos naturais eles acreditavam em forças sobrenaturais, que os conduzia a uma dominação por totens e tabus.

O totem, em regra, era um animal, um vegetal ou até mesmo um fenômeno natural que mantinha uma ligação com o clã. A afronta aos princípios totêmicos tinha como resultado a punição do infrator.

Por sua vez, o tabu caracterizava-se por uma proibição convencional, decorrente da tradição, de cunho sagrado, que não tem explicação ou origem exata, que passa a integrar a cultura de um povo e que é transmitida a todas as gerações.

Ensina Oswaldo Henrique Duek Marques:

> O sentimento de vingança, como manifestação totêmica, ou decorrente dos tabus, foi sem duvida, a primeira expressão da fase mais remota de reação punitiva entre os povos primitivos. A violação aos princípios inexplicáveis dos

ISBN 978-85-62288-05-0

> totens e tabus conduzia o homem primitivo ao sentimento de aversão do mal provocado pelo autor da violação. Esse sentimento, então, se expressava por meio da vingança exercida pela própria comunidade, sem qualquer finalidade voltada para a prevenção de novas transgressões. A vingança tinha por finalidade a destruição simbólica do crime, como forma de purificar a comunidade contaminada pela transgressão[325].

Conclui-se que a vingança cumpria sua função punitiva, funcionando como uma "mágica" que tem a capacidade de desfazer a conduta transgressora, com o castigo imposto ao autor.

Verifica-se que até os dias atuais permanece inalterado o sentimento de vingança no âmbito punitivo que nasceu nesta época primitiva.

2.2 A Antiguidade

O "estado teológico" regia as civilizações antigas. A pena tinha sua justificativa em fundamentos religiosos e apresentava como escopo satisfazer a divindade ofendida pelo crime. A vingança privada, com o desenvolvimento da civilização e influência da religião, transmutou-se em divina, passando a ser gerida pelos sacerdotes. A autoridade representava a vontade dos Deuses, dos quais emanava o direito de punir.

A antiguidade não conhecia a privação de liberdade como sanção penal. A privação de liberdade existia, contudo, não tinha caráter de pena, se fundava em outros motivos. A prisão, até o fim do século XVIII, servia apenas para contenção e guarda dos réus com o fulcro de preservá-los fisicamente até a ocasião de serem julgados ou executados. As penas, durante este período, consistiam em pena de morte, às penas corporais e às infamantes.

Insta salientar que estas prisões eram verdadeiros depósitos de réus que aguardavam, em condições subumanas, a execução das penas acima elencadas.

Com a invasão da Europa pelos povos bárbaros e a queda de Roma, termina a idade antiga, conforme e divisão tradicionalmente acolhida.

A administração da pena, neste período, foi transferida, gradativamente, do particular para o poder central. Apesar de ser uma forma de satisfação à divindade ofendida pelo delito, passou a ser considerada também como satisfação da própria comunidade. Entretanto, a não perdeu sua natureza vingativa, não obstante a criação de conceitos referentes à retribuição proporcional (Aristóteles) e a finalidade da pena como reeducação do condenado (Sêneca).

[325] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op cit, p. 09.

ISBN 978-85-62288-05-0

2.2 A Idade Média

A pena, neste período, tinha como objetivo provocar medo na população. Não existia a ideia de liberdade e respeito à individualidade humana e as pessoas eram submetidas ao arbítrio dos detentores do poder.

A noção de pena privativa de liberdade não surgiu durante toda a idade média. A privação de liberdade continua tendo como escopo a custodia daqueles que estavam aguardando pela condenação.

As sanções criminais eram aplicadas pelos governantes dependendo da posição social do réu, podendo ser substituída por prestações pecuniárias, sendo que a pena de prisão era aplicada somente para os crimes que não eram graves suficientes para ser apenados com a pena de morte ou mutilações.

Na idade média, produziu-se o primeiro antecedente do que seria a substituta da pena capital. A igreja, no século IV, a fim de punir os clérigos que desrespeitavam suas normas, aplicava como punição a reclusão em celas ou a internação em mosteiros. Era o inicio da pena privativa de liberdade[326].

Surgiram, então, a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. Na prisão do Estado apenas eram recolhidos os inimigos do poder que tivessem praticado delitos de traição e os adversários políticos dos governantes. Por sua vez, a prisão eclesiástica era destinada aos clérigos subversivos e pregava a caridade, a redenção e a fraternidade da igreja.

Neste período, o Direito Penal sofreu as influencia das ordálias, também chamadas de juízo de Deus. Tais práticas se caracterizavam pela superstição e pela crueldade, não havendo direito de defesa para os acusados.

As ideias cristãs forneceram boas bases para a pena privativa de liberdade. Neste sentido ensina Cezar Roberto Bittencourt:

> O pensamento cristão, com algumas diferenças entre o protestantismo e o catolicismo, proporcionou, tanto no aspecto material como ideológico, bom fundamento à pena privativa de liberdade. Por essa razão, não é causal que se considere que uma das poucas exceções à prisão-custódia do século XVI tenha sido a prisão canônica. Tratava-se de uma reclusão que só aplicava em casos muito especiais a alguns membros do clero. A igreja já conhecia, antes que fosse aplicada na sociedade civil, uma instituição que continha certos pontos que serviriam para justificar e inspirar a prisão moderna[327].

---

[326] SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu . **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

[327] BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

ISBN 978-85-62288-05-0

A prisão dos mosteiros irradiou conceitos arquitetônicos e psicológicos que até hoje influenciam a realidade prisional. Tal influência penitencial canônica deixou como legado o isolamento celular, o arrependimento e a correção do infrator, bem como ideias de reabilitação do delinquente. Tudo isso constitui um antecedente de suma importância para as prisões modernas.

A grande herança do Direito Penal canônico, portanto, foi o de consolidar a punição publica como a única forma justa e certa, em contraposto da pratica da vingança privada.[328]

Também é incontestável que o Direito Canônico foi decisivo para o surgimento da prisão moderna, primordialmente no que concerne a reabilitação do infrator. Tal legado se completa com a preponderância que os conceitos teleológicos-morais tiveram no Direito Penal (até o século XVIII), posto que se entendia o crime como um pecado contra a lei humana e divina[329].

2.3 A Idade Moderna

A partir do século XVI, com a queda de Constantinopla e o desaparecimento do modelo feudalista, nasce a idade moderna.

A pobreza se prolifera por toda a Europa durante os séculos XVI e XVII, principalmente pela transição do feudalismo para o capitalismo, e, como consequência, o número de delinquentes cresceu desmensuradamente. Diante deste panorama, a pena de morte não se era mais apropriada, visto que não seria possível aplicá-la a tanta gente.

O sistema tinha que lidar com uma multidão de mendigos e vagabundos. Diante disso, o Direito Penal foi usado como um aparelho de segregação social por meio de das penas de expulsão, trabalhos forçados e envio para as *galés.*

Inicia-se, na segunda metade do século XVI, a criação e edificações de prisões organizadas para a reabilitação dos condenados. A fim de combater a criminalidade que preocupava as pequenas minorias e as cidades, elas mesmas criaram instituições de correção.

O rei da Inglaterra permitiu que o clero a utilizasse o castelo de Bridwell para que nele fossem recolhidos vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de crimes menores.

Esta instituição tinha como objetivo de reformar delinquentes através do trabalho e rígida disciplina. Também tinha finalidades relacionadas à prevenção geral visto que buscava desestimular o resto da população a prática de vadiagem e da ociosidade.

Surgiram, também, na Inglaterra, as *Workhouses* (1697) guiada pela mesma

[328] SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu . op cit., p. 31.
[329] BITENCOURT, Cezar Roberto. op cit. p. 473/474.

ISBN 978-85-62288-05-0

linha de pensamento, demonstrando a clara relação entre a prisão e a utilização de mão de obra do detento.

Os códigos penais ainda utilizavam as penas pecuniárias, corporais e as penas capitais no combate ao crime, no entanto, é notório que as casas de trabalho ou de correção consistiram em um primeiro passo para o surgimento da pena privativa de liberdade moderna.

Foi preciso aguardar por dois séculos até que as prisões se tornassem um lugar de correção e não somente um local para custódia de réus a espera de julgamento.

No século XVI surgiu uma das mais cruéis penas de prisão: as galés que se tratavam de prisões flutuantes, onde os condenados eram obrigados a remar.

O "Hospício de San Felipe Neri" (Florença - 1667) também deixou ideias positivas neste campo. Inicialmente, era destinada ao cuidado de crianças abandonadas, e, posteriormente, acolheu jovens rebeldes. O interno ficava em um regime celular, não conhecia seus outros companheiros, pois durante as atividades coletivas usavam um capuz na cabeça.

A obra de Jean Mabillon ("Reflexões sobre as prisões monásticas" – 1695 ou 1724) traz uma série de conceitos que antecipam algumas afirmações do iluminismo a respeito da questão penal. Defende a proporcionalidade da pena, a reintegração do preso a sociedade, podendo ser considerado um dos primeiro defensores dessas concepções.

Clemente XI (1649 – 1721) também foi muito importante para a reforma carcerária e o sentido reabilitador e educativo da pena privativa de liberdade. Seus pensamentos foram colocados em pratica na "Casa de Correção de São Miguel" (Roma – 1703). Os reclusos deveriam manter absoluto silêncio durante todo o tempo, exerciam trabalho comum durante o dia e ficavam isolados na cela no período da noite. A religião era à base da instituição.

A crise da pena ganhou destaque com o iluminismo e as ideias dos reformadores (Beccaria, Howard e Bentham). A pena não cumpria sua função em corrigir o infrator, ao contrario, provocava a reincidência, bem como não intimidava.

A partir do século XIX acreditava-se que a prisão seria a forma adequada para reformar o delinquente. Analisando a realidade atual, verifica-se que a reabilitação não pode ser conseguida através da privação de liberdade tradicional, há uma impossibilidade de se conseguir qualquer efeito positivo sob o condenado, em outras palavras, a prisão está em crise.

Movimentos de politica criminal eclodiram com o fim de reduzir os males provocados pela pena de curta duração. Era preciso uma nova ideologia, em busca de meios alternativos para substituir a pena privativa de liberdade tradicional, pelo menos as de breve duração.

ISBN 978-85-62288-05-0

As penas previstas no século passado não mais satisfazem as necessidades da sociedade atual. A pena privativa de liberdade não corrige o infrator, não intimida os outros indivíduos, tira o delinquente de seu meio de vida, rotulando-os e, quando saem da prisão, são "ex-detentos".

3 CONCEITO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Uma vez cometida uma infração penal nasce para Estado o *jus puniendi*, que nada mais é que o direito de punir aquele que transgrediu a norma penal, sendo ele o titular exclusivo deste direito-dever, assim, apenas ele poderá submeter um indivíduo à sanção penal. Deste modo, a sanção penal é gênero cujas espécies são: a pena e a medida de segurança, sendo, a primeira, objeto do presente trabalho.

Neste diapasão, a sanção penal pode ser definida como consequência jurídica a pratica da infração penal. Damásio Evangelista[330] conceitua pena, em seu sentido geral, conforme lição de Sebastian Soller: "Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos".

Como já afirmado, a pena privativa de liberdade constitui uma espécie de sanção penal, sendo que, nos últimos tempos, ostentou o papel de principal resposta do Estado a pratica de infrações penais, mesmo diante do reconhecimento de seu fracasso.

Surgiu com o fito de extirpar as sanções corporais e cruéis, apresentando grande importância na mudança do tratamento penal dispensado ao delinquente, contudo não está correspondendo às expectativas de recuperar o infrator, ao contrario, tem cumprido um desfavor tanto ao infrator quanto a sociedade.

No que concerne a pena privativa de liberdade, o bem jurídico que o Estado restringe é a liberdade do individuo, sendo que a função desta restrição é objeto de grandes debates na doutrina.

4 FINALIDADE DA PENA

O discurso oficial no que concerne as finalidades da pena privativa de liberdade não são compatíveis com a real função que ela exerce no seio social. Questiona-se a possibilidade de se obter efeitos positivos naqueles que são privados de sua liberdade sob o pretexto de serem ressocializados.

Não se pode negar que Pena e Estado estão interligados. A fim de se entender a sanção penal deve ser ponderado o modelo econômico e a forma de Estado em que está inserida a sanção de caráter penal. Neste sentido discorre

[330] JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, volume 1: parte geral. 29º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 517.

ISBN 978-85-62288-05-0

Cezar Roberto Bitencourt:

> Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador.[331]

O Estado emprega a pena para resguardar a sociedade de possíveis lesões a bens jurídicos considerados importantes para a coletividade, em determinado contexto socioeconômico, mesmo havendo outras maneiras de controle social.

Assim, torna-se patente a relação entre o tipo de Estado e a finalidade/ função exercida pela pena em beneficio dos interesses deste Estado. A função desempenhada pelo Direito Penal tem relação direta com a função que se implica a pena.

A ideia de que a pena é um mal necessário, de que ela é absolutamente indispensável para o convívio social é amplamente aceita entre os juristas.

O que se questiona é qual o papel exercido pela pena no Estado social de direito?

Leonardo Sica discorre que: "A função da pena, tal a sua importância, decorre do próprio modelo de Estado e a ele deve ser associada, porquanto se revela como uma das faces mais visíveis do poder estatal diante do povo." [332]

Percebe-se que estas funções declaradas da sanção penal evoluíram durante a historia passando do entendimento da retribuição até as teorias mistas da função da pena.

As finalidades da pena são explicadas por meio de três teorias principais: Teoria absoluta ou da retribuição, Teoria relativa e, por fim, Teoria mista ou eclética. Vejamos:

a) Teoria absoluta ou da retribuição

A pena tem como única finalidade o castigo, o pagamento pelo mal cometido à sociedade, não se vislumbrando qualquer conotação ideológica. Nenhuma preocupação há com a pessoa do delinquente.

A sanção penal recompõe a ordem que foi atingida pelo delito. Esta teoria descobre na retribuição não só o fundamento para a sanção penal, mas também a

[331] BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Volume 1: parte Geral. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83.
[332] SICA, Leonardo. **Direito Penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: RT, 2002, p. 56.

ISBN 978-85-62288-05-0

garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo[333].

Nas palavras de Adel El Tasse:

> Tais teorias têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime, pune-se porque pecou (*punitur quia peccatum est*). Seus adeptos veem a finalidade da pena como retribuição do mal pelo mal. Nessas teorias preconiza-se a ideia de justiça e, assim, a pena é o mal justo para punir o mal injusto praticado, ou seja, o fato delituoso[334].

Seguramente, consiste na mais antiga ideia de justiça, posto que almeja reequilibrar a situação, ou seja, com os mais variadas razões compensar a lesão anterior. O que se percebe é a referencia preponderante ao passado, sem um objetivo voltado para o futuro e, assim, sem pretender a realidade que está por vir. Pune-se para compensar o mal causado e não para evitar a pratica futura de crimes. A teoria absoluta não desconhece o caráter preventivo da pena, no entanto, não o considera apto de influir na existência da pena. [335]

A pena é uma retribuição pela quebra da ordem tutelada e se fundamenta no livre arbítrio (na capacidade de cada um decidir o que é licito ou ilícito e de se auto determinar).

Entre os principais defensores desta teoria estão Kant e Hegel, sendo que ambos atribuíram a pena um sentido Talional.

Para Kant, a pena decore da simples prática do delito, o autor da infração deve ser punido apenas por ter delinquido. A pena é um imperativo que se justifica pela razão e pela justiça, sendo decorrência natural do delito.

Já para Hegel, a pena tem como fim restabelecer a ordem jurídica quebrada, a pena vem a ser a negação da negação. Para este autor, a pena anularia o crime.

A crítica que se tece sobre esta teoria é de que não se dispensava qualquer preocupação para com a pessoa do infrator, limitando-se a abordagem do direito como valido em si mesmo.

Com fulcro nesta teoria, o Direito Penal não tem como finalidade a obtenção de Justiça, mas sim a mantença do convívio social.

Apesar das criticas, tal teoria deixou importante contribuição qual seja: apenas dentro dos limites da justa retribuição é que a pena se justifica.

b) Teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção.

Surgiu em oposição à teoria absoluta, prevendo uma efetiva finalidade da

---

[333] SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu . op cit., p. 130.
[334] TASSE, Adel El. **Teoria da pena.** Curitiba: Juruá, 2003, p. 66.
[335] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena.** São Paulo: Manole, 2004, p. 27-28.

ISBN 978-85-62288-05-0

pena.

A pena, para essa doutrina, possui o escopo de prevenção geral e especial. O conceito de pena não se fundamenta no imperativo de fazer Justiça, mas na função de inibir a prática de novos delitos.

Com muita propriedade Adel El Tasse discorre sobre o tema:

> Pune-se para que não se cometa crime (*punitur ut ne peccetur).* O crime não seria a causa da pena, mas a ocasião que possibilita a aplicação desta. Estas teorias enxergam na pena um fenômeno prático e imediato de prevenção, que pode ser especial – aquela que se dirige à pessoa que está sofrendo a pena, visando recuperá-la; ou geral – dirigida ao corpo social, pretendendo que sejam estabelecidos meios capazes de afastar a ideia de qualquer um que pense em praticar um ato delituoso[336].

A primeira trata da intimidação dirigida à sociedade, ou seja, os outros indivíduos não ferem o disposto na lei penal, pois têm medo da punição; a pena funcionaria como uma "coação psicológica". A ameaça da pena produz nos indivíduos uma motivação para não cometer delitos, ou seja, sacrifica-se um para dar exemplo a toda coletividade.

Reveste-se também de prevenção especial posto que a pena objetiva a readaptação social do infrator e sua segregação para impedi-lo de praticar novos delitos. A prevenção especial não almeja a intimidação social, tão pouco a retribuição, visa apenas o indivíduo que já delinquiu a fim de que o mesmo não volte a praticar outros delitos, portanto tem como objetivo principal a ressocialização do transgressor.

Ensina Gustavo Octaviano Diniz Junqueira: "O grande marco da prevenção especial é sua direção ao delinquente, a alteração das condições do infrator, buscando prevenir a reincidência"[337].

Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach são os principais adeptos da prevenção geral, enquanto que a prevenção especial é baseada nas ideias de Von Liszt.

A grande critica que se tece a teoria da prevenção geral é que não se pode impor a sanção a um individuo senão baseado em sua culpabilidade e no limite desta, e, para a prevenção geral, a pena é imposta levando em consideração as outras pessoas (efeito intimidatório na coletividade) e não a efetiva responsabilidade do criminoso. Além do que, criaria um verdadeiro clima de terror entre a população.

Em relação à teoria da prevenção especial, verifica-se que ela se

[336] TASSE, Adel El. op cit, p. 68.
[337] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. op cit., 2004, p. 80.

ISBN 978-85-62288-05-0

fundamenta na correção do apenado o que a torna inaceitável. Não é possível aceitar a aplicação da lei penal para impor a forma de vida da maioria a uma pessoa, desconsiderando a individualidade de cada ser humano.

Outra questão que se traz é como seria admissível conciliar a finalidade ressocializadora e a execução por tempo determinado? E se o individuo fosse condenado a 10 (dez) anos de prisão, mas com 02 (dois) anos de reclusão já se encontra-se reabilitado?

c) Teoria mista, eclética, intermediária, unificadora da pena ou conciliatória.

A pena, por sua natureza, é retributiva, no entanto, também tem a função de prevenir a prática de novas infrações penais e reeducar o infrator. Busca destacar os principais aspectos da teoria absoluta e da relativa, tentando agrupar em um conceito único os fins da pena. Merkel foi o precursor desta corrente.

Esta teoria tem como ponto inicial a crítica às teorias monistas. Sustenta que essa unidade não é capaz de abarcar a complexidade dos fenômenos sociais que são de interesse do Direito Penal. Este entendimento é que fundamenta a adoção de uma teoria pluralista da função da pena.

Cezar Roberto Bitencourt conclui sobre a teoria mista:

> Em resumo, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o principio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial[338].

Dentro das teorias denominadas unificadoras, podemos classificar pensamentos meramente aditivos, que defendem que as várias finalidades da sanção são somente agregadas, sem critérios que possibilitem reconhecer regras para o equilíbrio dos fins ou delinear limites para a aplicação da pena; e as dialéticas, que, embora reconheça as várias funções da pena, estabelece uma ordem a ser seguida, ou pelo menos um rumo que limite a atividade do jurista.

5 A (DES)FINALIDADE DA PENA: A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A prisão, nos últimos séculos, converteu-se na principal resposta a prática de delitos, acreditava-se que através dela poderia se reabilitar o infrator, contudo, a pena privativa de liberdade, ante a crescente concretização dos Direitos Humanos, tem sido cada vez mais objeto de questionamento, sendo que a maior parte das

[338] BITTENCOURT, Cezar Roberto. op cit., p. 151.

ISBN 978-85-62288-05-0

criticas recaem sobre a impossibilidade de se obter algum efeito benéfico sobre o recluso.

Ensina Rene Ariel Dotti:

> Um descompasso permanente e fluido se manifesta entre a ficção e a realidade, entre o mundo concreto e as proposições abstratas, esculpindo um cenário quase inacreditável, onde a repetição monótona de ideologias e doutrinas formam um complicado tecido categorial, a exemplo do coro trágico, mas indiferente ao desenrolar da tragédia[339].

O sistema de cumprimento de pena utilizado não está atingindo os objetivos da pena, primordialmente no que se refere à ressocialização do preso, tratando-se de apenas um "mito", exaurindo-se na letra da lei. A pena atualmente tem a função marginalizadora, reproduzindo relações sociais de desigualdade e subordinação, em outras palavras, ela é uma ferramenta de exclusão social a serviço dos interesses da classe dominante.

As unidades prisionais são verdadeiros depósitos de pessoas que não se enquadraram no convívio em sociedade. O cumprimento de pena se resume em um aglomerado de criminosos de todos os tipos, em penitenciarias com superlotação, em condições precárias com afrontas direitas ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena e da legalidade, constituindo o objetivo maior do sistema prático atual impedir fugas e tentar, pois só tenta, impedir que organizações criminosas se alastrem pela sociedade.

O sistema de penas está na condição de devedor, não quitando suas obrigações com a sociedade, e, contribuindo para que a situação se agrave ainda mais; deparamo-nos com a inércia estatal frente a novas soluções para a criminalidade. É necessário buscarmos novos caminhos sob pena de se pagar um preço ainda maior do que já estamos experimentando.

Devemos encontrar medidas alternativas a pena de prisão, buscando substitutos mais legítimos, evitando a rotulação do ex presidiário e o efeito criminógeno da prisão. Lourival Almeida de Andrade afirma que: "As etiquetas sociais da condenação impedirão a reintegração social do ex-detento. "[340]

Sobre o fracasso da pena em sua função ressocializadora Lourival Almeida Trindade ainda ensina que:

> A ressocialização, como se sabe, foi encampada pela nova defesa social,

[339] DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 111-112.
[340] TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização:** uma (dis)função da pena de prisão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 59.

ISBN 978-85-62288-05-0

> ideologicamente, com o fito de fundamentação e da legitimação da pena privativa de liberdade. No curso do tempo, todavia, foram comprovados sua falácia e fracasso. O cárcere, além de sempre reproduzir os valores das classes dominantes, jamais cumpriu a suas reais funções – a de reeducação e de reinserção social do apenado.
>
> Daí, porque a pena de prisão, mais que nunca, vem sendo questionada[341].

Foucault já questionava a respeito do fracasso da prisão e do sistema prisional:

> O sistema carcerário junta numa mesma figura discursos e arquitetos, regulamentos coercitivos e proposições científicas, efeitos sociais reais e utopias invencíveis, programas para corrigir a delinquência e mecanismos que solidificam a delinquência. O pretenso fracasso não faria parte do funcionamento da prisão?[342]

Quando um indivíduo não se adapta ao meio social, quebrando regras do Direito Penal, o Estado deve recuperá-lo, para que, retornando ao seio social, não volte a delinquir. Entretanto, a restrição da liberdade deste indivíduo apenas serve de castigo (função retributiva da pena) e como "escola do crime", pois, muitas vezes, um infrator de baixa periculosidade é inserido em uma unidade prisional pela prática de um delito, passando a conviver com outros criminosos, muitos deles profissionais, e sai da prisão mais devastado moralmente do que quando lá chegou.

Se todo aquele que fere o ordenamento criminal for submetido à prisão com a única finalidade de castigar e de que essa prisão sirva como forma de repressão geral, o problema, após o cumprimento da pena, retornará a sociedade, e como já dito, pior do que era antes do indivíduo se submeter à reprimenda penal. O Estado está apenas procrastinando o problema e não solucionando.

O que também se questiona é se tem o Estado o direito de oprimir a liberdade ética do recluso, impondo-lhe um estilo de vida que não condiz com suas convicções, sob o pretexto de "reeduca-lo". Não seria tal pratica uma espécie de lavagem cerebral?[343]

A prisão constitui um tratamento de choque constante e não se pode sustentar que este processo constitui uma etapa para a obtenção de liberdade. Apoiar tal ideia é o mesmo que dizer ser possível preparar um atleta para realizar uma corrida amarrando-o a uma cama.

---

[341] Ibid, p. 29.
[342] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhete. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 225.
[343] DOTTI, René Ariel. op cit., p. 113 e 114.

ISBN 978-85-62288-05-0

A crise da pena privativa de liberdade não será superada através de reforma de legislação ou por meio de um direito penal do terror. Pelo contrario, é preciso iniciar pela denuncia, demonstrando a falência do sistema.

Exige-se a criação de leis que se mostrem necessárias, bem como a revogação daquelas que são incompatíveis com os objetivos que pretendem dignificar as ciências penais e atender os interesses sociais.

Resumindo, dois são os argumentos que fundamentam a ineficácia da pena privativa de liberdade:

a) O ambiente carcerário é o oposto da vida em sociedade livre, o que não possibilita a reabilitação do condenado. Tira-se o *antissocial* da comunidade livre e os associa a outros *antissociais*.

b) Também é importante consignar que na maior parte das unidades prisionais as condições humanas e materiais tornam inalcançável o desígnio reabilitador. Trata-se de uma analise das condições reais em que ocorre o cumprimento da pena privativa de liberdade[344].

A prisão, ao invés de frear a delinquência, parece estimulá-la, não proporcionando nenhum beneficio ao condenado, ao contrario, posto que lhe expõe a toda sorte de vícios e de degradação.

Nas palavras de Alessandro Baratta: "Os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favorável à sua estável inserção na população criminosa."[345]

As causas que dão origem e evidenciam a crise da sanção penal podem ser compreendidas em seus mais variados aspectos, tais como as perturbações psicológicas que o encarceramento produz no individuo, problemas sexuais, a absorção da sub-cultura carcerária (prisionalização), dentre outros.

Os problemas existentes nas prisões não existem apenas nos países de terceiro mundo, constitui um problema transnacional. As características do cumprimento de pena privativa de liberdade, em todo o mundo, são semelhantes: agressões verbais e físicas; superpopulação carcerária, falta de higiene, alimentação deficiente, condições precárias de trabalho e de serviços médicos, elevado índice de consumo de drogas, reiterado abusos sexuais e muitas outras mazelas.

O preso é submetido a todo o poder criminógeno da prisão, assim, ela efetivamente exerce um desfavor ao convívio social (a desfinalidade da pena). Claudia Pinheiro afirma:

Devemos nos render ao fato de que o isolamento total do infrator não trará

[344] BITTENCOURT, Cezar Roberto. op cit, p. 162-163.
[345] BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto carioca de Criminologia, 2002, p. 183.

ISBN 978-85-62288-05-0

> nenhum beneficio ao mesmo, já que seria uma situação paradoxal pretender-se uma ressocialização com retirada integral do criminoso de seu contato com o meio social[346].

Um dos argumentos que mais se traz a tona quando se fala na falência da pena de prisão é, justamente, seu caráter criminógeno. A maior parte dos fatores que dominam a vida no cárcere imprime a esta este caráter.

Nas palavras de Lourival Almeida Trindade:

> Verdade apodítica é que a prisão possui efeitos criminogênicos, como agência nutriz do processo de criminalização secundária e de reincidência criminosa. Exatamente, porque a sua função real, ao contrário do que anuncia, é de "sementeira" de criminalidade e de reiteração criminal[347].

Os fatores materiais da prisão trazem consequências graves para a saúde dos presos. A deficiência das celas, de alimentação e de higiene facilita a proliferação de doenças entre os detentos.

Os fatores psicológicos, por sua vez, consistem em um dos mais graves problemas que a prisão causa nos presos. O ambiente prisional é favorável ao aprendizado do crime, bem como, propicio ao desenvolvimento de problemas psíquicos.

Os fatores sociais, são absolutamente contrários às finalidades da pena. No momento que se segrega um individuo do meio social em que vive dá-se causa a uma desadaptação do mesmo. Este isolamento pode ser um fator decisivo na incorporação deste recluso ao mundo do crime de forma definitiva.

O detento sofre uma "desculturação", ou seja, a desadaptação das condições necessárias para a vida livre, a diminuição do senso de realidade e o distanciamento dos valores morais que regem a sociedade. Em contrapartida, sofre a "prisionalização", que se caracteriza pela absorção dos modelos e valores que caracterizam a subcultura carcerária. Quanto mais interioriza esta subcultura maior será a dificuldade de sua readapatação ao convívio social livre.[348]

Todos estes fatores comprovam a característica criminógena da prisão. É possível impedir a produção de danos físicos e de alguns danos psíquicos por meio de prisões que tenham uma planta adequada, com melhores condições de higiene e dispensando aos presos tratamento norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, a privação de liberdade sempre causará lesões aos reclusos,

---

[346] COSTA, Claudia Pinheiro da. **Sanção penal:** sua gênese e tendências modernas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, p. 81.
[347] TRINDADE, Lourival Almeida. op cit., p. 18.
[348] BARATTA, Alessandro. op cit. p. 184-185.

ISBN 978-85-62288-05-0

posto que se está interrompendo seu ciclo de vida normal.

Também é importante falarmos a respeito do efeito estigmatizante da pena de prisão. Aquele que é submetido à privação da liberdade se torna uma pessoa "marcada" para sempre no olhar da sociedade. A população rotula-o de ex detento, ex prisioneiro, "aquele que é bandido", tendo, este individuo, muita dificuldade em conseguir um emprego, de se relacionar com outras pessoas, enfim, de se readaptar no meio social.

Dirceu Pereira Siqueira e Telma Aparecida Rostelato trata do tema nos seguintes termos: "esta sociedade que rechaça irrestritamente os atos criminosos, praticados diuturnamente, em nosso País, é responsável pelo impedimento de que estes mesmo delinquentes retornem a pratica delituosa"[349].

Zaffaroni salienta que:

> A carga estigmática não é provocada pela condenação formal, mas pelo simples contato com o sistema penal. Os meios de comunicação de massa contribuem para isso em alta medida, ao difundirem fotografias e adiantarem-se às sentenças com qualificações como "vagabundos", "chacais", etc.[350]

Baseado nestas assertivas é que as teorias abolicionistas da pena privativa de liberdade e a proposta de um direito penal mínimo ganham força.

O abolicionismo, que surgiu nas ultimas décadas como resultado da crítica sociológica ao sistema penal, nega a legitimidade do sistema penal e também refuta qualquer outro sistema que poderia substituir o sistema penal no futuro, requerendo a abolição total dos sistemas penais e a resolução dos conflitos através de mecanismos informais.[351]

A ideia de direito penal mínimo nega a legitimidade do sistema de penal, como existe hoje, contudo sugere uma alternativa mínima que avalia como um mal necessário.

A criminologia crítica também é de suma importância no questionamento das funções da pena. Ela tem demonstrado a deslegitimação das finalidades da pena de prisão.

---

[349] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSTELATO, Telma Aparecida. **Inclusão social dos ex-detentos: a alegria do retorno a sociedade versus a dificuldade de ressocialização.** Argumenta: Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI – UENP/ Centro de Pesquisa e Pós-graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. N. 11 (julho-dezembro) – Jacarezinho, 2009, p. 118. (111/ 123)

[350] ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 1991, p. 134.

[351] Ibid, p. 89.

ISBN 978-85-62288-05-0

A atenção da criminologia crítica se voltou para o processo de criminalização, sustentando que tal processo é um dos maiores problemas práticos e teóricos das relações sociais de desigualdade típicas da sociedade capitalista[352].

Alessandro Baratta, se pronunciando sobre o tema, ensina:

> A criminologia crítica se dirigiu principalmente para o processo de criminalização, identificando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista, e, perseguindo, como um dos seus objetivos principais, estender ao campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito desigual. Construir uma teoria materialista (economico-politica) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma politica de classes subalternas no setor do desvio.[353]

Critica as posturas tradicionais da criminologia, que não são capazes de entender a totalidade do fenômeno criminal. Suas base, mesmo que de forma inconciente, estão vinculados à ideia marxista, visto que defende ser o delito um fenômeno vinculado ao modo de produção capitalista.

Neste sentido, discorre Sérgio Salomão Shecaira:

> O homem, por sua vez, não tem livre-arbítrio que lhe atribuem, pois está submetido a um vetor econômico que lhe é insuperável e que acaba por produzir não só o crime em particular, mas também a criminalidade como um fenômeno mais global, com as feições patrimoniais e econômicas que todos conhecem.[354]

A criminalidade não mais é entendida como uma qualidade inerente a determinados indivíduos, passando a ser vista como uma qualidade negativa atribuída a determinadas pessoas por meio de uma dupla seleção: a seleção de bens que merecem proteção e comportamentos que ofenderiam estes bens e a seleção dos indivíduos que são “merecedores” desta rotulação.

A criminologia crítica questiona o postulado de que o Direito Penal é igual para todos, prega que este ramo do direito não protege de maneira igual a todos os membros da sociedade e não se aplica de forma igual para todos eles.

---

[352] BARATTA, Alessandro. op cit., p. 197.
[353] BARATTA, Alessandro. op cit., p. 197
[354] SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu . op cit., p. 331.

ISBN 978-85-62288-05-0

O Direito Penal protege somente os bens jurídicos que são importantes para uma parcela da sociedade (quem têm o poder de definição), e não aqueles essenciais para toda a coletividade. Conclui que o direito penal não é igual para todos, visto que o estigma de criminoso é distribuído de maneira desigual entre os extratos sociais.

Neste diapasão leciona Sérgio Salomão Shecaira:

> Para os radicais, as pessoas são rotuladas criminosas porque, assim as definindo, serve-se aos interesses da classe dominante. Estes afirmam que as pessoas das classes mais baixas são rotuladas criminosas e as da burguesia não, porque o controle da burguesia sobre os meios de produção lhes dá o controle do Estado, assim como da aplicação da lei.[355]

A criminologia critica chega ao entendimento de que o sistema penal tem como função efetiva a sustentação da escala social existente atuando de maneira a evitar a ascensão social das classes menos favorecidas.

A principal contribuição da criminologia critica é a constatação de que o comportamento desviado deve ser analisado juntamente com as bases econômicas e sociais da sociedade em que o ato ocorreu. O delito não está dentro do individuo e sim embutido na sociedade.

Assim, o sistema de penas como conhecemos hoje é um reprodutor da ordem capitalista. Lourival Almeida Trindade analise que: “a pena de prisão pode ser considerada como uma superestrutura punitiva, vinculada, sempre, a determinada estrutura econômico-social”[356].

Existe uma relação direta entre o mercado de trabalho e a sistema penal. Quando há excesso de mão de obra a prisão exerce uma função destrutiva, enquanto que nas épocas de escassez de força de trabalho, a prisão teria uma função produtiva, no sentido de reeducação. Portanto, em nosso capitalismo, a prisão continua sendo uma forma de controle social, ela reafirma as relações sociais capitalistas, repetindo e mantendo as desigualdades.

Urge que se abram as cortinas que cobrem a funções reais da pena privativa de liberdade, quais sejam: a reprodução da criminalidade (excluindo a criminalidade das classes dominantes) e a reprodução das relações sociais (no sentido de dominação da classe alta sob os marginalizados, submetendo a classe dominada às relações de poder).

Somente através da análise das condições reais do sistema de penas será possível encontramos uma solução para uma das maiores mazelas da sociedade

[355] SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu . op cit., p. 333.
[356] TRINDADE, Lourival Almeida. op cit., p. 40.

ISBN 978-85-62288-05-0

atual.

Hoje, a pena privativa de liberdade exerce uma desfinalidade no meio social, ao invés de solucionar problemas, os tornam ainda maiores e esconde a sua real função que consiste na manutenção da escala social existente.

CONCLUSÃO

O discurso oficial da pena é no sentido de combater a criminalidade e de realizar a reeducação do preso. Contudo, na realidade, a sanção penal não exerce esta função declarada.

A privação de liberdade como sanção fracassou, sendo a maior prova deste fracasso as funções contraditórias a ressocialização que a reclusão produz, ou seja, a prisão aparenta estimular a criminalidade o que se deve ao caráter criminógeno da prisão.

A realidade é que a pena presta um desfavor tanto para o detento quanto para a sociedade, que após o cumprimento da pena privativa de liberdade, o terá novamente em seu seio.

Foucault já afirmava em sua obra que este aparente “fracasso” da prisão não é um acaso. Na verdade, a função real da pena é manter a estrutural social vigente. Na verdade, o cárcere, ao longo dos tempos, sempre reproduziu os interesses da classe dominante, jamais tendo cumprindo a função de ressocializar o apenado.

Por todos os motivos expostos neste trabalho é que se questiona a possibilidade de recuperação do preso através da submissão da pena privativa de liberdade.

A ideia de ressocialização não tem passado de uma utopia, apesar de estar consagrado expressamente na legislação da maioria dos países.

Conclui-se que não basta uma reforma dos sistemas penais, visto que os fatores negativos da prisão sobre o condenado são devastadores e contrariam toda e qualquer ideia de reabilitação.

Em busca de solução para esta importante questão é preciso analisar, além das instituições do cárcere, a politica educacional da sociedade, posto que todas as demais instituições sociais são responsáveis pelos comportamentos ditos desviantes.

Enquanto o cárcere continua sendo necessário para a manutenção da vida em sociedade, o trabalho deve ser no sentido de reduzir ao máximo seus efeitos nefastos sobre o recluso. Se o Estado se dispusesse a, pelo menos, cumpri o disposto na Lei de Execução Penal, já daríamos um primeiro passo. Mas isso não quer dizer que efetivar as referidas normas representaria a solução para a crise da pena privativa de liberdade, a pena de prisão já está com seu destino traçado: o desaparecimento.

ISBN 978-85-62288-05-0

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:* introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto carioca de Criminologia, 2002.

BECCARIA, Cesar Bonesana. *Dos delitos e das penas.* Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4º ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão:* causa e alternativas. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Tratado de Direito Penal.* Volume 1: parte Geral. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

COSTA, Claudia Pinheiro da. *Sanção penal:* sua gênese e tendências modernas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas.* São Paulo: RT, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *A crise do sistema penal.* Publicado na Revista dos Tribunais, vol. 768. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FALCON, Y Tella, Maria José. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar?. Tradução: Claude de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhete. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIACOIA, Gilberto. *Retrospecto e perspectivas das estratégias repressivas sob enfoque criminológico*. Tese de Doutorado defendida na FADUSP, disponível em sua biblioteca. São Paulo: 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão***.** 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal, volume 1: parte geral. 29º ed. rev. e atual*. São Paulo: Saraiva, 2008

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena***.** São Paulo: Manole, 2004.

LEAL, César Barroso. *Prisão:* crepúsculo de uma era. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Delrey, 2001.

MARQUES, Osvaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena***.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ISBN 978-85-62288-05-0

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia.* São Paulo: Saraiva, 2011.

ROGÉRIO, Greco. *Curso de Direito Penal*. 12º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1993.

SANTOS, Juarez Cirilo dos. *A criminologia radical.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu . *Teoria da pena:* finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Criminologia.* São Paulo: RT, 2004.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSTELATO, Telma Aparecida. *Inclusão social dos ex-detentos:* a alegria do retorno a sociedade versus a dificuldade de ressocialização. Argumenta: Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI – UENP/ Centro de Pesquisa e Pós-graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. N. 11 (julho-dezembro) – Jacarezinho, 2009, artigo publicado nas paginas 111/ 123.

TASSE, Adel El. *Teoria da Pena.* Curitiba: Juruá, 2003.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização:* uma (dis)função da pena de prisão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.

ISBN 978-85-62288-05-0

A CULTURA DO MEDO E A SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA SOCIAL COMO PRESSUPOSTOS DA POLÍTICA PUNITIVA DE INTOLERÂNCIA

Florestan Rodrigo do PRADO [357]

RESUMO:

O texto analisa a sensação de insegurança na sociedade e o desenvolvimento de uma cultura do medo disseminada pela imprensa sensacionalista. A violência e a criminalidade compreendem a tônica das manchetes jornalísticas, causando uma sensação constante de medo, o que constitui pressuposto de sustentabilidade das políticas punitivas de intolerância manifestadas através do movimento Lei e Ordem, onde o famoso programa estatal de tolerância zero constitui uma de suas principais vertentes. A narrativa estabelece como diretriz o estudo das causas desse tipo de política criminal buscando esclarecer suas consequências em sociedade. A ideia final consiste em sustentar a existência de uma perspectiva simbólica do Direito Penal, uma vez que inegavelmente a pena é voltada para satisfazer a sensação de segurança social, sendo que sua severidade passa a ser encarada como medida normal e eficaz, obtendo larga aceitação da população.

ABSTRACT :

The text examines the sense of insecurity in society and the development of a culture of fear spread by the tabloid press. Violence and crime became the keynote of the day-to-day news headlines, causing a constant feeling of fear, which is assumed sustainability of punitive policies of intolerance expressed through movement Law and Order, where the famous state program zero tolerance is one of its main components. The narrative establishes guidelines as the study of the causes of this type of criminal policy seeking to clarify its impact in society. The final idea is to support the existence of a symbolic perspective of criminal law, since the penalty is undeniably geared to satisfy the feeling of social security, and its severity is now seen as normal and as effective, achieving widespread acceptance of population.

PALAVRAS-CHAVE: Medo e insegurança social; Política punitiva de intolerância; Conservadorismo penal.

KEYWORDS: Fear and social insecurity; punitive policy of intolerance; Conservatism

---

[357] Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos, pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – ESMP/SP. Professor das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" – TOLEDO de Presidente Prudente. Advogado público da Fundação de Amparo ao Preso - Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel – FUNAP/SP.

ISBN 978-85-62288-05-0

criminal.

INTRODUÇÃO

A abordagem que se pretende realizar nessa exposição tem o propósito de investigar a sensação de insegurança causada na sociedade em razão do fenômeno da violência.

A meta traçada nesse artigo envolve a análise do medo e de sua exploração por parte da mídia sensacionalista e suas consequências na adoção de políticas criminais extremamente simbólicas e intervencionistas, criando-se um Estado Penal em substituição ao Estado Social.

Nesse sentido, se fez necessário expor as consequências desta sensação de insegurança pública, partindo-se da investigação das causas deste medo coletivo e o papel da imprensa nesse contexto. A pesquisa revela que a política de intolerância punitiva deita suas raízes nesse tipo de sensação, alimentando-se do medo da população e transformando o Direito Penal como instrumento de controle social desvirtuando-o de suas principais finalidades.

Para tanto, no desenvolvimento do presente trabalho procura-se avaliar as consequências dos programas punitivos que manifestam a política do movimento *Lei e Ordem*, aprofundando-se em questões específicas atinentes aos programas desta natureza, a exemplo do famoso programa americano chamado de *Tolerância Zero*.

Ao final, discute-se a perspectiva simbólica da pena e a satisfação da população em geral em relação ao aumento da rigorosidade das reprimendas.

1. A CULTURA DO MEDO E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS.

Nas últimas décadas o medo e o sentimento de insegurança povoam as mentes dos cidadãos brasileiros. Essa sensação está associada à violência criminal que se tornou a tônica do dia-a-dia, amplamente divulgada nas manchetes veiculadas na mídia sensacionalista brasileira. O crime gera audiência. Assim, há uma difusão constante de fatos extremamente violentos, como estupros, latrocínios, homicídios, tráficos, chacinas, sequestros relâmpagos, etc., o que infunde na população uma sensação de medo e de total insegurança.

O medo, aqui objeto de análise, não consiste em um sentimento aflitivo individual que assola uma pessoa isoladamente. O medo ganha contorno social e gera, consoante afirma Pastana (2003, p. 15), uma espécie *cultura do medo e da insegurança* relacionada à violência criminal, fatores que fizeram nascer uma mentalidade autoritária e intolerante em nossa sociedade.

Para Bauman, o medo adquire várias espécies de categorias, podendo-se falar em medo de segundo grau ou reciclado, uma espécie de medo social:

ISBN 978-85-62288-05-0

> O medo é um sentimento conhecido de toda criatura viva. Os seres humanos compartilham essa experiência com os animais. Os estudiosos do comportamento animal descrevem de modo altamente detalhado o rico repertório de reações dos animais à presença imediata de uma ameaça que ponha em risco suas vidas – que todos, como no caso de seres humanos ao enfrentar uma ameaça, oscilam entre as alternativas da fuga e da agressão. Os humanos, porém, conhecem algo mais além disso: uma espécie de medo de "segundo grau", um medo, por assim dizer, social e culturalmente "reciclado", ou (como o chama Hughes Lagrange em seu fundamental estudo do medo) um "medo derivado" que orienta seu comportamento (tendo primeiramente reformado sua percepção do mundo e as expectativas que guiam suas escolhas comportamentais), quer haja ou não uma ameaça imediatamente presente. O medo secundário pode ser visto como um rastro de uma experiência passada de enfrentamento da ameaça direta – um resquício que sobrevive ao encontro e se torna um fator importante na modelagem da conduta humana mesmo que não haja mais uma ameaça direta à vida ou à integridade (2008, p. 09).

O medo não é algo novo. Ele sempre existiu em todas as espécies de sociedades. Trata-se de um sentimento natural, próprio de qualquer ser vivo. Uma reação fisiológica a um estado de perigo. As pessoas sentem medo quando estão diante de situações de risco, o que as mobiliza para tomarem atitudes, ficarem em situação de alerta. Um ponto interessante de ser trabalhado é o medo condicionado ao aspecto social e o que isso pode gerar. Um dos aspectos mais relevantes nesse contexto é o fenômeno da violência no âmbito da sociedade.

A violência traz uma ideia de força ou de uma potência natural cujo exercício contra alguma coisa ou alguém torna o caráter violento. A violência seria então uma força de uma coisa ou de um ser, sem a apreciação de seu valor, causando a perturbação de uma ordem (MICHAUD, 1989, p. 08).

A violência não parte somente das pessoas. Ela também pode advir do próprio Estado. Podemos afirmar que o Estado tem duas faces. Quando hoje mencionamos existir um *Estado Democrático de Direito* imaginamos existir liberdades e direitos individuais garantidos pela Constituição Federal. Esses direitos, em princípio, não podem ser preteridos. Essa realidade gera um duplo efeito. Ao mesmo tempo em que confere garantias que protegem as minorias – idosos, pobres, deficientes físicos, homossexuais, negros, etc. – cria-se uma divisão social entre os que mandam e os que obedecem, abrindo caminho para as arbitrariedades.

Diante disso, Alba Zaluar afirma existir uma dupla face do Estado, uma

ISBN 978-85-62288-05-0

para garantir os direitos individuais dos cidadãos e outra para controlar os subalternos que não tem a mesma força para se defender (1996, p. 44-45).

Esse poder do Estado pode ser utilizado de maneira excessiva e injusta, ocasionando uma *violência institucional.* Isso ocorre nos países onde esses direitos fundamentais são meras ficções, só permanecem no texto da lei. No Brasil temos casos de torturas policiais e violências que ocorrem no âmbito de cumprimento da pena privativa de liberdade, onde são violados direitos humanos das pessoas encarceradas.

A vida social não está imune à violência. Não estamos falando só de força física, mas também de ameaças em utilizá-la. Assim, a violência também está associada a ideia de poder, ou seja, quando ela se vincula ao raciocínio de imposição de vontade de uma pessoa sobre outra. Os homens, desde os tempos remotos tem capacidade de se destruir mutuamente através da violência.

A violência refletida pela onda de criminalidade nos dias atuais, determinou a disseminação de um medo coletivo do *bandido.* Existe uma espécie de síndrome de vitimização, ou fobia social do crime. A população passou a imaginar que a qualquer momento o cidadão pode ser vítima de uma agressão criminosa.

Ocorreram mudanças de hábitos, preocupação com a segurança e o distanciamento das relações afetivas entre as pessoas, tornando-as estáticas pelo medo, acovardadas ou mesmo agressivas.

> A violência, na forma como vem se constituindo na realidade, faz emergir o medo que leva as pessoas a paralisarem e alterarem suas relações e suas formas de ser no espaço em que vivem, em seus contextos individuais. O outro, o estranho potencialmente ou não, de acordo com as circunstâncias, é objeto de medo e provoca no sujeito reações de paralisação, de entrega ou de agressão (BAIERL, 2004, p. 40).

A exclusão social ocasiona uma pluralidade de mundos, o que gera uma constante insegurança na sociedade em decorrência do medo e do individualismo. O excessivo individualismo, próprio do liberalismo moderno, promove cada vez mais o afastamento das pessoas. Temos ai os ingredientes da marginalização e da exclusão do outro, do diferente. O medo pode se transformar em uma doença social que aprisiona o indivíduo, criando uma cultura de assombro, uma fobia social ou psicose coletiva (PASTANA, 2003, p. 40).

Teixeira e Porto (1998, p. 55-56) chamam a atenção para a existência de uma característica peculiar do medo, que é sua condição transhistórica. Conforme preconizam as autoras, o medo, além de ser algo essencial do ser humano, serve de elemento mediador na sociedade, servido como uma espécie de bússola e

ISBN 978-85-62288-05-0

transformando o comportamento das pessoas :

> Nessa perspectiva, Maria Milagros López (1988), pesquisadora da Universidad de Puerto Rico, considera o medo como uma condição transhistórica, uma qualidade social que emerge ou desaparece em função da relação real ou imaginária com o exterior. O medo faz parte de nossa natureza, mas seus objetos são historicamente determinados, assim como as formas de organização social para combatê-lo. Constitui-se em realidade e representação, cujo fundamento empírico serve de base e de justificação para a constituição de um imaginário do medo. Segundo a autora, este opera como mediação simbólica entre o indivíduo e a sociedade, consolidando crenças, dúvidas, fantasmas, articulando-os em uma totalidade que guarda significações coletivas acumuladas e serve de guia para interpretar experiências. Ele é palpável em todos os aspectos da vida cotidiana e engendra formas subjetivas particulares. Seu impacto caracteriza-se por dois aspectos: 1) transforma as relações sociais, fazendo de cada indivíduo uma vítima atual ou potencial, ou um suspeito permanente, desenvolvendo formas de solidariedade e identificação ou colocando uns contra outros; 2) cria novos lugares de encontro, e socialidades, originando aventuras comunitárias de proteção coletiva, que mobilizam os grupos em torno das figuras do medo.

No Brasil, podemos afirmar que o medo social sempre esteve atrelado a certos acontecimentos históricos, via de regra políticos, que poderiam ocasionar substanciais riscos à vida e à liberdade de todas as pessoas.

Nos tempos do império, os negros, os capoeiras, os vadios em geral - as pessoas das classes mais baixas - eram temidos e chamados de marginais. Os estrangeiros que chegavam na cidade do Rio de Janeiro eram tidos como perigosos. No final do Século XIX, com o advento da República, houve um acelerado crescimento da população urbana, o que fez nascerem os subúrbios. Os moradores dos morros eram temidos pela elite brasileira.

Durante o Estado Novo, manifestou-se um sentimento de medo na população em decorrência da ameaça comunista. Com o advento do golpe de Estado de 1964, o Brasil permaneceu durante duas décadas respirando medo e violência em razão do autoritarismo imposto pelo regime militar que reprimia vorazmente os opositores políticos.[358] Essa realidade perdurou até o final dos anos

[358] Durante a ditadura militar foram criados inúmeros dispositivos normativos almejando a dominação política através do medo infundido aos opositores do regime. Prisões ilegais e torturas foram cometidas sob a justificação da manutenção da segurança da ordem política e social. Um exemplo disso foram os famosos Atos Institucionais, dos quais, o mais famoso foi o AI-5, editado em 13 de

ISBN 978-85-62288-05-0

setenta quando deu-se início ao processo de abertura política com a aprovação da Lei da Anistia.[359] As violências aqui exemplificadas eram patrocinadas pelo Estado, que impunha seu autoritarismo e intimidava a sociedade. Durante esse período vigorou uma espécie de *violência oficial* (PASTANA, 2003, p. 41).

Nos anos oitenta os índices de violência começaram a crescer e a ganhar novos contornos. Agravou-se o quadro do medo e da insegurança durante a transição democrática. Com a abertura política, o modelo econômico entrou em crise. Como não havia mais o perigo da guerrilha para ser combatida, o Estado lançou mão de outra bandeira como discurso, utilizando como bode expiatório a figura do *marginal.* Foi anunciada uma *escala da criminalidade* pelo governo e esta política foi objeto de ostensiva propaganda pela imprensa. [360] Assim, a violência oficial deu lugar à segurança pública do cidadão de bem, exigindo-se um controle mais rígido contra o *bandido,* encarado como um novo inimigo da sociedade.

Sob a ótica de Pastana (2003, p. 45):

> Não que antes não houvesse suficientes crimes ou semelhante insegurança, no entanto naquele momento tornava-se oportuno para a elite dominante criar um clima de neurose coletiva e social em relação à segurança da população. Uma postura severa, autoritária, brutalizada num primeiro momento poderia servir para impressionar e atemorizar os criminosos, funcionando assim como atitude tranquilizadora da sociedade, porém, num segundo momento, funcionaria para calcar qualquer oposição política democrática.

Como se percebe, houve uma manipulação do medo para alcançar objetivos políticos. Segundo enfatiza Baierl, apoiada na obra de Marilena Chauí, o medo pode ser empregado para manipular e controlar as pessoas:

> O medo tem sido utilizado como estratégia de manipulação para subjugar, controlar, escravizar e dominar as pessoas. Frente às situações de uso do medo, as pessoas se sentem aterrorizadas, fogem do perigo ou se entregam. Chaui dirá sobre o medo: “estranho sentimento é o que nos torna insensatos pondo ‘asas em nossos pés’ quando não deveríamos fugir e ‘pregando-nos ao solo’ quando a fuga seria necessária. Rouba-nos a

---

Dezembro de 1968, durante o governo de Arthur da Costa e Silva, cujas principais determinações foram a suspensão dos direitos políticos, a suspensão da garantia do *habeas corpus* e o recrudescimento da censura, dentre outras arbitrariedades.

[359] Lei nº. 6.683 de 28 de Agosto de 1979.

[360] Segundo dispõe Lola Anyiar de Castro, as notícias sobre crimes exercem um fascínio na população. Há um drama, uma magia, um mistério nos crimes que atraem as pessoas e geram audiência e medo, o que faz construir um sentimento de insegurança coletiva (2005, p. 208-209).

ISBN 978-85-62288-05-0

coragem e dá ensejo à crueldade" (2004, p. 37).

Na sociedade brasileira e na história da humanidade, o medo sempre foi utilizado como instrumento de manipulação das massas. O medo torna as pessoas reféns umas das outras, agindo como um mecanismo de sujeição e uma forma de dominação política. Esse medo e essa sensação de insegurança respirada pelas pessoas desvia o olhar para os reais problemas existentes na sociedade. O medo do crime é constantemente utilizado pelos políticos em suas plataformas de campanha eleitoral. A diminuição da insegurança e o combate ao crime é sempre proclamada nos discursos de palanque (PASTANA, 2003, p. 74).

Por outro lado, Alba Zaluar afirma que o medo prejudica a qualidade de vida das pessoas, pois elas deixaram de se organizar e de participam das decisões, uma vez que convivem pouco entre si. Presas em suas casas, elas se comportam como se estivessem em uma guerra, fazendo com que o Brasil perca a sua civilidade, que é substituída pela violência e pelo medo.

> Quando a taxa de crimes, especialmente os acompanhados de violência, chega a um patamar muito elevado, o medo da população e a insegurança ameaçam a qualidade de vida conquistada a duras penas em décadas de desenvolvimento econômico e de reinvindicações sociais. As pessoas trancadas em casa, seja na favela, seja no bairro popular, seja no bairro de classe média, deixam de se organizar, participam pouco das decisões locais que afetam suas vidas, convivem pouco entre si, Muitas trancafiam-se, armam-se e preparam-se para enfrentar os próximos perigos como se estivessem numa guerra. Uma estranha guerra em que não há inimigos claros e o assaltante pode ser o filho do vizinho, que rouba para pagar seus vícios, ou o policial corrompido que o extorque. O resultado disso é o desrespeito generalizado pelas regras da convivência social, para não falar de regras fundamentais à segurança de todos, como as do trânsito. Dai o país ter perdido em civilidade terem aumentado continuamente as taxas de mortes e ferimentos em acidentes de trânsito. Sem regra, toda e qualquer cooperação social é impossível. Nem o jogo de bolinha de gude entre crianças (1996, p. 108).

Conforme afirmando anteriormente, a questão da violência fez com que as pessoas alterassem seu comportamento. Pastana (2003, p. 64) apresenta várias formas de modificação do comportamento das pessoas em razão do medo.

O primeiro deles envolve o comportamento cotidiano. As pessoas passaram a sair menos de casa, deixaram de frequentar praças, lugares públicos, adotaram

ISBN 978-85-62288-05-0

um comportamento de não sair mais no período noturno, etc. Em segundo lugar, passou a existir uma indústria da segurança privada, [361] com blindagens de carros, cercas elétricas nas casas, alarmes de alta tecnologia, câmeras, grades e seguranças particulares contratados para vigiarem as residências e as empresas, etc. (PASTANA, 2003, p. 71).

Em terceiro, o espaço geográfico das cidades mudou completamente em razão da violência. As cidades se transformaram emblematicamente em *cidades de muros* com a proliferação de condomínios fechados (denominados de enclaves fortificados), conjuntos comerciais e empresariais, shopping centers, cujo acesso é controlado, filmado e selecionado.

Em último lugar, o medo gera uma das mais graves formas de comportamento: a discriminação e a exclusão. O medo faz as pessoas estigmatizarem certos grupos que são taxados de perigosos, envolvendo etnia, local de moradia, condição financeira, etc. Isso corresponde à clássica discriminação de que o preto e o pobre são os mais propensos a praticarem crimes (PASTANA, 2003, p. 71).

Percebemos, nesse contexto de ideias, duas formas claras e evidentes de violência. De um lado, a violência que decorre da própria exclusão social (privação dos bens e privilégios da vida) agravada pela inclusão deficiente. De outro lado, a violência existente entre os grupos que entram em choque (discriminação dos incluídos em face daqueles que não tiveram acesso aos bens da vida).

2. O RENASCIMENTO DO CONSERVADORISMO PENAL E O PAPEL DA IMPRENSA NA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DE SERES PERIGOSOS

A reação diante de todo esse cenário extremamente caótico, caracterizado pela violência disseminada, amplamente divulgada pela imprensa, [362] e também caracterizado pela insegurança e pelo medo da população não excluída, se traduz

[361] A indústria da segurança privada foi uma das que mais prosperou no Brasil nos últimos anos, principalmente nos grandes centros urbanos. No Brasil existem mais vigilantes privados do que policiais militares. Em 2008 existiam 431.600 vigilantes privados e 411.900 policiais militares, ou seja, 5% a mais. Com relação às forças armadas esse percentual era bem superior (chegando a 35%) visto que o contingente de soldados no Brasil era de 320.400. Fonte: < http://folhadealphaville.uol.com.br/artigo/?id=3506 > acesso em 20.jun.2012. Outro fenômeno comum decorrente da indústria da segurança privada é a prática dos *bicos* pelos policiais. Para aumentar a sua renda o policial, nos dias de folga, trabalha como segurança particular, existindo casos em que a atividade policial chega a ser secundária em razão dos vencimentos auferidos na função privada (PASTANA, 2003, p. 67).

[362] A imprensa é o principal mecanismo que reproduz o medo na sociedade, pois a violência é destaque alarmante em todos os meios de comunicação. Desde os programas de rádio da década de setenta, passando pelos tabloides sensacionalistas, cujo maior ícone foi o famoso *Noticias Populares,* até a atualidade, com o programa *Cidade Alerta* (hoje chamado de *Brasil Urgente*) da TV Bandeirantes, apresentado pelo jornalista José Luiz Datena, a criminalidade violenta constitui o tema principal e de maior audiência desses veículos, que sempre utilizaram-se da dramaticidade e da natureza aterrorizante das informações. É o que Glória Diógenes chama de *espetáculo da violência* (1999, p. 166).

ISBN 978-85-62288-05-0

pelo sentimento de retorno aos anos dourados apontados por Jock Young, um sentimento de ressurreição do conservadorismo, fazendo novamente emergir das cinzas o absolutismo dos valores com certa dose de intolerância e rigorosidade.

> A diversidade da modernidade evoca uma nostalgia do mundo inclusivo e seguro do passado; característico do período, o aumento da criminalidade e da desordem cria uma demanda de solução rápida, de uma panaceia para conjurar a volta das ruas e quintais seguros da memória da infância. Papai está no trabalho (ou na guerra), mamãe em casa, o policial está fazendo a ronda, as violações são flagradas no nascedouro, e os delitos tratados com firmeza. Rebobine o filme: de volta para o futuro...(YOUNG, 2002, p. 180).

Sob a ótica de Marco Antônio Carvalho Natalino, ideologias criminais e jornalismo detém certa aproximação, pois a mídia seria um instrumento de legitimação da atuação estatal, existindo uma espécie de relação indireta entre esses dois sujeitos.

> Isso significa a aproximação do discurso jornalístico com o discurso estatal, mas não de forma direta: antes, busca-se a legitimação da presença da mídia, a defesa dos interesses que são os interesses dos próprios jornalistas e das empresas para as quais esses trabalham. Revela-se, assim, uma relação indireta entre uma configuração social dada (empresa de comunicação com fins de lucro), mediada pela ação de seus jornalistas) e a veiculação seletiva de discursos (ênfase no dogma penal e na criminalização provedora) (2007, p. 71).

O medo é objeto de manipulação dos políticos em seus discursos eleitorais, o que via de regra é aceito pela população que anseia por uma política de segurança pública que venha a atender suas necessidades. Brada-se pelo tratamento rigoroso do inimigo, aumentando-se a punição e a severidade das penas impostas aos criminosos.[363]

Nesse contexto, é construída uma identidade de *seres perigosos* em torno

[363] São comuns os seguintes slogans de campanhas políticas : “A polícia não pode tratar o bandido com flor!”; “Vamos colocar a polícia nas ruas!”, “Lugar de bandido é na cadeia!”. No Estado de São Paulo há uma grande aceitação, pela população da classe média e alta, das atividades violentas realizadas pelo destacamento especial da polícia militar denominado de Rota (Ronda Ostensiva Tobias Aguiar). Em episodio ocorrido em 29 de maio de 2012, seis criminosos foram mortos por supostamente pertencerem a uma organização criminosa. Três policiais foram presos por denúncia de execução sumária desses criminosos. Tal fato foi amplamente divulgado na mídia e ocorreram várias manifestações de apoio e solidariedade em relação à ação deste destacamento especial da polícia. Fonte: < http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,rota-invade-suposta-reuniao-do-pcc-e-acao-termina-com-6-mortos,879201,0.htm> Acesso em 21.jun.2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

das pessoas que integram as classes menos privilegiadas, tornando-as *inimigas número um* da classe dominante, como se fossem seres violentos e ameaçadores, que merecem ser aniquilados ou banidos da sociedade.

Essa tática política insere na população o imaginário de que a situação da criminalidade está grave, pois os criminosos estão tomando conta de tudo, sendo necessária uma intervenção extremamente autoritária e eficiente para sanar o problema da violência. É um discurso de legitimação da violência pela violência, uma postura radical e autoritária perante o crime.

Vislumbra-se, nessa postura, uma cisão das ideias de solidariedade da justiça criminal que adota um mecanismo ideológico autoritário para combater o inimigo objetivo. Historicamente esse discurso serviu de base para a ideologia do ódio dos regimes totalitários que se basearam na existência de um inimigo objetivo para legitimar suas ações.

Como observa Hannah Arendt:

> A introdução da noção de "inimigo objetivo" é muito mais decisiva para o funcionamento dos regimes totalitários que a definição ideológica das respectivas categorias. Se fosse apenas uma questão de odiar os judeus ou os burgueses, os regimes totalitários poderiam, após cometerem um crime gigantesco, como que retornar às regras normais de vida do governo. Mas sabemos que acontece exatamente o oposto. A categoria dos inimigos objetivos sobrevive aos primeiros inimigos do movimento, ideologicamente determinados; e novos inimigos objetivos são encontrados segundo as circunstâncias: os nazistas, prevendo o fim do extermínio dos judeus, já haviam tomado as providências preliminares necessárias para a liquidação do povo polonês, enquanto Hitler chegou a planejar a dizimação de certas categorias de alemães; os bolchevistas, tendo começado com os descendentes das antigas classes governamentais, dirigiam todo o seu terror contra os Kulaks (no começo da década de 30), que por sua vez foram seguidos pelos russos de origem polonesa (entre 1936 a 1938), os tártaros e os alemães do Volga (durante a segunda guerra), os antigos prisioneiros de guerra e unidades da força de ocupação do Exército Vermelho (depois da guerra), e finalmente a população judaica tachada de cosmopolita (depois do estabelecimento do Estado Judaico) (1989, p. 474-475).

Segundo Arendt, mesmo que os inimigos sejam aniquilados, outros são criados para manter-se o espirito do totalitarismo. No Brasil, os políticos utilizam-se deste expediente de campanha para obterem votos e não para diminuir o crime.

ISBN 978-85-62288-05-0

Conforme acentua Pastana (2003, p. 80) "o objetivo político não seria diminuir o medo, mas sim mantê-lo e até mesmo propaga-lo para que sempre haja este elemento como plataforma política".

Como vimos, a impressão que se dá é a de que será realizada alguma coisa para se combater o crime, aniquilando-se o inimigo e afastando-se o medo da população. Nessas práticas observamos a busca da aceitação popular pelos governantes que apelam pela demonstração da força do poder estatal. Esse raciocínio faz com que a justiça criminal seja meramente simbólica e promocional, manifestando-se no movimento *lei e ordem* onde adotam-se políticas legislativas que visam aumentar a punição dos cidadãos com vistas à diminuição da criminalidade.

3. MODERNIDADE TARDIA E AS POLÍTICAS PUNITIVAS DE INTOLERÂNCIA.

Na acepção de David Garland (2008, p. 315), na modernidade tardia houve uma verdadeira obsessão securitária em face do crime, direcionando-se as políticas criminais a um maior rigor com relação às penas e ao tratamento do criminoso. Essa *modernidade tardia* com complexas relações sociais, culturais e econômicas, trouxe consigo um conjunto de riscos, inseguranças e problemas relativos ao controle da criminalidade, o que gerou, como reflexo, penas mais altas e um aumento vertiginoso de pessoas encarceradas.

Conforme preconiza Garland houve a adoção da velha retórica da *lei e ordem*, canalizando o sentimento de vingança para reconfortar a população, mesmo que não produzisse eficácia concreta. Uma atuação simbólica e retaliadora, como uma espécie de válvula de escape para conter as tensões sociais em face da insegurança.

> Condenações mais severas e o aumento do uso do encarceramento; "*Three Strikes"* e penas privativas de liberdade mínimas obrigatórias; cumprimento integral das penas e restrições à aplicação da liberdade vigiada; proscrição de benesses nas prisões e "cadeias austeras"; retribuição nos juizados de menores e o encarceramento de crianças; a revivicação do acorrentamento coletivo de presos e de penas corporais; campos de tratamento e prisões de segurança máxima; a multiplicação de crimes punidos com pena de morte e do número de execuções efetivadas; leis sobre notificação comunitária e registro de pedófilos; políticas de tolerância zero e penas restritivas de certos comportamentos. Existe agora uma extensa lista de comportamentos de medidas que parece denotar uma virada punitiva na punição contemporânea [...] Punições mais duras – e a velha retorica da "lei e ordem" – são ministradas pelo Estado como um gesto soberano de império para reconfortar o público. Elas são apoiadas pelo público, para

ISBN 978-85-62288-05-0

> quem este processo de condenação e punição serve como válvula de escape expressiva das tensões e como momento gratificante de coesão, em face do crime e da insegurança. (GARLAND, 2008, p. 315).

Analisando a evolução da penalidade, Loic Wacquant, (2007, p. 25-26) afirma que os países avançados tiveram como política principal atacar de frente o problema social do crime e colocar um ponto final na questão da criminalidade. Segundo o autor, as chamadas *incivilidades,* ou seja, perturbações da ordem e desordens urbanas não poderiam ter mais a complacência do Estado, criando-se uma mentalidade autoritária.

Assim, além de um vasto aumento de inovações tecnológicas – câmeras, mapeamento informatizado, judiciário em tempo real, utilização de armas de choque em larga escala, montagem de perfil criminal, centros de detenção especializados – o último traço dessa *política punitiva de intolerância* foi o discurso alarmista sobre a insegurança decorrente da criminalidade, um discurso exagerado que foi incendiado como pólvora pela mídia e divulgado por outros profissionais da *ordem.*

Na visão crítica de Wacquant:

> O terceiro traço dessas políticas punitivas é que elas estão por toda parte, espalhando um discurso alarmista, mesmo catastrofista, sobre a "insegurança", animado por imagens marciais e difundido até a exaustão pelas mídias comerciais, pelos grandes partidos políticos e pelos profissionais da manutenção da ordem – policiais, magistrados, juristas, especialistas e vendedores de aconselhamento e serviços de "segurança urbana" – que competem entre si na recomendação de remédios tão drásticos quanto simplista. Este discurso, tecido por amálgamas, aproximações e exageros, é ampliado e ratificado pelas produções pré-fabricadas de uma certa sociologia de banca de jornal, que mistura, sem nenhum pudor, e de acordo com as exigências do novo senso comum político, brigas de pátio de escola, pichações nos corredores e motins nos grandes conjuntos habitacionais abandonados (2007, p. 26).

Como afirmamos anteriormente, na época de *ouro*, prevalecia na sociedade o denominado *bem-estar*. Tínhamos como base do sistema penal e do controle social, uma política inspirada em princípios de humanidade, legalidade e utilidade. Buscava-se resultados positivos na prevenção do crime com a redução de desigualdades. O preso seria reinserido na sociedade, curando-se o desvio manifestado através do déficit de socialização.

ISBN 978-85-62288-05-0

Entretanto, em decorrência dos fatores de exclusão social, ocorreram mudanças no sistema criminal, cuja tarefa passou a ser um rígido controle da criminalidade. As subclasses foram consideradas perigosas e reputadas como uma constante fonte de risco, exigindo uma permanente fiscalização por parte do sistema. Nesse contexto, políticas penais mais severas foram aplicadas para manter-se o monopólio do controle social.

Assim, para se estabelecer a força e a soberania estatal foram implementadas medidas punitivas mais drásticas, manifestando-se um simbolismo nas atitudes governamentais, que visavam *monstrualizar* parcelas da população que eram consideradas socialmente perigosas. Conforme se verifica, o alvo do sistema penal deixa de ser a identificação das condutas individuais dos possíveis infratores, para enfocar sua mira nas situações que possam produzir eventualmente um comportamento criminoso. A diminuição da reincidência não interessa mais, pois o que se deseja é aumentar as chances da pessoa ser presa.

Temos, então, um reforço do encarceramento que passa a ser a principal preocupação do sistema, e não mais a busca da ressocialização, pois a mesma está comprovadamente falida. O raciocínio é de que, com mais prisões, se reduz o efeito do crime e da violência, sem qualquer tipo de meta social concreta. O que se busca é prender o criminoso perigoso e fiscalizar aqueles de baixa periculosidade (WACQUANT, 2007, p. 428).

Um exemplo claro dessa espécie de recrudescimento é o denominado *programa de tolerância zero,* criado e aplicado na cidade de Nova York pelo prefeito Rudolph Giuliani, que levou a fama mundial de ter reduzido substancialmente a violência naquela metrópole. Esse tipo de política acabou sendo aplicada em quase todo mundo como uma fórmula mágica para a solução da criminalidade.

> Segundo a mitologia planetária difundida pelos institutos que advogam políticas neoliberais e seus aliados nos campos políticos e jornalísticos, a polícia nova-iorquina teria esmagado a hidra do crime mediante a implementação de uma política muito especifica chamada de tolerância zero, que trata de perseguir sem esmorecimento ou falhas, as menores infrações cometidas no espaço público. Assim, desde 1993, qualquer pessoa surpreendida mendigando ou andando sem rumo pela cidade , ouvindo rádio muito alto no carro jogando fora garrafas vazias ou grafitando as vias públicas, ou ainda transgredindo a mais simples norma municipal devia ser automaticamente detida e imediatamente atirada atrás das grades: "Os simples boletins de ocorrência [os "DATs – desk apperance tickets", que obrigam, legalmente o cidadão se dirigir à delegacia de polícia local, onde as acusações contra ele serão formalizadas] nas delegacias acabaram. Se você urinar na rua, vai para a cadeia. Estamos decididos a concertar as

ISBN 978-85-62288-05-0

> 'janelas quebradas' [isto é punir as menores marcas exteriores de desordem] e impedir quem quer que seja de quebra-las de novo". Esta estratégia, afirma seu principal mentor, William Bratton, "funcionaria em qualquer cidade da América" bem como funcionaria "em qualquer lugar do mundo". (WACQUANT, 2007, p. 429-430).

Na verdade, o programa de tolerância zero foi um programa que se tornou altamente rentável para as campanhas políticas, sendo amplamente utilizado por políticos brasileiros em suas campanhas eleitorais.[364] Esse programa foi duramente criticado por Loic Wacquant que afirmou existir uma série de fatores que acabaram redundando na diminuição da criminalidade e que não tiveram um liame direto com o programa (2008, p. 431).

Segundo Wacquant, antes do lançamento do programa, quatro conjunto de mudanças no Departamento de Polícia de Nova York redundaram em notáveis impactos sobre o crime, tais como: uma ampla reestruturação burocrática no Departamento de Polícia, que gerou inúmeras demissões e modificações internas, debelando a corrupção existente na polícia nova-yorkina; uma expansão gigantesca dos recursos humanos, dobrando-se o número de policiais fardados; o desenvolvimento de novas tecnologias de informática que auxiliaram na coleta e compartilhamento de dados da polícia científica; uma revisão completa de cada tipo de serviço implementando novos planos de ação bem definidos contra posse de armas, posse de entorpecentes e infrações de trânsito (2007, p. 430-432).

A questão da tolerância zero também foi discutida por Gabriel-Ignácio Anitua, professor do Departamento de Direito Penal e criminologia da Universidade de Buenos Aires, que, em artigo publicado na Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nos apontou a existência de uma alta carga discriminatória e racista deste programa, onde, pelos números mostrados, negros e latinos foram os principais alvos do *tolerância zero.*

Para Anitua (2009, p. 230):

> En los dos primeros años desde que Bratton y Giulliani lanzaran su "tolerância zero" se detuvieron a 45.000 personas por sospechas basadas em su ropa, aspecto, comportamento y por sobre todas las cosas: su color de piel. Cerca del ochenta por ciento de los jóvenes negros y latinos de la ciudad de Nueva York fueron arrestados y registrados al menos uma vez por las fuerzas de seguridad. Por lo tanto, se cierra el circulo de la peor

[364] Segundo informa Pastana, o argumento da segurança pública foi utilizado pelos seguintes políticos brasileiros na década de noventa e nos anos dois mil: Paulo Maluf ; Eduardo Suplicy; Aloysio Nunes Ferreira, Fábio Feldmann; Mário Covas; José Serra; Romeu Tuma, dentre vários outros (2003, p. 82-87).

ISBN 978-85-62288-05-0

manera posible, pues las ideas justificadoras de la represion tienen indudables ressonâncias racistas. [365]

Nesse contexto, esse novo tipo de penalogia - pautada na criminologia da intolerância e portadora de uma mentalidade autoritária - não é endereçada para os criminosos, mas aos cidadãos de bem. A principal função da pena seria a reafirmação dos valores sociais, sobrepondo a intimidação dos possíveis infratores. Tem-se em meta o resgate da confiança nas regras jurídicas impostas na sociedade, que até então era considerada extremamente enfraquecida. Diante disso, a justiça criminal é reforçada em seu aspecto simbólico pois ocorre um restabelecimento da confiança no Estado.

Passa a ser mais importante proteger a estrutura institucional do Estado do que os direitos fundamentais do cidadão. A justiça criminal contemporânea apresentaria o seguinte traço: os indivíduos considerados perigosos seriam excluídos do convívio social e essa mensagem, de aparência artificial e simbólica, seria direcionada a toda sociedade gerando uma concordância sobre as estratégias adotadas pelo Estado. Em outras palavras, as penas severas passam a ser encaradas como medidas normais e eficazes, obtendo larga aceitação da população.

CONCLUSÃO

A sensação de insegurança e o sentimento de medo é uma característica constante da sociedade brasileira. Verificou-se, neste trabalho, que o temor de ser a próxima vítima leva o cidadão a aceitar o recrudescimento do sistema penal, autorizando a adoção de penas mais rigorosas, o que legitima uma política punitiva de intolerância.

Devido a isso, constatou-se que os direitos fundamentais das pessoas encarceradas são desprezados e a finalidade ressocializadora da pena é deixada de lado, uma vez que não se busca reintegrar o preso, inexistindo preocupação com a reincidência. Também se detectou que a política penal se resume em prender e fiscalizar as pessoas desprovidas de recursos em geral, consideradas mais perigosas, o que traz como consequência um grande aumento da taxa carcerária e o fortalecimento do sistema penal.

[365] Traduzindo: “ Nos primeiros dois anos desde que Bratton e Giuliani lançaram sua "tolerância zero" foram presos, por suspeita, por volta de 45.000 pessoas com base em suas roupas, aparência, comportamento e acima de tudo: a cor da sua pele. Cerca de oitenta por cento dos jovens negros e latinos de Nova York foram presos e revistados ao menos uma vez pelas forças de segurança. Portanto, fechando o círculo da pior maneira possível, como justificação das suas ideias que têm ressonâncias de indubitável repressão racista”.

ISBN 978-85-62288-05-0

Assim, o Direito Penal se transformou em um instrumento artificial de perspectiva meramente simbólica e intervencionista, criado e utilizado para satisfazer o cidadão privilegiado que é inseguro e temeroso, tirando de foco os principais problemas da violência e da criminalidade que tem origem em questões sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel-Ignacio. *Tolerancia cero: uma genealogia de la criminologia de la intolerancia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 76. São Paulo. Janeiro-fevereiro de 2009.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo.* Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo Liquido.* Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editora, 2008.

BAIERL, Luzia Fátima. *Medo social: da violência visível ao invisível da violência.* . São Paulo: Cortez, 2004.

CASTRO, Lola Anyiar. *Criminologia da Libertação.* Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.

DIOGENES, Glória. Grupos identitários e fragmentação social : a violência como "marca". In : SANTOS, José Vicente Tavares dos (org.) *Violência em tempo de globalização*. São Paulo: Editora Hucitec, 1999.

ESTADÃO.COM.BR SÃO PAULO: Notícias. Cidades. Rota invade suposta reunião do pcc e ação termina com seis mortos. Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,rota-invade-suposta-reuniao-do-pcc-e-acao-termina-com-6-mortos,879201,0.htm> > Acesso em 21.06. 2012

FOLHA ON LINE: Folha de Alphavile on line. Uol artigos. Brasil tem 5% mais vigilantes privados que policiais militares. Disponível em <http://folhadealphaville.uol.com.br/artigo/?id=3506 > Acesso em 20.Jun.2012.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.* Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2008

MICHAUD, Yves. *A violência.* São Paulo: Editora Ática, 1989.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo.* São Paulo: Editora Método, 2007.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil.* São Paulo: Editora Método, 2003.

TEIXEIRA, Maria Cecília Sanches; PORTO, Maria do Rosário Silveira. *Violência, insegurança e imaginário do medo*. Cadernos CEDES, ano XIX, n. 47. Campinas.

ISBN 978-85-62288-05-0

dezembro/1998.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva].* Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

ZALUAR, Alba. *Da revolta ao crime S/A.* São Paulo: Editora Moderna, 1996.

ISBN 978-85-62288-05-0

A INFLUÊNCIA DOS *MASS MEDIA* NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

Guilherme Barbosa da Silva[366]

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar o poder que a comunicação em massa exerce sobre os jurados. Analisa um pouco do que é a mídia, e de como essa mesma mídia atua em crimes de grande repercussão. Apresenta a forma de como a mídia tenta utilizar dos crimes cometidos, como forma de, não somente exercer o direito à informação, mas também de aumentar a audiência de seu veículo. Mostra que para que direitos fundamentais não sejam violados deve haver uma maior fiscalização dos órgãos midiáticos, quando da divulgação de informações sobre crimes de grande repercussão social, devendo sempre ser analisado, no caso concreto, a preponderância dos princípios da presunção de inocência e da liberdade de informação.

ABSTRACT

This article seeks to demonstrate the power that mass media has on jurors. Analyzes rather than the media is, and how that same media operates in high-profile crimes. Displays the form of how the media tries to use the crimes as a way to not only exercise their right to information, but also to increase the audience of your vehicle. It shows that fundamental rights are not violated must be greater oversight bodies media when the disclosure of information about crimes of great social repercussions and should always be considered in this case, the preponderance of the principles of presumption of innocence and freedom of information.

UNITERMOS: crimes; imprensa; influência da mídia; tribunal do júri; presunção de inocência.

KEYWORDS: crimes, press, media influence, jury trial; presumption of innocence.

Impossível não se verificar a importância que a mídia tem nos dias atuais para com toda a sociedade. A mídia televisiva é uma das formas onde se pode ter garantido o direito constitucional à informação, que por sua vez pode se dividir em direito a recebê-la, repassá-la e buscá-la.

[366] Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas de Ourinhos (2012). Atualmente é Advogado

ISBN 978-85-62288-05-0

Porém, o artigo desenvolvido versa sobre a grande influência que possuem os meios midiáticos, quando se trata dos crimes que causam uma grande repercussão, quais sejam aqueles que são julgados pelo Tribunal do Júri. A influência que tem no julgamento de tais infrações, no momento das decisões penais.

É pertinente o tema em questão, pois versa sobre a quebra de vários dos direitos consagrados pela Lei Maior da Nação, sendo um deles, o de que ninguém será considerado culpado até que se prove em contrário, respeitando para isso o devido processo legal. Vale lembrar ainda que, quando tal direito não é respeitado acaba por, ferir um princípio ainda maior e que sustenta todo o ordenamento jurídico, qual seja o da dignidade da pessoa humana.

É preciso analisar o quanto a mídia televisiva fere o princípio da presunção de inocência, e as consequências que tal atitude pode trazer para o acusado. Necessário ainda demonstrar a influência que tais órgãos causam diretamente aos jurados quando da formação da convicção íntima ao exercerem a função de juízes de fato, nos julgamentos de competência do Tribunal do Júri. Convicção esta que é formada através de, na maioria das vezes, informações repassadas pelos veículos midiáticos, antes mesmo de se garantir a ampla defesa e o contraditório.

1. DO CONCEITO DE MÍDIA

É preciso, antes de tudo, para melhor análise do presente trabalho, tomar alguns conceitos importantes, dentre eles o conceito de mídia, propriamente dita, e ainda da chamada *mass media*. O meio midiático aqui abordado trata-se do televisivo, porém, para a conceituação de mídia é preciso analisar todos os meios disponíveis.

O termo mídia tem seu conceito originário do latim, tendo como *media*, plural de médium, o significado de meios, tal como um instrumento intermediário (ANDRADE, 2007, p. 05).

Segundo o dicionário *Michaelis*, mídia significa "(*ingl mass* media) 1 Veículo ou meio de divulgação da ação publicitária. (...) *M. eletrônica*: a televisão, quando considerada como veículo de comunicação (2000, p. 1376)". Desta forma, se tem que se pode considerar mídia qualquer suporte de difusão de informações.

Já o termo *mass media*, é formado pela expressão *media*, já delimitada linhas acima, e pela palavra de origem inglesa *mass*, que significa massa. Neste sentido *mass media* poderia ser entendida como os meios de massa, os meios de comunicação de massa[367].

1. *mass media*. In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2012. Consultado em 10 de março de 2012. Disponível na www: <URL: http://www.infopedia.pt/$mass-media>.

ISBN 978-85-62288-05-0

Mass media significa então os grandes meios de comunicação, uma grande quantidade de formas de repassar informações.

Para Helena Abdo, o conceito dos *mass media*, define-se:

> (...) pode-se afirmar que os meios de comunicação de massa são aqueles encarregados da transmissão pública e massiva de mensagens, por uma ou mais técnicas (*médium* ou *media*) indiretas, geralmente num sentido (ou seja, sem grande interação entre os que transmitem a mensagem e aqueles que a recebem) e a uma dada audiência (2011, p. 67).

Com tal conceito pode-se considerar meios de comunicação de massa muitos veículos da comunicação, tais como a imprensa escrita, a falada, a televisionada, as emissoras de rádio, e inclusive a internet.

Não se pode olvidar que não há sociedade sem comunicação, tendo em vista a grande quantidade de informações, nas suas diversas naturezas (jornalística, policial, política, cultural etc.), sendo que tais informações fazem parte da vida diária dos cidadãos.

Importante dizer que a mídia tem o poder de expor as informações conforme a sua vontade. Tendo em vista a grande população obter as informações repassadas pela mídia, e as ter como as verdadeiras, a mídia pode usufruir de tal benefício como melhor lhe convir.

No momento que a notícia sobre determinado crime brutal é repassada a mídia pode utilizar da divulgação e expor os fatos negativos da notícia, escondendo os positivos (VIEIRA, 2003, p. 101).

Tal fato faz com que a população já enxergue o indiciado como uma pessoa que mereça seu castigo de plano, sem qualquer julgamento. Aliás, a própria população já dá o seu veredito final, sem que haja qualquer meio de defesa por parte do acusado.

Ana Lúcia Menezes Vieira afirma ainda que:

> É ingênuo pensar que os meios de comunicação de massa sejam neutros e que revelem o fato real com a evidência das imagens. Eles podem torcer a realidade e não cumprir a tarefa de transmitir os acontecimentos renunciando os mecanismos técnicos e filtros de informações. A notícia do crime, selecionada para a publicação, pode ocultar de um lado e revelar do outro. É parte da realidade dos fatos: é outro fato estimulado pela criação da imagem do ocorrido, que a mídia faz sentir, faz ver pelo público (2003, p.154).

ISBN 978-85-62288-05-0

Quando se é repassado informações sobre crimes bárbaros, a imagem que os órgãos criam dos suspeitos é a imagem de uma pessoa que não merece perdão, uma pessoa que não merecer ter sua dignidade preservada e que merece o castigo pela conduta cometida.

2. A INFLUÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DA PSICOLOGIA

Muito do que se vive, de como o ser humano se relaciona, do que se sente, do que se quer, a psicologia vem para esclarecer.

O termo Psicologia pode ser definido como a "ciência que trata da mente e de fenômenos e atividades mentais. (...) Conjunto de estados e processos mentais de uma pessoa, especialmente como determinante de ação e comportamento (MICHAELIS, 2000, p. 1724)".

Quando se trata de influência, é preciso analisar, através da psicologia, como isso ocorre, como os meios midiáticos conseguem fazer com que as pessoas acreditem veementemente naquilo que é repassado a elas, quais os meios utilizados pela comunicação em massa para que isso seja possível. É o que será tratado, sucintamente, neste capítulo.

Primeiramente há que se observar sobre como o jornalismo e a publicidade se utilizam, e muito, da psicologia como forma de repassar a mensagem para o receptor. Tudo é analisado detalhadamente para que cada pormenor possa entrar na mente sem que se perceba.

Ana Mercês Bahia Bock, Odair Furtando, Maria de Lourdes Trassi Teixeira, analisando um estudo realizado pelo jornalista Carlos Eduardo Lins e Silva, mostram que:

> O jornalista Carlos Eduardo Lins e Silva fez um estudo muito interessante sobre o Jornal Nacional, da Rede Globo, quando assistido por trabalhadores da Baixada Santista, no Estado de São Paulo. Na época em que o estudo foi realizado, construía-se o mito de que a Rede Globo, com sua audiência imbatível (a audiência do JN chegava a 70% dos televisores ligados), monopolizava a informação veiculada no Brasil. Assim o que era noticiado no JN passava a ter o estatuto de verdade, à medida que não seria contestado por qualquer outro meio de comunicação (considere que os 30% restantes da audiência estavam voltados, geralmente, para a programação não jornalística e que as pessoas não sintonizadas no JN eram atingidas pelos comentários das que o assistiram) (2003, p. 278).

Com tal pesquisa, é possível a análise do quanto a população estava sendo influenciada pelas informações repassadas pelo Jornal Nacional, tendo em vista que

ISBN 978-85-62288-05-0

a grande massa, naquele determinado momento estava assistindo àquela programação jornalística e que esta massa repassa todas as informações obtidas à minoria, que não assistiu. Desta feita, as informações repassadas pelo Jornal Nacional conseguiria atingir cem por cento da população.

Os já citados autores analisam e mostram que "tendemos a acreditar na informação fornecida (2003, p. 278)". Mostram ainda que a massa midiática utiliza, e muito, da psicologia, como forma de persuadir os receptores das informações repassadas:

> Os meios de comunicação de massa ganharam uma importância formidável nos últimos tempos. Não é por acaso que alguns chamam a imprensa de 'o quarto poder'. Trata-se de uma alusão à importância que a difusão da informação ganhou no mundo contemporâneo. Uma parte dos conteúdos difundidos pelos meios de comunicação de massa é estudada no campo das teorias da comunicação, da semiótica e da Psicologia. Nesse sentido, a Psicologia tem sido muito utilizada em função do seu conhecimento sobre a subjetividade humana (2003, p. 276).

Ocorre que, a grande maioria da massa midiática, acaba por utilizar determinados recursos, não perceptíveis pelo telespectador, e que de certa forma entram em na mente humana, o que faz com que sejam guardadas todas as informações repassadas pelo veículo.

Com tal resultado, as informações obtidas são processadas e na maioria das vezes armazenadas da forma como foram recebidas, sem o olhar crítico, zetético do que foi repassado.

Certo é que para que tal fenômeno ocorra não se faz necessário muita sofisticação, basta simplesmente saber embutir a artimanha na construção da mensagem a ser repassada.

Os recursos que na maioria das vezes são utilizados para repassar a mensagem são os recursos que possuem certo fundo emotivo, desta forma a mídia acaba tentando persuadir de forma subjetiva, fugindo da real intenção de repassar a informação de modo objetivo.

Quando se recebe alguma informação sobre determinado assunto, tudo é assimilado e poderá ser utilizado posteriormente, na maioria das vezes, de forma inconsciente, pois se buscará na mente tudo o que estiver relacionado com o assunto abordado.

É o que apresentam Rita L. Atkinson, Richard C. Atkinson, Edward E. Smith, Daryl J. Bem, Susan Nolen-Hoeksema:

ISBN 978-85-62288-05-0

> Mas na vida cotidiana, constantemente acumulamos informações na memória e tentamos recordá-las quando precisamos fazer algum juízo. Consequentemente, além dos dados que coletamos constituírem uma amostra tendenciosa, os dados que realmente empregamos em nossos julgamentos sociais sofrem tendenciosidade adicional por problemas de recordação seletiva (2002, p. 129).

Quando se recebe uma informação sobre determinada notícia ela fica armazenada no subconsciente e quando necessário for ela será utilizada para fazer algum juízo. É a informação recebida que servirá de base para que seja construída uma opinião sobre determinado fato. Na maioria das vezes, "a primeira informação que recebemos tem maior impacto sobre nossas impressões. Isso se chama efeito primacial (ATKINSON et al, p. 632)".

As primeiras informações recebidas sobre um fato são as que ficam na mente. As primárias prevalecerão na maioria das vezes sobre as secundárias, razão pela qual a influência que a mídia exerce sobre os receptores das informações é tão determinante no momento em que julgarão os autores dos crimes contra a vida.

3. DO INTERESSE DA POPULAÇÃO

Atualmente, a curiosidade move a população que sai em busca das notícias mais sangrentas, mais brutais. Ocorre que tal fenômeno há muito tempo já se vivenciava. É o que nos mostra Ana Lúcia Menezes Vieira:

> Há muitos séculos a notícia da execução das penas seduz a população. O suplício, pena corporal atroz, dolorosa e cruel, era precedido de um ritual, um cerimonial do castigo público, manifestação da justiça do soberano. O sofrimento do condenado, seus gritos pela tortura a si infligida lentamente era cena teatral, representação do castigo que levava o público, movido por extraordinária curiosidade, a se comprimir em torno do cadafalso para assistir ao espetáculo de horror que era a punição do súdito criminoso (2003, p. 17).

Desta forma, desde muito tempo atrás, as pessoas já se interessavam em conhecer os autores dos crimes mais bárbaros, e consequentemente vê-los sendo julgados.

Essa curiosidade move a população que busca informações sobre os crimes ocorridos na sociedade. Atualmente, com o avanço tecnológico, a proliferação dos meios de comunicação, a maior abrangência da televisão e o grande progresso da

ISBN 978-85-62288-05-0

internet, é possível que as informações sejam repassadas quase que instantaneamente com a ocorrência do delito.

Eugênio Bucci afirma:

> Os programas sensacionalistas do rádio e os programas policiais de fim de tarde em televisão saciam curiosidades perversas e até mórbidas tirando sua matéria-prima do drama de cidadãos humildes que aparecem nas delegacias como suspeitos de pequenos crimes. Ali, são entrevistados por intimidação. As câmeras invadem barracos e cortiços, e gravam sem pedir licença a estupefação das famílias de baixíssima renda que não sabem direito o que se passa: um parente é suspeito de estupro, ou o vizinho acaba de ser preso por tráfico, ou o primo morreu no massacre do fim de semana no bar da esquina. A polícia chega atirando; a mídia chega filmando. (...) Como vivem à margem dos direitos, essas pessoas não têm reconhecido o seu direito à privacidade; sua intimidade não existe – ou não vale nada (2000, p. 156).

A mídia possui uma importante função dentro do Estado, ela deve informar o cidadão, da maneira mais precisa e verdadeira possível, pois a partir de tal informação o cidadão formará sua opinião.

Vale salientar que a mídia exerce um papel fundamental na sociedade, e não se pode olvidar que qualquer tentativa de censura dos órgãos midiáticos seria um retrocesso para o Estado Democrático de Direito. Todavia, censura não se pode confundir com limites, até porque a informação repassada sem qualquer análise fere outros princípios, também fundamentais.

Uma mensagem repassada ao telespectador, para que seja considerada como informação, deve ser objetiva, clara, coesa, e ainda deve existir a separação entre o fato e a opinião, e inclusive deve existir a comprovação das afirmações que estão sendo transmitidas (ABDO, 2011, p. 35).

Com isso, a informação transmitida, a notícia, que é o objeto de trabalho do jornalista deverá ser transmitida com todas as medidas cautelares cabíveis, para que possa ser considerada uma informação verdadeira, lembrando mais uma vez que não se deve fazer qualquer juízo de valor sobre os fatos repassados.

O único limite imposto ao jornalista quando utilizando do seu direito de informar é que seja objetivo, fornecendo corretamente a ocorrência dos fatos, sem qualquer tipo de alteração.

Com relação ao direito de ser informado do cidadão, trata-se do direito de ser e estar sempre impecavelmente informado.

ISBN 978-85-62288-05-0

A informação correta repassada ao cidadão "é essencial para o desenvolvimento pessoal de cada um e influencia, profundamente, a capacidade humana de discernimento e de realizar escolhas (ABDO, 2011, p. 39)".

Fábio Martins Andrade, citando Nelson Hungria, assevera:

> Como toda liberdade, a de imprensa não pode ser ilimitada. Não há, nem pode haver liberdade acima ou fora do direito, que é o ajustamento recíproco dos interesses coexistentes. Liberdade sem lei é a discórdia a lavrar entre os homens (2007, p. 337).

A mídia deve exercer o seu papel com responsabilidade, até porque na liberdade concedida à mídia já se encontra embutido a responsabilidade que a mesma possui frente às informações transmitidas à população. Deveria a mídia transmitir aos receptores da notícia que a pessoa ali acusada não pode ainda ser considerada a real culpada do crime cometido.

O supracitado autor ensina ainda que:

> O órgão da mídia que atenda esta função primordial estará certamente contribuindo para o desenvolvimento pleno da democracia e para a crescente capacitação cívica do cidadão de formar a sua própria opinião sobre os fatos e acontecimentos que o rodeiam, inclusive sendo o germe necessário para que a noção de opinião pública eventualmente recrudesça e, talvez, volte a ter o grandioso sentido que lhe delineou Habernas em parte de sua obra (2007, p. 48).

A mídia, em todas as suas formas, é imprescindível para o exercício do Estado Democrático de Direito, mas é preciso, antes de tudo, que ela atenda à verdadeira função para qual foi criada, é preciso que atenda os verdadeiros interesses públicos.

4. DO EXCESSO DA MÍDIA

Nos dias atuais quando os *mass media* transmitem informações processuais, ou mesmo relacionadas aos fatos ocorridos, têm, na maioria das vezes, distorcido totalmente a veracidade do ocorrido, desta forma alterando significativamente a função para qual a publicidade dos atos e dos fatos foi criada.

As empresas jornalísticas selecionam a informação a ser repassada, verificando qual deve ser a notícia a ser transmitida que lhe renderá maiores lucros e de que forma a mesma deverá ser repassada para que atinja os interesses dos

ISBN 978-85-62288-05-0

mass, utilizando para transmitir as informações, do direito de informar e ainda do princípio da publicidade do processo.

Todavia, é importante ressaltar, que o princípio da publicidade processual não dá direito do cidadão de participar efetivamente do processo, mas tão somente, de vigiar a atuação do Poder Judiciário frente às decisões tomadas.

Helena Abdo, em sua obra Mídia e Processo, mostra interessante teoria de autoria de Elisabeth Noelle-Neumann:

> (...) a Teoria do Espiral do Silêncio conclui que muitas pessoas, receosas com a possibilidade de isolamento, procuram buscar no ambiente a sua volta 'pistas' acerca de qual seria a opinião dominante, antes de manifestar o próprio ponto de vista. Tais pessoas tendem a não manifestar a própria opinião caso, nesse exame prévio, não encontrem guarida no sentimento dominante da sociedade. Em outras palavras, o ponto de partida da teoria desenvolvida pela professora alemã é o receio que os agentes sociais têm de se encontrarem isolados em seus comportamentos, atitudes ou opiniões. Esse medo faria com que as pessoas evitassem expressar opiniões que não coincidam com a opinião dominante, a qual seria por sua vez, imposta, em grande parte, pelos meios de comunicação (2011, p. 79).

Tal teoria apresenta a grande influência que os meios de comunicação possuem, uma vez que transmitem aos receptores da mensagem aquilo que entendem ser o correto, fazendo com que o cidadão, mesmo que pense diferente, comece a pensar como os *mass media*, pois entende ser a opinião que está prevalecendo, a opinião dominante.

É nos meios de comunicação em massa que os indivíduos irão buscar as primeiras informações, tornando-as assim a "opinião dominante" apresentada pela professora alemã, explanada por Helena Abdo.

Tamanho é o poder de influência da imprensa que, no ano de 2003, a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do Instituto Toledo & Associados, foi-se realizada uma pesquisa, apontando a Imprensa, com 60% (sessenta por cento) de indicações, como uma das instituições mais confiáveis do Brasil. A Imprensa só ficou atrás da Igreja, que recebeu 74% (setenta e quatro por cento) das mesmas indicações (ABDO, 2011, p. 80).

A pesquisa realizada ouviu 1700 pessoas de todas as classes (A, B, C e D) de 16 grandes cidades: Manaus, Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Brasília,

ISBN 978-85-62288-05-0

Goiânia, Palmas, Cuiabá, Campo Grande, São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Curitiba, Florianópolis e Porto Alegre[368].

A pesquisa só demonstra o grande poder que a mídia tem de interferir nas decisões tomadas pelos indivíduos, na influência que possui frente às decisões mais importantes a serem tomadas.

O papel desempenhado pela mídia é um papel que não lhe foi o incumbido, que não lhe é de direito, totalmente contrário à função que lhe foi a desejada. A mídia vem extrapolando o direito à informação, concedido constitucionalmente, na medida em que as informações repassadas acabam sendo transmitidas com certa valoração de juízo, ultrapassando os limites impostos à informação.

A informação deixa de ser o meio de se exercer um direito e passa a ser objeto de um negócio, buscando sempre aquela notícia que gerará maior rentabilidade.

Com a grande expansão dos meios midiáticos, atualmente, e consequentemente a maior concorrência entre os veículos, a mídia não se preocupa verdadeiramente com a função pela qual existe, não se preocupa em garantir o direito à informação da forma como deveria ser, mas se preocupa sim, com a geração de lucros, sua fonte de renda, na melhor forma de vender suas notícias.

Israel Drapkin Senderey expõe:

> (...) a verdade pública do momento, a única que importa no mundo efetivo das ações e dos êxitos, é hoje um produto da imprensa. O que esta deseja é a verdade. Os seus chefes produzem, transformam, trocam verdades. Três meses de trabalho dos periódicos bastam para que todo o mundo reconheça a verdade proclamada. Os seus fundamentos são irrefutáveis enquanto houver dinheiro para repeti-los sem cessar (1983, p. 18).

Vale lembrar que os órgãos midiáticos são empresas privadas, e na busca dos lucros têm-se esquecido dos princípios/requisitos que devem ser seguidos para que a notícia possa ser veiculada.

Nas palavras de Fábio Martins de Andrade:

> Os órgãos da mídia distanciaram-se de sua função inicial (reportar, narrar) para, vagarosamente, destacarem-se como intervenientes e invasores do fato. Com isso, não mais noticiam, mas opinam. Deixaram de informar para formar opinião. Neste contexto verificado, a relação entre a mídia e a opinião pública chegou a um tamanho grau de hegemonia do primeiro e submissão

[368].Informação extraída do *site* da Ordem dos Advogados do Brasil, de Minas Gerias: http://www.oabmg.org.br/document.asp?item=2690&cod=. Acesso em 23 de abril de 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

> do segundo que, atualmente, pode-se dizer que, a opinião pública reduziu-se à opinião publicada pelos órgãos da mídia (2007, p. 47).

O jornalista, na ânsia de obter um grande "furo jornalístico", quando da ocorrência de um delito que pode comover a população, busca pelas informações do ocorrido, com muita rapidez, para que a notícia chegue aos telespectadores o quanto antes possível.

Deste modo, tendo em vista a rapidez necessária para a divulgação, nem sempre as informações repassadas são todas as que deveriam ser transmitidas para melhor análise do caso. Na maioria das vezes não se ouve todas as partes, não se dá o direito do acusado demonstrar algo diferente do relatado, ou mesmo, os motivos reais da ocorrência do crime.

Ainda sobre o tema, Ana Lúcia Menezes Vieira apresenta:

> No Brasil a informação é transmitida 'com a voz do dono do jornal', ou seja, é divulgada a opinião que esteja de acordo com os interesses da empresa. Assim, a verdadeira comunicação, no sentido de reagir, fazendo saber ao emissor da mensagem a sua ideia ou sua avaliação do que foi transmitido não existe, senão de maneira indireta por meio de cartas ao editor, à emissora de televisão, ou até mesmo ignorando a recepção de um produto difundido pelo veículo. Na ânsia de ver seu ibope acima dos concorrentes, um determinado canal televisivo acaba expondo as informações da maneira como as recebeu, sem verificar a real situação dos fatos, sem analisar as consequências que poderão causar. O que se busca é a venda das informações, atraindo seus telespectadores que estão, a cada dia que se passa, mais presos às notícias inescrupulosas, aos crimes mais bárbaros cometidos (2003, p. 45).

Como já visto, a notícia recebida é a que fica no subconsciente do receptor. Como não há uma comunicação, mas, tão somente, uma recepção, o telespectador não interage com o meio midiático e toma aquela informação recebida como verdadeira.

Ao receber tal informação e assimilá-la como pura e simplesmente real, o telespectador tem a pessoa do infrator, mesmo que seja inconscientemente, como o real culpado de determinado fato, sem nem mesmo analisar a situação fática do acontecimento, os motivos que levaram o autor dos fatos ao cometimento do mesmo, ou nem mesmo se verifica se realmente o acusado foi quem cometeu os fatos. Tudo em razão da notícia trazida por meio da mídia, principalmente a televisiva, que possui maior abrangência.

ISBN 978-85-62288-05-0

Vale lembrar que as informações que são repassadas pela mídia, utilizando de seu direito à informação, não deve ser uma informação qualquer, sem que seja analisada sua veracidade. A mídia ao transmitir uma notícia deve analisar todos os pontos do ocorrido, no intuito de que nada que seja repassado não condiga com a verdade real dos fatos.

Sobre os limites impostos ao direito de informação, Luiz Alberto David Júnior e Vidal Serrano Nunes Júnior, expõem:

> A liberdade de informação, no entanto, também encontra limites. A notícia, mesmo verdadeira, não deve ser veiculada de forma insidiosa e abusiva, entregando-lhe contornos de escândalo (2006, p. 148).

Quando da transmissão de informações sobre determinado fato delituoso, mesmo que tudo o que for repassado sejam informações verdadeiras, conforme os fatos ocorridos, deve se ater para que não seja repassada aos telespectadores de forma a julgarem o autor dos fatos, não pode a mídia expor os fatos de tal modo que aumente seu grau de criminalidade ainda mais.

A mídia sensacionalista, ao expor os fatos conforme melhor lhe condiz, faz com que a população, receptores da informação, conheça somente os fatos daquela forma que lhe é repassada, tendo em vista que não há uma comunicação propriamente dita, onde o receptor pode interagir com o comunicador. O que existe, na realidade, é um monólogo, onde somente a mídia repassa as informações.

Isso faz com que as pessoas entendam os fatos repassados como verdadeiros, e formam um juízo com base do que foi repassado pela mídia. Tal juízo, na maioria das vezes, faz com que as pessoas busquem de certa forma a punição para os infratores, desde logo, os julgando.

Fábio Martins de Andrade apresenta que:

> (...) Quando os órgãos da mídia emprestam o máximo de sensacionalismo à informações oriundas dos primeiros passos da fase pré-processual, então – na maioria das vezes – induz a opinião pública a consolidar o consenso hegemônico de que o suspeito é culpado do crime que lhe é imputado. A mídia – e a opinião pública por ela manipulada – condena o suspeito antes mesmo do julgamento da causa pelo órgão competente do Pode Judiciário. Implica dizer, necessariamente, antes da produção das provas, antes de ouvi-los nas oportunidades de sua defesa e, por vezes, antes mesmo de concluído o inquérito policial. Desta maneira, pouco importa aos órgãos da mídia – e à opinião pública – o resultado do julgamento. Ao final do processo: se o réu for condenado, então todos já sabiam, e

ISBN 978-85-62288-05-0

> lamentam a demora da sentença judicial, especialmente se comparada à "sentença da mídia" pronunciada anos antes; se, porventura, for absolvido, então os órgãos da mídia divulgam algumas notícias veiculando informações, opiniões e dados parciais que tendem a descredenciar a decisão do órgãos constitucional e legalmente competente ao processo e julgamento da causa (inicialmente adstrito ao universo completo dos autos) (2007, p. 255-256).

Com isso a mídia exerce um poder que não lhe pertence, o poder de julgar as pessoas, poder jurisdicional, único e exclusivamente pertencente ao Poder Judiciário, na sua função típica, dentro da teoria da Tripartição dos Poderes.

A grande massa transmite aos cidadãos as primeiras informações do crime ocorrido, as notícias sobre as primeiras averiguações, mas dificilmente acompanha de perto as investigações e o processo judicial efetivamente, em cada detalhe.

Com isso, as informações repassadas primeiramente, de forma, muitas vezes, totalmente distorcidas da realidade, são as que fixam na mente. Por tal motivo, quando se tem notícia da decisão judicial tomada, principalmente quando se trata da absolvição do acusado, tende-se a imaginar um judiciário que demonstra impunidade, porque na realidade só são associados os fatos repassados pela mídia, e não o contexto do crime propriamente dito, a instrução realizada pelo Poder Judiciário e que levou a tal decisão absolutória.

Se entende que aquelas informações que foram repassadas *a priori*, pela mídia, são as verdadeiras, e que por isso o indiciado merece ser julgado e condenado pelo crime cometido.

Por isso, quando a decisão do magistrado é pela condenação do acusado, ela já não mais interessa à população, pois serve, tão somente, para confirmar os fatos já apurados pela grande massa, é a confirmação da sentença já aplicada pela opinião pública em função da influência exercida pela mídia (ANDRADE, 2007, p. 256).

Não é à toa que para muitos doutrinadores a mídia exerce, há muito tempo, uma função que não lhe é atribuída legitimamente. Para muitos doutrinadores, assim como para Israel Drapkin Senderey, a mídia é considerada o "Quarto Poder do Estado (1983, p. 15)".

Com tal conceituação a mídia exerceria um poder ao lado dos outros três apresentados por Montesquieu, na Teoria da Tripartição dos Poderes: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Como já apresentado, ninguém pode ser considerado culpado, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Todavia, quando a mídia abusa do seu direito de informação e passa a utilizar tais informações de modo

ISBN 978-85-62288-05-0

arbitrário, faz com que o, até então, suspeito, ou mesmo investigado, passe a ser considerado culpado pela população, e na maioria das vezes ocorrendo, até mesmo, o trânsito em julgado dessa decisão do público da notícia.

Ana Lúcia Menezes Vieira, citando os ensinamentos de Beccaria, apresenta que:

> (...) um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz (...) se o delito é certo, não lhe convém outra pena que não a estabelecida pelas leis (...) se é incerto, não se deve atormentar um inocente, pois é inocente, segundo às leis, um homem cujos delitos não estejam provados (2003, p. 170).

Cumpre ressaltar que para a formação da culpa no processo penal, para que a pena seja imposta, deverão ser garantidos o contraditório e ampla defesa, insculpidos no devido processo legal.

Não há contraditório, tampouco ampla defesa, quando o indiciado é condenado pela mídia despótica.

O princípio da presunção de inocência não tira dos órgãos midiáticos o direito à informação. O que deve ocorrer é que ao utilizar de seu direito, o mesmo seja repassado de forma a não influir nos receptores da informação, não dando juízo de valor aos fatos, de modo que a população entenda ser aquele sujeito o real autor dos fatos, desde já querendo impor a pena cabível ao mesmo.

A Constituição Federal de 1988 garante ainda, além do que já fora apresentado, o direito ao devido processo legal, ou seja, para a condenação de uma pessoa tudo deverá ocorrer por meio de atos processos, frente ao Poder Judiciário.

Sobre o tema, Ana Lúcia Menezes Vieira aborda:

> (...) a punição só pode ser aplicada por meio do processo penal, 'instrumento da persecução do réu'. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade sem que o seja por meio do processo. Está consagrado o princípio constitucional do *nulla poena sine iudicio*, ou seja, 'o Estado não pode fazer prevalecer de plano o direito de punir (...) nos Estados submetidos à lei e ao direito, a pena só se aplica 'processualmente'. A atividade punitiva dos órgãos estatais encarregados de restaurar a ordem jurídica violada pelo crime submete-se a um controle jurisdicional *a priori*, em que o Poder Judiciário aplica a norma penal objetiva mediante a resolução de uma lide consubstanciada no conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade' (2003, p. 67).

ISBN 978-85-62288-05-0

Desta forma, o julgamento de uma pessoa somente poderá ocorrer pelo Poder Judiciário e depois de obedecido todas as garantias estabelecidas pelo Constituinte de 1988, tais quais: o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, dentre outros tão violados pela mídia.

Sobre a origem do devido processo legal, Ada Pellegrini Grinover ensina que:

> A origem da cláusula *due process of law* é o art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra e os barões feudais, na Inglaterra, como forma de limitação da prática absolutista do poder. Inicialmente, o termo utilizado era *law of the land*, ou lei da terra, costumes aceitos e direitos aplicados pela *common law*. A expressão definida por devido processo legal, no entanto, foi utilizada pela primeira vez em lei aprovada na Inglaterra, no reinado de Eduardo III, em 1354, transformando-se na garantia fundamental do processo inglês. Da Inglaterra a cláusula *due process of law* foi inserida em textos constitucionais das colônias americanas. Quando os Estados Unidos tornaram-se independentes a cláusula é positivada em sua Constituição, no ano de 1791, como Emenda V: "*No person shall be... deprived of life, liberty or property without due processo of law*". Em 1868 a Emenda XIV foi incorporada à constituição americana. É que como o "*Bill of Rights* protegia as liberdades individuais apenas contra lesões de órgãos federais: sentiu-se mais tarde a necessidade de confiar aos mesmos órgãos federais a garantia dos indivíduos contra abusos praticados pelo poder estadual" (...) E através da interpretação evolutiva da cláusula – tida, inicialmente, como garantia de legalidade; depois, como garantia de um processo segundo a *common law*; e posteriormente, ainda como garantia de justiça –, a XIV Emenda representa hoje um dos elementos fundamentais do sistema constitucional estado-unidense (1975, p. 10-11).

Mister se faz ressaltar ainda que, mesmo o réu confesso, aquele que afirma a autoria do crime cometido, não deve ser punido sem que haja o devido processo legal. Mesmo para aqueles que não negam a autoria do delito vigoram os mesmos direitos, devendo tudo ocorrer dentro dos trâmites processuais estabelecidos, não podendo a pena ser aplicada pela mídia ou pela sociedade.

Os órgãos midiáticos, quando abusam de seu direito à liberdade de imprensa ao repassarem informações sensacionalistas, ferem diversos princípios constitucionalmente garantidos, invadem a vida privada das pessoas, destroem a honra dos infratores, que mesmo após absolvição, dificilmente terão devolvida sua reputação. Serão sempre lembrados como os suspeitos de determinado crime. A

ISBN 978-85-62288-05-0

mídia utiliza dos suspeitos, os transformam em culpados, os utilizam como objetos de seu comércio.

Os mecanismos necessários para evitar o choque entre os direitos fundamentais, não ensejam necessariamente uma forma de censura, mas sim a busca de um controle para que ambas as garantias constitucionais possam ser efetivadas, sem ser necessário uma ferir a outra.

A imprensa não pode atuar sem escrúpulos, deve ter como parâmetro, além de seu código de ética, preceitos morais impostos pela sociedade para que as informações repassadas não interfiram no direito alheio. Com isso, é possível observar que a mídia deve seguir dois deveres básicos, quais sejam de prestar ao público informações que sejam verdadeiras e ainda a prudência durante toda a prática jornalística, compreendendo deste a coleta, triagem, edição e até a aprovação da matéria para a transmissão (ANDRADE, 2007, p. 240).

Ao divulgarem as notícias, os órgãos midiáticos não diferenciam o mero suspeito do culpado, desta forma, os receptores da informação sempre verão os suspeitos como os verdadeiros autores do fato.

Afirma Ana Lúcia Menezes Vieira:

> As notícias infundadas rendem manchetes. As pessoas que são vítimas dessas publicações embasadas em boatos, sobre quem se noticia, de maneira leviana, a prática de delitos, têm a honra, a dignidade e a reputação atingidas. As matérias veiculadas pelo jornalismo que pretende ser de 'investigação' prejulgam, punem, sem que o ofendido tenha direito de se explicar. Acontece um verdadeiro 'linchamento midiático, em que suspeitos, muitos nem acusados formalmente, transformam-se, aos olhos da população, em culpados' (2003, p. 213).

Ocorre que na atual legislação brasileira não há norma que impeça este poder tirano da mídia, que impeça esta invasão sem escrúpulos.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a legislação estado-unidense, garante, de certa forma, que a mídia não exerça sua função de qualquer modo. Ana Lúcia Menezes Vieira mostra como a jurisprudência americana tende a resolver tal situação:

> Os procedimentos que amenizam ou até mesmo podem evitar que os jurados tenham sido influenciados pela publicidade dada aos fatos criminosos, antes do julgamento, são: a) *Voir dire*. Antes de ser formado o Conselho de Sentença, o juiz e as partes podem inquirir os jurados sobre diversos assuntos, para verificar, inclusive, se já não têm eles opinião

ISBN 978-85-62288-05-0

> formada sobre o crime do acusado, pela divulgação do caso pela mídia. Segundo Jean Cédras, procede-se a um exame individual das pessoas sorteadas para avaliar a imparcialidade dos possíveis jurados; b) a possibilidade de mudança da localidade do julgamento – desaforamento (*change of venue*). Se a publicidade dada ao crime, difundida em uma localidade, for suficiente para afetar a imparcialidade dos jurados e puder prejudicar a acusação ou a defesa, essa medida de proteção é eficaz. Todavia, essa probabilidade de prejuízo deverá ser substancial; c) a possibilidade de suspensão do processo em virtude do clima de hostilidade criado pela mídia, com o julgamento postergado para oportunidade previsível, quando a publicidade sobre o crime já se encontrar atenuada (2003, p. 125-126).

No Brasil, há também a possibilidade de ocorrência do desaforamento, assim como ocorre nos Estados Unidos. Tal fenômeno é previsto no artigo 424, Código de Processo Penal.

5. DO DESAFORAMENTO

O desaforamento nada mais é do que a transferência do julgamento de uma comarca para uma outra próxima, tendo em vista a ocorrência de alguma causa que impeça que os jurados analisem determinado caso com imparcialidade.

Fernando Capez conceitua o fenômeno do deslocamento:

> É o deslocamento da competência territorial do Júri, para a comarca mais próxima, sempre que houver interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do Júri ou sobre a segurança do réu (CPP, art. 427) ou, quando, por comprovado excesso de serviço, após ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia (CPP, art. 428) (2010, p. 643).

Uma das possibilidades apresentadas pelo legislador para que um julgamento possa ser desaforado é para que não haja dúvida sobre a imparcialidade dos jurados quando da decisão sobre determinado fato isolado naquela cidade, que possa ter causado, de certa forma, comoção local.

Para o presente trabalho importante é analisar o pressuposto que compreenda a: “dúvida sobre a imparcialidade”, sendo irrelevantes as demais possibilidades de desaforamento. Vale dizer que não há necessidade de se

ISBN 978-85-62288-05-0

comprovar absoluta certeza sobre tal fato, bastam meros indícios de tal imparcialidade para que possa ser requerido o desaforamento.

Ainda sobre o tema, Ana Lúcia Menezes Vieira apresenta:

> Todavia, entende a doutrina, sustentada pela jurisprudência dos nossos tribunais, que o mero noticiário pela imprensa do crime ou do julgamento a ser realizado por si só não pode ser indício de imparcialidade dos jurados, ainda que as opiniões sejam desfavoráveis ao acusado, 'merecendo sempre ser preservada a presunção de imparcialidade, enquanto o noticiário, que até pode ter sido gerado pela identificação do interesse geral intensamente voltado para um crime, não pode ser o retrato, ou estaríamos em um mundo de apáticos e de submissos, da opinião de uma coletividade' (2003, p. 250).

Desta forma, não é a mera publicidade do caso que dará direito ao acusado de peticionar pelo desaforamento do julgamento. Não basta que a imprensa tenha divulgado os atos já ocorridos do processo ou do crime propriamente dito, mas deve haver indícios de que tais informações repassadas possam sim comprometer a decisão dos jurados, que julgarão sem fundamentação alguma.

Todavia, mesmo existindo a possibilidade de desaforamento no Brasil, há situações em que tal solução de nada adiantará. Pode-se dar como exemplo o caso, recentemente julgado, que ficou popularmente conhecido como "Caso Nardoni". De nada adiantaria o desaforamento do julgamento, tendo em vista que tudo o que fora transmitido pela mídia, ocorreu a nível Nacional, atingiu os quatro cantos do país.

Toda a Nação conheceu o casal pela mídia, e tudo o que fora repassado por ela é o que foi assimilado pelos telespectadores. É praticamente impossível imaginar que o julgamento do casal teria outro resultado caso tivesse sido julgado por outro Conselho de Sentença, ainda que distante da localidade de onde os fatos se deram.

6. DA DISTÂNCIA ENTRE O JUDICIÁRIO E A MÍDIA

Mister se faz ressaltar que entre a mídia e o Poder Judiciário há uma distância imensa, e que não deveria existir. Sobre o tema, preleciona Fábio Martins de Andrade:

> É certo que, por muito tempo, a tendência que se vem constatando é a (gradual) intensificação do distanciamento existente entre estas duas importantes instituições brasileiras. Por outro lado, é inegável que o melhor caminho parece ser a busca consciente de uma maior aproximação (responsável) entre as mesmas no exercício quotidiano de suas atividades. À evidência, o mérito seria a exposição do desconhecido mundo jurídico à

ISBN 978-85-62288-05-0

> população em geral; ao seu turno, a mídia poderia divulgar notícias baseadas em informações corretas e precisas sobre o funcionamento do Poder Judiciário. Com isso, todos ganhariam (2007, p. 31-32).

Caso a aproximação entre os institutos (Poder Judiciário e Mídia) fosse regra na Nação, os benefícios trazidos entre essa justaposição seriam diversos, e abrangeriam além dos órgãos, propriamente ditos, toda a população.

Vale lembrar que a população somente conhece dos fatos ocorridos na sociedade pelos órgãos midiáticos, na maioria das vezes, pelos telejornais apresentados na televisão, pelo "plantão da globo", dentre outros programas policiais e não por notas divulgadas pelo Poder Judiciário.

O supracitado autor afirma:

> Se por um lado, novos equilíbrios devem ser encontrados, por outro, a mídia já sedimentou a sua atuação com legitimidade frente à sociedade brasileira. Exemplo claro disso é o elevado grau de confiança que os brasileiros depositam nas informações divulgadas através das notícias veiculadas pelos variados órgãos da mídia. Em sentido diametralmente oposto, por várias razões, o descrédito da sociedade em relação ao combalido Poder Judiciário é crescente. Neste cenário, o clamor pela adequada responsabilização da mídia parece ser ilusório (2007, p. 15).

É nos programas acima mencionados que a população aposta. Sua confiança é depositada na mídia. A população crê veementemente que as informações por ela repassadas são as verdadeiramente ocorridas.

Caso a distância entre mídia e Poder Judiciário não existisse, os órgãos midiáticos estariam sempre à porta do Judiciário, que repassaria, em termos apropriados, de fácil entendimento ao público leigo, tudo o que fosse possível para que a sociedade conhecesse dos fatos ocorridos e do caminho a ser percorrido até que os autores de tais fatos possam vir ser condenados ou absolvidos.

A confiança na mídia continuaria a existir, todavia numa informação verdadeira e coesa com os fatos e a visão popular do Poder Judiciário poderia, inclusive, ser diferente, estendendo ainda a confiança depositada na mídia ao órgão jurisdicional.

A grande distância existente entre a mídia e o Poder Judiciário acaba por criar a desconfiança que existe neste Poder da República, pois tamanha é a ausência de informações das atividades jurisdicionais exercidas, o que faz com que a descrença na justiça cresça no conceito da população brasileira.

ISBN 978-85-62288-05-0

A título de curiosidade, importante demonstrar o valor que possui a TV Justiça, instituída pelo Supremo Tribunal Federal, através da Resolução n. 232, de 2002 (ABDO, 2011, p. 93).

Tal canal, disponível somente para aqueles que usufruem de TV por assinatura ou possuam antenas parabólicas, é administrado pelo Supremo Tribunal Federal e tenta transmitir aos seus telespectadores, as decisões mais importantes do Tribunal máximo da República, debates e diversas notícias relacionadas ao Poder Judiciário em suas diversas dimensões (eleitoral, trabalho, comercial, etc.).

A iniciativa pode ser considerada o início de uma maior aproximação do Judiciário com a população, tendo em vista que, através do canal, é repassado aos cidadãos importantes julgamentos daquela Corte, dentre outros temas de fundamental importância a todos.

7. DO INQUÉRITO POLICIAL E SUA SIGILOSIDADE

O Inquérito Policial é, na maioria dos casos, mas não obrigatoriamente, a primeira peça processual da *persecutio criminis*. É a fase investigatória do crime, onde se analisam todos os fatos e buscando a autoria e a materialidade do delito.

Nesta fase são colhidos todos os elementos necessários para que possa dar início ao processo criminal propriamente dito.

Esta investigação, conforme determina o artigo 4º do Código de Processo Penal, “será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria”.

A função do Inquérito Policial é reunir o máximo de peças possíveis no intuito de formar a *opinio delicti* do órgão acusador, do Ministério Público.

Ocorre que no Brasil vige, como regra, o princípio da publicidade processual. Onde todos os atos ocorridos no processo devem ser públicos, ao alcance de todos, ressalvadas algumas restrições, determinadas em lei.

Todavia, a legislação atual permite tornar o Inquérito Policial uma peça sigilosa, conforme artigo 20, do Código de Processo Penal, determinando que “a autoridade assegurará no inquérito policial o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Em determinadas situações o sigilo do inquérito policial é extremamente necessário para a elucidação do crime e não fere o Estado Democrático de Direito vigente.

A possibilidade de sigilo durante o inquérito policial só demonstra os benefícios que pode trazer ao acusado, tendo em vista que as informações transmitidas, de forma distorcida, podem causar danos muito maiores do que qualquer segredo (VIEIRA, 2003, p. 195).

ISBN 978-85-62288-05-0

Todavia, a sigilosidade do inquérito também não poderá ser absoluta. Como nesta fase já está em jogo o direito de liberdade do acusado, sendo este um sujeito de direitos, mesmo que não haja contraditório nem mesmo ampla defesa, nesta fase, poderá o mesmo, por meio de defesa técnica ter acesso e acompanhar todos os atos realizados no inquérito.

Sobre a sigilosidade e a possibilidade de atuação do advogado, Ana Lúcia Menezes Vieira ensina:

> Assim, entendemos que, como regra, o sigilo do inquérito policial, previsto no art. 20 do CPP não se estende ao indiciado, ao ofendido e aos respectivos advogados constituídos. No entanto, frequentemente, na fase preliminar da *persecutio criminis*, o direito de defesa se contrapõe ao direito de o Estado esclarecer o crime e não ver comprometidas as investigações. Assim, excepcionalmente, se for imprescindível para o êxito das investigações, a autoridade responsável pelo inquérito policial poderá manter em sigilo, inclusive para os advogados, algum ato que se realize no inquérito policial. Todavia, deve tratar-se de ato destinado à averiguação de crime grave, complexo, de difícil esclarecimento (2003, p. 201).

Todavia, o sigilo não poderá se perpetuar, devendo ser extinto assim que o ato for realizado, dando, desta forma, acesso ao advogado aos autos do inquérito.

A já citada autora, sobre os efeitos da divulgação dos atos do inquérito policial pela mídia, afirma:

> Vários problemas surgem com a publicação dos atos do inquérito policial pela mídia, sendo uma faca de dois gumes. Primeiramente, do mesmo modo que a mídia pode auxiliar o trabalho policial para desvendar o crime e suas circunstâncias, a notícia sobre os fatos pode ser prejudicial às investigações. É sabido que os periódicos, ou ainda a televisão, divulgam cada ato do inquérito policial, acompanhando o deslinde das averiguações sobre o delito. Ora, a ação policial pode ser arruinada por uma notícia excessivamente detalhada, ou feita de modo inadequado e em momento inoportuno. O autor do fato, conhecendo a notícia, poderá evadir-se, destruir provas, desaparecer com instrumentos ou produtos do crime, modificar situações que esclareçam as circunstâncias do delito (2003, p. 204).

A ampla divulgação dos fatos, de maneira imprópria, mesmo que existam indícios do crime e da autoria, ferem princípios constitucionais do acusado e faz com que a população já o julgue e o condene, sem que possa se explicar.

ISBN 978-85-62288-05-0

Fábio Martins de Andrade, nas palavras de Martine Ract Madoux, expõe que:

> (...) o inquérito desenrola-se nos media que impõem ao público a sua versão dos factos; este não dispõe de meios para os contradizer. (...) qualquer tentativa para estabelecer outra verdade é considerada como uma vontade de abafar os factos; a sanção midiática, frequentemente bem mais terrível que a sanção penal, é ditada imediatamente, sem qualquer garantia para o indivíduo; uma imagem é suficiente para que a reputação de um homem fique irremediavelmente comprometida (2007, p.266).

A mídia deturpa a imagem do acusado, que posteriormente absolvido jamais terá novamente sua reputação no *status a quo*.

Com a sigilosidade do inquérito o trabalho policial poderia ocorrer da melhor forma, e ainda seria respeitada a dignidade dos suspeitos.

Na Inglaterra, com relação às investigações policiais, tais atos não podem ser repassados pela mídia, pelo fato da mesma influir na fase anterior ao do processo. Nenhum ato pode ser repassado, tudo é sigiloso na investigação realizada pela polícia judiciária inglesa (VIEIRA, 2003, p. 111).

Da mesma forma ocorre na Itália, que vai até o encerramento das investigações pelo membro do Ministério Público. Nenhum ato pode ser transmitido, nem mesmo um resumo do que está ocorrendo nas investigações. A prática deste ato constitui fato típico para o Código Penal italiano, podendo o jornalista que violar a norma responder criminalmente pelos seus atos.

8. ALGUMAS VÍTIMAS DA TIRANIA MIDIÁTICA

Necessário se faz uma pequena análise das consequências sofridas pelas vítimas dos excessos cometidos pelos órgãos da comunicação.

8.1. CASAL NARDONI

O caso conhecido como o “Caso Nardoni”, trata-se da morte da menina Isabella de Oliveira Nardoni, com apenas cinco anos de idade, ocorrido na noite de 29 de março de 2008.

A criança fora encontrada após ter sido jogada do sexto andar do Edifício London, apartamento que pertencia ao pai e a madrasta de Isabella.

Alexandre Alves Nardoni, pai da menina, afirmou que o apartamento teria sido invadido por bandidos e que eles a teriam jogado pela janela do quarto. A criança, que chegou a ser socorrida pelo Corpo de Bombeiros, não resistiu aos ferimentos.

ISBN 978-85-62288-05-0

Ocorre que a polícia deu outra versão aos fatos. Através da perícia ficou constatado que a grade de proteção tinha sido cortada para poder jogar a criança pela janela e ainda que existia marcas de sangue da criança no quarto.

O caso fora amplamente divulgado pela mídia, o que fez com que repercutisse no Brasil todo.

A emissora de TV *Globo News* divulgou cada detalhe dos fatos repassados pelo pai e também da perícia realizada.

A Folha de São Paulo foi a primeira a divulgar que os primeiros laudos Instituto Médico Legal indicavam que poderia ter ocorrido asfixia anteriores à morte.

A cada momento a mídia divulgava um novo detalhe que ainda não existia, o que tornava o caso mais assombroso.

Vale lembrar que mesmo a imprensa tendo sido impedida de acompanhar o enterro da menina, algumas emissoras de TV transmitiram por meio de imagens feitas por helicópteros.

O casal, suspeito do assassinato, foram à público e deram sua versão dos fatos, em rede nacional, no programa Fantástico, da Rede Globo, no dia 20 de abril de 2008 e negaram todas as acusações feita pela polícia.

A mãe da criança, Ana Carolina Oliveira, deu uma entrevista à Rede Record, no dia 14 de maio de 2008.

O fato rendeu dias e dias de grandes manchetes na TV e ainda nas outras formas de comunicação.

O programa Brasil Urgente, na Rede Bandeirantes, exibiu imagens do pai bebendo cerveja num bar, imagens essas que foram feitas por duas pessoas que não quiseram ser identificadas.

Todas as emissoras transmitiam um pouco do que estava acontecendo nas investigações e divulgavam a todo momento cada detalhe da investigação, depoimentos do pai, da mãe, dos tios. Detalhes que a polícia ainda nem tinham acesso.

A repercussão fora tanto que o caso chegou a ser transmitido inclusive no exterior.

Com cinco dias de julgamento, no dia 22 de março de 2010, o pai e a madrasta, foram condenados por homicídio triplamente qualificado. Alexandre fora condenado a uma pena de pouco mais de 31 anos e a Ana Carolina Jatobá a 26 anos e 8 meses, ambos em regime fechado.

Talita de Cássia Martins Perim, sobre o tema, compreende que:

> Durante toda a fase investigativa como na processual, houve um verdadeiro espetáculo da imprensa sobre esse caso, que acabou por chocar a todos, e desse modo influenciar a opinião pública no sentido de que o casal era o

ISBN 978-85-62288-05-0

> responsável pela morte da menina, não permitindo, dessa forma, que eles pudessem provar o contrário, pois todos os fatos noticiados eram no sentido de demonstrar a culpa do casal, e nunca a sua inocência. Por ter havido uma grande divulgação de notícias relacionadas ao caso, a defesa do casal foi prejudicada, porque o julgamento foi realizado por membros da sociedade, que estavam influenciados pelas notícias sensacionalistas, podendo dizer que o casal estava condenado mesmo antes de ser julgado pelo Tribunal do Júri. (2011, p. 48).

Impossível negar que os jurados, juízes que decidiram a sentença final do casal, já não tinham suas convicções formadas cerca de dois anos do julgamento, levando em conta todas as informações obtidas por meio da mídia que a todo instante trazia o caso à tona.

8.2. ESCOLA BASE

Outro exemplo a ser dado da grande influência exercida pela mídia é o famoso caso, popularmente conhecido como o caso da "Escola Base". Sobre o crime Ana Lúcia Menezes Vieira apresenta:

> O conhecido caso da 'Escola Base' é emblemático. Segundo o relato de Alex Ribeiro, 'era uma notícia impacto: crianças de classe média estariam sofrendo abusos sexuais justamente dos responsáveis por uma escolinha, que deveriam zelar por sua integridade' (*Caso Escola Base...,* cit., p. 47). Tudo começou com uma despretensiosa conversa entre mãe e filho de 4 anos. De uma frase dita pelo menino, a mãe concluiu, após algumas respostas às suas perguntas, que as crianças da escolinha estavam sofrendo abusos sexuais. Relatou o fato à outra mãe de aluno e levaram a notícia à Delegacia de Polícia. A autoridade policial entrou em ação. Como se a situação requeresse, em clima de muito alarde foram feitas as 'investigações'. Toda a imprensa já estava de prontidão. As notícias dos 'indícios' começaram a ser divulgadas. O delegado que presidia o inquérito não só transmitia aos repórteres o que fazia, mas o que pretendia fazer. As averiguações, as buscas, as oitivas das vítimas, o interrogatório dos suspeitos eram acompanhados de perto pela mídia. Em tom de sensacionalismo, todos os atos do inquérito, inclusive os que não existiam, eram divulgados nos meios de comunicação. A escola foi depredada, os proprietários tiveram que abandonar o emprego, não podiam sair às ruas, pois suas fotos estavam estampadas em todos os locais e, além de poderem sofrer agressões do público, suas vidas corriam risco. Foram colocados no

ISBN 978-85-62288-05-0

> 'pelourinho' da imprensa. Perderam tudo o que tinham, entre bens materiais e morais. E, quanto ao inquérito, foi arquivado por falta de elementos que evidenciassem a ocorrência de crimes. Não há indenização que seja capaz de restituir as perdas sofridas pelas vítimas da imprensa e daquele que tinha o dever de agir com critério, comedimento e sob sigilo, uma vez que cabível e justificável *in casu* (2003, p. 205-206).

Mesmo com o breve relato dos fatos, possível observar o quanto os, tão somente, indiciados, tiveram sua vida privada exposta, violada. Bem como o direito a ser considerado inocente, até sentença penal condenatório transitada em julgada, direito à honra, dentre tantos outros.

Vale dizer que os prejuízos causados às vítimas do referido caso, não pode ser mensurado. Quanto aos bens materiais, perderam tudo, perderam a fonte de renda da família, pois não haviam mais alunos matriculados numa instituição que ao invés de ensinar, tem como proprietários pedófilos. E ainda, quanto ao dano moral causado, impossível imaginar o tamanho do prejuízo psicológico causado, sem levar em conta ainda, toda a turbulência que tiveram em suas vidas, durante todo o processo investigativo e mesmo após, tentando recompor suas vidas.

Ainda hoje, mesmo com a decisão de arquivamento do inquérito policial, os acusados cumprem a pena imposta pela imprensa e pela opinião pública: a exclusão social (VIEIRA, 2003, p. 168 – 169).

Não há ressarcimento imaginável, que possa reverter os efeitos causados pela sentença aplicada pela mídia sensacionalista.

9. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E O TRIBUNAL DO JÚRI

Deve-se ter maior preocupação sobre a grande influência que têm os meios de comunicação de massa com relação aos crimes a serem processados e julgados perante o Tribunal do Júri.

Os jurados escolhidos para compor o Conselho de Sentença do Júri, não são escolhidos sob um critério jurídico, são na maioria das vezes leigos na seara do direito.

Com isso, quando do dia do plenário de julgamento, como os termos utilizados pela acusação e defesa e, inclusive pelo juiz presidente, são desconhecidos dos julgadores, é difícil o entendimento do discurso das partes do processo.

Vale lembrar ainda que os jurados, na maioria das vezes, já conhecem o caso que foi amplamente divulgado pela mídia, seja nos crimes com menor repercussão, com base na mídia local da cidade, seja nos crimes de maior amplitude, divulgados pelos órgãos midiáticos a nível nacional.

ISBN 978-85-62288-05-0

Como dito anteriormente, ao transmitir a informação sensacionalista, a mídia repassa ao futuro jurado o relato dos fatos, conforme seu interesse, e por ser a primeira informação a ser conhecida e a que ficará, seja no consciente seja no inconsciente do receptor.

Desta forma, já em plenário, com o "sim" e o "não" nas mãos, colocará na urna o voto com base no que a mídia sensacionalista e tirana requereu e não no que fora apresentado durante os debates do julgamento.

É através do que fora repassado pelos *mass* que os jurados conheceram pela primeira vez dos fatos, desta forma "a impressão que a mídia transmite do crime e do criminoso produz maior efeito neles do que as provas trazidas pelas partes na instrução e julgamento no plenário (VIEIRA, 2003, p. 246)".

Vale lembrar mais uma vez que, nos julgamentos do Tribunal do Júri, os jurados, diferentemente do que ocorre com os magistrados togados, julgam segundo a íntima convicção, sem a necessidade de fundamentação qualquer de sua decisão.

Não estão atrelados às provas produzidas nos autos, nem mesmo as apresentadas em plenário. Aos jurados, integrantes do Conselho de Sentença, necessário somente que decidam sim ou não.

Com a influência exercida pela mídia e com a desnecessidade de fundamentação da decisão do Conselho de Sentença é inegável que a decisão tomada pode ser aquela que os meios de comunicação requereram, conforme a vontade da opinião pública.

A mídia, ao expor os fatos ocorridos, da forma como expõe rotineiramente, faz com que, de certa forma, já exista um prejulgamento do acusado por parte de toda a sociedade, o que se concretiza do dia do Grande Júri.

Interessante é que, mesmo sendo notável o grande poder exercido pelos *mass media*, impossível demonstrar que a decisão tomada pelos jurados fora com base nas informações repassadas, levando em conta que não precisam de nenhuma fundamentação jurídica para a decisão, o que impossibilita a demonstração de onde partiu a motivação para tal decisão.

Sobre a efetiva influência que a mídia exerce sobre os jurados (juízes leigos), Fábio Martins de Andrade ensina:

> (...) o julgamento de questões judiciais cabe legitimamente ao Poder Judiciário. Todavia, em razão do elevado poder de penetração alcançado pelos diversos órgãos da mídia na vida quotidiana da sociedade, sabe-se que, em sua relevante função de informar (corretamente) o público, muitas vezes, acaba por influenciar e manipular a opinião pública. Esta influência advém da manipulação de fatos e prévia construção da realidade. Juntamente com a opinião pública, tal influência estende-se, em certa

ISBN 978-85-62288-05-0

> medida, aos juízes (togados ou leigos) encarregados de julgar as causas criminais ao Juízo do qual são titulares (2007, p. 296).

Os jurados, juízes de fato, são os considerados juízes leigos, aqueles que não ingressam na carreira em virtude de concurso público, mas julgam, em decorrência de norma expressa na Carta da República de 1988. As informações que são transmitidas pela televisão manipulam os jurados, que acabam decidindo uma causa conforme o que a mídia apresenta, mesmo que inconscientemente.

O supracitado autor afirma ainda:

> Verifica-se que, na maioria dos casos, é preocupante a situação de um suspeito, indiciado, investigado, acusado ou réu que se veja processado perante um juízo que tem conhecimento das notícias divulgadas diariamente nos órgãos da mídia sobre vários aspectos da sua vida. Quando a mídia realmente se 'interessa' pelo caso, é certo que extrapola os limites do processo judicial em trâmite, o que já poderia ser deveras desastroso. A sanha 'investigatória' e justiceira de certos repórteres vai além: revira a vida inteira do cidadão colocado no banco dos réus. Com isso, divulgam-se inclusive fatos pretéritos que, por vezes, não se relacionam com a causa sob julgamento. E todas estas 'informações' divulgadas pelas notícias sensacionalistas veiculadas pelos vários órgãos da mídia são consumidas indistintamente pelos (potenciais) jurados e demais usuários componentes da 'opinião pública' (2007, p. 315).

Desta forma, é possível a análise de que os indiciados que são julgados pelo Tribunal do Júri, não são julgados no dia do plenário, mas sim antes mesmo de se iniciar o processo criminal para apuração do fato. Já são julgados pelos próprios jurados, pois os mesmos formam sua convicção, não pelos fatos lhes transmitidos no dia do julgamento, mas sim pelas notícias repassadas pela *mass media*, logo da ocorrência do delito e durante toda a investigação policial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena. *Mídia e Processo.* São Paulo: Saraiva, 2011.

ANDRADE, Fábio Martins de**.** *Mídia e Poder Judiciário:* a Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2006.

ATKINSON, Rita L.; Richard C. Atkinson; Edward E. Smith; Daryl J. Bem; Susan Nolen-Hoeksema. *Introdução à Psicologia.* Rio Grande do Sul: Artmed Editora, 2002.

ISBN 978-85-62288-05-0

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Tribunal do Júri – Aspectos Constitucionais e Procedimentais. São Paulo: Verbatim, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *A liberdade de expressão e a comunicação social*. Cadernos de Direitos Constitucional e Ciência Política, São Pauli, ano 5, n. 20, p. 48-52, julho-setembro 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Tradução Lucia Guidicini e Alessandro B. Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BOCK, Ana Mercês Bahia; Odair Furtado; Maria de Lourdes Trassi Teixeira. *Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia.* São Paulo: Saraiva, 2003.

BUCCI, Eugênio. *Sobre a ética e imprensa.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *O Novo Júri Brasileiro.* São Paulo: Primeira Impressão, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico.* São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil.* São Paulo: Bushatsky, 1975.

HUNGRIA, Nelson. *Crimes contra a honra por meio da imprensa (Dec. nº 24.776, de 14 de julho de 1934)*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Direito e Jornalismo.* São Paulo: Verbatim, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* São Paulo: Saraiva, 2010.

MADOUX, Martine Ract. *Criminalidade, processo penal e os meios de comunicação. Revista Portuguesa de Cência Crimina*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 9, Fascículo 2º, pp. 213-228, 1999.

MARREY, Adriano; Alberto Silva Franco; Rui Stoco. *Teoria e Prática do Júri.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada.* São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Júri – Princípios Constitucionais.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PERIM, Talita de Cássia Martins. *A Influência da Mídia no Sistema Penal.* Ourinhos-SP: 2011. Monografia Científica em Direito nas FIO-Faculdade Integradas de Ourinhos.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri – Procedimentos e aspectos do julgamento.* São Paulo: Saraiva, 2005.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Constituição e Mídia no Brasil.* São Paulo: MP Editora, 2006.

ISBN 978-85-62288-05-0

SENDEREY, Israel Drapkin. *Imprensa e Criminalidade.* São Paulo: José Bushatsky, 1983.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico.* São Paulo: Cortez, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Mídia e crime.* São Paulo: Método, 2001.

SOUZA, Artur César. *A decisão do juiz e a influência da mídia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TORON, Alberto Zacharias. *Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, nº 36, p. 257-272, out. – dez. 2001.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ISBN 978-85-62288-05-0

"SERIAL KILLER":
Um inimigo do Direito Penal na era das Garantias Fundamentais

Letícia Gabriella ALMEIDA[369]

RESUMO

O presente trabalho analisa as principais características do Direito Penal do Inimigo, após uma breve explanação da teoria que lhe deu origem, focando no conflito com os direitos fundamentais. Por um lado, a mídia sensacionalista incitando a criação de novos "Inimigos sociais". Por outro, a busca pela efetividade dos princípios norteadores do ordenamento e a garantia dos direitos individuais e coletivos. Dentre os esclarecimentos desta obra, o serial killer como exemplo de Inimigo do Estado, após a apresentação do Projeto de Lei 140/2010, que não só o classifica como Inimigo, como também viola o princípio da dignidade humana, base da Constituição Federal brasileira. O principal objetivo do estudo é justamente focar nos contrastes entre uma teoria que, além de classificar o indivíduo como uma "não-pessoa", restringe ou elimina por completo seus direitos individuais, em contraponto ao avanço do Séc. XXI, às garantias fundamentais dos cidadãos, a busca por uma humanização do Direito e a tentativa de efetivar e garantir um Estado Constitucional Democrático. Essa intenção de, ora defender os direitos de alguns indivíduos e ora eliminar o "status" de pessoa de outros, nada mais é do que um ato inconstitucional e de retrocesso aos avanços dos Direitos Humanos, violando o princípio da igualdade e, consequentemente, o princípio da dignidade humana.

ABSTRACT

The present work analyses the main features of the Criminal Law of the Enemy, after a brief explanation about the theory that gave it rise, focusing on the conflict with the Fundamental Rights. On one hand, the sensationalist media encouraging the creation of new "social enemies"; on the other, the search for the effectiveness of the guiding principles of the legislation and the protection of individual and collective rights. Among the clarifications of this work, the serial killer as an example of state's enemy, subsequently of the presentation of the 140/2012 bill, which not only classifies as enemy, as also violates the principle of human dignity, base of Brazilian Federal Constitution. The main goal of the study is precisely focus on the contrast between a theory that, besides classifying the individual as an "non-person", restricts or completely eliminates its individual rights, compared to the XXI Century advance in relation to the fundamental guarantees of the citizens, the search for the

[369] Estudante da 2ª série do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

ISBN 978-85-62288-05-0

humanization of the law and the attempt to enforce and protect a Democratic Constitutional State. This intention of, now protect the rights of a few individuals and then eliminate the status of person of another ones, is nothing more than an unconstitutional act and a regress of the Human Rights progress, violating the principle of equality and, consequently, the principle of human dignity.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal do Inimigo; Direitos fundamentais; Serial Killer.

KEYWORDS: Criminal Law of the Enemy; Fundamental Rights; Serial Killer.

Introdução

"*Liberté, Egalité, Fraternité"* – os ideais da Revolução francesa de 1989, não só romperam com o absolutismo monárquico, como também estabeleceram e delimitaram os princípios dos Estados Constitucionais Democráticos de Direito. O século XXI, com a internacionalização dos direitos humanos e as garantias constitucionais, passa a ser chamado, por alguns estudiosos, de "século da solidariedade". Se, por um momento, a liberdade e a igualdade apareciam mais frequentemente, agora, através das políticas sociais e do Estado Social, a solidariedade vem atingindo grandes proporções, e transformando textos constitucionais.

Em meio à essa evolução das garantias individuais e coletivas, parece imprevisível e inaceitável a criação de um Direito de Segregação, uma diferença de tratamento entre indivíduos do mesmo Estado, sob império da mesma lei. É justamente sobre essa distinção que o trabalho abordará: Os argumentos que levam alguns autores e estudiosos à defenderem o Direito Penal do Inimigo, ainda que seja claro, na abordagem da teoria de Jakobs, o preconceito e a restrição dos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo.

No Brasil, que após a Constituição de 1988 passa a ser, teoricamente, um país de muitos direitos e garantias aos cidadãos e, bem por isso, tem sua Carta maior conhecida como a "Constituição Cidadã", observa-se uma criação constante de "inimigos da sociedade". Ainda que, muitas vezes, são "incitados" pela mídia e indicados pelos grandes nomes e representantes do país, observa-se uma constante criação de inimigos através da própria legislação que, contradizendo seus princípios constitucionais, tipifica sanções e condutas além da constitucionalidade do Estado, como o Projeto de Lei 140/2010, que conceitua e indica claramente a intenção de classificar o "Serial Killer", assassino em série, como um Inimigo do Direito Penal Brasileiro.

Nesse trabalho, há o claro objetivo de contrastar as restrições consequentes do Direito Penal do Inimigo em contraponto ao Século da Solidariedade, momento

ISBN 978-85-62288-05-0

de expansão e valorização dos direitos humanos, não só no texto da lei, mas na garantia e na efetividade dos mesmos.

1 A responsabilidade do Direito Penal e a restrição da liberdade

O Direito Penal, como todas as demais áreas jurídicas, surge com a necessidade de controle social. Por controle social, nesse contexto, entende-se a criação e organização de relações. Sendo o ser humano gregário por natureza, está necessariamente integrado na vida social e, consequentemente, estabelece com os indivíduos relações recíprocas de "coordenação, subordinação, integração e delimitação".

Essas relações podem se dar no âmbito civil, familiar, trabalhista, penal ou em diversos outros campos abarcados pelo Direito. Nesse momento, nosso foco está relacionado à proteção dos bens mais importantes e necessários da sociedade, os chamados bens jurídicos. Ao conceito e aos critérios de seleção não será dado muito enfoque, visto não ser esse, no momento, o objetivo do trabalho. Entretanto, faz-se necessário ressaltar que esses bens só serão selecionados e protegidos pelo Direito Penal quando as demais áreas não solucionarem o caso concreto. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt: "O Direito Penal deve ser a ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade." (BITENCOURT, 2003, p. 32.)

A violação aos bens juridicamente protegidos torna-se, então, o grande foco do Direito Penal. Mais precisamente, a sanção estabelecida aos transgressores constitui-se como o grande diferencial do ramo, visto que apenas em âmbito Criminal a consequência pela violação pode atingir a liberdade do indivíduo, limitando seus direitos fundamentais. Bem por isso, a análise do delito deve ser minuciosa e concreta, visto que um erro no Direito Penal pode custar muito mais do que a própria violação.

Partindo desse princípio, faz-se necessária a análise do primeiro tópico a ser discorrido. Como conceituar um crime no Direito Penal? Como estabelecer regras e caminhos para a certeza de que houve uma transgressão, que a mesma foi ilícita e que o agente foi culpado?

2 As teorias da conduta e o nascimento do inimigo

O crime pode ser conceituado através do seu aspecto material (ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal), formal (violação à própria lei penal) e analítico.

O conceito analítico, diferente do conceito "concreto" dos demais, analisa individualmente cada elemento do crime, de maneira estratificada. Quanto ao

ISBN 978-85-62288-05-0

assunto, discorre Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli da seguinte forma*:*

> Deve ficar claro que quando afirmamos que o conceito ou a explicação que damos do delito é estratificado, queremos dizer que se integra em vários estratos, níveis ou planos de análise, mas isto de nenhuma maneira significa que o estratificado seja o delito: o estratificado é o conceito que do delito obtemos por via de análise (2004, p. 368).

Ainda dentro do conceito analítico, existem grandes divergências na doutrina, que se dividem predominantemente em três teorias. A primeira, conhecida como Bipartide, considera elementos do Crime o "fato típico e antijurídico". Em contrapartida, para a teoria Tripartide, o crime é constituído por um fato típico, antijurídico e culpável. Por fim, a teoria Quadripartida, que aponta o fato típico, antijurídico, culpável e punível.

De forma genérica, a conduta será típica quando expressamente prevista no ordenamento jurídico, de acordo com o princípio da reserva legal; será antijurídica (ilicitude) quando esta conduta for contrária ao ordenamento jurídico como um todo. A conduta será culpável (para os que assim entendem), quando caracterizada pelo juízo de reprovação ao agente pela contradição entre sua vontade e a vontade da lei. Para os bipartides, ela seria apenas um pressuposto para aplicação da pena.

Assim, o fato típico, conceituado acima, é composto de quatro elementos: Conduta, Resultado, Nexo de causalidade e Tipicidade.

A definição da conduta, para melhor entendimento desse estudo, pode ser retirada de diferentes teorias. Entre elas, a clássica teoria do Séc. XIX, chamada de naturalista ou causal, que definia a conduta como qualquer modificação no mundo externo, qualquer exteriorização de movimento, sem visualizar finalidade. Aqui, dolo e culpa eram elementos subjetivos analisados apenas na culpabilidade, descartando sua importância dentro da conduta. Posteriormente, em meados do século XX, surge a teoria finalista. Rompe com a ideia de dolo e culpa como elementos da culpabilidade e os transporta para o fato típico. Sendo assim, a conduta começa a ser analisada tendo em vista sua finalidade e intenção.

O código penal em vigor, com a Reforma da parte geral pela Lei 7.209/1984, parece ter manifestado preferência pelo finalismo penal. Uma forte evidência se encontra no art. 20, caput: "O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei". Contudo, tem-se observado há algum tempo, que a teoria finalista não mais satisfaz, e abre-se espaço para um novo estudo, o funcionalismo. Ensina-nos, com proficiência, Luís Greco:

ISBN 978-85-62288-05-0

> O finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e a legitimidade da atuação do Direito Penal. (GRECO 2000, p. 39).

O dilema moderno não busca mais uma definição do Direito Penal, mas há um interesse sobre sua finalidade, para que serve. É nesse momento que chegamos ao ponto principal da análise, a teoria funcionalista.

O funcionalismo, criado na Alemanha em 1970, teoriza que o ordenamento Penal deve ser estruturado, interpretado, aplicado e executado tendo em vista a sua função e, em última análise, as finalidades das suas penas ou medidas alternativas. Sendo assim, o conceito de crime tem por base as funções do Direito Penal. Partindo dessa premissa, essas finalidades são determinadas, predominantemente, por três diferentes enfoques.

O Funcionalismo moderado, teleológico ou valorativo foi contextualizado pelo penalista alemão Claus Roxin, que determina como função exclusiva do Direito Penal proteger bens jurídicos essenciais. Sendo assim, ao Direito Penal cabe à tutela da sociedade, seria um órgão de controle social, traduzindo sentimentos e anseios coletivos.

Por outro lado, o Funcionalismo reducionista ou contencionista, defendido por Zaffaroni, aponta como função do Direito Penal a redução do poder punitivo do Estado. Assim, caberia à ele: conter, evitar o excesso, evitar o abuso e a desproporcionalidade da sanção no âmbito criminal.

Por fim, para finalizar as classificações iniciais e dar enfoque ao tema principal do trabalho, abordamos o Funcionalismo sistêmico ou radical, idealizado por Jakobs. Para ele, a finalidade básica do Direito Penal, que o faz por meio das suas penas, é a reafirmação da autoridade da norma, justamente para fortalecer as expectativas dos seus destinatários de que aquela norma está em vigor e, logo, deve ser respeitada. A proteção do bem jurídico nesse viés fica em segundo plano, como consequência. Na concepção de Jakobs, respeitar a norma era uma obrigação do indivíduo. Aquele que a desrespeitasse, era considerado um inimigo da sociedade. Esse era o ponto de partida para a teoria que, nesse momento, passa a ser nosso objeto de estudo.

3 O pacto social e a culpabilidade do inimigo

ISBN 978-85-62288-05-0

Os filósofos contratualistas, que se destacaram dentre os séculos XVI e XVIII, criaram uma noção de contrato em que todos os membros da sociedade abririam mão de alguns direitos e se sujeitariam a alguns limites, a fim de estabelecer uma ordem social. Partem do exame da condição humana sem qualquer estruturação, o chamado "estado de natureza", em que as ações dos indivíduos estariam limitadas apenas por seu poder e consciência, e buscam uma explicação racional para a abdicação dessa liberdade buscando a segurança e a comodidade de um sistema organizado.

O pacto social é, claramente, a base do direito penal do inimigo. O inimigo é justamente o indivíduo que visa romper essa ordem. É aquele que visa desorganizar a estrutura e praticar crimes determinados à quebra do pacto social.

Nesse momento, Jakobs divide o Direito Penal. De um lado, estaria o Direito Penal do cidadão. Aqui, há um Direito com regras, com garantias. São respeitados os princípios do direito penal, entre eles o princípio da legalidade, da ampla defesa, da limitação das penas, entre outros. Sendo assim, ao delinquente, desde que não apresentasse perigo ao Estado, era aplicado o Direito penal do cidadão. Seria mantido seu "status de pessoa" e teria suas garantias constitucionais preservadas; após cumprir a sanção estabelecida e proporcional ao seu delito, seria reintegrado à sociedade.

O inimigo, contrário ao delinquente, não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. São aqueles delinquentes que atuam de forma reiterada, sistemática e organizada em práticas criminosas, representando uma ameaça à estrutura basilar do Estado, pondo em risco a paz social, decorrente de grave e reiteradas violações a bens jurídicos de significativa relevância. Inexistem ou são limitadas, aqui, as garantias penais e processuais constitucionais. Como exemplifica Luiz Flávio Gomes:

> Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas).(GOMES, 2005, Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2)

O inimigo não pode ser considerado como sujeito de direito, mas apenas como objeto de direito. À ele, seria aplicado o Direito Penal do Inimigo.

O estudo destes criminosos encontra margem no tocante a sua imputabilidade, que é a capacidade de ser considerado culpado. Sendo o inimputável carente desta capacidade, e o semi-imputável prejudicado na mesma.

ISBN 978-85-62288-05-0

Aqui, abordaremos brevemente, as diferenças entre indivíduos imputáveis e inimputáveis. Ao imputável, a punição se dá por um juízo de culpabilidade. É responsabilizado por aquilo que fez, no passado, e deve ser punido através da restrição de liberdade, durante um tempo limitado, até apresentar condições de ressocialização. Ao inimputável, há a observância de um juízo de periculosidade. O indivíduo deve ser julgado não pelo que fez, mas pelo que pode voltar a fazer. Bem por isso, a medida de segurança aplicada aos inimputáveis só tem prazo mínimo, ou seja, não há condições de estabelecer um prazo para a "cura" do inimputável. Muitas vezes, ela nunca é alcançada.

Voltando ao Direito Penal do Inimigo, Jakobs faz uma correlação entre indivíduos imputáveis e inimputáveis, e aponta o Inimigo como Imputável, mas de alta periculosidade, ou seja, à ele não basta a aplicação de uma pena pelo que fez, mas também um cuidado pelo que pode voltar a fazer, estabelecendo por punição a medida de segurança.

Ao longo da história, vários "Inimigos" são apontados, ainda que o termo não fosse utilizado. Os tiranos da Roma Antiga, os perseguidos pela Igreja Católica durante a Inquisição, os judeus durante a 2ª guerra mundial, o comunismo na Guerra Fria. Constantemente, a mídia e a opinião pública "elegem" novos tipos como Inimigos do Direito Penal. Esses tipos, como exemplificado, não dizem a respeito do que a pessoa fez, mas do que a pessoa é. Observa-se, aqui, um Direito Penal do Autor, a pessoa deve ser punida pelo que faz parte, pela raça, pela opinião, pela posição política, pela idealização.

4 O inimigo do séc. XXI

Ainda que apontados diferentes exemplos mais antigos de indivíduos considerados "Inimigos", o termo foi usado pela primeira vez em 1985, e seu desenvolvimento teórico e filosófico somente foi levado a cabo a partir da década de 1990.

Ronny A. Alvez Almeida exemplifica:

> Os episódios de 11 de setembro de 2001, em que terroristas destruíram milhares de vidas, incentivaram e deram muita força à teoria do inimigo. Nesse diapasão, recordemos que os Estados Unidos aprovaram leis que permitiram que o governo realizasse diversos procedimentos investigatórios que feriam diversas garantias naturais inerentes a todo o cidadão, entre elas a intimidade. Entretanto, em nome da punição ao inimigo número 1 do mundo, abriu-se a possibilidade de a polícia governamental invadir a vida privada. (ALMEIDA, Revista de Crítica Jurídica - 2009)

ISBN 978-85-62288-05-0

O terrorista é, hoje, um dos inimigos mais apontados pelos estudiosos do Direito. Segundo Jesús-María Silva Sánchez:

> O indivíduo não nasce "inimigo", mas se torna um através do abandono duradouro do Direito e essa "transição da condição de 'cidadão' para 'inimigo' iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas" (2002, p. 149).

Baseando-se nesse conceito, vários outros indivíduos, grupos ou figuras da sociedade poderiam ser definidas como tal. No Brasil, há vários exemplos de figuras "tipificadas" como inimigas. A Lei nº 8.072, ao dispor sobre crimes hediondos e diferenciá-los dos demais descritos no Código Penal, indiretamente classifica os citados como inimigos da sociedade. Surge em 2003 a lei 10.792 que alterou a Lei de Execuções Penais e introduziu entre nós o chamado Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, que é característica marcante do chamado direito penal de terceira velocidade. A referida lei trouxe a possibilidade de o RDD "abrigar o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando"[370].[1]

5 O "Serial Killer" no Direito Penal Brasileiro

Além dos exemplificados acima, bem como de tantos outros "inimigos do Direito brasileiro", enfatiza-se agora o Projeto de Lei responsável pela estruturação desse trabalho.

Tramita na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o projeto de lei 140/2010, de autoria do Senador Romeu Tuma, que introduz na legislação penal brasileira o conceito de assassino serial, ou como conhecido, "serial killer". O termo foi usado pela primeira vez em meados de 1970, por Robert Ressler. O agente do FBI e estudioso do assunto pertencia a uma unidade do FBI chamada

---

[370] [1] "Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:
I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
II - recolhimento em cela individual;
III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.
§ 1o O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade
§ 2o Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando."(NR)

ISBN 978-85-62288-05-0

Behavioral Sciences Unit – BSU (Unidade de Ciência Comportamental), que tinha sua base em Quântico, Virgínia. Esta unidade deu continuidade ao trabalho do psiquiatra James Brussell, pioneiro no estudo da mente de criminosos. O BSU começou montando uma biblioteca de entrevistas gravadas com serial killers já condenados e presos em todos os EUA. Os investigadores da unidade visitavam os criminosos e tentavam entrar em suas mentes, compreender o que os impulsionava a matar. Com o tempo, as técnicas foram aprimoradas. Em 1985 o FBI criou o VICAP (Violent Criminal Apprehension Program), que consiste em um programa informático criado para avaliar e relacionar tais crimes. Igualmente especializou alguns de seus agentes, treinando "especialistas na identificação" dos assassinos, determinando contornos psicológicos e psiquiátricos que levariam mais facilmente às identificações de autoria e conseqüentes prisões. Criou-se, igualmente, como departamento do FBI, o NCAVC – National Center for the Analysis of Violent Crime (Centro Nacional para a Na'lise de Crimes Violentos), onde se estuda o comportamento de tais indivíduos, realizando investigações, operando e assistindo a outras polícias no interior dos EUA e no Estrangeiro.

Conceituar um assassino em série nos leva a grandes discussões da doutrina. Aqui, há uma observância quanto à quantidade de crimes, ao resultado, às características das vítimas, à frequência. Não há uma análise superficial ou uma simples adequação à norma, mas uma interpretação e uma busca por datas, fisionomias e procedimentos. Para Ilana Casoy:

> Aceitamos como definição que serial killers são indivíduos que cometem uma série de homicídios durante algum período de tempo, com pelo menos alguns dias de intervalo entre eles. O espaço de tempo entre um crime e outro os diferencia dos assassinos de massa, indivíduos que matam várias pessoas em questão de horas.O primeiro obstáculo na definição de um serial killer é que algumas pessoas precisam ser mortas para que ele possa ser definido assim.(CASOY, 2003, pg. 14)

Para a autora, o motivo do crime, ou mais exatamente, a falta dele, é extremamente importante para a definição de um assassino como serial. As vítimas parecem ser escolhidas ao acaso e mortas sem nenhuma razão aparente (Casoy, 2003). Raramente, o serial killer conhece sua vítima. Ela representa, na maioria dos casos, um símbolo. Na verdade, ele não procura uma gratificação no crime, apenas exercita seu poder e controle sobre outra pessoa, no caso, a vítima.

Uma das definições mais atuais de *serial killer* é a de EGGER, professor de Justiça Criminal da Universidade de Iilinois, em Sprinfield, que em 1998 rebaixou o até então o vigente número de três homicídios para dois: um assassinato em serie ocorre quando um ou mais indivíduos cometem um segundo e posterior assassinato;

ISBN 978-85-62288-05-0

não existe em geral relação anterior entre a vitima e o agressor, os assassinatos posteriores ocorrem em diferentes momentos e não tem relação aparente com o assassinato inicial e costumam ser cometidos em uma localização geográfica distinta. Ademais, o motivo do crime não é o lucro, mais sim o desejo do assassino de exercer controle ou dominação sobre suas vitimas. Estas últimas podem ter um valor simbólico para o assassino ou ser carentes de valor, e na maioria dos casos não podem defender-se e avisar a terceiros de sua situação de impossibilidade de defesa ou são vistas como impotentes, dados sua situação neste momento, o local e a posição social que detenham dentro de seu entorno.

Uma das tarefas mais complexas ao estudarmos os assassinos em séries é definir sua culpabilidade. Para alguns, são pessoas plenamente capazes e conscientes, que devem ser punidas e afastadas da sociedade. Para outros, os "serial killers" são figiras psicopáticas, e, nas palavras de Delton Croce se definem como:

> [...] Indivíduos que, sem perturbação da inteligência, inobstante não tenham sofrido sinais de deterioração, nem de degeneração dos elementos integrantes da psique, exibem através de sua vida intensos transtornos dos instintos, da afetividade, do temperamento e do caráter, mercê de uma anormalidade mental definitivamente preconstituída, sem, contudo, assumir a forma de verdadeira enfermidade mental (CROCE, 1998, p. 560).

Se caracterizados como psicopatas, o Código Penal Brasileiro é claro:

> "Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
>
> Redução de pena
>
> Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento."

Portanto, em matéria de inimputabilidade absoluta, o Código Penal brasileiro adotou o chamado sistema "biopsicológico normativo ou misto". Não basta que o agente simplesmente esteja acometido por alguma moléstia mental, é indispensável que este transtorno mental realmente afete a capacidade de compreensão do

ISBN 978-85-62288-05-0

caráter ilícito do fato ou de determinação no momento da ação criminosa.

De regra, os psicopatas possuem capacidade de compreender o caráter ilícito de seu ato, constatação que por si só poderia nos levar a crer que são indivíduos imputáveis. Sucede que, o problema pode residir na capacidade de autodeterminação. Em muitos casos, o psicopata não possui capacidade para determinar-se conforme seu entendimento. Nesta hipótese, o psicopata seria considerado inimputável, a teor do disposto no *caput* do artigo 26.

Buscando solucionar esse conflito de culpabilidade, o legislador, em 2010, apresenta um projeto de lei conceituando e estipulando sanções aos indivíduos em questão. De acordo com sua justificativa: “As ações criminosas do assassino em série são repugnantes, imundas, nojentas e causam na sociedade brasileira um sentimento de imensa aversão e revolta, daí a necessidade de uma lei bastante rigorosa para esse tipo de assassino.” (TUMA, online)

O Projeto de Lei do Senado n. 140/2010, de autoria do então Senador Romeu Tuma, propõe acrescentar os parágrafos sexto, sétimo, oitavo e nono, ao artigo 121, do Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal brasileiro, com o objetivo de estabelecer o conceito penal de "assassino em série", e se estrutura da seguinte forma:

> O CONGRESSO NACIONAL decreta:
>
> Art. 1º. O artigo 121, do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código
>
> Penal brasileiro) passa a vigorar acrescido dos §§ 6º, 7º, 8º e 9º, tendo a seguinte
>
> redação:
>
> "Art. Art. 121. Matar alguém:
>
> ...
>
> Assassino em série
>
> § 6º Considera-se assassino em série o agente que comete 03 (três) homicídios dolosos, no mínimo, em determinado intervalo de tempo, sendo que a conduta social e a personalidade do agente, o perfil idêntico das vítimas e as circunstâncias dos homicídios indicam que o modo de operação do homicida implica em uma maneira de agir, operar ou executar os assassinatos sempre obedecendo a um padrão pré-estabelecido, a um procedimento criminoso idêntico.
>
> § 7º Além dos requisitos estabelecidos no parágrafo anterior, para a caracterização da figura do assassino em série é necessário a elaboração de laudo pericial, unânime, de uma junta profissional integrada por 05 (cinco) profissionais:

ISBN 978-85-62288-05-0

I – 02 (dois) psicólogos;

II – 02 (dois) psiquiatras; e

III – 01 (um) especialista, com comprovada experiência no assunto.

§ 8º O agente considerado assassino em série sujeitar-se-á a uma expiação mínima de **30 (trinta) anos de reclusão**, em **regime integralmente fechado**, ou **submetido à medida de segurança, por igual período**, em hospital psiquiátrico ou estabelecimento do gênero.

§ 9º **É vedado a concessão de anistia, graça, indulto, progressão de regime ou**

qualquer tipo de benefício penal ao assassino em série.

Art. 2º. Esta lei entra em vigor 90 (noventa) dias após sua publicação. (grifo do autor)

Perfeitamente enquadrado no contexto de Inimigo do Direito Penal, o Serial Killer tem características, tais como a periculosidade e a possibilidade de reincidência, que incitam ao conceito de Inimigo, e, consequentemente, da aplicação de um Direito diferenciado ao do "Cidadão". O Serial Killer, como foi bem exposto acima pelo Senador, é visto como um "ser perigoso", e por isso a ele devem ser aplicadas leis severas. De fato, os "perigosos" sempre foram encarados como "inimigos" no Direito Penal. A estes "indivíduos perigosos" não seria aplicável o Direito Penal das garantias constitucionais. Há uma busca pela segregação, pelo afastamento desses indivíduos, retirando-lhes direitos e eliminando possibilidades de ressocialização.

6 As garantias constitucionais e o "Direito Penal do Cidadão"

Se considerarmos a Constituição de 1988 no contexto do Direito Penal do Inimigo, a frase de Ulysses Guimarães, em 27 de julho de 1988, ao aprovar a nossa mais nova Carta Magna, parece ter outro sentido. O presidente, encerrando os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, disse: "Essa será a Constituição cidadã, **porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros[...]**" (grifo do autor).

Naquele momento, Ulysses Guimarães falava de miséria. Aqui, fala-se de inimigo. Ao declarar seu objetivo de "recuperar cidadãos", indiretamente nos remete à questionar, em um Estado Constitucional Democrático, a possibilidade de delimitar indivíduos que não se enquadram no termo "cidadão", indivíduos "a serem recuperados". Aqui, há um Direito de segregação, um Direito à parte ao descrito na Constituição, que não garante direitos fundamentais e não evolui socialmente. Um direito buscando recuperação.

ISBN 978-85-62288-05-0

"A caracterização do inimigo começa pela desclassificação". Primeiro, o indivíduo deixa de ser classificado como pessoa. O inimigo perde seu "status" e, com ele, perde todas as suas garantias fundamentais.

A nossa Constituição tem, em seu primeiro título, a atribuição aos princípios fundamentais. Entre todos os classificados como fundamentais, constantemente o princípio da dignidade humana é lembrado. O grande revelador das garantias e o princípio norteador da nossa Carta maior.

O princípio da dignidade humana prescreve que todos os homens devem ser tratados em conformidade com suas decisões, intenções ou manifestações de consentimento (NINO, Ética y Derechos, p. 287). A partir esse princípio, estruturam-se todas as bases do Direito Penal. O princípio da aplicação da pena, a impossibilidade de regime integralmente fechado, as condições mínimas de vida digna nas prisões, o limite máximo de pena privativa de liberdade, a não aplicação de torturas, entre tantos outros.

Sua aplicação torna ilegítima e inconstitucional qualquer instituição, medida ou tratamento que estabeleça discriminação entre os homens com base em fatores, como os efeitos da distribuição de recursos ou concessão de penas, que não estejam sujeitos às suas vontades individuais. Discriminar, de acordo com o dicionário Aurélio, é tratar de forma desigual ou injusta uma pessoa ou grupo, com base em preconceitos de alguma ordem, notadamente sexual, religioso, étnico, etc. Diferenciar indivíduos como "cidadãos" e "inimigos", consiste na primeira e mais evidente falha da teoria de Jakobs. Falar em Direito Penal do Inimigo em um país que tem sua Lei maior baseada no princípio da dignidade humana é, basicamente, excluir todos os avanços e melhorias, dando espaço ao preconceito e à discriminação.

Outro direito fundamental é o Direito à Igualdade, que é base de um Estado Democrático de Direito e que, para José Afonso da Silva, tem por tarefa fundamental superar as desigualdades sociais e regionais instaurar um regime democrático que realize a justiça social (2011, p.122). Conforme previsto em nossa Constituição:

> Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se **em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> **III – a dignidade da pessoa humana;**
>
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V – o pluralismo político.

ISBN 978-85-62288-05-0

> Parágrafo único – Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso).

Além de apontar o Estado Democrático de Direito e, consequentemente, a soberania popular como princípio básico da Constituição de 1988, ainda aponta a dignidade da pessoa humana como fundamento. Busca, primordialmente, uma sociedade livre, justa e igualitária.

Conforme tipifica a Constituição de 1988: “Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. A igualdade é o valor associado mais diretamente à ideia de Justiça. Os indivíduos são, naturalmente, diferentes. Justamente por essa diferença natural, faz-se necessária a busca pelo tratamento igual, sem distinção ou preconceito. A constituição não defende uma igualdade absoluta, ao contrário, respeita-se o princípio da isonomia, e, aqui, faz-se necessária uma classificação básica. A igualdade pode ser analisada por meio de dois prismas: o material e o formal.

A igualdade formal é aquela meramente prevista no texto legal. É uma igualdade que tem por escopo abolir privilégios, isenções pessoais e regalias de certas classes. Não há possibilidade de qualquer diferença entre os indivíduos. Situa-se, pois, num plano puramente normativo e formal, pretendendo conceder tratamento isonômico em todas as situações.

Por outro lado, a igualdade pode ser avaliada sob seu aspecto substancial ou material. Nas palavras de Aristóteles: "a verdadeira igualdade consiste em tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais á medida em que se desigualem”. As pessoas ou as situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Sobre o assunto:

> Como se vê, o tratamento jurídico do princípio da igualdade não se coaduna com uma ideia formalista e ingenuamente neutra de ver o direito. Sem dúvida, a boa aplicação do princípio em exame exige o entrelaçamento de elementos jurídicos e metajurídicos, a fim de que não se caia num idealismo que obstaculize sua implementação. (PORTANOVA, 1999, p. 39)

Não há a busca por um Direito concreto, “pré-estabelecido”, o jurista deve estar atento aos critérios de equidade e às necessidades individuais.

Ainda assim, a Constituição Federal deixa bem explícita e constantemente ressalta a importância dos direitos fundamentais. Esses, independente de critérios relativos ao princípio da isonomia, devem ser aplicados e efetivados constantemente. São direitos de todos, sem distinção qualquer, sem segregação ou

ISBN 978-85-62288-05-0

prioridades. São aplicados de forma geral, ainda que não absoluta, mas no máximo possível de sua efetividade.

A impossibilidade de segregar indivíduos e, à eles, restringir ou eliminar os direitos fundamentais, nos acarreta, mais uma vez, à inconstitucionalidade da teoria de Jakobs. Aqui, há uma clara distinção entre os chamados "Inimigos" e os "Cidadãos", sendo os primeiros "imunes" às garantias da Constituição, e contrariando, expressamente, a universalidade descrita no rol de direitos fundamentais.

Dessa forma, a partir do momento em que há uma descaracterização do "status" de pessoa, o Inimigo perde suas garantias constitucionais. Aqui, destacamos o tratamento que o projeto de lei prevê para este tipo de criminalidade.

> § 8º O agente considerado assassino em série sujeitar-se-á a uma expiação mínima de **30 (trinta) anos de reclusão**, em **regime integralmente fechado**, ou **submetido à medida de segurança, por igual período**, em hospital psiquiátrico ou estabelecimento do gênero.

Em primeiro lugar, nosso Código Penal, em seu Art. 75, preceitua: "Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30(trinta) anos."

Não há, aqui, qualquer possibilidade de interpretação contrária. O Sistema brasileiro é claro e objetivo no que diz respeito ao tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Quanto ao cumprimento de regime integralmente fechado, havia previsão na Lei 8.072, de 1990, que teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. A lei, em seu texto original, assim previa no art. 2º: "Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo são insuscetíveis de (...) § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado."

A partir da redação dessa lei, surgiram duas grandes correntes na doutrina. Uma, que alegava ser a lei inconstitucional, visto que violava o princípio da individualização de pena. Em contraponto, havia a corrente que defendia ser a lei constitucional.

Inicialmente, são palavras de decisão do Supremo Tribunal Federal:

> À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena

ISBN 978-85-62288-05-0

> será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.(1998, STF)

No dia 23 de fevereiro de 2006, após longa discussão sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal modificou o seu entendimento inicial, e, em decisão apertada, por seis votos a cinco, julgou inconstitucional a regra que proíbe a progressão de regime para condenado por crimes hediondos. Relata, sobre a sessão, Antônio H. Lindemberg Baltazar:

> O assunto foi analisado no Habeas Corpus (HC) 82959 impetrado por Oséas de Campos, condenado a 12 anos e três meses de reclusão por molestar três crianças entre 6 e 8 anos de idade (atentado violento ao pudor) cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio de Mello. Em sua análise, o Ministro Marco Aurélio afirmou que a vedação de progressão de regimes viola o princípio constitucional da isonomia e da individualização da pena. O ministro Eros Grau, acompanhando o voto do relator, ministro Marco Aurélio, ressaltou que a proibição da progressão de regime afronta o princípio da individualização da pena, estabelecendo que o legislador não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar caso a caso a pena do condenado. “O cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano importa violação a esses preceitos constitucionais” No mesmo sentido votou o Ministro Sepúlveda Pertence. “De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, reconhecendo que “esse movimento de exacerbação de penas como solução ou como arma bastante ao combate à criminalidade só tem servido a finalidades retóricas e simbólicas”.Votaram com o relator os ministros Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Contra a progressão, além de Ellen Gracie, votaram Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Nelson Jobim[...](online)

Sendo assim, a Suprema Corte do País já decidiu, expressamente, sobre sua posição quanto ao regime integralmente fechado. Institui-lo só estaria confirmando a falta de informação e a ineficiência do legislador brasileiro.

Por último, chegamos à medida de segurança. À essa, uma atenção maior, devido à suas peculiaridades. Para Cleber Masson:

> Medida de segurança é a modalidade de sanção penal com finalidade exclusivamente preventiva, e de caráter terapêutico, destinada a tratar

ISBN 978-85-62288-05-0

> inimputáveis e semi-imputáveis portadores de periculosidade, com o escopo de evitar a prática de futuras infrações penais (MASSON, 2012, p.815).

Como já exposto nos primeiros tópicos do trabalho, a periculosidade nos remete ao julgamento do indivíduo não pelo que fez, mas pelo que pode voltar a fazer. Abordou-se, também, que as medidas de segurança devem ter apenas prazo mínimo, visto que sua extinção dependeria do fim da periculosidade do agente. Determinar o fim do "perigo social" que um indivíduo causa é uma tarefa difícil. Estipular um prazo mínimo de 30 anos sem analisar o caso e individualizar a medida, uma tarefa mais complexa ainda.

Esses, apontados aleatoriamente, foram alguns exemplos inconstitucionais encontrados na Lei. Além disso, o Projeto de Lei 140/2010 foi o usado para expor a problemática, mas criar Inimigos tornou-se algo frequente na legislação, não só brasileira, mas mundial. Tipificar figuras pode ser um problema e, se considerarmos a extensão dos direitos fundamentais e a proporção que isso vem tomando, falar em Direito Penal do Inimigo torna-se uma violação cada vez maior aos princípios norteadores do ordenamento, não só em âmbito Nacional, mas em uma extensão mundial.

Antes de criar o conceito de "assassino em série", o legislador deve, em primeiro lugar, afastar a figura do Inimigo. Nas palavras do Professor Luiz Fernando Kazmierczak e do Mestrando Lucas Soares e Silva:

> "Essa tendência legislativa começa a ganhar corpo e tornar-se uma política criminal desejada e aplaudida pela população, que é manipulada através de uma mídia sensacionalista e exploradora da criminalidade. No entanto, o que essa massa manipulada não se dá conta é que a exceção hodierna tem grandes possibilidades de travestir-se de regra de persecução num futuro próximo, solapando as garantias do acusado no sistema penal. Com isso, a teorização do tratamento excepcional do inimigo é perigosa e insidiosa, [...] capaz de levar a efeito um sistema em que se afastam as garantias do acusado com o fim de proporcionar uma falsa ideia de segurança, quando, na verdade, a insegurança jurídica provocada pela aniquilação de Direitos e Garantias Fundamentais é a pior das mazelas que pode abater-se sob a sociedade contemporânea."

A teoria de Jakobs nos leva à um Direito Penal autoritário e desigual, no qual indivíduos são julgados não pelo que fazem, mas pelo que são. Isso está longe de ser uma conquista social, mas uma regressão aos avanços dos direitos humanos e

ISBN 978-85-62288-05-0

fundamentais, um retrocesso às conquistas do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos.

Considerações Finais

Apontar criminosos, conceituar seus crimes e indicá-los como "perigosos" para a convivência em grupo, socialmente falando, parece uma tarefa fácil e prática. Diariamente nos deparamos com infratores da lei e delinquentes que, muitas vezes, pela morosidade ou até impunidade do nosso Sistema Penal, cometem constantemente violações à ordem social.

Juridicamente falando e, levando em conta a legitimação dos direitos humanos e fundamentais, selecionar esses indivíduos e transformá-los em Inimigos do Direito Penal é uma violação aos avanços e às garantias constitucionais. Se, de um lado, busca-se a proteção da sociedade e o isolamento dos indivíduos considerados perigosos, de outros temos a supressão dos direitos que esses, selecionados como inimigos, também possuem, e de acordo com a nossa Carta Maior, são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis e intransigíveis.

A positivação do conceito de "Serial Killer" só nos mostra o quanto o legislador brasileiro deve buscar um aperfeiçoamento e, consequentemente, um afastamento do projeto à ideia de Inimigo do Direito Penal. Enquanto criar leis for um exercício de discriminação, o direito à Igualdade e o princípio da dignidade humana serão constantemente violados, e estaremos, frequentemente, contrariando as bases da Lei maior do país que, na teoria, não deve estar sujeita à transgressões.

REFERÊNCIAS

CASOY, Ilana, 1960- Serial killer : louco ou cruel? 6ª.ed. São Paulo: Madras, 2004

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos:* a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal. Coimba: Coimbra Editora, 2001.

FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal). Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2, 2005

JAKOBS. Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas.* org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – Parte Geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros editores ltda, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dosTribunais,2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação dos direitos humanos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2 ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ISBN 978-85-62288-05-0

DELINQÜÊNCIA JUVENIL: A PROBLEMÁTICA DO MENOR INFRATOR. REFLEXÕES AMPARADAS PELA LEI 8.069/90

Lorena Ferreira FERNANDES*

RESUMO:

O presente artigo visa analisar a problemática do menor infrator, partindo-se da definição do tema e ampliando os estudos para as diversas vertentes e fatores que são determinantes para a compreensão da realidade do jovem em conflito com a lei. Serão tratados os aspectos gerais da delinqüência juvenil, destacando-se as causas que dão origem ao menor delinqüente, entre elas, as drogas, a falta de amparo familiar e a evasão escolar. Também será abordado o histórico da legislação menorista no Brasil, destacando o período do Código de Menores ao ECA. Com o intuito de dar uma melhor visão do tema serão feitas considerações a cerca do adolescente infrator: a condição de sujeitos de direito alcançada pelas crianças e adolescentes, o quão determinante é a fase da adolescência para a formação da personalidade do indivíduo e o preconceito da sociedade em relação aos menores violadores das normas de direito. Sempre pautado pelo ECA, busca-se analisar a questão da inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos, as políticas públicas de atendimento e as medidas sócio-educativas.

RIASSUNTO:

L'obiettivo di quest'articolo è di analisare la problematica del minorenne delinquente, partendosi dalla definizione del tema e ampliando gli studi alle diverse vertenti e fattori che sono determinanti alla comprensione della realtà del giovane in conflitto con la legge. Saranno trattati gli aspetti generali della delinquenza, qualle sia, le droghe, la mancanza di protezione familiare e l'evasione scolastica. Si abborderà anche lo storico della legislazione del minorenne in Brasile, distaccandosi il periodo del Codice di Minorenni fino all'ECA (in italiano, "Statuto del Bambino e dell'Adolescente"). Con l'intento di dare una migliore visione sul tema si faranno anche delle considerazioni riguardo all"adolescente infrattore: la condizione di soggetti di diritto ragggiunta dai bambini e dagli adolescenti, il quanto determinante è la fase dell'adolescenza alla formazione della personalità dell'individuo e il preconcetto della società in rapporto ai minorenni che infrangono le norme di diritto. Orientandosi sempre dall'ECA, si cercherà di analisare la questione dell'inimputabilità penali dei minori di diciottanni, le politiche pubbliche di assistenza e le misure socio-educative.

*Discente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus Jacarezinho /PR.

ISBN 978-85-62288-05-0

PALAVRAS-CHAVE: Menor infrator. Medidas sócio-educativas. Estatuto.

PAROLE-CHIAVE: Minorenne infrattore. Misure socio-educative. Statuto.

INTRODUÇÃO

O aumento vertiginoso dos atos infracionais praticados por menores nos últimos anos instiga a busca por elementos que propulsionam tais acontecimentos. Com isso, tendo por base a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), serão feitas reflexões quanto ao tema, trazendo à tona assuntos que causam divergência entre os doutrinadores, bem como as origens do problema, as legislações existentes, os mecanismos de proteção, os papéis da família, da sociedade e do governo, e, principalmente, a necessidade de reformulação da maneira de enxergar e tratar o problema do menor infrator, que hoje em dia sofre com a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A questão da inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos tem gerado discussões e ganhado destaque no cenário jurídico, existindo correntes contra e a favor da redução da responsabilidade penal. Tal ponto possui relevância no estudo da delinqüência juvenil e não deve ser confundido com impunidade. Com isso tal debate nunca é exaustivo, sendo sempre pertinentes novas opiniões, que carecem de ser analisadas juntamente com fatores políticos e sociais da realidade brasileira.

Também será objeto de estudo a questão jurídica e social da delinqüência de menores, a ressocialização, as políticas públicas de atendimento e a necessidade de aprimorar a instituição de internação dos menores para que consiga cumprir com maior êxito a recuperação e a reinserção dos infratores ao meio do qual foram excluídos, em virtude dos seus desvios de conduta. Outro ponto que merece ser analisado são as medidas sócio-educativas previstas no ECA e aplicáveis ao adolescente que pratica ato infracional, que suscitam críticas e elogios, bem como obtêm tanto o êxito quanto o fracasso.

Pretende-se esclarecer a origem do problema da delinqüência juvenil, através do estudo de como evolui o tratamento jurídico e social dado às crianças e adolescentes em conflito com a lei, demonstrando a importância de adequadas políticas e estruturas de amparo aos infratores, da ressocialização, de métodos disciplinadores eficientes e, sobretudo, a importância de se respeitar os menores infratores em sua condição de seres humanos, aplicando-lhes medidas específicas e dignas para que possam se conscientizar de seu papel de cidadão e se reintegrar pacificamente à sociedade.

ISBN 978-85-62288-05-0

1. ASPECTOS GERAIS DA DELINQÜÊNCIA JUVENIL

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu artigo 2°, fixou a infância como o período compreendido entre os zero anos e os doze anos de idade incompletos e a adolescência como o período compreendido entre os doze anos de idade completos e os dezoito anos de idade incompletos.

Tanto as crianças quanto os adolescentes podem praticar atos de delinqüência juvenil, ou, quando configurarem condutas típicas e antijurídicas, atos infracionais, que vêm a ser exatamente os crimes e contravenções penais praticados por inimputáveis, ou indivíduos menores de dezoito anos de idade, conforme regra constante nos artigos 103 e 104, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 228 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 27 do Código Penal.

Ao relatar o problema da delinqüência juvenil é oportuno traçar um paralelo entre delinqüência e infração. O dicionário Aurélio traz a seguinte definição: "Delinqüir – cometer falta, crime, delito e Infringir – violar, transgredir; desrespeitar". (grifo nosso)

Segundo Queiroz:

> A delinqüência e a infração são separadas por limites estreitos. A primeira deve ser entendida como sendo uma estratégia de vida, enquanto a infração como o fato ilegal. No entanto, elas não são consideradas em suas especificidades em relação ao contingente que será recolhido institucionalmente para que se reajustem ao ambiente social. (1984, p. 35)

A delinqüência praticada por menores sempre ocupou lugar de destaque no cenário social, porém, ultimamente nota-se um crescimento assustador e desordenado desses atos, situação que pode ser explicada em razão do desenvolvimento e evolução do homem e das maneiras como ele se relaciona com seus semelhantes.

Dessa forma, desenvolveram-se também os atos considerados ilícitos, em especial aqueles praticados por menores, os quais integram a delinqüência juvenil. Isto ocorre devido à adolescência ser uma fase geradora de inúmeros conflitos na vida do indivíduo acerca do mundo e das pessoas que o rodeiam ou relacionados às descobertas e dúvidas que passam a integrar seu cotidiano.

É relevante destacar que o adolescente possui uma personalidade em formação e que vive um período de adaptação a um novo ciclo que se inicia, o expondo aos acontecimentos sociais e às dificuldades de sobrevivência pelas quais muitos passam, ou seja, há uma série de agravantes que o torna ainda mais vulnerável ao delito.

Logo,

ISBN 978-85-62288-05-0

> Definir delinqüência juvenil resulta, portanto, difícil, posto que alguns teóricos incluem nesse conceito não só comportamentos delitivos, senão condutas irregulares e anômicas, como, por exemplo, a indisciplina, as fugas do domicílio familiar, o consumo de drogas, os transtornos afetivos e os fenômenos de inadaptação, que tendem a se confundir, apesar da possibilidade de um menor ser inadaptado sem, todavia, ser delinqüente. (TRINDADE, 1993, p. 44)

O assunto do presente trabalho é extremamente complexo, não apenas do ponto de vista jurídico, mas também no que diz respeito aos fatores e circunstâncias que provocam a conduta do indivíduo que comete um delito e o porquê dele agir assim. Nesse contexto, ganha importância a situação do "menor de rua", do "trombadinha", do "marginal", do "pivete", do "delinqüente", agora reinterpretada como problema social.

Acrescenta Centurião que,

> [...] Em linhas gerais, o problema do menino e adolescente de rua deixou de ser um assunto para especialistas, e tornou-se um assunto de interesse da sociedade como um todo, na medida em que esta não só desenvolveu novos tipos de sensibilidade para o assunto, como também passou a sentir-se diretamente ameaçada em sua integridade. Este último aspecto merece uma atenção maior. A reação à presença, cada vez mais ostensiva, de menores de rua acompanhou, nos últimos tempos, o crescimento do receio generalizado em relação à criminalidade urbana. [...] Os menores que perambulam pelas ruas das cidades e ali constroem seus territórios, foram integrados a esse contexto maior de criminalidade, em constante aumento. [...] Por um lado, eles são vistos como crianças, merecedoras de atenção, compaixão e amparo, de acordo com os modelos da cultura ideal que determinam as relações do adulto com a criança. Por outro, são temidos como presenças incômodas, criminosos reais ou potenciais, que colocam em risco, a todo o momento, a integridade moral e física das pessoas. (1999, p. 76)

Inúmeras são as razões que podem ser apontadas como desencadeadoras da violência juvenil, as acepções variam de acordo com sociólogos, educadores, assistentes sociais, psicólogos. No entanto, é preciso atentar para o fato de que a violência juvenil é um problema sério, principalmente pelo grau de crueldade que tem se verificado no cometimento de tais delitos.

ISBN 978-85-62288-05-0

1.1. Causas da delinqüência

Sobre as possíveis causas da delinqüência juvenil não existe uma opinião pacífica, o que há são suposições acerca dos desvios de conduta que resultam na reprovação da sociedade. Na lição de Souza (2008, p. 74), "é possível afirmar que as crianças e os adolescentes, ao longo dos anos, sempre foram as primeiras vítimas da omissão estatal, da família e da própria sociedade".

Os motivos da marginalidade entre os adolescentes são muito amplos, não se restringindo somente à vadiagem, mendicância, fome ou descaso social, sendo extremamente oportuno analisar também o lado das más companhias, a formação de bandos, as drogas, embriaguez e a irreverência religiosa ou moral.

O abandono familiar, o abuso sexual, a violência doméstica, o uso de drogas, a prostituição, o trabalho infantil e a evasão escolar são apenas as formas mais visíveis e conseqüentemente mais discutidas da degradação dos direitos infanto-juvenis que são determinantes para a entrada da criança e do adolescente no mundo da delinqüência.

1.1.1 Fatores sócio-familiares

É preciso compreender que fatores como a desagregação familiar, a distorção dos valores educacionais e a falta de acompanhamento das atividades exercidas pelos jovens vêm quebrando o modelo tradicional de família. Seja uma criança desprovida de vida digna, seja aquelas com condições econômicas favoráveis, o fato é que famílias estão sofrendo com a delinqüência juvenil. Na fase da adolescência o menor torna-se mais frágil e vulnerável e a família tem suma importância e influência, tanto positiva quanto negativa no egresso do menor na criminalidade.

Partindo-se da premissa de que a família exerce um papel decisivo na personalidade dos filhos desde os tempos antigos até hoje, o desajustamento da instituição familiar, a ausência da unidade familiar, são os fatores condicionantes de grande parte da criminalidade. Se observarmos somente os casos que aparecem na mídia, logo é possível perceber que grande parte desses menores são filhos de mãe solteira, órfãos, filhos de pais separados, filhos de criminosos, constituindo um elevado índice de desestruturação familiar.

Além disso, o dever da família de assegurar à criança e ao adolescente o mínimo necessário a uma vida digna trata-se de uma determinação da Constituição brasileira de 1988 por meio de seu art. 227, que dispõe:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

ISBN 978-85-62288-05-0

> dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Proteção semelhante encontramos no Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.
>
> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Outro ponto que merece destaque é o fato da violência doméstica. Na maioria das vezes, o primeiro contato que o menor tem com a violência é no próprio ambiente familiar, seja vendo o pai espancar a mãe, seja sendo ele próprio o espancado, vítima de estupro por algum parente ou tantas outras formas de agressão física ou moral. Esta exposição precoce à violência ou às cenas de violência, faz com que a família se desestruture e se fragmente, ou com que o menor acabe por abandonar o lar. Abandonando o lar e indo morar nas ruas, sentindo-se inseguro e coberto de revolta, inevitavelmente, irá delinqüir.

Portanto, a família é o primeiro centro de referência da criança, a base na qual o menor poderá encontrar tanto o equilíbrio, quando a integridade familiar for preservada – o que contribuirá para o seu desenvolvimento melhor estruturado – quanto desordem, quando viver em um ambiente familiar conturbado. Neste caso, trata-se de um fator capaz de desencadear no adolescente o desejo de livrar-se deste ambiente contaminado, optando pelo caminho da delinqüência.

1.1.2. Evasão escolar

A evasão escolar é uma das conseqüências da má qualidade do ensino brasileiro, é um sério obstáculo a ser enfrentado tanto individualmente quanto pela família, pela sociedade e pelo Estado, através de políticas públicas consistentes.

Atualmente, é nítida a seguinte situação:

> É possível observar que ao atingirem a idade mínima para ingresso no sistema educacional, as crianças brasileiras são colocadas em dois planos educacionais distintos. As crianças originárias de família economicamente

ISBN 978-85-62288-05-0

> mais estruturadas ingressam no caro sistema privado. Nesse caso, após ultrapassar as várias etapas da educação – ensino infantil, fundamental e médio – alcançam o sistema de ensino público superior. Aquelas nascidas em condições inadequadas sem famílias estruturadas e sem recursos econômicos suficientes para custeio do ensino particular restam-lhes o caminho das escolas públicas, quando não faltam vagas. Ultrapassadas as várias etapas contínuas do sistema educacional, quando não abandonam os estudos, os mais abnegados ingressam nas universidades ou faculdades particulares. (SOUZA, 2008, p. 82)

O ensino público está desprestigiado, pois os professores, mal pagos e desmotivados, não fazem um bom trabalho de pedagogos, além de que um grande número de crianças só vai à escola para comer, afinal, para a maioria dos alunos é o único local onde lhes é assegurada uma refeição. Muitos professores não possuem formação acadêmica e preparo profissional adequado para desenvolverem suas atividades, levando em consideração as condições estruturais precárias das salas de aula e a escassez de materiais didáticos.

Aquele que não possui educação e formação dificilmente se sobressairá perante a sociedade, quando menos esperar estará nos horizontes da potencialidade criminal e não perceberá a verdadeira extensão do mal que o aflige, pois a realidade será sobreviver e integrar-se à adaptação das ruas, logo esse adolescente aprenderá as particularidades, malícias e a violência das ruas, quando roubar será somente um meio de sobrevivência. A falta de educação de grande parte da população brasileira é um dos reflexos da criminalidade.

1.1.3. Drogas

O primeiro contato do adolescente com as drogas costuma ser, motivado principalmente pela curiosidade, pelo desejo de experimentar novas sensações e pela pressão do grupo de amigos do qual faz parte. Já o contato com drogas como o cigarro e o álcool costuma ser mais precoce e ocorre, na maioria das vezes, em casa. O fato de os pais beberem ou fumarem torna esses produtos acessíveis à criança, que, também por curiosidade, acaba experimentando-os.

Nota-se que,

> [...] se o uso tem início no recesso dos lares muitos pais têm co-responsabilidade no processo auto-destrutivo do dependente químico. A falta de exemplo familiar com o uso imoderado de drogas diversas nos lares, falta de informação técnica sobre os malefícios, aliados ao afrouxamento dos limites paternos que devem ser estabelecidos, são circunstâncias familiares

ISBN 978-85-62288-05-0

> que concorrem para o avanço das drogas. Enfim, inadequadas condições familiares influenciam de maneira decisiva e constituem, ao mesmo tempo, condição concorrente inicial para o ingresso no mundo das drogas. (SOUZA, 2008, p. 107)

Por ser um período de transformações, o adolescente, por vezes, se sente inferior incompreendido pela família ou pela sociedade. A partir de uma experimentação, o jovem vê nas drogas algo prazeroso, capaz de solucionar problemas, eliminar angústias, dando uma sensação de força e realização pessoal.

Após se tornar um dependente, aparece o caminho das práticas dos crimes ligados de forma direta ou indireta às drogas. O adolescente depara-se com a necessidade de manter o vício e, para isto, é capaz de cometer atrocidades contra a vida humana. Assim, a partir do mero usuário, aparece a figura do traficante-usuário, seja menor ou maior de idade.

No entendimento de Souza:

> Adolescentes vítimas das drogas abandonam suas casas, escolas, e atividades próprias da idade ao embrenham-se [sic] no submundo do crime. De forma contínua, os adolescentes – dependentes químicos – na maioria das vezes iniciam a prática de atos infracionais dos mais leves aos mais graves, motivados pela crescente necessidade do uso das drogas. Além disso, passam a sofrer seqüelas na sua saúde física e mental, algumas vezes em caráter irreversível, inclusive com morte prematura. (2008, p. 109)

O ECA prevê como crime a entrega de qualquer droga lícita ou ilícita para crianças e adolescentes por meio do seu art. 243:

> Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, à criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:
>
> Pena – detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Nogueira (1998, p. 370) salienta que “é conhecida a preferência dos traficantes pelas crianças e jovens, bem mais suscetíveis às drogas”.

ISBN 978-85-62288-05-0

2. DO CÓDIGO DE MENORES AO ECA

Historicamente, até que a humanidade chegasse a uma verdadeira legislação em matéria de crianças e adolescentes, longo caminho legislativo foi trilhado. Refletir sobre o atendimento prestado à infância e adolescência significa pensar a própria história da infância e adolescência brasileira.

O ano de 1979 foi estabelecido pela ONU como o Ano Internacional da Criança. Nesse contexto, o Brasil editou o segundo Código de Menores, com importantes avanços no âmbito da assistência e da proteção, fundamentado na Doutrina da Situação Irregular. Saraiva (2003, p. 44) explica que "esta doutrina pode ser sucintamente definida como sendo aquela em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social".

O Código de Menores não garantia uma proteção verdadeira para as crianças e adolescentes, pois acreditava que todos teriam as mesmas oportunidades, entendendo que o caminho do crime era uma opção e, por isso, oferecia proteção apenas em situações específicas, conhecidas como situações irregulares.

Pela primeira vez na história da legislação brasileira, a criança e o adolescente são tratados como prioridade absoluta, sendo dever da família, da sociedade e do Estado protegê-los, conforme a Constituição de 1988. Nesse momento surgiu a base da Doutrina da Proteção Integral, visível em seu art. 227. Ainda fortificou os ditames do Código de Menores ao confirmar a inimputabilidade penal dos indivíduos menores de dezoito anos, conforme seu art. 228: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial".

O art. 227 da Constituição de 1988 foi regulamentado pela Lei nº 8.069/90, que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), revogando o Código de Menores de 1979, rompendo com a Doutrina da Situação Irregular e estabelecendo como diretriz a Doutrina da Proteção Integral, consolidada em seu art. 4º, caput.

> Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Pela Doutrina da Proteção Integral o ECA abrange toda criança e adolescente em qualquer situação jurídica, assegurando que cada brasileiro que nasce possa ter garantido seu pleno desenvolvimento, mesmo que cometa um ato considerado ilícito.

ISBN 978-85-62288-05-0

O ECA realizou um reordenamento jurídico a cerca da resolução de problemas e da proteção referente às crianças e adolescentes. Porém, após mais de 20 anos em vigência, os índices referentes à criminalidade e ao desamparo dos menores não são nada favoráveis ao ECA. Este Estatuto melhorou muito o tratamento dispensado às crianças e adolescentes, entretanto não está isento de falhas, ainda ocorrem muitas violações dos direitos dos menores.

Analisando a doutrina encontramos alguns pontos negativos do ECA, a saber: fixa a diferença de apenas 16 anos entre o adotante o adotado para que possa ocorrer adoção, permitindo que o primeiro seja solteiro (art. 42 e seu § 3º); a internação do menor por no máximo três anos, por mais perigoso que ele seja, apresentando séria ameaça à coletividade; e o notório ineficiente cumprimento de inúmeros dispositivos do Estatuto, como, por exemplo, o art. 60: "É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz". Entre os pontos positivos, destaca-se: a criação do Conselho Tutelar; maior participação do advogado e do Ministério Público em termos procedimentais; a municipalização do atendimento, assim o menor não seria afastado de seu ambiente de origem, aumentando as possibilidades de sua ressocialização.

Saraiva (2003, p. 62, 63) considera fundamental explicar que o ECA é formado por três sistemas de garantia. O Sistema Primário versa sobre as Políticas Públicas de Atendimento a crianças e adolescentes, previstas nos arts. 4º e 87; o Sistema Secundário aborda as medidas de proteção dirigidas a crianças e adolescentes enquanto vítimas, que tiveram seus direitos fundamentais violados, previstas nos arts. 98 e 101; o Sistema Terciário trata da responsabilização penal do adolescente infrator, através das medidas sócio-educativas, previstas no arts. 103 e 112, que são aplicadas aos adolescentes que cometem atos infracionais. O autor complementa:

> Este tríplice sistema, de prevenção primária (políticas públicas), prevenção secundária (medidas de proteção) e prevenção terciária (medidas socioeducativas), opera de forma harmônica, com acionamento gradual de cada um deles. Quando a criança ou o adolescente escapar ao sistema primário de prevenção, aciona-se o sistema secundário, cujo grande agente operador deve ser o Conselho Tutelar. Estando o adolescente em conflito com alei, atribuindo-se a ele a prática de algum ato infracional, o terceiro sistema de prevenção, operador das medidas socioeducativas, será acionado, intervindo aqui o que pode ser chamado genericamente de sistema de Justiça (Polícia/ Ministério Público/ Defensoria/ Judiciário/ Órgãos Executores das Medidas Socioeducativas). (2003, p. 64)

ISBN 978-85-62288-05-0

O ECA é uma legislação de acordo com todas as diretrizes internacionais sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, e se não representa a solução para todos os problemas que a infância e a adolescência brasileira encontram, certamente indica o caminho.

O velho paradigma do adolescente infrator visto como objeto de direito, como um problema estatal, delinqüente e irrecuperável, onde eram adotadas medidas repressivas, foi quebrado e passamos ao novo paradigma do adolescente infrator visto como sujeito de direitos, como um problema de todos (Estado, sociedade e família), como cidadão.

Após estas considerações, faz-se oportuno o seguinte pensamento:

> [...] no Período Colonial, as crianças e os adolescentes não possuíam direitos. Na verdade, eram meros objetos das práticas religiosas. Depois, passaram a receber parcial proteção do estado. Em seguida, constituíram objeto de punição do Estado, por ocasião da prática de crimes e/ou em estado de miserabilidade. Na seqüência, foram objeto de políticas públicas meramente assistencialistas e/ou filantrópicas. Finalmente, na fase da Constituição federal e do ECA receberam tratamento de sujeitos de direitos e deveres. [...] Começa-se a perceber – no Brasil – ainda que de modo lento e pouco sistemático, do ponto de vista jurídico, que a família, a sociedade e o estado têm o dever constitucional de proteger – com prioridade absoluta – os novos direitos das crianças e dos adolescentes. (SOUZA, 2008, p. 71)

A questão da criança e do adolescente não deixou de ser, ao longo da história, contemplada em leis. Porém, raramente estas foram obedecidas ou tiveram eficácia, reforçando a idéia de que o direito sozinho não resolve os problemas sociais. É imprescindível o empenho de toda a sociedade, sobretudo dos segmentos que detêm o capital, tendo condições de engajar-se em campanhas e projetos alternativos que visem à criança e ao adolescente, fazendo-os enxergar uma única opção: seguir o caminho do bem e da cidadania.

3. INIMPUTABILIDADE PENAL

Adultos, crianças e adolescentes são pessoas desiguais, que estão em etapas diferenciadas de desenvolvimento e amadurecimento. Não é a toa que a legislação adotou, por razões de política criminal e atendendo a um critério biológico, diante do desenvolvimento mental incompleto das crianças e adolescentes, a inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos de idade.

A seguinte definição de imputabilidade e inimputabilidade penal se faz relevante:

ISBN 978-85-62288-05-0

> Chama-se *imputabilidade* a capacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Conseqüentemente, denomina-se *inimputabilidade* a incapacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, seja em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (menoridade penal) ou retardado, seja em virtude de embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. (ANDREUCCI, 2004, p. 85, grifo do autor)

Quando um menor comete uma infração não pode estar sujeito às normas da legislação penal brasileira comum, como já determina a CF em seu art. 228, "são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial".

No mesmo sentido, o ECA também dispõe:

> Art. 104 – São penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.
>
> Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Na questão do adolescente em conflito com a lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente atribui-lhe responsabilidade própria à sua condição, não se confundindo inimputabilidade penal com impunidade. Aos adolescentes não se pode atribuir responsabilidade frente à legislação penal comum. Entretanto, pode-se atribuir responsabilidade com base nas normas do Estatuto próprio, respondendo eles pelos atos infracionais que praticarem, submetendo-se a medidas sócio-educativas, de evidente caráter penal especial.

Sobre a questão da inimputabilidade penal do menor infrator, ainda existe muita divergência doutrinária. Alguns defendem que deve ser mantida a idade de dezoito anos de acordo com a legislação vigente, outros acreditam que seja necessária a redução da idade para dezesseis anos.

A redução da responsabilidade penal tem sido abordada constantemente nas ultimas décadas, em face do evidente aumento da delinqüência juvenil, a sociedade tomada por força do medo e pela insegurança, vem discutindo a possibilidade de diminuir a responsabilidade penal. Os autores que propagam tal tese dizem que influiria na diminuição da criminalidade, contendo assim a prática de atos delitivos por parte dos menores.

ISBN 978-85-62288-05-0

Alguns argumentos daqueles que propagam a redução são os seguintes: os jovens de hoje tem maior acesso à informação; o elevado desenvolvimento mental dos adolescentes nos dias de hoje; o fato de que os maiores de idade se aproveitam da inimputabilidade dos menores para cometerem crimes, jogando a autoria desses delitos para esses jovens infratores porque não são submetidos a um sistema prisional e nem cumpre penas privativas de liberdade como aquelas impostas pelo código penal brasileiro; um adolescente com dezesseis anos de idade já poderá votar, portanto deveria responder criminalmente. A falta de informação e clareza em algumas nomenclaturas jurídicas faz com que a maior parte da população pense que esses menores infratores ficam impunes perante a lei, não é todo cidadão que compreende o sentido de inimputabilidade, para alguns é sinônimo de ausência da lei. (NOGUEIRA, 1998, p. 150, 153)

A seguir, uma opinião da vertente reducionista:

> Como se vê, os direitos dos menores tendem a ser ampliados, mas a responsabilidade por seus atos infracionais não é devidamente apurada, e eles não são punidos com a necessária transparência. [...] O que se pretende com a redução da idade para dezesseis anos é dar direitos e conseqüentemente responsabilidade ao adolescente, [...] permitir que os menores com dezesseis anos possam legalmente usufruir de certos direitos, dos quais, embora não legalmente, na prática já vêm usufruindo, na clandestinidade, com a cumplicidade dos pais, das autoridades judiciárias e policiais, que fazem vista grossa a essa situação, quando não concorrem com sua flagrante omissão. (NOGUEIRA, 1998, p. 153)

Entender a redução da idade penal como solução da delinqüência juvenil é simplesmente atender a interesses políticos, deixando de analisar questões de maiores complexidades e bem mais importantes para diminuir tal criminalidade. Ao analisar a proposta não podemos esquecer a falência de nossas instituições: a polícia, a justiça, o sistema prisional e a legislação penal. Vislumbrar a redução como uma solução apenas contribuiria para um futuro de conseqüências catastróficas, como o aumento do número de presidiários nas penitenciárias brasileiras, agravando mais ainda o problema da superlotação carcerária e todos os males dela resultantes.

Não há estrutura penitenciária adequada para permitir a reeducação eficaz desses jovens, inexistem estabelecimentos penitenciários que separem infratores adultos de menores de idade, o que aumenta as chances dos menores se transformarem em criminosos profissionais, piorando sua situação psicológica, tornando os presídios verdadeiras escolas da violência.

ISBN 978-85-62288-05-0

A maior resposta que pode ser dada aos que propõem a redução é indagá-los o porquê de não se cumprir o que determina o ECA quando diz que é dever de todos (família, sociedade e poder público) assegurar os direitos fundamentais dos menores, ao invés de discutir a proposta reducionista.

4. A QUESTÃO JURÍDICO-SOCIAL E A RESSOCIALIZAÇÃO

Não basta a elaboração de leis, é preciso uma mudança na mentalidade e no tratamento dispensado aos menores carentes, abandonados ou infratores, as leis precisam de apoio integral. Somente se alcançará resultados se o formal, tão inovador na teoria, transformar-se em material, aplicando-se na prática. É essencial exigir o interesse dos responsáveis e a destinação de recursos para a sua aplicação.

O tratamento jurídico dispensado ao menor infrator sofreu alterações ao longo dos séculos, culminando com o advento do ECA. Mesmo tendo sido uma grande evolução no âmbito do direito das crianças e adolescentes, o ECA nem sempre é respeitado, verificando-se nos últimos anos um crescimento de atos infracionais praticados por menores. Tal situação nos remete a discussões quanto à questão da ressocialização e da criação de políticas públicas eficazes, dotadas de capacidade para amparar esses jovens e reinseri-los no meio social. A questão jurídica deve ser aprimorada no intuito de resolver, ou pelo menos abrandar, o grave problema social do menor infrator.

Ressocializar significa fazer com que o indivíduo possa voltar ao convívio social, recuperá-lo, dando assistência psicológica para que possa voltar à sociedade como um cidadão útil. A possibilidade de ressocialização do menor infrator varia de caso para caso, sendo determinante para o sucesso ou não da recuperação os fatores que o levaram a delinqüir, seu histórico familiar, sua estrutura mental, o tipo de assistência recebida e a eficiência das políticas aplicadas a ele.

Atualmente, o sistema de ressocialização do menor infrator é muito precário. Tais deficiências no sistema não permitem que estes jovens sejam tratados de acordo com a dignidade que lhe é devida e tampouco receber o tratamento especializado que possa atender às suas particularidades enquanto menor. Assim, a ressocialização, que deveria ser o fim almejado no tocante ao tratamento e recuperação dos menores, não é cumprida efetivamente.

A seguinte opinião se mostra sensata, porém difícil de ser verificada na realidade.

> Na verdade, os legisladores entendem a repressão tal qual no sistema aplicado aos imputáveis como sendo muito rigoroso e que na maioria das vezes não recupera. Assim, o adolescente submetido à tal tratamento, passaria de sua personalidade ainda não formada para a deformada pelos

ISBN 978-85-62288-05-0

> procedimentos inconsistentes e ausentes de propostas recuperativas dos presídios, que não raras vezes, revolta e aguça a tendência para o crime. Essa posição evidencia que o tratamento dos menores é muito mais amplo que a simples repressão aos atos infracionais, mas trata-se de uma política de caráter assistencial, que visa educá-lo e regenerá-lo, de modo a torná-lo útil ao país e a si próprio. (FERREIRA, 2010, on line)

O descaso dos entes políticos que não investem em programas que possibilitem a inclusão social, os centros de internamentos superlotados e desestruturados sem as mínimas condições de habitabilidade, são fatores condicionantes a não ressocialização do jovem infrator. É preciso encontrar uma maneira de proporcionar melhores condições no tratamento do menor infrator, buscando entender a mente deste, assim como os motivos que o levaram à prática criminal.

Não se pretende esconder que a legislação da criança e do adolescente precisa de alterações, mas não se pode perder a diretriz da proteção, prevenção, ressocialização do menor. Reprimir o adolescente igual a um criminoso adulto e de pleno discernimento criminoso é, na verdade, não respeitar a condição de desenvolvimento do menor.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS DE ATENDIMENTO: CONSELHO TUTELAR E FUNDAÇÃO CASA

Por políticas de atendimento devem-se compreender todas as ações governamentais e não-governamentais que visam proteger e assegurar os direitos dos menores, conforme o art. 86 do ECA: “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

O Título V do ECA é dedicado ao Conselho Tutelar, que, em uma definição genérica, tem por objetivo fiscalizar e fazer cumprir os direitos da criança e do adolescente. A seguir, dois artigos essenciais do referido título para a compreensão do que é o Conselho Tutelar.

> Art. 131 – O Conselho Tutelar é o órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta lei.
>
> Art. 132 – Em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma reeleição.

ISBN 978-85-62288-05-0

Complementando,

> Entre outras modificações o atual Estatuto criou o Conselho Tutelar e os Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais, estes últimos encarregados de fixar a política de atendimento para a criança e o adolescente, inclusive no que diz respeito à alocação e destinação de recursos financeiros visando o amparo social da criança e do adolescente; enquanto ao Conselho Tutelar foi compelida a função de encaminhamento dos problemas relacionados às crianças, ou seja, as que tenham menos de 12 anos de idade. Esses Conselhos se comporão de cinco membros, a serem eleitos para mandatos de três anos, devendo existir no mínimo um em cada município. (FERNANDES; FERNANDES, 2010, p. 431)

A legislação brasileira fixa a responsabilidade penal juvenil a partir dos doze anos de idade. A criança fica isenta de responsabilidade e é encaminhada ao Conselho Tutelar, estando sujeita a medidas protetivas, as quais também poderão ser aplicadas pelo Juiz da Infância e da Juventude.

Assim,

> O Conselho Tutelar, como órgão de proteção aos interesses do menor, deve fazer o atendimento inicial. As medidas geralmente aplicadas são de solicitação de vagas nas escolas públicas, visitas domiciliares no caso de notitia criminis de maus-tratos etc. O Conselho Tutelar possui, além disso, uma variada gama de funções, com poder de aplicação de medida de proteção, podendo requisitar serviços na área de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança. Isso significa que as entidades devem atender às requisições do Conselho Tutelar, exceto na impossibilidade justificada. (ISHIDA, 2009, p. 216-217)

O Conselho Tutelar é um órgão que garante maior fiscalização e segurança dos direitos dos menores, sendo relevante, para que não se distancie do seu objetivo primordial, o engajamento dos seus membros, atuando com compreensão e dedicação visando resultados satisfatórios e recompensadores.

Em 1976, a antiga Fundação Pró-Menor, que atendia adolescentes carentes e suas famílias, passou a se chamar FEBEM (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor). No início dos anos 1990, com o advento do ECA, deixou de atender adolescentes carentes, ficando a seu cargo o atendimento aos infratores. Desde a

ISBN 978-85-62288-05-0

sua criação a FEBEM foi alvo de críticas. A sua superlotação é um problema, assim como os maus-tratos que sofrem lá dentro, os jovens que lá entram, ou não entram devido à falta de vagas, tem potencializadas as chances de piorarem seu estado psicológico, constituindo-se em pessoas desacreditadas e vendo na criminalidade a única saída, ou seja, os menores que convivem por algum tempo nessas unidades são grandes candidatos à reincidência.

Por meio de lei sancionada em 22 de dezembro de 2006, a FEBEM foi transformada na Fundação Casa **(**Centro de Atendimento Sócio-educativo ao Adolescente), com a missão de aplicar medidas sócio-educativas de acordo com as diretrizes e normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. A Fundação presta assistência a jovens de 12 a 21 anos incompletos em todo o Estado de São Paulo, inseridos nas medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade. A fim de aprimorar a qualidade do atendimento, realizou-se uma descentralização do atendimento, visando fazer com que os adolescentes sejam atendidos próximos de sua família e dentro de sua comunidade, o que facilita a reinserção social. Dentre os avanços estão a queda expressiva nas taxas de reincidência e na ocorrência de rebeliões. (FUNDAÇÃO CASA, 2011, on line)

Importante ressalva se faz a seguir:

> Não há dúvidas que o delinqüente deve ser punido, mas tal punição deve ser necessária e eficaz. [...] Deve-se aplicar uma pena condizente com o crime praticado. A pena tem uma finalidade preventiva e ressocializadora e não punitiva. [...] A luta pela humanização do sistema carcerário no Brasil é antiga. Os direitos humanos, por seu turno, devem ser realçados em todos os campos para a proteção da vítima, do delinqüente, do cidadão e, principalmente, dos familiares destes. (SIRVINSKAS, 2003, p. 175)

No entanto, estamos muito longe de alcançar os meios ideais de amparo aos adolescentes infratores. Existiram melhorias, porém o sistema ainda peca em muitos pontos que não foram corrigidos. Contudo, esse é o caminho, cada vez mais a comunidade e o governo devem trabalhar para que melhorias continuem acontecendo, para que haja uma humanização nessas unidades de internação e para que novas políticas sejam criadas para o atendimento desses jovens em conflito com a lei.

6. MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

Aos adolescentes infratores ou em conflito com a lei, serão aplicadas medidas sócio-educativas pelo Juiz da Infância e Juventude, consoante comando expresso nos artigos 112, 136, 148, I, II, VII e parágrafo único, e 262, todos do

ISBN 978-85-62288-05-0

Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo-se levar em conta os aspectos subjetivos que levaram o adolescente a delinqüir e a gravidade da infração.

Em se tratando de ato infracional e adolescente infrator, não se fala em pena, mas sim em medidas sócio-educativas, cuja aplicação não tem por objetivo a punição, pelo contrário, visa a ressocialização do menor e sua reinserção na sociedade.

Ao criar as medidas sócio-educativas o legislador deu um tratamento diferenciado aos menores, reconhecendo neles a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, com fundamento na Proteção Integral que rege toda a legislação do menor.

> Inegavelmente as medidas socioeducativas têm-se mostrado de grande eficácia, quando aplicadas criteriosamente a adolescentes infratores, respeitando o conceito constitucional e de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Ao contrário das penas aplicadas aos adultos, de caráter exclusivamente repressivo e nada construtivo, as medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente têm servido para retirar muitos adolescentes de seu destino delinqüencial. (DARLAN, 1998, p. 65)

A finalidade das medidas sócio-educativas é corrigir o adolescente infrator e sua aplicação requer por pressuposto a prática de ato infracional. São destinadas apenas aos adolescentes, visto que às crianças são aplicadas medidas de proteção. Vale relembrar que o ECA considera criança o indivíduo de até doze anos incompletos de idade, já adolescente é a pessoa entre doze anos completos e dezoito anos de idade.

Assim dispõe o ECA sobre as medidas sócio-educativas:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
>
> I - advertência;
>
> II - obrigação de reparar o dano;
>
> III - prestação de serviços à comunidade;
>
> IV - liberdade assistida;
>
> V - inserção em regime de semi-liberdade;
>
> VI - internação em estabelecimento educacional;
>
> VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
>
> § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

ISBN 978-85-62288-05-0

> § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
>
> § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

As medidas sócio-educativas estabelecidas pelo ECA são a prova de que os menores de dezoito anos que praticam atos infracionais não ficam impunes, pelo contrário, respondem sim pelos delitos que praticam. Entretanto, o objetivo desse Estatuto não é a punição do menor, acima de tudo, a legislação menorista pretende amparar e proteger o jovem em conflito com a lei, objetivando a sua recuperação, ressocialização e reintegração ao meio social como um cidadão consciente e em harmonia com os princípios da convivência humana.

A seguir, uma breve explanação a cerca das medidas sócio-educativas existentes.

6.1. Advertência

A primeira medida sócio-educativa está elencada no art. 115 do ECA: “A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”. Esta medida não exige processo nem sentença judicial, visto que consiste em uma conversa entre o adolescente infrator e a autoridade competente na presença dos pais ou responsáveis, explicando-lhe a ilegalidade da conduta e as conseqüências no caso da reiteração da prática infracional.

A advertência deve ser a medida mais usada, visando sua integração sócio-familiar o quanto antes, sendo uma maneira de conscientizar e alertar o adolescente infrator e seus pais ou responsáveis, no intuito de prevenir ocorrências mais graves e reiteradas. (NOGUEIRA, 1998, p. 175-176)

6.2. Obrigação de reparar o dano

Assim está disposta no ECA tal medida:

> Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.
>
> Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

ISBN 978-85-62288-05-0

A obrigação de reparar o dano tem finalidade educativa e objetiva desenvolver o senso de responsabilidade do adolescente, faz o menor reconhecer o erro e repará-lo, seja devolvendo o bem, ressarcindo o prejuízo ou o compensando por um meio adequado.

Dessa forma,

> A lei prevê medida de reparação de dano no caso de infrações com reflexos patrimoniais. Poder-se-iam citar os delitos de trânsito, abrangendo as lesões culposas, o homicídio culposo, a direção perigosa e a falta de habilitação. [...] A obrigação de reparar o dano, como medida socioeducativa, deve ser suficiente para despertar no adolescente o senso de **responsabilidade** social e econômica em face do bem alheio. A medida deve buscar a reparação do dano causado à vítima tendo sempre em vista a orientação educativa a que se presta. (ISHIDA, 2009, p. 179, grifo do autor)

A responsabilidade de reparação do dano é do adolescente, não podendo ser transferida. Muitas vezes, a obrigação de reparar o dano através do ressarcimento dos prejuízos causados é inviável em virtude da condição financeira do infrator, podendo ser substituída por outra equivalente e que possa ser executada.

6.3. Prestação de serviços à comunidade

Sobre o assunto, assim prevê o ECA:

> Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.
>
> Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a freqüência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Esta medida proporciona ao adolescente viver a experiência da convivência comunitária e ter contato com diferentes pessoas, aprendendo mais sobre valores e aumentando as chances de se ressocializar. As tarefas são determinadas conforme as aptidões do adolescente, não podendo exceder a jornada de oito horas semanais, a fim de não comprometer os estudos ou seu emprego.

ISBN 978-85-62288-05-0

Com isso, a prestação de serviços à comunidade desenvolve no adolescente infrator o espírito de solidariedade, faz com que entrem em contato com outras realidades, com pensamentos e pessoas diversas, através do desenvolvimento de tarefas de interesse coletivo que lhes são atribuídas. Percebe-se que tal medida constitui importante instrumento na tentativa de ressocialização dos infratores.

6.4. Liberdade assistida

A liberdade assistida é vista com bons olhos pelos doutrinadores, uma vez que permite ao adolescente infrator cumprir a medida sócio-educativa em liberdade, em meio a sua família, porém sob a fiscalização do juizado e da comunidade. A liberdade assistida é mais um artifício na busca pela solução da criminalidade juvenil, podendo ser encontrada no seguinte artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.
>
> § 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.
>
> § 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

O adolescente está sob vigilância, fazendo com que ele se adapte aos ditames da sociedade, ou seja, ao mesmo tempo em que cumpre uma medida como conseqüência do ato infracional que praticou, também estará realizando uma tentativa de recuperação e de readaptação ao mundo ao seu redor. É comum que haja casos de adolescentes mais relutantes, casos em que se faz necessário maior fiscalização e acompanhamento.

A liberdade assistida deve ser aplicada aos adolescentes reincidentes na prática do ato infracional pelo período de tempo quer for necessário, ou seja, enquanto for viável a assistência. O orientador fica incumbido, além de suas demais funções para com o adolescente em conflito com a lei, de apresentar relatório do caso, demonstrando a evolução do caso e a certeza do acompanhamento, que deve ser freqüente. Outro ponto que deve ser lembrado é o fato de que o juiz, ao fixar a medida de liberdade assistida, fixa também outras regras a serem cumpridas pelo adolescente, como não se envolver em novos atos infracionais, obedecer aos pais, retornar cedo para sua moradia, não portar armas, não freqüentar determinados locais e voltar aos estudos. (NOGUEIRA, 1998, p. 184)

ISBN 978-85-62288-05-0

6.5. Regime de semiliberdade

Existem duas maneiras de se obter como medida sócio-educativa o regime de semiliberdade: a primeira é a aplicação determinada desde o início pela autoridade competente, obedecido o devido processo legal; a segunda forma é através da progressão da medida, na qual o adolescente passa do regime de internato para a semiliberdade. (OLIVEIRA, 2003, p. 2, on line)

A semiliberdade está prevista no art. 120 do ECA:

> Art. 120. O regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.
>
> § 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.
>
> § 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

A medida em estudo possui maior caráter de coercibilidade, distanciando o infrator de um convívio social e familiar mais intenso, porém, não restringe completamente seu direito de ir e vir. Os adolescentes infratores que cumprem a semiliberdade devem estudar ou trabalhar durante o dia e à noite devem se recolher a estabelecimentos próprios para cumprir tal medida.

A comunidade tem, novamente, um papel importante no cumprimento desta medida, mas para obter sucesso é preciso o comprometimento dos detentores do poder, destinando verbas e recursos públicos para tornar viável e eficaz a medida em questão.

Muitas vezes, o regime de semiliberdade não é estabelecido ao infrator devido à falta de estabelecimentos apropriados para receber o jovem e programas específicos, situação que prejudica mais este mecanismo de reinserção e recuperação do infrator, visto que esta medida possui caráter pedagógico, exigindo uma atividade produtiva do jovem, ou seja, o estudo ou o trabalho durante o dia.

6.6. Internação

A última categoria de medidas sócio-educativas está elencada nos arts. 121 ao 125 do ECA, sendo considerada a mais grave das medidas e destinando-se a casos de extrema necessidade, quando o adolescente comete ato infracional grave. Cabe destacar o art. 121 do Estatuto:

ISBN 978-85-62288-05-0

> Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.
>
> § 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.
>
> § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.
>
> § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.
>
> § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.
>
> § 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.
>
> § 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Os demais artigos determinam que a internação seja cumprida em estabelecimento específico, adequado e com atividades pedagógicas, obedecidos rigorosos critérios de separação por idade, desenvolvimento físico e mental, e gravidade da infração. A legislação também estabelece os direitos do internado, entre eles o de se encontrar privativamente com seu defensor, ser entrevistado por membro do Ministério Público, ser informado de sua situação processual, comunicar-se com familiares e amigos, receber visitas regulares, ser tratado com respeito e dignidade.

Como já mencionado no presente trabalho, os estabelecimentos existentes no país para a internação de jovens infratores estão distantes de cumprirem seu papel de ressocialização e recuperação de forma eficaz. Os jovens pioram seu comportamento durante a internação, sofrem maus tratos e saem de lá, muitas vezes, piores do que entraram. Houve uma pequena evolução na transição da FEBEM para a Fundação Casa, entretanto ainda há muito a ser feito para mudar esse quadro vergonhoso no atendimento aos menores infratores.

Através da privação da liberdade, a internação objetiva, mesmo não obtendo êxito em grande parte dos casos, a ressocialização, reeducação e recuperação do adolescente infrator, o demonstrando que a limitação de seu direito de ir e vir e de fazer o que bem entender é a conseqüência da prática dos atos delituosos cometidos por ele. A internação é medida excepcional, só deve ser adotada em último caso, por isso, o ideal é que se possa contar com entidades bem estruturadas, com profissionais especializados, propostas pedagógicas, tratamento

ISBN 978-85-62288-05-0

adequado e ambiente digno, para proporcionar ao infrator meios eficientes para sua recuperação e conscientização de seu papel de cidadão.

CONCLUSÃO

Constatou-se que as causas determinantes para o egresso dos menores na criminalidade são muito amplas, no entanto, alguns fatores têm ocupado lugar de destaque. A família é o primeiro centro de referência da criança e do adolescente, podendo influenciar tanto de maneira positiva quanto negativa na sua formação. No caso de haver um ambiente familiar desestruturado, o jovem pode sofrer maus tratos, abandono, ausência de carinho, passar por necessidades, desencadeando um sentimento de revolta e vontade de livrar-se da situação vivenciada, com isso, será facilmente atraído pela delinqüência. Já a evasão escolar, que cada tem se tornado cada vez mais comum, faz com que o menor caia na ociosidade, ficando mais vulnerável a prática de atos ilícitos e prejudiciais tanto a ele quanto à sociedade. A terceira causa analisada foram as drogas, pois, umas vez que se torna dependente, o jovem é capaz de cometer atrocidades para manter seu vício.

Quanto ao histórico de normas referentes aos menores, verificou-se que no ordenamento jurídico brasileiro sempre existiram legislações que regulamentavam os direitos das crianças e dos adolescentes. Recentemente, através da Lei 8.069/90, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, ficou comprovado um grande avanço e melhoria no tratamento dispensado aos menores de idade. Porém, o ECA não está isento de falhas e, muitas vezes, não é cumprido como deveria ser.

No tocante à inimputabilidade penal, o presente artigo defendeu que seja mantida a idade de dezoito anos. Portanto, refutou-se a vertente reducionista devido ao fato de que crianças e adolescentes mesmo sendo inimputáveis frente ao Direito Penal comum, são eles imputáveis perante a lei especial, isto é, o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de haver questões mais relevantes a serem resolvidas, como assegurar os direitos fundamentais dos menores e focar em medidas mais complexas e decisivas para diminuir a delinqüência juvenil.

Ao tratar da ressocialização dos menores delinqüentes, concluiu-se que o sistema de ressocialização no Brasil é muito precário e não cumpre efetivamente seu papel. Apesar de existirem normas para tratamento diferenciado a esses indivíduos, isso não ocorre. As unidades de ressocialização perderam a credibilidade e são vistas como verdadeiras escolas do crime. Nesse sentido, como políticas públicas de atendimento, foi objeto de estudo o Conselho Tutelar, que garante maior fiscalização e segurança dos direitos dos menores e é responsável por aplicar as medidas de proteção, bem como a Fundação Casa. A transição da FEBEM para a Fundação Casa representou uma acentuada melhora no tratamento dispensado aos menores infratores que cumprem as medidas sócio-educativas de semiliberdade e internação, porém ainda está muito longe do ideal, vários pontos não foram

ISBN 978-85-62288-05-0

corrigidos. Contudo, esse é o caminho, o governo e a sociedade devem se empenhar para que haja uma humanização dos centros de internação, tendo em vista maiores índices de recuperação dos infratores.

Foram abordadas também as medidas sócio-educativas, que são destinadas apenas aos adolescentes que praticaram ato infracional e cuja finalidade é corrigir o infrator, inibir a reincidência e impor uma sanção que não objetiva a punição, mas que tem característica pedagógica e educacional, possibilitando ao infrator compreender o caráter ilícito do fato. Entretanto, é comum que tais medidas não sejam aplicadas efetivamente devido a diversos obstáculos, como: falta de recursos financeiros, falta de instituições com infra-estrutura adequada e de interesse das autoridades responsáveis.

O Estado e a sociedade não devem agir visando apenas o controle a repressão dos menores que cometem atos infracionais, mas sim proporcionar condições dignas nos processos de reinserção e reeducação dos infratores. Não basta alterar o ordenamento jurídico, é preciso mudar o modo de tratamento dispensado aos jovens carentes, abandonados e infratores. Os menores que infringem as leis devem sim sofrer conseqüências, porém sendo respeitada sua condição de pessoa em desenvolvimento e sua dignidade. Eles possuem deveres, mas também possuem direitos. É necessário investir em profissionais capacitados para lidar com esses indivíduos, criar estabelecimentos com estrutura adequada, desenvolver novas políticas públicas e aprimorar os mecanismos existentes, além de alterar o modo como a sociedade trata a delinqüência juvenil, para, assim, potencializar as chances de recuperação e reintegração dos menores infratores ao meio social em harmonia com os princípios da convivência humana e conscientes de seus papéis de cidadãos.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Código de Menores*. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 11 julho 2012.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 1990.

CENTURIÃO, Luiz Ricardo Michaelsen. *Alguns Aspectos do Menor de Rua e seu Contexto*. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (Orgs.). *A Fenomenologia da Violência.* Curitiba: Juruá, 1999.

ISBN 978-85-62288-05-0

DARLAN, Siro. *Da infância perdida à criança cidadã*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. *Criminologia integrada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio do século XXI*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FERREIRA, Carlos Henrique de Paula. *Ressocialização do menor infrator*. [S.l.], 2010. Disponível em: <http://www.artigonal.com/direito-artigos/ressocializacao-do-menor-infrator-1742994.html>. Acesso em: 16 julho 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio do século XXI*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FUNDAÇÃO CASA. *A Fundação*: centro de atendimento socioeducativo ao adolescente. Governo do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/index.php/a-fundacao>. Acesso em: 16 julho 2012.

ISHIDA, Válter Kenji . *Estatuto da criança e do adolescente*: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Raimundo Luiz Queiroga de. *O menor infrator e a eficácia das medidas sócio-educativas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 162, 15 dez. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4584>. Acesso em: 25 julho 2012.

QUEIROZ, José J. (org). *O Mundo do Menor Infrator*. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1984.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei - da indiferença à proteção integral*: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Introdução ao estudo do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Pillares, 2008.

TRINDADE, Jorge. *Delinqüência Juvenil*: uma abordagem transdisciplinar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

ISBN 978-85-62288-05-0

IDEOLOGIA, SISTEMA PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONTROLE SOCIAL *VERSUS* LIBERDADES PÚBLICAS

Marcos Antônio da SILVA[371]

RESUMO

A ideologia sempre esteve em voga nos debates filosóficos, sendo que a influência desse fenômeno nas Ciências Jurídicas é inquestionável, na medida em que o Direito, na condição de produto social, traz em si um intenso teor ideológico, que repercute os interesses das classes dominantes, principalmente em relação ao sistema penal, instrumento poderosíssimo de controle das camadas sociais subalternas ao sistema capitalista. Deste modo, a reflexão filosófica e jurídica da ingerência ideológica no sistema penal, sobre o qual se deseja lançar um aprofundamento teórico de índole crítica, é crucial, haja vista que, para o aprimoramento desse sistema, é imprescindível remover as cortinas retóricas que escondem as verdadeiras causas e objetivos de se implantar uma realidade cada vez mais opressiva e rígida a segmentos sociais que há muito se encontram fora da lógica capitalista de produção e de consumo, visto que, invariavelmente, os bens, materiais ou imateriais, angariados pelas forças produtivas da sociedade capitalista não chegam a todos. Neste sentido, a exclusão social, se não é o principal motivo, certamente é um deles, na formação dos tipos penais, e, por conseguinte, o modelo carcerário é inteiramente voltado a atender a essa demanda, obedecendo à lógica do sistema capitalista globalizado. Assim, as ponderações tanto de juristas quanto de filósofos, clássicos e contemporâneos, são imperativas para fundamentar a tese sobre a qual se desenvolve o raciocínio aqui delineado, de modo que a recorrência frequente às interpretações dadas por estes autores é a tônica do presente estudo.

ABSTRACT

The ideology has always been in vogue in philosophical debates, and the influence of this phenomenon in Legal Studies is unquestionable, as that law, provided a social product, it brings an intense ideological content, which affects the interests of the dominant classes especially in relation to the criminal justice system, powerful instrument of control of subaltern social classes in the capitalist system. Thus, the philosophical and ideological interference in the legal penal system, on which to

[371] Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Internacional e Econômico pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

ISBN 978-85-62288-05-0

launch a theoretical study of a critical character, is crucial, considering that, for the improvement of this system, it is essential to remove the curtains that hide the rhetorical real causes and aims to deploy a reality increasingly oppressive and rigid social segments that have long been out of the capitalist logic of production and consumption, because, invariably, the goods, material or immaterial, raised by the productive forces of capitalist society does not reach everyone. In this sense, social exclusion, if not the main reason is certainly one of them, the training of criminal types, and therefore, the model prison is fully geared to meet this demand, according to the logic of the globalized capitalist system. Thus, the weights of both lawyers and philosophers, classical and contemporary, are imperative to the thesis upon which to develop the reasoning outlined here, so that the frequent recurrence to the interpretations given by these authors is the keynote of this study.

PALAVRAS-CHAVE: ideologia, sistema penal e democracia.

KEYWORDS: ideology, criminal justice system and democracy.

Introdução

O estudo da ideologia, associado à análise do sistema penal, é um convite sedutor à reflexão política, uma vez que é por meio da postura crítica que se pode, ainda que sutilmente, notar, a toda evidência, a manifestação ideológica da classe dominante, detentora do poder político e econômico, e seu firme propósito de controlar rigidamente as relações, os movimentos e as mobilizações sociais.

Nesta perspectiva, este ensaio procura discutir alguns aspectos relativos à questão ideológica e a influência que ela exerce na formação do sistema penal, fato este que se torna mais evidente no ambiente do Estado Democrático de Direito, haja vista que, por conta do exercício das liberdades públicas, tal constatação pode ser claramente percebida.

Após apresentar uma breve noção conceitual de ideologia, com pontos de vistas de pensadores que se detiveram na análise do tema, a abordagem se encaminhará para as nuances referentes às vicissitudes do sistema penal que, em última análise, obedece à lógica imposta pela ideologia capitalista dominante, ou seja, a tarefa da pesquisa se volta então à denúncia das reais motivações econômicas e políticas da tipificação penal, da fixação das penas e do regime carcerário.

Por fim, procurará demonstrar a inegável influência ideológica nas diversas teorias da pena, o que, a rigor, explicita a tese aqui defendida de que a realidade econômica e política e quem, de fato, configura o sistema penal, cujo objetivo maior se revela, notadamente, no controla social das massas marginalizadas pela ordem

ISBN 978-85-62288-05-0

econômica global.

1 Conceito de ideologia

Conceituar ideologia é muitas vezes uma tarefa ambiciosa, na medida em que a amplitude e a transcendência do tema não permitem realizar um trabalho de natureza simplista ou reducionista. Entretanto, ao deparar-se com o compromisso científico, é obrigatório, pelo menos, traçar um conceito que aborde aquilo que se entende por ideologia.

Genericamente, a ideologia pode abranger todas as áreas de atuação e ação humanas, se se considerar o homem na sua condição multidimensional, conforme preconizava, com sabedoria, no século XIX, o velho Karl Marx. Isto é, a ideologia, neste sentido, incidiria sobre os aspectos econômicos, sociais, religiosos, filosóficos, históricos e políticos que envolvem o ser humano, enquanto dotado de racionalidade e de virtudes intelectuais só a ele inerentes.

Assim, *ad argumentandum*, reflete a ideologia a maneira pela qual cada indivíduo, ou um grupo mais ou menos homogêneo de pessoas, vê, analisa, pondera, expõe, explica, define e conceitua o mundo, a realidade e o fenômeno do pensamento. Daí porque a importância fundamental com que tal assunto, vez ou outra, faz retomar os principais círculos de debates acadêmicos, trazendo a lume o contraponto filosófico de Hegel e Marx.

Hegel sustentava que a ideologia, ou melhor, a forma como se pensa e se projeta o mundo é o elemento essencial que move a “roda da História”, na medida em que, uma vez elaborado, ideológica e idealmente, o modelo de mundo dito mais perfeito e feliz, não se medirá nenhum esforço necessário para se obter êxito na consecução dos objetivos propugnados, ou seja, idealiza-se e, depois, concretiza-se.

Por outro lado, Marx, criticando a teoria de Hegel, percorre o caminho inverso, é dizer, as condições naturais, históricas e concretas do mundo da vida é que formam o modo pelo qual se deve reinventar o próprio mundo. Ou seja, da observação constante, meticulosa e crítica das contradições produzidas pelo materialismo histórico, forma-se no consciente coletivo o mundo ideal a ser construído na busca permanente do homem pela felicidade, em prejuízo do mundo real que deverá ser reelaborado.

Todavia, interessa, aqui, tão-somente, a vertente jurídica da ideologia, mais precisamente a influência que recai sobre o sistema penal, eis que a hegemonia de certo pensamento político, em dada sociedade, em determinado contexto histórico, ditará as regras, os princípios, as normas e as instituições desse sistema então vigente, legitimando-o.

Antes, porém, de abordar mais detidamente a factível e inconteste influência

ISBN 978-85-62288-05-0

da ideologia predominante sobre o sistema penal, de uma forma ampla, é forçoso proceder a uma investigação acerca do que é ideologia, explorando-lhe o sentido, digamos, se não o mais importante, pelo menos, mais marcante, vale dizer, a ideologia sob a perspectiva política, haja vista que a maneira pela qual se conquista e se exerce o poder, mantendo-se nele, na direção da sociedade, sem dúvida, repercutirá no sistema penal assumido pelo Estado e pela sociedade.

Nesta direção, na primeira parte deste ensaio, será dado ensejo à natureza filosófica, política e jurídica da questão envolvendo a ideologia, pelo que é imprescindível formar um conceito, com viés ideológico, pertinente à especificidade do assunto então tratado: o sistema penal.

Para tanto, será necessário apresentar algumas reflexões acerca da forma pela qual os pensadores, clássicos e atuais, analisam a profundidade, o alcance e a extensão das implicações humanas da ideologia.

Por fim, tentará estabelecer-se uma relação produtiva entre a ideologia e o direito, sob uma visão geral, e o sistema penal, especificamente, pondo em destaque a noção segundo a qual a ideologia dominante de uma sociedade, em uma época determinada, dita “as regras do jogo”, conforme os seus interesses, com a finalidade de manter o *status quo* e, assim, se perpetuar no poder, seja sob o prisma econômico, social ou político.

Genericamente, a ideologia pode abranger todas as áreas de atuação e ação humanas, se se considerar o homem na sua condição multidimensional, conforme preconizava, com sabedoria, no século XIX, o velho Karl Marx. Isto é, a ideologia, neste sentido, incidiria sobre os aspectos econômicos, sociais, religiosos, filosóficos, históricos e políticos que envolvem o ser humano, enquanto dotado de racionalidade e de virtudes intelectuais só a ele inerentes.

Assim, *ad argumentandum*, reflete a ideologia a maneira pela qual cada indivíduo, ou um grupo mais ou menos homogêneo de pessoas, vê, analisa, pondera, expõe, explica, define e conceitua o mundo, a realidade e o fenômeno do pensamento. Daí porque a importância fundamental com que tal assunto, vez ou outra, faz retomar os principais círculos de debates acadêmicos, trazendo a lume o contraponto filosófico de Hegel e Marx.

Hegel sustentava que a ideologia, ou melhor, a forma como se pensa e se projeta o mundo é o elemento essencial que move a “roda da História”, na medida em que, uma vez elaborado, ideológica e idealmente, o modelo de mundo dito mais perfeito e feliz, não se medirá nenhum esforço necessário para se obter êxito na consecução dos objetivos propugnados, ou seja, idealiza-se e, depois, concretiza-se.

Por outro lado, Marx, criticando a teoria de Hegel, percorre o caminho inverso, é dizer, as condições naturais, históricas e concretas do mundo da vida é

ISBN 978-85-62288-05-0

que formam o modo pelo qual se deve reinventar o próprio mundo. Ou seja, da observação constante, meticulosa e crítica das contradições produzidas pelo materialismo histórico, forma-se no consciente coletivo o mundo ideal a ser construído na busca permanente do homem pela felicidade, em prejuízo do mundo real que deverá ser reelaborado.

Todavia, interessa, aqui, tão-somente, a vertente jurídica da ideologia, mais precisamente a influência que recai sobre o sistema penal, eis que a hegemonia de certo pensamento político, em dada sociedade, em determinado contexto histórico, ditará as regras, os princípios, as normas e as instituições desse sistema então vigente, legitimando-o.

Antes, porém, de abordar mais detidamente a factível e inconteste influência da ideologia predominante sobre o sistema penal, de uma forma ampla, é forçoso proceder a uma investigação acerca do que é ideologia, explorando-lhe o sentido, digamos, se não o mais importante, pelo menos, mais marcante, vale dizer, a ideologia sob a perspectiva política, haja vista que a maneira pela qual se conquista e se exerce o poder, mantendo-se nele, na direção da sociedade, sem dúvida, repercutirá no sistema penal assumido pelo Estado e pela sociedade.

Nesta direção, na primeira parte deste ensaio, será dado ensejo à natureza filosófica, política e jurídica da questão envolvendo a ideologia, pelo que é imprescindível formar um conceito, com viés ideológico, pertinente à especificidade do assunto então tratado: o sistema penal.

Para tanto, será necessário apresentar algumas reflexões acerca da forma pela qual os pensadores, clássicos e atuais, analisam a profundidade, o alcance e a extensão das implicações humanas da ideologia.

Por fim, tentará estabelecer-se uma relação produtiva entre a ideologia e o direito, sob uma visão geral, e o sistema penal, especificamente, pondo em destaque a noção segundo a qual a ideologia dominante de uma sociedade, em uma época determinada, dita “as regras do jogo”, conforme os seus interesses, com a finalidade de manter o *status quo* e, assim, se perpetuar no poder, seja sob o prisma econômico, social ou político.

Filosoficamente, Nìcola Abbagnano, no clássico *Dicionário de Filosofia* (1998, p. 534), conceitua ideologia como:

> toda a crença usada para o controle dos comportamentos coletivos, entendendo-se o termo “crença” em seu significado mais amplo, como noção de compromisso da conduta, que pode ter ou não validade objetiva. Entendido nesse sentido, o conceito de ideologia é puramente formal, uma vez que pode ser vista como ideologia tanto uma crença fundada em elementos objetivos quanto uma crença totalmente infundada, tanto uma

ISBN 978-85-62288-05-0

> crença realizável quanto uma crença irrealizável. O que transforma uma crença em ideologia não é sua validade ou falta de validade, mas unicamente sua capacidade de controlar os comportamentos em determinada situação.

Em contraposição a este entendimento meramente formal, Karl Mannheim desenvolveu outro conceito para ideologia. Ele distinguiu um particular e um outro geral de ideologia. Particularmente, entende Mannheim (ABBAGNANO, 1998, p. 534) por ideologia o *conjunto de contrafações mais ou menos deliberadas de uma situação real cujo exato conhecimento contraria os interesses de quem sustenta a ideologia.* Aqui, neste primeiro sentido, Mannheim adverte que a análise da ideologia deve ser feita no plano psicológico. Já o conceito geral mannheimiano (ABBAGNANO, 1998, p. 534) concebe a ideologia *pela visão do mundo de um grupo humano, por exemplo, de uma classe social*. O estudo das ideologias, para ele, se concentra na missão de desvendar os engodos, os artifícios e os enganos, mais ou menos conscientes dos interesses humanos, perpetrados por grupos, principalmente os partidos políticos (LARA, 2004, p. 46).

Em verdade, o aprofundamento teórico deste último enfoque deve ser feita, conforme ressalta o autor, no plano sociológico. Assim, a investigação sobre a ideologia, em última análise, sempre foi dividida em duas linhas teóricas: os idealistas, da corrente hegeliana; e os materialistas, ou marxistas, adeptos da crítica social de Karl Marx.

Os teóricos idealistas da ideologia preconizam que as ideias, no caso, o pensamento político, foram desenvolvidas com autonomia em face do mundo material, palpável ou tangível, de modo que o condiciona, mesmo que concretamente. Friedrich Hegel, em *Fenomenologia do Espírito, Enciclopédia das Ciências Filosóficas e Lições sobre a Filosofia da História*, é o mais expressivo representante desta quadra filosófica, pois, para ele, a realidade é a razão, e a filosofia nada mais é do que *o sentido que se desprende da História*. A revelação da ideia na História procede-se pela via dialética, a saber, tese, antítese e síntese, e, por conseguinte, da oposição criadora dos contrários.

Os materialistas, por sua vez, em tese genérica, partem do pressuposto de que as mesmas ideias dependem de fatores materiais, realistas, empíricos, que os condicionem de maneira determinante; causas essas que se originam do exterior do indivíduo fisicamente considerado, como, por exemplo, a Economia, ou do interior do indivíduo, na sua própria Biologia. Logo, Marx e Engels, em posição diametralmente oposta a Hegel, deram à luz o materialismo histórico e dialético, pelo que começam com a lógica dialética hegeliana, invertem-na, e propõem a origem da produção das ideias a partir da realidade material infraestrutural e econômica, tais como a relação de propriedade e de produção, de modo que a consciência social, as ideias, desde

ISBN 978-85-62288-05-0

as concepções estéticas até chegar às filosofias políticas, não passariam de reflexos das condições materiais da existência. Porém, outros autores, Vilfredo Pareto e Sigmund Freud, de linha biológica e psicológica, atribuem aos instintos humanos, resíduos, na expressão de Pareto, um papel determinante na ação do homem, mormente na seara política (LARA, 2004, p. 36 e 37).

Analiticamente, traz-se a lume o conceito de ideologia respaldado no pensamento da filósofa Marilena Chauí (CHAUÍ, 1980, p. 43-44), cujos atributos consistem em firmar o entendimento de que ela:

> é um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (ideias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer.

Sob este viés, ideologia induz à conclusão de que tem forte conotação normativa, pois remete à construção de um ordenamento jurídico ou moral, na medida em que descreve a formação, o reconhecimento e a obediência de regras de conduta axiologicamente valoradas por certo grupo de pessoas.

Evoluindo na linha de raciocínio da eminente pensadora, é permitido notar que, além dessa característica normativa, a ideologia apresenta função determinante na construção dos meios indispensáveis à conquista e à perpetuação no poder político, social e econômico:

> Ela é, portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera da produção.

Nesse passo, um dos atributos inseparáveis do fenômeno ideológico se prende ao fato da existência inconteste de classes sociais, isto é, a sociedade capitalista é dividida em segmentos conforme a posição de domínio dos bens e instrumentos de produção econômica; e também à retórica paradoxal de que tal divisão não existe, a fim de arrefecer os ânimos das classes menos privilegiadas:

> Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças, como de classes, e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento da

ISBN 978-85-62288-05-0

> identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação, ou o Estado (CHAUÍ, 1980, p. 43).

Como acontecimento social e político, o real significado da ideologia, agora permeando o conjunto científico e filosófico de dado quadro histórico, não deve, de maneira alguma, ser revelado, sob pena de os objetivos da classe hegemônica de cujo interesse ela está a serviço restem frustrados:

> Isto significa que: ***a)*** na qualidade de explicação teórica do real (através das ciências, sobretudo hoje em dia, ou das filosofias ou das religiões), a ideologia nunca pode explicitar sua própria origem, pois, se o fizesse, faria vir à tona a divisão social em classes e perderia, assim, sua razão de ser que é a de dar explicações racionais e universais que devem esconder as diferenças e particularidades reais. Ou seja, nascida por causa da luta de classes e nascida da luta de classes, a ideologia é um corpo teórico (religioso, filosófico ou científico) que não pode pensar realmente a luta de classes que lhe deu origem; ***b)*** na qualidade de corpo teórico e de conjunto de regras práticas, a ideologia possui uma coerência racional pela qual precisa pagar um preço. Esse preço é a existência de "brancos", de "lacunas" ou de "silêncios" que nunca poderão ser preenchidos sob pena de destruir a coerência ideológica. O discurso ideológico é coerente e racional porque entre suas "partes" ou entre suas "frases" há "brancos" ou "vazios" responsáveis pela coerência. Assim, ela é coerente não apesar das lacunas, mas por causa ou *graças* às lacunas. Ela é coerente como ciência, como moral, como tecnologia, como filosofia, como religião, como pedagogia, como explicação e como ação apenas porque *não diz tudo* e *não pode dizer tudo*. Se dissesse tudo, se quebraria por dentro (CHAUÍ, 1980, p. 44).

Destarte, a ideologia visa, a todo custo, obter coerência científica e, por conseguinte, metodológica para se firmar, de forma lógica e racional, no senso comum das massas exploradas como verdade e dogma, sobre os quais não poderiam recair quaisquer questionamentos contrários a seus propósitos.

Pelo exposto, deve-se, então, fazer um exercício próprio de conceituação do assunto proposto, segundo o qual ideologia viria a ser a maneira mediante a qual se concebe o mundo e os objetos materiais, imateriais, intelectuais e culturais que o compõem, segundo as crenças, as tradições e as idiossincrasias preestabelecidas no inconsciente e no consciente individual e coletivo, as quais interferem, sobremaneira, no modo com que se percebem, se analisam, se julgam e se

ISBN 978-85-62288-05-0

entendem as relações sociais e humanas, em sua extensão e dimensão máxima.

Por último, importante retornar um pouco ao pensamento de Mannheim, quando este diferencia ideologia de utopia, a fim de que não haja, com efeito, nenhuma confusão teórica acerca dos dois termos, posto que *ideológicas são as ideias que transcendem a situação e que nunca conseguiram realizar efectivamente o seu conteúdo visual*, ao passo que utopias são para o autor *aquelas orientações que transcendem a realidade quando, ao passarem ao plano da prática, tendem a destruir, parcial ou completamente, a ordem das coisas existentes em determinada época* (LARA, 2004, p. 46 e 47). É dizer: embora para o senso comum ideologia e utopia possam, semanticamente, parecer semelhantes, a verdade é que a primeira se caracteriza pelo fato de partir da realidade ou da natureza das coisas para o mundo das ideias ou do intelecto, individual ou coletivo, e as utopias partirem do mundo das ideias ou do intelecto para a realidade, transformando-a.

2 A ideologia política

Sob a ótica política, a ideologia, no transcorrer da História, teve por pressuposto fundamental a liberdade, ou mais especificamente o papel do Estado na garantia dela, principalmente a noção moderna que se tem dele, frente ao indivíduo.

Nos séculos XVII e XVIII, pensadores clássicos, entre os quais Locke e Montesquieu, exerceram enorme influência na defesa da liberdade individual na medida em que preconizavam a limitação do poder estatal para tutelar os interesses, os bens, o patrimônio e a integridade física do indivíduo isoladamente considerado.

John Locke propugnava pelos limites do exercício da autoridade com a consecução dos direitos naturais em face da organização estatal, sendo que *desses direitos, o mais típico era o Direito de propriedade* (BONAVIDES, 2009, p. 168), pois representava e plasmava, à época, a maior manifestação inerente à natureza humana, qual seja, o trabalho.

Em seu *Tratado do Governo Civil*, Locke postula essa constante doutrinária de sua filosofia do Estado nos seguintes termos:

> o básico e relevante papel conferido à propriedade, como fundamento do governo da sociedade, ou do direito que não tolera a mínima lesão, e cuja defesa ele coloca no consentimento de seus titulares, compondo, assim, a medula de uma concepção, que decisivamente influi no ânimo dos constituintes franceses de 1791 e, por conseguinte, no célebre texto que declarou a propriedade “direito individual e sagrado” (art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), contida na Constituição Francesa de 03 de setembro de 1791 (BONAVIDES, 2009, p. 168).

ISBN 978-85-62288-05-0

O cerne das reflexões em Locke se fixa na blindagem absoluta da propriedade privada, de forma que o Estado não poderia avançar os limites estabelecidos pela sacralidade do direito de propriedade, como também proporcionar ao indivíduo a proteção da propriedade em face de atos invasivos de terceiros.

Montesquieu, a seu turno, sustenta que os limites à ingerência do Estado na vida privada dos cidadãos são implementados por meio da clássica separação das funções do Estado, ou seja, a quebra ou a fragmentação das atribuições dos poderes estatais em três dimensões: legislativas, executiva e judiciária, e a proibição da concentração deles nas mãos de um só ente caracterizariam, por assim dizer, a melhor via para a consolidação da liberdade individual diante do poder repressor e agressivo do Estado.

Em ambos os casos, com Locke e Montesquieu, a ideia que persiste no fundo do debate é o princípio insofismável do liberalismo, a saber, a proteção e a tutela do indivíduo em sua liberdade, premissa essencial do sistema capitalista. Em outras palavras, liberdade e propriedade, valores tão caros aos ideais iluministas e liberais, não poderiam ficar à mercê das intransigências e dos caprichos do poder político absoluto do Estado, de sorte que a defesa irrenunciável da propriedade privada, aqui entendida por Locke como consequência natural da mais importante peculiaridade humana, o trabalho, bem como a luta pela liberdade individual consistiam, em última análise, na ideologia política do liberalismo da primeira fase do capitalismo, o que possibilitou, inexoravelmente, a alavancagem e a potencialização rumo à Revolução Industrial do século XIX, mas também para o agravamento das vicissitudes a ela inerentes.

3 A ideologia econômica

Em antítese à ideologia política do liberalismo dos séculos XVII e XVIII, que viam no poder político do Estado o símbolo da dominação do homem pelo homem, surge, com muito vigor doutrinário e científico, no século XIX, o pensamento filosófico, social, político e econômico de Karl Marx, denominado por ele mesmo de Economia Política, que pôs a nu as contradições geradas pelo novel sistema capitalista, em virtude do advento de inúmeras injustiças e desequilíbrios sociais provocados pelo regime liberal-capitalista e pela Revolução Industrial levados às últimas consequências.

À época, sob aquela conjuntura história, Marx destacava que a opressão não tinha mais um viés unicamente político, vale lembrar, do Estado absoluto sobre os indivíduos, mas sobretudo econômico. Nesta medida, o sistema capitalista de produção, que dividia a sociedade em dois segmentos antagônicos, burgueses e proletários, era, desta vez, o principal fator de opressão que propiciava a exploração do homem pelo homem e, diante disso, via na abolição da propriedade privada, o

ISBN 978-85-62288-05-0

totem de Locke, a forma mais eficaz e justa de emancipação humana a caminho da felicidade.

Porém, tal emancipação passa pela luta de classes, sendo vista por Marx não sob a ótica e conotação individual ou egoísta, haja vista que toda a classe operária, o proletariado, seria o autor e construtor desse novo mundo: o caráter coletivo de felicidade torna-se o elemento distintivo da doutrina socialista de Marx e Engels em comparação à tradição filosófica liberal.

4 A contribuição teórica de Jean-Jacques Rousseau

Em uma interessante reflexão dedicada ao pensamento de Jean-Jacques Rousseau, na qual se reporta ao *Contrato Social*, Paulo Bonavides (2009, p. 166-169) procede a uma abordagem histórica da obra clássica do genebrino, enquadrando-o ideologicamente num contexto histórico-social relevante para o presente estudo.

À primeira vista, parece até causalidade a subsunção histórico-teórica de Rousseau entre os séculos XVII e XVIII, período áureo do liberalismo econômico, e o século XIX, ponto de partida do socialismo utópico, primeiro, e do socialismo científico, de Karl Marx e Friedrich Engels, posteriormente. O posicionamento rousseauniano, *a priori*, induz à conclusão de que se trataria de uma ponderação contraditória, na medida em que, para os menos atentos, mesclaria elementos que dão sustentação ao capitalismo liberal, com outros fatores que servem de arrimo ao socialismo marxista.

Neste diapasão, cabe ressaltar que o texto de Rousseau enseja imensa bibliografia de inúmeros intérpretes das mais variadas vertentes, afeitos tanto às concepções liberais quanto às ideias socialistas, sem se esquecer, no entanto, daqueles colocados no centro desse debate.

Com efeito, procedendo a um esforço de síntese, podem-se reduzir tais interpretações a três postulados fundamentais, os quais, nas palavras de Paulo Bonavides (2009, p. 167), são suscitadas dessa forma: […] *a posição direitista, que vê na volonté générale a ideia de desintegração política, de onde se parte para o Estado totalitário das modernas variantes conservadoras e reacionárias […].*

Para a direita, o cerne da doutrina de Rousseau centra-se precipuamente na questão da vontade geral, de forma que esta seria estabelecida sem levar em conta as diferenças fundamentais entre as classes sociais. Ou seja, estabelecidos os objetivos da nação, nos exatos termos dessa vontade, a luta de classes estaria superada. Assim, independente de se pertencer ou não a determinada classe, no caso, à burguesia ou ao proletariado, encontrado o denominador comum entre elas, sendo fixadas as metas para atingi-lo, todos os membros da sociedade concentrarão seus esforços para a consecução desses objetivos, não obstante a classe social a

ISBN 978-85-62288-05-0

que pertencem. Tal ênfase deu sustentação teórica aos movimentos totalitários da Europa Ocidental da primeira metade do século XX, entre os quais o fascismo, o nazismo, o franquismo e o salazarismo.

Em relação à tendência política de centro, assevera Paulo Bonavides (2009, p. 170) que:

> […] a posição centrista, dos autores que exprimem seu desengano com o filósofo que se lhes assegura, em grande parte, destituído de coerência, nexo e unidade lógica e estar, aqui e ali, assinalado por contradições inevitáveis, ou que aceitam, sem mais debate, a teoria democrática como produto acabado, que resta apenas vincular ao liberalismo, à maneira do que fizeram com os seus artefatos constitucionais os publicistas do século XVIII e particularmente os da primeira metade do século XIX […]

Bonavides resume bem o desdém dos teóricos políticos centristas no que tange às teses defendias por Rousseau, pois concluem que ele não toma nenhuma posição ideológica definida e firme, ora pendendo à esquerda, ora à direita, sendo que, sistematicamente, cai em contradições irremediáveis, a ponto de servir, decidida e inevitavelmente, de suporte teórico à ideologia direitista. À primeira vista, o conteúdo doutrinário de Rousseau esposado no *Contrato Social* se encaixaria perfeitamente nas bandeiras ideológicas propugnadas pelos que estão situados ao centro do debate político, mas, ironicamente, este mesmo centro descarta as ideias reconciliadoras de Rousseau.

Por fim, relativamente à esquerda, seus intérpretes, à luz da opinião de Paulo Bonavides (2009, p. 170-171), traduzem Rousseau como um adepto do modelo socialista, *in verbis*:

> […] por último, a posição esquerdista dos que associam dialeticamente a doutrina de Rousseau à evolução do moderno pensamento político e, tanto quanto os primeiros, mas de modo distinto, percebem a admirável linha de unidade a que se prestam para uma construção doutrinária mais firme, os princípios políticos versados nas obras capitais do pensador.

Da leitura detida do fragmento da obra de Paulo Bonavides, percebe-se a natural manifestação ideológica, na medida em que o pensamento político do mesmo filósofo, no caso Rousseau, é submetido às mais diferentes divagações político-ideológicas, cada qual a seu talante, para fundamentar-lhes o ponto de vista que defendem.

Ademais, em contraposição à lógica direitista esposada pelo pensamento de

ISBN 978-85-62288-05-0

Francis Fukuyama, que apregoou o fim da história, com a queda do Muro de Berlim e a derrocada da União Soviética, conquanto ele já tenha revisto este posicionamento filosófico, forçoso trazer a lume as ponderações de Eugenio Raúl Zaffaroni sobre as utopias e as ideologias (ZAFFARONI, 1991, p. 224), quando comenta sobre o sistema penal nos países latino-americanos, precisamente no que tange ao seu posicionamento favorável às ideias reducionistas e abolicionistas do Direito Penal:

> […] No creo en las muertes de las ideologías (creo que hay una decadencia de las ideas, que no es lo mismo) y menos aún en el fin de las utopías: las utopías son de invalorable importancia eurística, como dice Baratta, orientadora. Non hay cambio sin utopía: después de todo, la república la soñaron como utopía los europeos y se realizó en América. El día que el hombre renuncie a la utopía renuncia a su condición humana, a la dinámica social, cultural, a su esencia: sería la terrible imagen de una sociedad de seres iguales operando como un panal o un homiguero[372].

O que Zaffaroni objetiva dizer é o fato de que, enquanto o homem estiver dotado de razão e de espírito crítico diante das adversidades produzidas pela vida, haverá ideologias, pois ele é e sempre será o ator principal na construção da História e da civilização, ademais: *A árvore das ideologias está sempre verde* (BOBBIO, 1995, p. 33).

Aliás, vem à tona, quando se discute ideologia, a dicotomia direita e esquerda no quadro político mundial, muito embora o debate ideológico não se resuma a estes dois pontos de vista, haja vista a complexidade social, política, cultural e religiosa em que se vive atualmente, mas, pela importância que ainda detêm, é obrigatório dissecar alguns pontos históricos contidos nestes dois conceitos.

Os termos “direita” e “esquerda” tiveram origem no contexto da Revolução Francesa, desencadeada em 1789, cujos impactos ideológicos ainda são fortemente sentidos em nossos dias. Quando da reunião da Assembleia Geral Constituinte, deflagrada dias antes da eclosão revolucionário, dois blocos se destacaram nos discursos políticos levados a efeito, a fim de determinar os rumos dos ideais revolucionários: os girondinos, adeptos declarados da monarquia francesa, cujos assentos se localizavam à direita do parlamento, possuíam postura moderada no

372 Não creio nas mortes das ideologias (creio que há uma decadência das ideias, que não é o mesmo) e menos ainda no fim das utopias: as utopias são de grande importância heurística orientadora, como diz Baratta. Não há mudança sem utopia: depois de tudo, a república, como utopia, se realizou na América assim como sonharam os europeus. O dia em que o homem renunciar a utopia, renunciará a sua condição humana, à dinâmica social, cultural, à sua essência: seria a terrível imagem de uma sociedade de seres iguais operando como uma colmeia ou um formigueiro. (Tradução livre pelo autor).

ISBN 978-85-62288-05-0

que tange aos avanços da revolução, para os quais esta deveria restringir o número de beneficiados pelas conquistas da Revolução Francesa.

Em outras palavras, o primeiro e o segundo Estados, o clero e a aristocracia; e os jacobinos, também chamados montanheses, defensores da república, formados por camponeses e pequenos comerciantes, de atitude radical e extremista no que se refere às conquistas sociais, pelo que estas deveriam se estender ao maior número de pessoas possível, independente de pertencerem ao primeiro, segundo ou ao terceiro Estado, tinham seus assentos à esquerda no cenário da Assembleia.

A partir de então, ilustrativamente, os que se dizem adeptos do liberalismo, do livre mercado, da intervenção mínima do Estado no campo econômico, ou seja, da preponderância da liberdade, são rotulados, política e ideologicamente, de direita ou, numa linguagem mais engajada, conservadores ou reacionários; por outro lado, os que se intitulam defensores da interferência do poder estatal nos meios de produção e extensão a todos dos bens produzidos pela sociedade de forma igualitária, ou seja, a supremacia da igualdade sobre a liberdade extrema, são considerados de esquerda, ou socialistas ou revolucionários. Entretanto, direita e esquerda não se encerram apenas no debate ideológico: na verdade são programas de governo que até hoje determinam a direção que uma dada sociedade politicamente organizada deve seguir (BOBBIO, 1995, p. 32 e 33).

5 O sistema penal e o capitalismo

O sistema penal, hodiernamente, possui forte tendência expansiva, vale dizer, a natureza jurídico-política que lhe é inerente objetiva abranger, cada vez mais, uma superfície e um lastro maior de relações sociais, bens jurídicos, conceitos e categorias da realidade humana, por conta, principalmente, do aumento da complexidade gerada pela globalização da economia capitalista e da cultura de massas.

É dizer, o sistema penal, ante a crescente complexidade da vida pós-industrial, tende a se estender para novas outras realidades do convívio social e individual, influenciando, de uma forma ou de outra, nas relações humanas atuais.

A princípio, para se ter uma pequena noção da interferência do sistema penal no cotidiano da sociedade, é digno de nota a seletividade das leis penais reprodutoras de novos tipos penais que visam a proteger bens jurídicos considerados caros à elite econômica, social e política de uma determinada sociedade organizada politicamente.

Assim, a proteção do patrimônio e dos valores econômicos, em detrimento da liberdade dos indivíduos, que compõem as camadas mais humildes da tessitura social, é flagrante, uma vez que, na realidade, o conjunto de bens materiais e imateriais produzidos pela sociedade não chega às classes colocadas à margem do

ISBN 978-85-62288-05-0

processo de produção e de consumo capitalistas, de modo que, aos que conseguem usufruir desses bens, necessitam, a todo custo, da proteção oficial do Estado, não só desses bens, mas também do *status quo* para manter essa situação de uso e de gozo desses bens.

Este fato remete ao pensamento de Eric Hobsbawn de que *a vaca sagrada da democracia não verteu leite suficiente a todos* (HOBSBAWN, 2010, p. 106), do qual se denota que, invariavelmente, por trás do discurso democrático e de liberdade a todos, se esconde a firme intenção do projeto global de dominação do homem pelo homem.

Outro exemplo inequívoco causado pela relação do sistema jurídico penal com a sociedade ocorre com o estigma gravado naquele que passou pelo sistema penitenciário, que inexoravelmente faz parte do sistema penal. O carimbo, a pecha e a condição proporcionados por este estigma de ex-presidiário têm, por consequência, a exclusão do indivíduo do seio social, eliminando-o, principalmente, do acesso ao mercado de trabalho, que, em tese, lhe garantiria uma vida digna.

Nesta mesma linha de raciocínio, a questão do caráter ressocializador da pena, vez ou outra, retorna ao centro de discussões acerca da eficácia das penas restritivas de liberdade na condição de elemento de resgate do indivíduo para reinseri-lo ao meio social. Porém, os fatos mostram, ironicamente, o contrário, eis que o sistema carcerário – e, aqui, pode-se citar o caso específico brasileiro - é, para dizer no mínimo, medieval, verdadeiros depósitos de seres humanos, no pior sentido que isso possa significar (BAUMAN, 1999, p. 121). Enfim, recuperar alguém, por tais métodos, se constitui em mera falácia.

Ademais, cabe ressaltar a existência de toda uma estrutura mercadológica e econômica em torno do sistema penal: desde a construção de novos estabelecimentos prisionais, passando pelo fornecimento da alimentação para estes presídios, até a formação e a consolidação da burocracia do sistema, tais como, os salários dos servidores públicos envolvidos, a criação e a expansão de tribunais e procuradorias, bem como, pode-se dizer, a proliferação do comércio de segurança privada e vigilância eletrônica, calcada na cultura do medo.

Ou seja, a grande soma de recursos financeiros e humanos, públicos e privados, direcionada à sustentação do sistema penal-carcerário, sem falar, obviamente, no desgaste desnecessário de energia social nesse processo todo, simboliza, nitidamente, os questionamentos que devem ser feitos e postos diante da necessidade de se manter, ou não, o referido modelo.

Outrossim, a ideologia, enquanto sistema de ideias que sustenta o discurso dissimulador da realidade tal como ela é, serve aos interesses hegemônicos, na medida em que elabora teses, antíteses e sínteses, algumas das quais com forte carga de irracionalidade e destituídas de raciocínios lógicos, para fazer frente às críticas lançadas contra a situação de crise por que passa o sistema penal,

ISBN 978-85-62288-05-0

mormente quanto ao fato de que ele atende aos apelos do capitalismo globalizado na exclusão de seres humanos que pouco contribuem ao novo padrão de produção e de consumo (BAUMAN, 1999, p. 128). A partir daí que se torna imprescindível a função da ideologia na justificação do modelo penal vigente.

Aspecto importante, no atual contexto mundial que abrange o sistema penal e a ideologia capitalista globalizada, é o fato da proliferação da imprensa de massa (*mass media*) sensacionalista, principalmente a televisiva, que se arvora no pseudopapel de defensora da lei e da sociedade, com sua retórica de cunho fascista e preconceituosa, mas que, em verdade, se nutre das mazelas produzidas pelas distorções e contradições do modelo capitalista pós-industrial, que gera desemprego em massa e um enorme contingente de excluídos sociais.

Em outros termos, por trás desse discurso moralista da imprensa policialesca pós-moderna, cuja finalidade se resume em reproduzir a cultura do medo e do pânico generalizado do outro, esconde a intenção pura e simples de conservar a mesma situação, a fim de que não ocorram reformas sociais profundas no atual estado das coisas, isto é, não há vontade e motivo algum por parte de tal segmento midiático de que as estruturas sociais, esclerosadas pelas patologias criadas, a longo tempo, pelo regime econômico-financeiro global, sejam modificadas. Portanto, é a velha ideia de que quanto pior melhor, para que os índices de audiência e, por conseguinte, os anúncios dos patrocinadores, não caiam.

Nesse sentido, vale lembrar, o exercício da imprensa sensacionalista é extremamente lucrativo, pois a retórica, a contundência, o convencimento e a manipulação da notícia fazem com que a grande maioria da população, por falta de espírito crítico mais aguçado, adira a este discurso raso e o apoie incondicionalmente, em verdadeira manifestação de massa de manobra que causaria inveja a qualquer encarregado da comunicação e da propaganda dos regimes nazi-fascistas da primeira metade do século XX, podendo isso até ser objeto de estudo aprofundado da psicologia social.

Sob outro viés, os reflexos criados pela imprensa sensacionalista na disseminação do ódio social e do medo do outro remetem aos limites da liberdade de imprensa, obrigando à ponderação de valores constitucionais tão relevantes à harmonia entre as pessoas. Nessa medida, é forçoso desenvolver o alargamento teórico e prático direcionado à questão de chegar-se ao consenso jurídico-constitucional acerca da legitimidade desse tipo de jornalismo no combate ao crime, dentro da concepção que se tem de sistema penal na quadra em que hoje se vive, ou seja, a pergunta que deve ser feita é no sentido de saber a quais interesses serve esta específica liberdade de imprensa.

Sob o aspecto legiferante, o panorama geral se mostra a atender à franca tendência em aumentar a população de detentos, ante o sentimento paranoico de inseguridade e medo, alimentado, sobretudo, pelos meios de comunicação de

ISBN 978-85-62288-05-0

massa, em face do qual o sistema penal brasileiro procura responder imediatamente, inflacionando a produção legislativa de leis penais "duras", que, nos últimos anos, sobrecarrega o sistema jurídico sem qualquer ambição de eficácia.

Neste passo, o ilustre professor argentino elucida q (ZAFFARONI, 1991, p. 227 e 228):

> A nivel legislativo, los últimos años están mostrando una tendencia alarmante. Por un lado, tanto la legislación "anti-droga", que ha sido impuesta por alguna agencia de los Estados Unidos sobre un modelo único en toda la región, como otros fenómenos, tiendem a crear una "excepcionalización" del derecho penal y procesal penal, que choca frontalmente contra todos los principios del derecho penal liberal o e garantías. El discurso jurídico se deteriora, apelando a elementos míticos transpersonalistas: "defensa social" es una expresión que ha cobrado un sentido del todo diferente al que concibieron sus sostenedores doctrinarios y que cumple la misma función que los elementos autoritarios que cerreban los discursos totalitarios de otros tiempos (defensa del estado, de la raza, de la nación, del proletariado, etc.)[373].

Na prática, o perfil do legislador latino-americano quer satisfazer às soluções populistas para conter o pânico geral da criminalidade, porém se esquece da agenda de assuntos inadiável de caráter prioritário, deixando-a de lado, cuja implementação atingiria as reais causas da criminalidade.

Outrossim, conclui-se que o sistema penal, a rigor, atua basicamente em duas frentes de batalha em favor do pensamento único dominante pós-industrial, quais sejam: de um lado, os altos gastos públicos, sempre crescentes, com a manutenção do sistema prisional, em que a possibilidade de privatização do sistema carcerário, no qual a mão-de-obra do detento seria explorada pelo setor privado; de outro, a repressão e o controle sociais da massa de excluídos que não participam, a contento, do mercado de produção e de consumo, em que "as pessoas descartáveis e redundantes" seriam colocadas nestes depósitos de gente.

6 Ideologia e Pena

[373] A nível legislativo, os últimos anos estão mostrando uma tendência alarmante. Por um lado, tanto a legislação "anti-droga", que foi imposta por alguma agência dos Estados Unidos sobre um modelo único em toda a região, como outros fenômenos, tendem a criar uma situação "excepcional" do direito penal e do processo penal, que choca frontalmente com todos os princípios e as garantias do direito penal liberal. O discurso jurídico se deteriora, apelando para elementos místicos transpersonalistas: "defesa social" é uma expressão tem recebido um sentido muito diferente daquele que conceberam seus sustentadores doutrinários e que cumpre a mesma função que os elementos autoritários celebraram nos discursos totalitários de outros tempos (defesa do Estado, da raça, da nação ou do proletariado etc.). (Tradução livre pelo autor).

ISBN 978-85-62288-05-0

É notório que, à medida que se mudam as ideologias, tanto na ordem global, quanto na local, mudam-se também a maneira pela qual as penas, no sentido encetado pela criminologia, são estabelecidas, interpretadas e aplicadas.

O exemplo do Direito Penal italiano é bem ilustrativo, até porque reflete o conturbado período que viveu a Europa no século XX, por conta da coincidência da formatação política levada a efeito por alguns países do bloco europeu.

Com a chegada e a consolidação do fascismo ao poder na Itália e a vigência do Código Penal italiano de 1930 (Código Rocco), ainda vigente, com várias modificações, obviamente, o teor político passa a permear todo o sistema penal daquele país, na medida em que a criminalização de condutas atentatórias ao Estado e ao poder estabelecido torna-se o *leitmotiv* de toda a estrutural penal: no livro II, do Código Penal de 1978, que trata dos crimes em particular (a parte especial, diríamos, do Código Penal italiano), em seu Título I, "Dos delitos contra a personalidade do Estado", o primeiro capítulo denomina-se "Dos delitos contra a personalidade internacional do Estado", cujo artigo 241 tipifica, no topo do Código Penal, os "Atentados contra a integridade, a independência ou a unidade do Estado", infringindo a pena de prisão perpétua (*ergastolo*) a quem a violar.

Hodiernamente, o modelo do sistema penal italiano avançou, por conta principalmente do processo de constitucionalização e de democratização por que passaram ou passam as nações mais desenvolvidas do ocidente e as desenvolvimento tardio latino-americanas, no sentido de que as premissas autoritárias de então não produzem mais ecos no contexto jurídico italiano. Com efeito, esposa a doutrina italiana sobre o referido tema (MARCHETTI, 1991, p. 193), da seguinte forma:

> Il compatto sistema "criminale" del 1930 – ordinamento penitenziario compreso – risponde, da un canto, all´ideologia ed al clima politico dell´epoca e, d´altro canto, alla concezione del "regime" in ordine alla *vexata quaestio* della finalità della pena[374].

Conseguintemente, ao se pronunciar acerca dos novos ventos constitucional-democráticos que sopraram sobre a realidade jurídico-penal italiana, a mesma autora (MARCHETTI, 1991, p. 201) assim se manifesta:

> Non vi è dubbio che la questione penale, articolandise sulla diade autorità-libertà, trovi il suo momento di maggior spicco nella Carta fondamentale dell´ordinamento: donde l´ineludibile esigenza di delinearne le disposizioni

374 O compacto sistema "criminal" de 1930 – incluído também o ordenamento penitenciário – responde, de um lado, à ideologia e ao clima político da época e, de outro, à concepção do "regime" vigente à *vexata quaestio* da finalidade da pena. (Tradução nossa).

ISBN 978-85-62288-05-0

> più strettamente "penalistiche". D´altra parte è necessario ricordare come, da un´analisi sistematica delle sue norme, la Costituzione repubblicana abbia posto l´Uomo al centro dell´esperienza giuridica: una concezione personalistica, con una marcata tendenza al solidarismo sociale, che certamente contrasta con la rigorosa visione, propria del regime fascista, di un Stato etico, che nel gestire il momento criminale poteva solo oppore un profilo eventualmente paternalistico ad un insostituibile autoritarismo di fondo[375].

Trata-se, naturalmente, da mudança de foco e de patamar dos valores éticos vigentes em determinado contexto histórico, em que o elemento ideologia tem forte impacto nesta alteração: de um regime político centralizado e autoritário, no qual o Estado e os seus governantes polarizam todas as decisões do país, incluindo até questões de ordem privada, para um Estado democrático de direito, cuja ênfase se volta precipuamente para a dignidade da pessoa humana.

A crítica a ser levantada contra este intercâmbio ideológico, levando-se conta a subserviência do sistema penal aos ditames capitalista, centra-se no fato de que, não sendo mais interessante manter um sistema jurídico-político todo ele baseado no autoritarismo e na opressão social e individual, muda-se para o regime de Estado em que as liberdade públicas são reconhecidas, uma vez que para o capital prosperar, é imprescindível a existência de um mínimo de liberdade individual. É o que, de fato, aconteceu e vem acontecendo no resto do mundo.

Semelhante desenrolar jurídico-político, envolvendo o sistema penal, também ocorreu na Espanha, embora um pouco mais tardiamente. Depois de quase quarenta aos sob a "mão-de-ferro" do regime nacional-catolicismo capitaneado pelo General Francisco Franco, com a redemocratização e a reinstalação do Reino da Espanha, tornou-se obrigatória a reforma do ordenamento penal espanhol em face do movimento democrático-constitucional que permeou a estrutura jurídica da Europa ocidental do pós Segunda Guerra.

Não obstante o fato de o Código Penal espanhol remontar a 1944, à época, portanto, do pleno domínio franquista, é certo que após a abertura política ocorrida em 1975, grandes reformas pontuais foram levadas a efeito, nos últimos anos, para fazer face às novas demandas sociais e políticas vigentes, para as quais o

[375] Não há dúvida de que a questão penal, articulando-se na dualidade autoridade-liberdade, encontrou seu momento de maior destaque na Carta fundamental do ordenamento: daí a inevitável exigência de delinear as disposições mais estritamente "penalísticas". De outra parte, é necessário recordar como, a partir de uma analise sistemática de suas normas, a Constituição republicana colocou o homem no centro da experiência jurídica: uma concepção personalística, com uma marcante tendência ao solidarismo social, que certamente contrasta com a rigorosa visão, própria do regime fascista, de um Estado ético, que, ao gerir o momento criminal, só poderia opor um modelo eventualmente paternalista a um insubstituível autoritarismo de fundo. (Tradução nossa).

ISBN 978-85-62288-05-0

anacrônico diploma penal de 1944 não respondia a contento. Por oportuno, ressalte-se que é digno de nota a referência à refundação do texto legal materializada em 14 de setembro de 1973, cujas raízes ideológicas, todavia, se lançam ao Código de 1850 (SANTOS, 1991, p. 153).

A potencialização de uma nova ordem penal se deu em 30 de setembro de 1978, com o advento da nova Constituição, que declarou o Estado espanhol social e democrático de Direito, sendo valores supremos de seu ordenamento a liberdade, a igualdade, a justiça e o pluralismo jurídico, o que modificou profundamente a realidade das relações penais até então vigentes. Exemplo disso foi a supressão do Tribunal e dos Juizados de Ordem Pública, nos quais eram ajuizados ações penais relacionadas aos delitos considerados subversivos aos princípios básicos do Estado e do regime, cujos juízes eram nomeados, removidos ou cassados pelo Governo, de acordo com as suas conveniências. As descriminalizações do adultério e do concubinato e a despenalização do uso e da propaganda de contraceptivos também se incluem no rol das reformas penais da época, sem falar, é claro, do compromisso democrático com a supremacia da liberdade de imprensa, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, em relação aos crimes contra a honra (SANTOS, 1991, p. 158).

Sem embargo desta notável aparência de evolução do sistema penal europeu, com a retomada do modelo democrático após vários anos de autoritarismo profundo, o fato é que, nos últimos anos, foram escolhidos os novos inimigos contra os quais o sistema penal europeu se voltou, a saber, os imigrantes. Itália, França, Inglaterra, Alemanha, Espanha e Portugal, respeitados pela rigorosa observância aos Direitos Humanos, na verdade, ocultam a face obscura da perseguição às pessoas oriundas do leste europeu, da América Latina, da Ásia meridional, dos países islâmicos e da África, com o objetivo de satisfazer os movimentos xenófobos de ultra-direita que florescem nos canteiros regados pela crescente crise econômica, elevados índices de desemprego e perda do alto padrão de vida dos cidadãos comunitários.

Do outro lado do Atlântico e abaixo da linha do Equador, o recrudescimento do rigor penal é a regra, da qual não cabe exceção, mormente em relação aos jovens pertencentes às classes mais humildes. Tal denúncia, feita há cerca de vinte anos por Zaffaroni, é agora reafirmada e corroborada, em obra contundente, por Yasmin Costa.

O contexto latino-americano ainda é severamente influenciado pela ideologia da defesa social e da manutenção da ordem, segundo a qual alguns sujeitos sociais indesejáveis são selecionados e segregados por não corresponderem aos paradigmas ditados pelo sistema, razão por que, dentro da dualidade bem e mal, passam a ser taxados, ou rotulados, como inimigos da sociedade (COSTA, 2005, p. 104), pelo que, inadvertidamente, invoca a denominada teoria da “labelling

ISBN 978-85-62288-05-0

approach":

> A teoria da "labelling approach", como já estudado em capítulo anterior, descarta, igualmente, o princípio do fim ou da prevenção da pena em virtude dos processos de seleção, etiquetamento, bem como dos efeitos estigmatizantes da pena. Para Aniyar de Castro "o criminoso estereotipado, que dizer, tal como o define o estereótipo, provém geralmente do proletariado ou do subproletariado: cresce em condições econômicas e afetivas precárias que o determinam a ser um adulto estável, agressivo, incapaz de incorporar-se com êxito ao sistema de produção". Quanto ao funcionamento da pena como fator ressocializante do condenado, resta claro que os efeitos da criminalização primária (seleção) oriundos da lei penal e da criminalização secundária (etiquetamento) dos que são enlaçados pelo sistema e suas agências são estarrecedores. O simples contato com o sistema repressivo traz graves consequências ao usuário em virtude do processo de estigmatização produzido pela prisão.

Os integrantes do poder, os que dão as cartas no jogo social e político, tendenciosamente escolhem os tipos penais já dirigidos a determinado grupos de pessoas, caracterizados pela vulnerabilidade social, cientes de que a probabilidade de incidência desses delitos será altíssima.

Com efeito, o mito da ressocialização, do caráter pedagógico da pena e da recuperação do delinquente é constrangedoramente desmascarado pela crítica ideológica do sistema penal vigente nos países da América Latina. Aliás, Zaffaroni, citando Carlos Elbert, de maneira sarcástica, lança sua crítica contundente sobre a mística da recuperação social do infrator (ZAFFARONI, 1991, p. 223), quando desnuda as mazelas que corroem a tecido social de nosso continente:

> Insistir en que el poder del sistema penal no cumple con ninguna de las funciones que las llamadas "teorías de la pena" han pretendido asignarle al mismo, seria redundante. Sabemos que la pena no cumple ninguna función preventiva general ni negativa ni positiva, que tampoco cumple ninguna función preventivo-especial positiva y que la única función preventivo-especial negativa (al igual que general negativa) que podría cumplir sería a través de un uso generalizado de la muerte. Sabemos que la ejecución penal no resocializa ni cumple ninguna de las funciones "re" que se la han inventado ("re"-socialización, personalización, individualización, educación, inserción, etc.), que todo eso es mentira y que pretender enseñarle a un hombre a vivir en sociedad mediante el encierro es, como dice Carlos Elbert,

ISBN 978-85-62288-05-0

> algo tan absurdo como pretender entrenar a alguien para jugar futbol dentro de un ascensor[376].

Posteriormente, o mestre argentino ainda prossegue com suas diatribes em face do caráter eminentemente opressor dos sistemas penais latino-americanos, sobretudo quando aborda o sempre crescente número de detentos, que, majoritariamente, são os chamados presos processuais, ou seja, sem condenação definitiva, é dizer, sem uma sentença penal transitada em julgado; quando critica a inflação legislativa de diplomas legais criminalizando todo tipo de conduta ou aumentando o rigor das penas de crimes já tipificados, cujo exercício político se volta para atender, demagogicamente, à demanda social assombrada pelos elevados índices de violência; quando revela a escalada assustadora da burocratização e da politização do Poder Judiciário e do papel do juiz no exercício de suas atribuições, o que deteriora o quadro geral da magistratura latino-americana; quando, resignadamente, suscita a nossa mentalidade acadêmica, cuja função, nesse sentido, se restringe a reproduzir a ideologia reinante, sem apresentar qualquer discurso alternativo que possa *gerar o contra-poder jurídico dentro do próprio sistema* (ZAFFARONI, 1991, p. 233).

Quanto à relação existente entre pena e ideologia, a conclusão a que se chega, embasada no pensamento denso de Otto Kircheimer, George Rushe, Zigmuth Bauman e Michel Foucault, é a de que, ao estudar o substrato e a força dos sistemas penais, a escolha de algumas punições em prejuízo de outras, nota-se que elas são impulsionadas, invariavelmente, por forças sociais, econômicas e políticas, levando a crer, dessa forma, que todo o sistema de produção, de distribuição e de consumo de bens tenderá à descoberta e à valoração de punições que guardem correspondência com as suas específicas relações de produção. Foge ao razoável, em última análise, pensar em uma pena de escravidão fora do sistema escravagista, bem como em uma prisão de trabalho forçado fora da realidade da manufatura ou da indústria, ou ainda de fianças sem uma economia monetária. Em outras palavras, a extinção de certo sistema de produção trará, consequente e inevitavelmente, a inutilidade da punição correspondente (COSTA, 2005, p. 97 e 98).

Assim, o Direito, manifestação da realidade social e cultural, sofre influência

[376] Insistir que o poder do sistema penal não cumpre com nenhuma das funções que as chamadas "teorias da pena" pretendeu imputar ao mesmo seria redundante. Sabemos que a pena não cumpre nenhuma função preventiva geral, nem negativa nem positiva, que nem tampouco cumpre nenhuma função preventivo-especial positiva e que a única função preventivo-especial negativa (à semelhança da geral negativa) que poderia cumprir seria através do uso generalizado da morte. Sabemos que a execução penal não ressocializa nem cumpre nenhuma das funções "re" que inventaram para ela ("re"-socialización, re-personalización, reindividualización, reeducación, reinserción, etc.), que todo isso é mentira e que pretender ensinar um homem a viver em sociedade mediante o uso do cárcere é, como disse Carlos Elbert, algo tão absurdo como pretender ensinar alguém a jogar futebol dentro de um elevador. (Tradução nossa).

ISBN 978-85-62288-05-0

do processo histórico-dialético, às vezes de fluxo e outras de refluxo, sempre refletindo as perspectivas de determinada classe social detentora dos poderes políticos e econômicos. Nesta senda, o sistema penal, de um modo geral, e o Direito Penal e as penas nele previstas, de um modo particular, não fica imune a este tipo de movimento histórico.

É dizer, no que se refere às teorias da pena, a evolução aferida obedeceu, flagrantemente, aos ditames das ideologias hegemônicas, partindo de um modelo eminentemente rígido e objetivo, passando por um sistema repressor e controlado, culminando com uma vertente democrática, sem aquele ranço vingativo e aflitivo.

Sucintamente, pode-se expor tal movimento evolutivo das teorias das penas na seguinte ordem:

6.1 Teorias absolutas ou retributivas

Segundo elas, a pena é um castigo e uma consequência lógica, que se fundamenta na exigência ética de justiça (fundamento ético da pena). Assim, se houve o cometimento de um crime, o autor do delito deve pagar por isso, o que pode ser justificado pelo caráter divino da pena (Bekker e Sthal), pelo seu caráter moral (Kant) e jurídico (Hegel e Pessina). Em outras palavras, a pena seria a negação do crime, que, por sua vez, seria a negação do Direito e, nesta toada, a pena seria, então, a confirmação do Direito, conforme defendia Hegel (MIRABETE, 2007, p. 244).

Estas concepções da pena se consideravam imunes a qualquer influência ideológica, pois a pena teria sua aplicação independentemente da classe social a que pertencia o agente e das condições subjetivas dele. Aliás, para as teorias absolutistas, as características peculiares do delinquente, em nenhum momento, eram levadas em consideração. Dessa forma, o fato de alguém deter uma disfunção psíquica sequer era levado em consideração para a aplicação da pena. A isenção ideológica postulada por estas teorias não se sustenta, na medida em que a exigência de justiça como fundamento ético da pena, então preconizado por seus defensores, serviu de base para o Iluminismo, cuja base teórica foi largamente apropriada pela então emergente classe burguesa pós-Revolução de 1789.

6.2 Teorias relativas, utilitárias ou utilitaristas

Associam o crime ao temor de castigo: o fundamento da pena ou a justificativa da pena é a intimidação. O temor, a coerção e o medo causados ao indivíduo e à sociedade seriam formas de prevenção do crime (prevenção geral negativa), pois a sociedade, de alguma forma, precisa se defender e o meio idôneo seria a inculcação singular e coletiva da promessa de um mal, no caso a pena, para quem transgride as regras sociais. Já a prevenção específica, direcionada ao

ISBN 978-85-62288-05-0

indivíduo infrator condenado, se justifica pelo caráter ressocializador da pena. A ressocialização do indivíduo, por meio do cumprimento da pena, é outro fundamento da pena (Feurebach e Garofalo), eis que o sofrimento impingido ao condenado o fará refletir detidamente antes de cometer outro delito, o que, segundo este entendimento, atribui um caráter psicológico e pedagógico à pena (FABBRINI e MIRABETE, 2007, p. 245).

A ascensão da burguesia ao poder político e o advento da Revolução Industrial legitimaram as teorias relativistas, cujo fundamento filosófico se amparou no pensamento de Jeremy Benthan, pois o contexto social da época, com o crescimento vertiginoso da população urbana e a degradação da teia social causada pela extrema pobreza, requisitava posturas cada vez mais rígidas no combate à criminalidade. Nesta medida, a influência ideológica do liberalismo burguês foi decisivo na formatação do sistema penal à época, cujos reflexos puderam ser notados a toda evidência também aqui no Brasil, desde o início do século XX, com a industrialização incipiente e a urbanização do país.

6.3 Teoria da Prevenção Geral Positiva

Dos escombros da Segunda Guerra Mundial, nasce o Estado Democrático de Direito, em que a pena passaria a ter muito mais valor simbólico do que instrumental, na medida em que o seu fundamento se fixa basicamente na manutenção da confiança institucional da prevalência do Direito. Ao impor a pena ao infrator, a validade da norma violada se reafirma, fazendo com que a comunidade continue esperando que seus bens jurídicos sejam respeitados. Na perspectiva Baratta, Roxin Hassemer e Jakobs, a pena ainda se dirige à comunidade, mas não a seus eventuais infratores, mas sim aos cidadãos cumpridores da lei, como forma de reforçar os valores da ordem jurídica. A pena já não poder ser vista como pura adaptação ou intimidação, mas a afirmação pública e a garantia das normas fundamentais da sociedade.

Controle social que é, deve ser o Direito Penal caracterizado pela possibilidade de formalização. A sanção seria uma ação aplicada em razão da lesão à norma e com um fim: a estabilização da norma, a proteção do ordenamento jurídico.

> A pena seria uma parte deste sistema que busca afirmar e assegurar as normas fundamentais de uma determinada sociedade, adquirindo a tarefa de desenvolver a confiança do povo nas normas corretas e construir uma consciência de normas. Esta estabilização não opera apenas no plano teórico, mas deve chegar claramente à população, de forma a reduzir o sentimento de ameaça da sociedade, porque a criação deste sentimento se

ISBN 978-85-62288-05-0

dá no processo de erosão das normas sociais (SILVA e SOUZA, 2009, p. 229).

O bem jurídico maior, nesta perspectiva, seria o próprio ordenamento jurídico, elemento sociológico que sedimenta as relações individuais e coletivas de um determinado organismo social.

Ora, o substancial ideológico fica manifestamente evidente nas teorias de prevenção geral positiva, haja vista que reflete o teor do Estado Democrático de Direito. Enfim, aquilo que sustenta a própria razão de ser desse sistema de organização política da sociedade, a saber, a ordem jurídica democrática, é o objeto fulcral de proteção de todo o sistema jurídico-penal, sustentado pelo "motor da História": o suporte ideológico que dá fundamento à ordem social vigente.

Todavia, a mudança de paradigma que norteia o sistema penal, em países periféricos como o Brasil, em que os ventos da modernidade ainda levam algum tempo para chegar, ocorre a passos lentos, tendo em vista, principalmente, o caráter patrimonial e a tradição autoritária de nosso Direito Penal. Assim, a teoria da prevenção geral positiva teve seu cabedal dogmático somente com a Constituição Federal de 1988, que possibilita um ambiente democrático para o sistema penal brasileiro, com o reconhecimento de certos princípios que permeiam a nova ordem jurídica brasileira, entre os quais a proteção da dignidade da pessoa do acusado.

Conclusão

A noção de ideologia, conceitualmente, foi necessária a título de introdução, na medida em que o desenvolvimento do estudo ora lançado sempre exigiu a retomada do tema. Entender o processo no qual se insere o sistema penal, para o enfoque dado a ele nesta oportunidade, qual seja, sob a perspectiva da ideologia, obriga o estudioso, pelos menos, a lançar mão de certos recursos filosóficos, motivo pelo qual grande parte do texto pretendeu concentrar seus esforços a fim de analisar as várias vertentes do fenômeno ideológico, destacadamente a política e a econômica.

Do ângulo jurídico, ressaltaram-se as transições dos modelos italiano, espanhol e latino-americano, visto que, pela proximidade cultural, o sistema penal brasileiro, em vários aspectos, recorre aos dois primeiros, nomeadamente o italiano, inserindo-se no contexto do último. Daí a importância de salientar as mudanças de atitudes ideológicas que permearam e permeiam os sistemas penais de que se lançou mão para desenvolver sobre eles as críticas de que se acharam pertinentes ao caso.

O que pretendeu ser a tônica do discurso adotado neste texto foi, sem dúvida, o teor crítico lançado sobre os elementos que compõem o sistema penal e

ISBN 978-85-62288-05-0

sobre o que está por trás da sua modelação, ou seja, sobre a ideologia dominante que amolda as estruturas penais direcionadas ao controle social das camadas populares mais vulneráveis às vicissitudes do capitalismo globalizado.

Naturalmente, ideologia e sistema penal invariavelmente merecerão especial atenção do intérprete do Direito e, não raro, suscitarão reflexões mais aprofundadas e amplas em relação a tais problemáticas, haja vista que a crise que se instalou há muito tempo nesta seara está longe de ser superada, o que justificará, diuturnamente, o debate acerca dos problemas e das eventuais soluções para um modelo penal mais justo e democrático, sobretudo se se considerar o futuro que se espera, diante do qual podem ser destacados, sem a pretensão de ser pessimista, a intensificação dos movimentos migratórios por conta da eficiência dos meios de transportes, e o agravamento das crises econômicas.

Tais circunstâncias, aliás, fazem com que o desemprego e a pobreza aumentem substancialmente e com que as relações de trabalho se transformem profunda e rapidamente, de modo que um contingente cada vez menor de mão-de-obra seja exigido para as tarefas de produção e distribuição de bens e de serviços, o que, inexoravelmente, repercutirá na formatação de um novo sistema penal, desde o processo de seletividade dos tipos penais até o modo de execução das penas infringidas aos potenciais criminosos.

É dizer, o espírito crítico sempre deve imperar quando da análise das novas formas e fórmulas adotadas no contexto penal moderno, na medida em que a criação de novos tipos penais, o agravamento das penas dos já existentes, principalmente em relação aos crimes contra o patrimônio, em detrimento da vida humana, bem como o modelo de cumprimento de pena no sistema carcerário deverão ser objeto de intensa discussão no sentido de denunciar as investidas dos mercados mundiais no controle das massas espoliadas pelo capitalismo e colocadas a margem da sociedade.

Enfim, para a construção de um Estado Democrático de Direito, em cujo contexto os direitos humanos deverão ser sistematicamente observados, caberá ao jurista observar, e ao filósofo denunciar, com veemência as investidas ideológicas dos interesses econômicos e financeiros construção de modelos preconcebidos e pré-fixados, que, na verdade, buscam construir uma sociedade egoísta, injusta e desumana, baseada na segmentação e na exclusão social.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 21 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BAUMAN, Zigmuth. *Globalização: a*s consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda*: razões e significados de uma distinção política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia? (versão eletrônica).* Rev. José E. Andrade. Data da digitalização: 2004. Data da Publicação: 1980. Disponível para download em: http://www.4shared.com/file/OhCo7znE/Coleo_Primeiros_Passos_-_O_Que.htmlhttp://www.4shared.com/file/OhCo7znE/Coleo_Primeiros_Passos_-_O_Que.html. Acesso em: 18.08.2011.

HOBSBAWN, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia da Letras, 2007.

LARA, Antônio Costa de Albuquerque de Souza. *Ciência política*: estudo da ordem e da subversão. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (Universidade Técnica de Lisboa), 2004.

MARCHETTI, Maria Riccarda. *O sistema Penal da Itália. In:* Sistema Penal para o Terceiro Milênio: Atos do colóquio Marc Ancel. Org. João Marcello de Araújo Júnior. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 192 a 220.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*: vol. I, parte geral, art.s 1.º a 120 do CP. 24 ed. 2 reimpr. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Marlene Holzhausen: revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Marino Barbero. *O sistema Penal da Espanha. In:* Sistema Penal para o Terceiro Milênio: Atos do colóquio Marc Ancel. Org. João Marcello de Araújo Júnior. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 153 a 171.

SILVA, Lucas Santana; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (orientador). *Prevenção geral positiva:* análise crítica dos fundamentos das teorias de Jakobs, Hassemer e Roxin. Disponível em: http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Ciencias_Criminais/71990-LUCAS_SANTANA_SILVA.pdf. Acesso em: 11.03.2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El sistema penal en los países de América Latina. In:* Sistema Penal para o Terceiro Milênio: Atos do colóquio Marc Ancel. Org. João

ISBN 978-85-62288-05-0

Marcello de Araújo Júnior. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 221 a 236.

ISBN 978-85-62288-05-0

O PAPEL DAS PARTES NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: A CELERIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE ORDEM PENAL MEDIANTE O EXERCÍCIO DA CIDADANIA.

Marina Pereira MANOEL[377]

RESUMO:

O presente artigo tem como principal meta a reflexão sobre a atuação das partes na investigação criminal, bem como a importância que essa atividade tem revelado na reunião de elementos que, oportunamente, irão fundamentar a propositura da ação penal. Tal análise busca adequar a atuação dos indivíduos na investigação criminal à ideia de cidadania sob o prisma dos deveres, no sentido de que é papel de todo cidadão atuar ativamente, independentemente do caráter funcional ou interesse jurídico, para que a justiça seja implementada no bojo social, de tal sorte que os conflitos instaurados sob a égide da ordem jurídica penal sejam solucionados de forma célere e justa, com base em elementos verídicos e concretos, e não com base em mera informação infundada e sem relevância social. Logo, a ideia a que se propõe a pesquisa em comento tem como ponto fulcral a promoção da ordem jurídica e da paz social mediante uma atuação concreta, tanto daqueles que estão formalmente vinculados à investigação do crime, quanto daqueles que compõe o corpo social, sob a perspectiva de que o direito não deve limitar, mas expandir, as vias implementadoras da celeridade na resolução dos litígios de natureza penal.

ABSTRACT:

This article has as main goal the reflection on the performance of the parties in the criminal investigation, and revealed the importance of the role of the press on joining the elements which eventually will support the proposition of a criminal action. This analysis seeks to match the performance of individuals in the criminal investigation to the idea of citizenship under the prism of duties, so that it is the role of every citizen to play an active role, regardless of the functional character or legal interest, for justice to be implemented in the core social , such that conflicts initiated under the aegis of the criminal legal system are resolved swiftly and fairly on the basis of true and real, not based on mere unsubstantiated information and without social relevance. So the idea that aims to research as a key comment is the promotion of

[377] Mestranda na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2006). Pós-graduada em Direito Internacional e Econômico pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Atualmente, é analista judiciária no Tribunal Regional do Trabalho da 9a Região.

ISBN 978-85-62288-05-0

legal and social peace through a concrete action, both those that are formally linked to crime investigation, and those that make up the social body, under the view that the right should not be limited, but expanding, the ways of implementing speed in the resolution of criminal disputes.

PALAVRAS-CHAVE: investigação criminal; partes; cidadania; justiça; celeridade.

KEYWORDS: criminal investigation; parts; citizenship; justice; celerity.

Introdução

É cediço, tanto no meio jurídico como no acadêmico, que a investigação criminal compõe indispensável meio de reunir os elementos necessários para o preparo da ação penal.

Referida atividade, por sua indiscutível importância para a implementação da ação penal, tem suscitado as mais diversas discussões, no sentido de quem pode realizar os atos investigativos e até que ponto as partes podem participar dessa fase preliminar.

Logo, para uma melhor compreensão da temática, realizar-se-á, de início, algumas considerações iniciais acerca da investigação criminal, momento em que serão destacadas as nuances desse procedimento administrativo na busca dos elementos indispensáveis para a comprovação do fato delituoso.

Na sequência, será abordada a atuação da vítima na busca do arcabouço probatório necessário para que se possa provar a ocorrência do fato criminoso que contra si fora praticado, ressaltando a exímia capacidade que este possui em reunir as provas necessárias para comprovar a transgressão de seus direitos pelo ofensor, bem como serão pontuados alguns casos em que essa atividade investigativa será mais bem sucedida se empreendida pela própria vítima.

Da mesma forma, buscar-se-á lançar mão de alguns argumentos favoráveis em relação ao indiciado/ofensor como sujeito atuante na fase preliminar, no sentido de que, se à vítima tange o interesse em provar a ocorrência do fato delituoso e sua autoria, à defesa interessa, por outro lado, reunir os elementos de prova hábeis a comprovarem a sua inocência e mesmo a inocorrência do fato típico e antijurídico investigado.

Mais adiante, argumentar-se-á acerca do papel dos magistrados na investigação criminal, bem como serão esposadas algumas considerações no que se refere à participação do Ministério Público nessa fase preliminar e quais as implicâncias de sua participação nas investigações, mormente de sua intervenção no próprio inquérito policial, além de serem tecidos breves comentários em relação à

ISBN 978-85-62288-05-0

discussão que existe no meio jurídico quanto à sua autonomia na investigação criminal.

Em seguida, será abordada a ideia de cidadania atrelada ao campo das investigações criminais, no sentido de que o exercício ativo dessa prerrogativa, sob o prisma dos deveres, implica em melhores resultados quando da busca dos elementos probatórios necessários à formação da *opinio delicti* do Ministério Público.

A problemática tem como ponto fulcral o fato de que a atuação das partes (seja sob a ótica da parcialidade ou impessoalidade) e mesmo do próprio cidadão na fase das investigações preliminares viabiliza, indubitavelmente, o transcurso mais célere dessa fase pré-processual e, por conseguinte, instrumentaliza o Estado para a prestação da tutela jurisdicional de forma mais justa e efetiva, pois embasado em fortes elementos que o aproximam da verdade real dos fatos.

1 A investigação criminal no Direito Brasileiro: algumas considerações

Antes que se possa adentrar na temática proposta, faz-se oportuno trazer a lume o conceito ou, mesmo, o fim a que se presta a investigação criminal.

Preliminarmente, é oportuno salientar que o termo investigação criminal, não raro, tem sido substituído pela expressão inquérito policial, o que acaba por limitar a dimensão daquele, que é mais amplo, uma vez que abrange tanto este último "como qualquer outro procedimento administrativo instaurado pela autoridade (por exemplo, inquérito administrativo ou no âmbito do Ministério Público para apuração de infração penal)"(SANTIN, 2007, p. 30), razão pela qual se pode afirmar que investigação criminal é gênero de que o inquérito policial é espécie.

Conforme preleciona BARBOSA (2008, p. 29), o inquérito policial, cujo valor probante é de inquestionável importância no que se refere à constatação da existência do fato indicado como típico e antijurídico, também se presta, não raras vezes, como meio auxiliar do juiz quando da apreciação da prova, "como um dos seus elementos de convicção, principalmente porque aquilo que se apura durante a investigação policial há, indubitavelmente, de ser ponderado e examinado como matéria útil ao conhecimento da verdade", mormente porque é o princípio da verdade real que impera no âmbito do processo penal.

No que tange à definição de investigação criminal, propriamente, SANTIN (2007, p. 31) conclui que esta se trata de "atividade destinada a apurar as infrações penais, com a identificação da autoria, documentação de materialidade e esclarecimento dos motivos, circunstâncias, causas e consequências do delito, para proporcionar elementos probatórios necessários para a formação da *opinio delicti*" do órgão ministerial, tratando-se, pois, da "primeira fase da persecução penal estatal".

ISBN 978-85-62288-05-0

Não obstante a definição supra, não se pode reduzir a investigação criminal à mera fase preliminar, uma vez que ela, "conquanto tenha a finalidade precípua de levar ao órgão acusador o informativo delicti para a propositura da ação penal, não deixa de constituir, quanto à prova, parte de um todo concludente no processo." (BARBOSA, 2008, p. 29)

Outrossim, a investigação criminal insurge-se como "instrumento procedimental a serviço do Estado", a quem incumbe o exercício do *jus puniendi*, razão pela qual se revela como "baluarte da proteção das garantias e dos direitos fundamentais dos envolvidos em investigações criminais preliminares", vale dizer, diferentemente de quaisquer outros procedimentos, produzidos sem fundamentação legal, é através dessas atividades investigativas, mormente do inquérito policial, que a investigação criminal torna íntegro o processo penal instaurado contra o acusado. (BARBOSA, 2008, p. 31)

Destarte, por se tratar de atividade indispensável para o deslinde do fato apontado como criminoso, bem como por ser campo no qual os direitos e as garantias fundamentais estão em jogo, a fase investigativa demanda uma atuação mais evidenciada das partes, bem como dos cidadãos em geral, o que será abordado nos tópicos que seguem.

1.1 O papel da vítima na investigação criminal

Quando se trata de buscar a reunião dos elementos necessários para a formação da opinião do Ministério Público (seja no sentido de propor a ação penal ou determinar seu arquivamento) ou para o embasamento de eventual queixa-crime, é inconteste que a vítima figura como maior interessada no acompanhamento das investigações realizadas pela autoridade, assim como também ela pode proceder, *sponte propria* e diretamente, à coleta direta de provas e dados acerca dos fatos delituosos.(SANTIN, 2007, p. 168)

No que tange à investigação pela própria vítima, SANTIN (2007, p. 169) destaca que

> Não se vê nenhum empecilho ou impedimento de que o ofendido faça diligências e produza elementos informativos através de perícia particular, documentos e declarações privadas de testemunhas dos fatos, para corroborar o delito, tudo anexado à representação ou à peça acusatória (queixa-crime). Essa atividade complementa o trabalho de investigação estatal.

ISBN 978-85-62288-05-0

Nesse espeque, não se pode olvidar que, de fato, não há razão para a oposição de óbices à participação da parte lesada na investigação criminal, tampouco ao desempenho da investigação do fato apontado como criminoso pela própria vítima, mas, ao contrário, o papel exercido por ela nesses casos é de grande auxílio para apuração do fato delituoso. (ROSA, 1998, p. 100)

No entanto, é oportuno lembrar que a vítima não gozará do poder de polícia ou estrutura fornecida pelo Estado para a obtenção das provas que pretenda reunir, tampouco poderá utilizar-se de coerção para a sua produção, sendo que a ela cumpre participar com seus próprios esforços. (SANTIN, 2007, p. 169)

Aliás, nos casos em que os crimes envolvam a propositura de ação penal privada, como é o caso dos crimes contra a honra, por exemplo, não há como negar o "interesse e o direito da vítima de investigar, por meios próprios", uma vez que a acusação é de sua incumbência, assim como é de seu interesse a reunião de fortes elementos probatórios, a fim de que se possa ampliar as chances de uma ação penal exitosa. (SANTIN, 2007, p. 169)

Ademais, para um melhor deslinde nas investigações mediante a atuação do ofendido, SANTIN (2007, p. 169) lança mão de interessantíssimo exemplo, que é o caso de crimes contra o patrimônio sofridos por uma instituição bancária por ato de seu próprio funcionário, sendo que para essas situações é a instituição financeira que irá dispor "de prova documental sobre o ilícito" e a ela caberá a produção de prova pericial mais elaborada (contábil e grafotécnica), bem como a oitiva de clientes e funcionários para que, assim, os elementos probatórios possam afluir para o fim a que se destinam, que é, no caso em apreço, a formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público.

Depreende-se do exemplo acima que, nos casos em que a vítima deva noticiar o fato delituoso ao Ministério Público, é plausível que tenha ela angariado esforços para a reunião dos elementos suficientes para garantir não apenas o sucesso da ação penal, mas, inclusive, para que não venha a incorrer no crime de "acusação falsa ou infundada". (SANTIN, 2007, p. 169)

Por outro lado, nos casos em que as investigações principiarem por ato de autoridade pública, é mister, segundo FERNANDES (1995 *apud* SANTIN, 2007, p. 170), que "para o aperfeiçoamento da participação da vítima" seja ela" informada sobre a instauração e encerramento do inquérito", bem como sobre o andamento das investigações.

Destarte, nada mais plausível do que a conclusão de que a vítima é, preponderantemente, a maior interessada em demonstrar a existência desses elementos comprobatórios e suficientes para que lhe seja implementado, através da devida ação penal, o tão decantado acesso à justiça a que se propõe a Constituição Federal brasileira.

ISBN 978-85-62288-05-0

1.2 A atuação da defesa na investigação criminal

Conquanto seja evidente o fato de que, ao tempo da investigação criminal, ainda não são próprios os termos "acusado" ou "condenado", alguns equívocos acabam ocorrendo quando se trata de mencionar o sujeito apontado como agente ofensor da ordem jurídica e protagonista do ato delituoso investigado.

Para LOPES JUNIOR (2006), na investigação preliminar não há que se falar em acusado e nem condenado, mas tão-somente em indiciado, condição que apenas se concretizará mediante o interrogatório policial, sendo que nessa posição (de indiciado), deverá o investigado se submeter aos atos que integrarão a fase preliminar à ação penal, sejam eles interrogatórios, acareações, entre outros.

Destarte, nesse tópico se faz oportuna a apreciação do papel da defesa, bem como do próprio indiciado diretamente, no âmbito da investigação criminal.

Para ROSA (2006, p. 101), tanto ao ofendido como ao indiciado é lícito o requerimento de "qualquer diligência no curso do inquérito para a defesa dos seus interesses", sendo que àquele caberá prestar auxílio à autoridade na apuração do fato delituoso, e a este último, por sua vez, promover "os elementos necessários para elidir a acusação, a fim de se evitar o vexame do procedimento possivelmente injusto."

Assim, não ocorrendo "prejuízo às investigações e ao rápido desfecho da apuração, a autoridade policial pode permitir a atuação ativa da defesa", sendo possível utilizar, a título de exemplificação, a "realização de reperguntas às testemunhas a serem ouvidas pela autoridade policial, elaboração de quesitos periciais, bem como pedidos de esclarecimentos". (SANTIN, 2007, p.180)

Em relação ao direito de defesa na fase de inquérito, ROSA (2006, p. 101) destaca que ao indiciado deveria ser concedido o direito de defesa a partir do inquérito policial, sendo que todas as diligências deveriam ser acompanhadas de plano, mediante a assistência do defensor.

Com efeito, conforme bem destacado por SANTIN (2007, p.176), "é indispensável que o preso ou indiciado tenha algum direito de participação nas investigações antecedentes à ação penal, numa espécie de *contraditório mitigado, parcial ou incompleto.*"

Isso porque, de acordo com o referido jurista, o completo contraditório, com "ampla participação do indiciado ou suspeito" implicaria em "fracasso ou demora das investigações criminais". (SANTIN, 2007, p. 175)

Ademais, o mesmo autor destaca que "em determinadas situações é aceitável e recomendável a concessão do direito ao indiciado de adotar comportamentos defensivos e probatórios para o esclarecimento dos fatos na fase

ISBN 978-85-62288-05-0

das investigações criminais, antes do momento processual próprio." (SANTIN, 2007, p. 178)

Com base nos argumento acima esposados, é possível inferir que a participação da defesa na fase investigativa, mais especificamente no momento de elaboração do inquérito policial, deve ser ponderada, conforme bem elucidou o MIn. Sepúlveda Pertence (HC 82354), de tal sorte que em se tratando das informações já existentes, não há que se opor objeção para que o defensor tenha acesso aos autos de IP, mas em relação às provas na iminência de serem produzidas e de natureza sigilosa, pode haver o cerceamento de defesa nessa fase, como é o caso de realização de interceptação telefônica, uma vez que o conhecimento prévio da diligência pelo indiciado ou seu defensor poda acarretar danos ao procedimento investigatório (SANTIN, 2007, p.181)

Depreende-se do exposto que o contraditório nessa fase investigativa, desde que mitigado, não conspira contra o êxito das investigações, mas confere maior legitimidade às suas conclusões.

1.3 O juiz e a investigação criminal

Conforme preleciona SANTIN (2007, p. 189) na investigação preliminar "o juiz tem a função de emitir os provimentos cautelares, reais ou pessoais, e de rogar a produção antecipada de provas urgentes, observado o contraditório pleno." Assevera, outrossim, que

> [...] o julgador deve exercer a função de controle judicial das investigações e das medidas cautelares, não interferindo no trabalho do órgão da acusação, o qual decidirá o que investigar. A interferência do julgador fora das hipóteses necessárias nessa etapa quebraria a repartição de papéis preconizada na trilogia acusatória. Ao juiz é reservado um papel garantidor, em incidentes jurisdicionalizados dentro das investigações.

Nesse sentido, hodiernamente tem sido debatido o papel do chamado "juiz das garantias", o qual está previsto no projeto do novo CPP, sendo oportuno destacar que a este incumbirá o monitoramento do devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do suspeito ou indiciado, na fase denominada preliminar, sem prejuízo do direito da autoridade estatal investigar o fato delituoso, bem como apurar a sua autoria, para uma escorreita aplicação da norma penal.

É o que se depreende da leitura atenta do próprio dispositivo previsto no projeto. Vejamos:

ISBN 978-85-62288-05-0

> Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:
>
> [...]
>
> IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
>
> X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
>
> XI – decidir sobre os pedidos de:
>
> a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
>
> [...]
>
> XIV – arquivar o inquérito policial;[...]

Assim, conforme se destaca do relatório do Senador Renato Casagrande (PSB-ES) "o juiz das garantias não será o gerente do inquérito policial, pois não lhe cabe requisitar a abertura da investigação tampouco solicitar diligências à autoridade policial. Ele agirá mediante provocação, isto é, a sua participação ficará limitada aos casos em que a investigação atinja direitos fundamentais da pessoa investigada."

Logo, não cabe ao juiz arvorar-se em investigador na fase antecedente à ação penal, sendo que a ele caberá tão-somente o papel de garantidor da "proteção aos direitos constitucionais do investigado, que dependam de análise judicial nas hipóteses constitucionais e legais. A atuação pessoal quebra a imparcialidade e invade a atribuição da parte" (SANTIN, 2007, p. 189), uma vez que a característica principal do papel exercido pelo magistrado é a imparcialidade e a inércia.

1.4 O efetivo papel desempenhado pelo Ministério Público no âmbito das investigações preliminares

Ab initio, é importante frisar que não se pretende exaurir, no presente tópico, toda a árdua discussão que tem tomado espaço no âmbito jurídico no que se refere à legitimidade ou não da investigação criminal pelo Ministério Público, sendo que apenas se buscará salientar os traços mais importantes do papel e da posição do órgão ministerial na fase preliminar.

Não se pode olvidar que, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu art. 127, o Ministério Público se trata de órgão autônomo, sendo "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesse sociais e individuais indisponíveis", sendo possível complementar que a lei fundamental também prevê

ISBN 978-85-62288-05-0

garantias para seus membros, bem como a independência funcional, de tal sorte que não seria equivocado concluir que sua atuação nas investigações implica em maior probabilidade de seu desenvolvimento e resultado útil.

Ademais, não obstante uma considerável gama de juristas se posicionem no sentido de que o órgão ministerial é parte imparcial, parece incontestável que o referido termo possui expressão paradoxal.

Não é outra coisa o que se verifica na obra de TOURINHO (2002, p. 434), que ressalta que "a dualidade de partes é imprescindível, porquanto não pode haver Processo Penal sem essas duas partes", quando então elucida que "o fato de o Ministério Público dever atuar com imparcialidade não lhe retira a condição de parte, apenas lhe empresta uma qualidade toda especial, em razão de ser ele uma instituição do Estado voltada à busca da verdade."

Ora, não há como alguém que é parte no processo ser imparcial, papel esse a ser desempenhado pelo juiz e não pelas partes, as quais são parciais por natureza.

Nesse espeque, é oportuno esposar a posição defendida por SANTIN (2008, p. 233), para quem o Ministério Público se trata de parte impessoal no processo, uma vez que representa o interesse do Estado em promover a justiça e a paz pública, bem como tendo por base o que dispõe o próprio art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

O Ministério Público, e inclusive a própria polícia, não procede à investigação de pessoas, mas de fatos delituosos. Logo, quando o órgão ministerial conclui que determinado indivíduo cometeu um crime, resta plasmada sua obrigação de instaurar a ação penal.

Ao participar da fase preliminar, o promotor tem acesso a todos os elementos probatórios, de tal maneira que é capaz de formar sua opinião de forma mais livre e completa, e é desta precisão na apuração dos elementos resultantes da investigação criminal que a manifestação ministerial aflui para a Justiça. É o que se depreende das lições de MAZZILLI (1998, p. 72).

Como titular que é da ação penal pública, bem como pelos fins a que se destina de acordo com a Carta Magna, é mister que o Ministério Público tenha a faculdade de colher diretamente, respeitados os direitos e garantias individuais, os elementos probatórios que fundamentarão o exercício ou não do *jus persequendi in judicio*, sob pena da supressão do próprio direito de ação. (SANTIN, 2007, p. 274-275)

Não é outra a conclusão a que chegou o Superior Tribunal de Justiça, no julgado que segue:

ISBN 978-85-62288-05-0

> [...] a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal. Ora, se o inquérito é dispensável, e assim o diz expressamente o art. 39, § 5º, do CPP, e se o Ministério Público pode denunciar com base apenas nos elementos que tem, nada há que imponha a exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos à ação penal pública. - A Lei Complementar n.º 75/90, em seu art. 8º, inciso IV, diz competir ao Ministério Público, para o exercício das suas atribuições institucionais, "realizar inspeções e diligências investigatórias". Compete-lhe, ainda, notificar testemunhas (inciso I), requisitar informações, exames, perícias e documentos às autoridades da Administração Pública direta e indireta (inciso II) e requisitar informações e documentos a entidades privadas (inciso IV). Recurso desprovido (RHC 14543/MG, 2004 – grifou-se)

Portanto, várias são as razões para que o Ministério Público tenha uma atuação mais intensa no âmbito das investigações criminais, dentre as quais SANTIN (2007, p. 281) destaca a “celeridade, imediação, universalização das investigações, prevenção e correção de falhas no trabalho policial e melhoria da qualidade dos elementos investigatórios”, sendo que, no tópico oportuno, a celeridade será abordada com mais veemência.

2 A ideia de cidadania sob o prisma constitucional e a investigação criminal

A cidadania, muito mais do que mero resultado de um formalismo jurídico de leis que fixam prazos ou que estabelecem normas puramente técnicas de direito privado, é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o que implica em dizer que, acaso não seja efetivamente implementada, não será possível viabilizar a esse Estado Democrático a sustentação necessária para suportar o peso dos fins a que se propõe a República.

No que tange ao tema em apreço, é totalmente plausível atrelar a ideia de cidadania à investigação criminal, conforme será corroborado nas linhas que seguem.

ISBN 978-85-62288-05-0

Conforme bem elucida BASTOS (2001, p. 166), a cidadania,

> [...] também fundamento de nosso Estado, é um conceito que deflui do próprio princípio do Estado Democrático de Direito, podendo-se, desta forma, dizer que o legislador constituinte foi pleonástico ao instituí-lo. No entanto, ressaltar a importância da cidadania nunca é demais, pois o exercício desta prerrogativa é fundamental. Sem ela, sem a participação política do indivíduo nos negócios do Estado e mesmo em outras áreas de interesse público, não há que se falar em democracia.

Muitos autores conceituam a cidadania dando uma conotação de conjunto de direitos atribuídos a um cidadão. Como exemplos, pode-se vislumbrar o conceito trazido por Alexandre de Morais no qual a cidadania "representa um *status* e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas" (MORAES, 2000, p. 48).

Nesse mesmo sentido PINSKY (2003, p. 09) conceituam cidadania com o sentido de abranger somente direitos:

> Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais.

Todavia, com a devida *venia*, o conceito da cidadania brasileira não pode ser restrito tão-somente à aquisição de direitos, mas deve ser, precipuamente, compreendida como o conjunto de direitos e deveres dos cidadãos que compõem o Estado Brasileiro para a garantia do princípio do Estado Democrático de Direito.

Impende destacar, também, a caracterização dada por DALLARI (2003, p. 100) ao cidadão:

> A aquisição da cidadania depende sempre das condições fixadas pelo próprio Estado, podendo ocorrer com o simples fato do nascimento em determinadas circunstâncias, bem como pelo atendimento de certos pressupostos que o Estado estabelece. A condição de cidadania implica direitos e deveres que acompanham o indivíduo mesmo quando se ache fora do território do Estado.

ISBN 978-85-62288-05-0

Desse modo, resta claro o conceito de cidadania como sendo o *status* do indivíduo integrante do Estado brasileiro, que implica na aquisição de direitos civis, políticos e sociais e de deveres que impelem o cidadão à participação popular nos atos da Administração Publica, nas decisões estatais, primando pela supremacia do interesse público e pelo dever de agir, de tal sorte que se garanta a existência do Brasil enquanto um Estado Democrático de Direitos.

Ainda para fundamentar a cidadania como um conjunto de deveres é importante destacar as palavras de BOBBIO (2007, p. 42):

> [...] Escrevi um comentário no qual enfatizo que não existem direitos sem deveres correspondentes. Portanto, para que a Declaração dos Direitos do Homem não seja, como disseram tantas vezes um elenco de desejos pios, deve existir uma correspondente declaração de deveres e das responsabilidades daqueles que devem fazer valer esses direitos.

Feitas essas considerações, insta salientar que o exercício da cidadania, pois, está não apenas atrelado à ideia de direitos, mas, sobretudo, na noção que o cidadão deve ter dos deveres que lhe incumbem quando do desempenho de seu papel social.

No campo da investigação criminal, é possível destacar o papel do cidadão como meio importante de “melhoria da qualidade da Justiça Criminal”, razão pela qual por sua atuação ele se revela como forte aliado do Estado no empreendimento de esforços para a investigação e consequente averiguação dos fatos e punição dos agentes infracionais, sendo possível elencar como pontos positivos de sua participação a “notícia dos fatos criminosos, o fornecimento de informações de nomes de testemunhas, o levantamento de provas periciais e até indicações de ordem técnica, além do encargo de servir como testemunha” (SANTIN, 2007, p. 172)

Diante das considerações exaradas acerca do conceito de cidadão e do papel que lhe incumbe, é o artigo 144 da Constituição Federal dispositivo hábil a corroborar os argumentos anteriormente lançados, uma vez que traz como direito e, ao mesmo tempo, responsabilidade de todos, a segurança pública, o que resulta no estímulo da “participação popular na prestação de serviços de segurança pública, função geral que inclui a prevenção, a repressão e a investigação de crimes”, bem como se coaduna com a ideia de Estado Democrático de Direito. ” (SANTIN, 2007, p. 168)

Não é demais salientar que o próprio Supremo Tribunal Federal (2004, p, 128) já se manifestou no sentido de que é dever do cidadão a defesa da ordem

ISBN 978-85-62288-05-0

jurídica, bem como do Estado de Direito, pelo que o exercício dessa cidadania dos deveres implica na concretização dos ideais democráticos.

Infere-se, pois, que com o cidadão brasileiro, leia-se povo, como verdadeiro auxiliar no árduo campo das investigações criminais, ampliam-se as possibilidades de se obter maior efetividade e agilidade no campo da persecução penal, fundamentada em elementos concretos de provas, certamente colhidas com maior celeridade e facilidade.

Ainda no que diz respeito ao papel desempenhado pelo cidadão como sujeito político, é cabível salientar o artigo 27, do Código de Processo Penal, que dispõe que "qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos de ação pública, fornecendo-lhe informações escritas sobre o fato e a autoria, com indicação de tempo, o lugar e os elementos de convicção."

Desta feita, o cidadão poderá agir da mesma forma que a vítima, que uma vez que poderá reunir espontaneamente e livremente quaisquer meios de prova para a fundamentação da notícia do fato criminoso.

Não obstante, é premente destacar que excessos no exercício desta "cidadania investigativa" poderá ensejar a ocorrência do tipo penal de "usurpação de função pública", pelo que essa atuação deverá ser exercida mediante a observância dos limites legais. (SANTIN, 2007, p. 173)

3 O papel das partes atrelado à ideia de cidadania como meio propulsor da resolução célere dos conflitos de ordem penal

Para que se possa chegar a uma melhor compreensão da temática do presente tópico, convém tratar de alguns pontos importantes acerca do acesso à justiça dentro da perspectiva constitucional, qual seja, a da prestação da tutela jurisdicional em tempo hábil.

De acordo com WATANABE (1988, p. 128-135) "o direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa", de onde se extrai, conforme bem elucida DINAMARCO (1993, p. 114-115), que se está a tratar do direito à "obtenção de justiça substancial."

Na ocorrência de conflitos entre pessoas, o ordenamento jurídico impõe, via de regra, sejam eles submetidos ao Estado-juiz, o qual intervirá para cumprir com sua função de aplicar a lei, seja para declará-la no caso concreto ou mesmo para executar os direitos já reconhecidos em juízo.

Contudo, sabe-se que antes de se imaginar um Estado-juiz nos moldes de hoje, a forma antes exercível de concretização da justiça era a vingança – chamada de *autotutela* ou *autodefesa*, de tal sorte que "quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela,

ISBN 978-85-62288-05-0

tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. (CINTRA; GRINOVER; ***DINAMARCO***, 2006, p. 27)

Com o fortalecimento do Estado, passou-se a impor aos particulares a submissão de seus conflitos aos juízes estatais, aos quais competia examinar as pretensões e resolver a controvérsia instaurada, instituto a que se denominou jurisdição, por meio da qual as partes passaram a serem substituídas pelo Estado-juiz, apenas lhes sendo permitida a autotutela nos casos expressamente previstos. A justiça com as próprias mãos encontra, aqui, censura pelo Estado e o processo surge, pois, como instrumento de pacificação de conflitos sociais. (DINAMARCO, 1993, p. 29-30)

A Em reflexão acerca dessa atuação Estatal nas relações humanas, descreve FOUCAULT (1983, p. 190) que

> Numa sociedade em que os elementos principais não são mais a comunidade e a vida pública, mas os indivíduos privados por um lado, e o Estado por outro, as relações só podem ser reguladas numa forma exatamente inversa ao espetáculo:
>
> No tempo moderno, estava reservado à influência sempre crescente do Estado, à sua intervenção cada dia mais profunda em todos os detalhes e relações da vida social, aumentar e aperfeiçoar as garantias estatais, utilizando e dirigindo para essa grande finalidade a construção e a distribuição de edifícios destinados a vigiar ao mesmo tempo uma grande multidão de homens.

Com essa intervenção estatal nos conflitos entre particulares, mediante o exercício do *jus puniendi*, é de fundamental importância que, muito mais do que a mera aplicação da lei ao caso concreto, o Estado cumpra tal atributo de forma justa, célere e satisfatória.

Sobre esse acesso à justiça, CAPPELLETTI (1992, p. 82-97) destaca que não se pode limitá-lo a uma concepção “unidimensional”, pela qual o direito e a ciência jurídica se restrinjam apenas à mera declaração da lei, momento em que lança mão da ideia de uma concepção tridimensional, pela qual situa, na primeira dimensão, o problema ou exigência social que levam à elaboração de um instituto jurídico, seguido, na segunda dimensão, da solução jurídica que inclua não apenas as normas, mas as instituições e processos que cuidem efetivamente daquela necessidade e, por fim, na terceira dimensão são analisados os resultados práticos da resposta jurídica lançada para aquele problema apresentado.

Ressalte-se, outrossim, que a noção de acesso à justiça deve estar em perfeita consonância com o esposado pelo inciso LXXVIII, artigo 5º, da Carta

ISBN 978-85-62288-05-0

Fundamental, o qual prevê "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", caso em que parece perfeitamente viável inserir, numa interpretação extensiva, os procedimentos administrativos, devendo haver a celeridade nas investigações criminais, principalmente em se tratando dos casos em que o sujeito apontado como ofensor esteja preso, pelo que a reunião dos elementos probatórios não pode ser protraída indefinidamente no tempo.

Diante desse quadro, é possível inferir que viabilizar o acesso à justiça é tornar efetivo o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Carta Fundamental, uma vez que ao se proporcionar ao cidadão uma tutela justa e satisfatória, em tempo razoável, a norma abstrata inserta no ordenamento jurídico passa a transmitir vida aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

É de conhecimento geral que a demora nas investigações criminais, principalmente quando se trata de indiciado preso, resulta não apenas na infringência do axioma "justiça", mas implica, na maioria das vezes, na transgressão infundada aos direitos fundamentais mais preciosos, ocasionando com isso danos irreversíveis, seja de ordem material, física ou psicológica.

Destarte, é forçoso destacar que a investigação criminal, para ser melhor implementada e realizada em tempo oportuno, ou seja, de forma hábil a angariar os elementos necessários para comprovar a existência ou não do fato criminoso em um curto espaço de tempo, necessita da atuação do maior contingente possível de pessoas (mormente daquelas que fazem parte da relação conflituosa), pelo que não se pode mais vigorar a noção de que cumpre apenas à autoridade policial a investigação preliminar.

Infelizmente, "as atividades da vítima, do cidadão e da defesa nas investigações prévias encontram alguma resistência, tendo em vista as restrições decorrentes da sua unilateralidade e corriqueiro sigilo, apesar da regra ser a publicidade e o segredo, a exceção". (BONFIM, 2010, p. 172)

De acordo com BONFIM (2010) a maioria da doutrina tende a negar a possibilidade de uma condenação lastreada tão somente em provas obtidas durante a investigação policial Admitem, quando muito, que essas provas tenham natureza indiciária, sejam começo de prova, vale dizer, dados informativos que não permitem lastrear um juízo de certeza no espírito do julgador, mas de probabilidade, sujeitando-se a posterior confirmação. Isso porque sua admissão como elemento de prova implicaria infringência ao princípio do contraditório, estatuído em sede constitucional.

Conforme esboçado nos primeiros tópicos, se investigar é colher provas, qualquer um do povo pode fazê-lo. A título de exemplo, se alguém possui câmeras em seu estabelecimento comercial e presencia um latrocínio, nada lhe impede de fornecer esse meio probante à autoridade investigativa. Da mesma forma, se o

ISBN 978-85-62288-05-0

indiciado possui um bom procurador que reúne elementos probatórios (documentos e testemunhas) para provar a sua inocência é óbvio que se trata de investigação criminal, não sendo plausível refutar as provas obtidas pelas partes sob a alegação de monopólio da polícia.

Não obstante, é cediço que à autoridade policial é conferida a prerrogativa de denegar ou determinar as diligências solicitadas pelas partes, sendo certo que não há a possibilidade de recurso nessa fase investigatória (ROSA, 2006, p. 101), uma vez que nela remanesce apenas a via da representação à autoridade hierarquicamente superior, de forma fundamentada, contra a autoridade que denegou as diligências em caso de ato manifestamente arbitrário.

No que se refere ao papel do magistrado, é valido asseverar que não apenas em razão da função pública que desempenha, mas inclusive do papel que exerce enquanto cidadão, deve o mesmo não criar óbices para o rápido curso das investigações criminais, bem como lhe incumbe o dever de garantir a observância aos direitos fundamentais e dos preceitos legais em relação à conclusão das investigações no tempo apontado em lei.

É importante ressaltar, ainda, que sob o prisma da cidadania dos deveres, a atuação nas investigações preliminares não pode se restringir a mero exercício de poder estatal, ou seja, através meramente do funcionalismo público, mas deve envolver os indivíduos enquanto cidadãos implementadores da Democracia e instrumentalizadores do Estado para a resolução célere dos conflitos e fatos delituosos em deslinde.

A atuação das partes deve ser, como se depreende do texto, oportuna, sem excessos e com vistas ao esclarecimento dos fatos.

No que tange ao Ministério Público, a este interessa a busca pela verdade e a realização da Justiça, pelo que a investigação criminal ministerial apenas deve repulsar ao acusado culpado, àquele que não tem o mínimo interesse em ver a verdade revelada. (BARROS, 2002, p. 21)

A regra, pois, é a da “universalidade da investigação”, (FURTADO, 2004, p. 10-11), percorrendo o mesmo caminho o jurista GRECO FILHO (1993, p. 82) quando registra que "o princípio que rege a atividade policial é o da não-exclusividade,” vale dizer, admite-se que mais de um órgão apure infrações penais, o que, ademais, é do interesse público.

Colocando de outra forma, a sociedade tem interesse de ver suas normas de convivência respeitadas e o Estado incumbiu o Ministério Público de zelar por este respeito. Assim, necessário garantir ao órgão ministerial os meios de realizar sua função.

Por fim, e conforme destacado na obra de SANTIN (2007, p. 282), o aumento da atuação do Ministério Público nas investigações preliminares justifica-se

ISBN 978-85-62288-05-0

principalmente em razão da celeridade que promove nas investigações. Isso porque "a celeridade da atividade poderá ser alcançada pela aproximação do Ministério Público aos trabalhos de investigação criminal, possibilitando a rápida atividade de oferecimento da denúncia e o início da ação penal", conferindo a esta última rapidez e eficiência no que tange à tutela jurisdicional.

Conclusão

Buscou-se, através do presente estudo, salientar a importância da atuação das partes na fase preliminar à ação penal, mediante a exposição do conceito e noções da dimensão e finalidade da investigação criminal.

Em seguida, tratou-se da atuação de cada parte, especificamente, na fase pré-processual, pelo que foram destacados, em cada caso, os interesses em jogo e a conveniência da atuação da vítima, da defesa, do juiz e do Ministério Público para reunião de elementos probatórios robustos e suficientes à fundada propositura da ação penal.

Com efeito, a acentuada participação das partes na investigação criminal tem gerado significativos resultados no que se refere ao aceleramento dos procedimentos preliminares, bem como tem conferido maior veemência aos resultados obtidos, sendo possível afirmar que essa atuação na fase investigativa vai além de meros interesses egoísticos para funcionar como mola propulsora da concretização da justiça e fiel observância dos direitos fundamentais tão caros ao ser humano.

Vislumbrou-se, com fundamento na ideia de cidadania à luz da Constituição, que a segurança pública é matéria que interessa a todos, indistintamente, enquanto cidadãos, razão pela qual se faz imperiosa uma atuação mais contundente por parte da população, bem como dos próprios agentes públicos para o esclarecimento dos fatos delituosos em fase de investigação criminal.

Por fim, concluiu-se no sentido de que o exercício da cidadania, mediante uma postura ativa dos indivíduos nos assuntos de ordem pública, vale dizer, na concretização da segurança e paz pública, bem como a atuação das partes na investigação criminal, são potentes vias para a consecução dos fins a que se destina o Estado Democrático de Direito, mediante a implementação da garantia da celeridade do processo, incluído aqui o procedimento preliminar ao processo judicial penal, culminando na apoximação do sistema penal investigativo ao ideal de justiça, de tal sorte que o texto constitucional seja instrumentalizado para ser, efetivamente, assegurador dos direitos e garantias fundamentais.

ISBN 978-85-62288-05-0

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Manoel Messias. *Inquérito Policial.* 6. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Método, 2008

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROS, Marco Antonio. *A Busca da Verdade no Processo Penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 2002.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurízio. *Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania.* Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BONFIM, Edison Mougenot. *Curso de Processo Penal.* 5. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

BRASIL. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em Habeas Corpus 14543/MG. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Brasília/DF: 09 de março de 2004. Diário da Justiça de 17 de maio de 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça.* Revista de Processo, São Paulo, v. 74, abr.-jun. 1992.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; *DINAMARCO*, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo. 22. ed*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na investigação criminal.* 3. Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir Nascimento da Prisão*. Petrópolis: Editora Vozes, 1983.

FURTADO, Valtan. *15 Razões para o Ministério Público Investigar Infrações Penais*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.139, p. 10-11, jun. 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.* 4. Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 8.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ISBN 978-85-62288-05-0

_____, *Constituição do Brasil Interpretada.* 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PINSKY, Jaime, PINSKY. *Os Profetas Sociais e o Deus da Cidadania.* ***In*** PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanesi (orgs). *História da Cidadania.* 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Processo Penal.* Brasília: Ed. Consulex, 2006.

SANTIN, Valter Foleto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2ª ed., Bauru: Edipro, 2007.

_____. *Doutrina do Ministério Público.* São Paulo: Justitia 65 (199), jul./dez., 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *Manual de Processo Penal Constitucional pós reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

STF – 2ª T. – HC nº 73.454-5 – Rel. Min. Maurício Corrêa. Informativo STF, nº 34 *apud*

PINSKY, Jaime. *História da Cidadania.* 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003.

TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* 2. Vol., 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WATANABE, Kazuo***.*** *Acesso à justiça e sociedade moderna*. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ISBN 978-85-62288-05-0

DELAÇÃO PREMIADA

Paula Elizabete Antonini JOVIANO[378]
Suellen Gonçales de OLIVEIRA[379]

RESUMO:
Evidente notoriedade e críticas nos dias atuais, à delação premiada são utilizadas pelo ordenamento brasileiro como instrumento de combate à criminalidade. No entanto, a delação premial não é invenção do ordenamento jurídico brasileiro, mas sim, do ordenamento italiano, no intuito de combater a máfia. Não obstante a legislação esteja sujeita as críticas por ser empregada como forma de preenchimento de lacunas das normas, demonstrando a incapacidade do Estado em apurar ilícitos penais, a finalidade almejada é positiva. Desse modo, premial ou não, este instrumento demonstra a ausência de cuidados éticos, por apresentar-se como verdadeira traição, em troca de benefícios penais, e por muitas vezes violar critérios técnicos e procedimentais.

ABSTRACT:
With an obvious notoriety and criticism nowadays, the plea agreement is used by the Brazilian legal system as an instrument of fight against crime. However, the plea agreement was not created by the Brazilian legal system, but, by the Italian legal system, in the purpose of fighting against the organized crime. Although the legislation is under criticism for been used to filling out of the gaps in the norms, demonstrating the inability of the State to investigate criminal offenses, the purpose expected is positive. This way, plea or not, this instrument shows the absence of ethical cares for been seen as a truly betrayal, in exchange of criminal benefits, and for violate, many times, technical and procedural requirements.

PALAVRAS CHAVES: delação premida; instituto; direito premial.

KEY WORDS: plea agreement; institute; plea law.

[378]Acadêmica de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Londrina, 8º período de Graduação - e-mail: paulinhaeaj@live.com
[379]Acadêmica de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Londrina, 8º período de Graduação, e-mail: suka_go@hotmail.com.

ISBN 978-85-62288-05-0

I – INTRODUÇÃO

A delação premiada fora influenciada principalmente pela legislação italiana, precursor deste beneficia por volta da década de 70 e final de 80, onde o legislador criou uma causa de diminuição da pena para o associado ou partícipe que entrega os autores do crime, seus companheiros.

Este instituto está expressamente previsto na Lei dos Crimes Organizados (Lei 9.03495). A palavra delação deriva do latim *delacione,* que significa o ato de delatar, denunciar, revelar o crime, acusar o autor do delito.

Ainda que de maneira menos expressiva, uma das formas mais antigas de se adotar a delação premiada ocorria no chamado direito premial. Uma das demonstrações desta era a fixação de cartazes em locais públicos, contendo fotos ou o nome da pessoa procurada pela justiça, oferecendo recompensas a quem pudesse prestar informações sobre a mesma.

No Brasil, o direito premial era utilizado na época colonial, época em que vigorava o regime escravocrata e a finalidade deste instituto era de localizar escravos fugitivos.

Na Alemanha, o direito premial foi instituído no século XIX pelo jurista Rudolf Von Hiering, que afirmava que o Estado era incapaz de apurar os delitos praticados com pluralidade de autores. Logo, quando investigação fosse muito complexa, sem que houvesse a colheita e elucidação de provas poderia ser aplicado o direito premial, ou seja, caberia nestas situações oferecer ao delator do crime um prêmio, se este ajudasse na busca da verdade processual do delito.

Nota-se que nesta perspectiva o interesse público é o foco da negociação criminal, que passou a ser denominada delação premiada.

Ainda que não direcionasse a termologia utilizada nos dias atuais, na Bíblia houve uma citação relacionada ao direito premial. No Evangelho segundo São Matheus, consta que Judas Iscariotes, discípulo de Jesus Cristo, decide “entregá-lo” por trinta moedas de prata.

Vale lembrar que o direito premial é a base do instituto estudado nesta pesquisa e foi se desenvolvendo em diferentes legislações de vários países.

Porém, ainda há muitas discussões sobre a inserção deste instituto no direito penal moderno. Algumas questões apontam argumentos favoráveis e outros contrários à adoção do mesmo, como por exemplo, muitos doutrinadores defendem que a delação premiada fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade da pena. Outros já afirmam a necessidade de auxiliar o Estado na persecução criminal, fazendo com que o dever de se aplicar a justiça penal seja cumprido.

ISBN 978-85-62288-05-0

Portanto, o objetivo desta pesquisa é demonstrar como utilizar este instituto ao auxílio da sociedade, estingando o incitado pelo Estado a contribuir com as investigações. Pode-se analisar de imediato a celeridade processual que a delação premiada pode ocasionar, pois quando o delator decide confessar o crime e indicar os demais envolvidos no delito, torna-se muito mais simplificada a investigação e os investigadores terão acesso à verdade processual.

A delação premiada se revela como um instrumento para que o Estado encontre uma prova eficaz no processo penal. O instituto estudado, sem dúvidas é um meio muito eficiente de se combater os crimes organizados. A justificativa da existência da delação premiada no ordenamento de qualquer país que adote este instituto é o auxílio que o mesmo pode propiciar ao Estado em sua função de combater os delitos e concretizar a justiça criminal.

II – SURGIMENTO DA DELAÇÃO PREMIADA EM DIFERENTES LEGISLAÇÕES

A delação premiada iniciou-se, de fato, com as expansões das organizações criminosas – máfia -, e a necessidade de uma normativa especial. Diferente do que ocorre no Brasil, onde a legislação é falha e repleta de lacunas, na Itália, existe um tratamento completo da disciplina dos colaboradores, que vai deste o aspecto material, ao sancionatório, e esse complexo em particular, fora o responsável pelo sucesso italiano na utilização dos *pentiti* (arrependidos), no combate as organizações criminosas.

Com uma nova legislação e a necessidade de evitar a imediata supressão do cárcere, levou o legislador a organizar que, os *pentiti*, só teriam gozo do beneficio depois de cumprido certo período da pena, o mesmo para á custodia cautelar de liberdade, que não poderia ser revogada ou substituída por outra medida menos grave, apenas por causa da colaboração. Agora se o colaborador não tivesse ligação com a criminalidade mafiosa ou terrorista este pode receber as medidas especiais de proteção (art. 16-octies do Dec. - Lei ° 8/91).

Na Itália, o legislador tipificou o que é considerada uma “associação tipo mafiosa”.

Quando houve a unificação do país em 1860, os latifundiários perderam o direito de possuir milícias, configurando um cenário propício para que a máfia se consolidasse, inserindo-se na administração local italiana, tornando-se inclusive mais forte do que Estado, possuindo suas próprias leis e código de ética.

Desta forma, quando surge a ideia de delação premiada, a legislação italiana fez uma distinção do delator, que poderia agir ser por arrependimento ou por dissociação com os outros criminosos e em qualquer situação em que se encontrasse o delator, ele seria beneficiado de alguma forma quando colaborasse com a justiça.

ISBN 978-85-62288-05-0

Este benefício criado no Direito Italiano encontra também na Espanha; iniciada em 1988 através da Lei Orgânica n° 3/88, que integrarão a figura do beneficiário aos procedimentos persecutórios penais derivados da pratica de atividades terroristas, que mais tarde incluíram os delitos relacionados tráfico de drogas, com a possibilidade de concessão de beneficio, sejam eles progressão de regime para aqueles acusados que forneça informações, provas sobre o crime, ou confessando ou indicando coautores. Isto é, toda e qualquer informação que se auxiliam as investigações.

Essa legislação inspirada no duplo-binário da legislação italiana considerava de um lado os irredutíveis, aqueles que não colaboram, e de outros lados os colaboradores. Por isso que, se falando em progressão de regime eles ficavam condicionados, isto é, presos aos requisitos do Código penal.

No direito americano a delação premiada funciona como um meio de política criminal. O “pleabargaining” é uma forma de auto composição de litígios onde a verdade é fruto de uma decisão consensual sistematicamente organizada que ocorre por intermédio do promotor e da defesa do réu, quando este se declara culpado. Assim a verdade pública se torna explicitamente negociável entre as partes.

Desenvolvida também no direito alemão a delação premiada passa ser prevista expressamente. Nos casos em que um dos autores do crime decida ajudar na investigação com seriedade e voluntariedade, o juiz pode atenuar discricionariamente a pena ou deixar de aplicá-la. Para tanto é necessário que o agente impeça a continuação da associação criminosa, ou seja, a prática de crimes da mesma. É preciso que se procure uma autoridade competente que possa impedir o crime, assim o agente não será punido, ainda que, por circunstâncias alheias a sua vontade, o resultado esperado não seja obtido.

III - VISÃO DOUTRINÁRIA PREDOMINANTE

A delação premiada se revela como um instrumento para que o Estado encontre uma prova eficaz no processo penal. O instituto estudado, sem dúvidas é um meio muito eficiente de se combater os crimes organizados. A justificativa da existência da delação premiada no ordenamento de qualquer país que adote este instituto é o auxílio que o mesmo pode propiciar ao Estado em sua função de combater os delitos e concretizar a justiça criminal.

Em contrapartida, a doutrina, predominantemente, adotou o posicionamento contrário ao instituto estudado. O argumento que contraria a delação premiada afirma ser antiético que o agente do crime denuncie seus companheiros, agindo como um traidor, e ainda recebendo benefícios.

ISBN 978-85-62288-05-0

Neste sentido, Zaffaroni, demonstra sua visão contrária ao instituto estudado nesta pesquisa quando afirma que a delação premiada favorece para que haja impunidade, alegando que oferecer benefícios ao delator é amoral e antiético:

"A impunidade de agentes encobertos e dos chamados "arrependidos" constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do estado de Direito: o Estado não pode se valer de meios imorais para evitar a impunidade [...] O Estado está se valendo da cooperação de um delinquente comprada a preço de sua impunidade, para "fazer justiça", o que o Direito liberal repugna desde os tempos de Beccaria." (ZAFFARONI apud GUIDI, 2006, p.143).

Alguns estudiosos do assunto fazem uma análise mais abrangente enfocando que a decisão de praticar o crime junto com os outros autores do delito também foi antiética, portanto, quando o indivíduo decide ajudar o Estado, ele está se redimindo, progredindo.

Outra questão é que fica a critério do juiz e de parecer de membro do Ministério Público a avaliação do benefício que será cedido.

Observa-se que a delação premiada fora instituída para auxiliar o jurista a chegar à verdade dos fatos e julgar os crimes cometidos em coautoria, em troca, o delator teria sua pena diminuída, porém, esta nunca será isentada, pois se assim fosse, contrariaria a Teoria da não impunidade no Direito Penal.

Analisamos, portanto, o desenvolvimento do instituto da delação premiada no sistema brasileiro para estabelecer uma ligação do tema pesquisado com a aplicabilidade do mesmo no território brasileiro.

IV - REFLEXOS DA DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO

No sistema penal brasileiro, tendo como fundamento o "estímulo à verdade processual" (Lei n. 7.209/84), está prevista a "confissão espontânea" (CP, art. 65, III, "d") como circunstância atenuante.

Com a evolução dos tempos e aumento da criminalidade, cada vez mais sofisticada, aos poucos se foi introduzindo delação premiada como forma de estímulo à elucidação e punição de crimes praticada em concurso de agentes, de forma eventual ou organizada, como se vê em diversos textos, como § 4º, do art. 159, do Código Penal, relacionadas às Leis n°s. 8.072/90 e 9.269/96; § 2º, do art. 24, da Lei n. 7.492/86, acrescentado pela Lei n. 9.080/95; parágrafo único do art. 16, da Lei n. 8.137/90, acrescentado pela Lei n. 9.080/95; art. 6º, da Lei n. 9.034/95 e § 5º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/98).

No entanto, dificilmente encontra-se algum agente, ou mesmo vítima ou testemunha capaz de delatar na linguagem corrente. Esta palavra adquiriu conotação pejorativa, tomando o sentido de acusação feita a outrem, com traição da confiança recebida, em razão de função ou amizade, porquanto não havia qualquer

ISBN 978-85-62288-05-0

forma de garantia ou sistema de proteção da segurança do próprio delator ou de sua família, que ficava jogado à própria sorte.

As raras testemunhas que assim o fizeram, em crimes de repercussão, geralmente eram levadas para conventos ou igrejas enquanto outro, com ajuda da Anistia Internacional, fora retirado do país.

Com a publicação e vigência imediata da Lei n. 9.807, de 13.7.99, foram estabelecidas normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, instituiu-se o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispôs-se sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

A situação da testemunha que tenha sido condenada e cumpre pena restritiva de direito; se, por um lado resgata, a rigor, uma sanção penal, verifica–se, de outro, que o artigo também veda, expressamente, a proteção de condenados e indiciados que estejam sofrendo privação da liberdade por prisão cautelar sugerindo, com isso, que apenas busca evitar aplicação das medidas protetivas às pessoas que estejam privadas da liberdade, inclusive cautelarmente. Assim, a princípio, mesmo os condenados que foram beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade nos moldes previstos pela Lei n. 9.714/99, poderão ingressar nestes programas de proteção às testemunhas.

Em relação a vítimas e testemunhas com antecedentes criminais, a lei não obsta seu ingresso no programa, cabendo, contudo, ao representante do Ministério Público (art. 3º) a análise do comportamento e personalidade do agente (art. 2º, "*caput*"), requisitos que, em tese, poderão, conforme o caso concreto, impedir o acesso ao programa de proteção.

Por fim, não estando condenados, podem ingressar e obter a proteção do programa os indivíduos processados, mas cujo processo esteja suspenso face do art. 89, da Lei n. 9.099/95, com o que se possibilita até que usuários de drogas (art. 16, da Lei n. 6.368/76) colaborem na identificação e prisão de narcotraficantes (art. 12, da mesma lei).

A imposição de um teto para a ajuda financeira mensal deverá ser definida pelo conselho deliberativo (art. 7º, par. Único), cujo valor deverá equilibrar dois aspectos contrários entre si: a) a manutenção do nível de vida do protegido; e b) verba existente para o programa.

A delação premiada vem sendo severamente criticada. Sob o ponto de vista sócio psicológico ela é considerada imoral ou, no mínimo, antiética, pois estimula à traição, comportamento insuportável para os padrões morais modernos, seja dos homens de bem, seja dos mais criminosos.

ISBN 978-85-62288-05-0

Sob o aspecto jurídico, indiretamente rompe com o princípio da proporcionalidade da pena, já que se punirão com penas diferentes pessoas envolvidas no mesmo fato e com idênticos graus de culpabilidade.

Em termos práticos, não basta a mera delação para que o criminoso se beneficie, deve resultar a delação na efetiva libertação do sequestrado, ou, nos casos de quadrilha, associação criminosa ou concurso de agentes, na prisão ou desmantelamento do grupo.

Ao denominar "réus colaboradores" os acusados ou indiciados que tenham voluntariamente colaborado com a investigação e o processo criminal (art. 13), utiliza-se de eufemismo para evitar termos como delator ou mesmo traidor, cabendo ressaltar, a Lei 9.034/95, que não é pedagógica, porque ensina que trair traz benefícios; sendo eticamente reprovável (ou, no mínimo, muito discutível), deve ser restringida ao máximo possível.

Quanto à espécie dos crimes, a lei não faz distinção entre aqueles de ação penal pública, condicionada ou não, ou privada, resultando em ser possível sua aplicação integral a qualquer deles, mesmo quando se tratar de crimes de ação penal exclusiva.

Além disto, os princípios constitucionais não são absolutos em si mesmos, devendo ser analisados em conjunto em uma interpretação que os harmonize. Assim, como exemplo, a inviolabilidade da liberdade garantida no *caput* do art. 5º, CF, não implica em deixar livres as pessoas para fazerem o que pretender, pois a própria Constituição logo assegura, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (inciso II).

A Delação Premiada frente os Princípios Constitucionais do Processo Penal Brasileiro vem recebendo varias criticas no sentido de não respeitar as regras do devido processo legal. Porem e importante lembrar que a confissão/imputação do correu, ou, sua colaboração com as autoridades mesmo antes de qualquer previsão legal a favor da delegação sempre foram acolhidas no contexto probatório produzido, sendo admitidas nos casos em que estiverem de acordo com a Constituição Federal e a legislação processual. Logo a validade da delação premiada deve estar de acordo com os princípios garantistas, que são limitadores do poder punitivo estatal.

Importante notar que os limites legais das regras procedimentais podem ser alterados pela realidade, onde os interesses das partes possuem competência para acobertar situações ilegais, devido à disputa (jogos de azar). Logo o direito processual, também chamado de regras finais, que não impõem obrigações, mas que se propõem a fornecer o meio/método para alcançar a justiça, embora não a garanta, pois para obter a justiça não basta ter razão. E isso serve tanto para as delações premiadas quanto para qualquer forma de procedimento.

ISBN 978-85-62288-05-0

V - REQUISITOS DA DELAÇÃO PREMIADA

Não existem limites para o reconhecimento e a aplicação da delação premiada no Brasil, porém a aplicação do instituto estudado é mais frequente nas ações penais públicas e incondicionadas.

Assim sendo, presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia. Para tanto, a delação premiada deve ser homologada no final do processo, por meio de sentença.

Dentre os pressupostos da delação premiada estão os pressupostos de existência, referentes às condutas que permitem a identificação de uma delação ou colaboração premiada, diante de um caso concreto.

Outro pressuposto muito importante é que o réu delator confesse sua participação na prática do delito. Caberá delação premiada somente nos casos do art.25, parágrafo 2, da Lei 7.492/86 e art.16, parágrafo único, da Lei 8.137/90), requerendo anteriormente aos elementos caracterizadores da delação a confissão do agente quanto a sua participação nos fatos delituosos. Além disso, deverá o réu colaborar com as investigações, e assim como a confissão, a colaboração deve ser espontânea e voluntaria.

Quanto ao pressuposto de validade, afirma a importância de que a delação seja feita na presença do respectivo defensor.

VI – QUESTÕES QUE CONTRARIAM A DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada é severamente criticada, pois sob o ponto de vista sócio psicológico ela é considerada imoral e antiética por estimular a traição, comportamento insuportável para os padrões morais modernos, tanto quando parte de pessoas que não praticam delitos, quanto por parte de pessoas criminosas.

Sob o aspecto jurídico, a delação premiada rompe com o princípio da proporcionalidade da pena indiretamente, já que se punirão com penas diferentes pessoas envolvidas no mesmo fato e com grau idêntico de culpabilidade.

Porém, não basta que haja mera delação para que o criminoso se beneficie. Como ocorre, por exemplo, no crime de sequestro quando só existirá a delação premiada com a efetiva libertação do sequestrado, ou como nos casos de quadrilha, associação criminosa ou concurso de agentes, com a prisão ou desmantelamento do grupo.

Utiliza-se o eufemismo para evitar termologias como delator ou traidor, cabendo ressaltar, a Lei 9.034/95, que não é pedagógica, porque ensina que trair pode trazer benefícios, sendo eticamente reprovável (ou, no mínimo, muito discutível), deve ser restringida ao máximo possível. Desta maneira, os acusados ou

ISBN 978-85-62288-05-0

indiciados que tenham voluntariamente colaborado com a investigação quando são denominados como "réus colaboradores".

Alguns estudiosos que argumentam a favor da delação premiada fazem uma análise mais abrangente enfocando que a decisão de praticar o crime junto com os outros autores do delito também foi antiética, portanto, quando o indivíduo decide ajudar o Estado, ele está se redimindo, logo, há uma progressão do réu-delator.

Outra crítica direcionada à delação premiada se relaciona aos Princípios Constitucionais do Processo Penal Brasileiro, com a alegação do instituto não respeitar as regras do devido processo legal. Porém, a confissão do co-réu, assim como sua colaboração com as autoridades sempre foram acolhidas no contexto probatório, sendo admitidas nos casos em que estiverem de acordo com a Constituição Federal e com a legislação processual.

A validade da delação premiada deve estar de acordo com os princípios garantistas limitadores do poder punitivo estatal. Os limites legais das regras procedimentais podem ser alternados pela realidade, quando os interesses das partes possuem competência para ocultar uma situação ilegal.

Logo, o direito processual, também chamado de regras finais, não impõe obrigações, mas propõe fornecer o meio para alcançar a justiça. Para se obter a justiça não basta ter razão, e este preceito se aplica tanto na delação premiada como em qualquer outra forma de procedimento.

Na delação premiada percebe-se que há intenção dos protagonistas em persuadir o magistrado, pois a decisão jurisprudencial está vinculada à procedência. Quem demonstrar a maior proximidade com a veracidade dos fatos no caso concreto, utilizando meios técnicos apropriados, terá maior margem de aceitação do órgão julgador.

O dever dos protagonistas em apresentar comportamento leal e ético pode ser frustrado, cabendo ao juiz redobrar seus critérios de avaliação para não se fundamentar em meios aparentemente legais, mas inapropriados.

Desta maneira, a delação premiada deve ser aplicada respeitando todas as garantias constitucionais inerentes a qualquer investigado ou processado, sob pena de nulidade. Para que isto ocorra, outras ponderações são necessárias, sem a pretensão de esgotar todas as variações possíveis, referentes ao caso concreto, e se podem encontrar diversos princípios e garantias, como serão elencados no tópico a seguir.

VII – OS PRINCÍPIOS E AS GARANTIAS FRENTE À DELAÇÃO PREMIADA

Neste tópico serão elencados os princípios que norteiam a questão da legitimidade da delação premiada.

ISBN 978-85-62288-05-0

Dentre todos eles, destaca-se o princípio do devido processo legal que garante que para que sejam concedidos os benefícios ao réu delator, devem-se observar todas as formalidades prescritas. É necessária a previsão legal unificada no ordenamento, deste modo haverá coerência e segurança jurídica em sua aplicação.

Outros princípios que devem ser observado são o princípio da legalidade ou obrigatoriedade e o princípio da indisponibilidade.

No Brasil, o autor da transação ou da suspensão condicional do processo não confessa o crime, nem reconhece a sua responsabilidade penal.

A delação é bilateral e deve-se considerar a anuência do magistrado. A questão da indivisibilidade da ação penal abrange todos que, aparentemente, tenham praticado um ilícito penal, salvo nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada.

Alusivo ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição ressalte-se que, no direito penal brasileiro este princípio se expressa pela repressão às organizações criminosas, frente à colaboração premiada.

O direito de não produzir provas contra si e o direito ao silencio é uma garantia que deve ser assegurada, no entanto, quando se tratar de colaborador de justiça, haverá uma restrição à aplicação deste direito. Assim como não existe incompatibilidade entre o instituto de delação e o contraditório. O problema que permeia este princípio é que alguns aplicadores do direito não respeitam a referida garantia processual, tornando-a prova ilícita e afetando a sua utilização. Partindo desta questão, podem-se estabelecer duas premissas, a premissa referente à utilização indireta das declarações prestadas antes da confirmação em juízo, e a premissa em que há exceção ao principio do contraditório como método de formação de prova.

A garantia do contraditório visa, dentre outros motivos, a demonstração da verdade. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, das mesmas poderem utilizar-se das provas.

Segundo Badaró, a verdade é uma reconstrução possível, ou seja, um critério de justiça, ainda que esse não seja um objetivo conquistado a qualquer custo.

Por outro lado, a impossibilidade de se atingir a verdade absoluta sobre os fatos debatidos no processo, especialmente os oriundos de delatores, não desfaz o entendimento de que o juiz no julgamento do fato deve adotar as hipóteses que racionalmente melhor atendem as diversas reconstruções possíveis dos fatos da causa.

ISBN 978-85-62288-05-0

A verdade dos fatos não é uma verdade absoluta, mas somente a hipótese mais provável. Portanto, a importância do contraditório efetivo, nas hipóteses de delação premiada, pressupõe a necessidade de que todo o conteúdo dessa delação seja conhecido pela defesa, como forma de garantir o contraditório pleno.

Finalmente, a efetividade de qualquer garantia constitucional do processo, especialmente quando possibilita a admissão da delação como meio de prova, exige o direito de concretizar uma oposição real a tudo o que e inserido nos autos.

VIII - A FORMALIZAÇÃO DA DELAÇÃO PERANTE AS PARTICULARIDADES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante da inexistência de normas procedimentais, ocorrente em nossa Constituição garantista e frente a uma norma de direito material que favorece quem opta pela delação, enfrenta-se a possibilidade de acordo com a legislação ordinária e constitucional.

A autorização para o reconhecimento da delação premiada, admitida incondicionalmente pela jurisprudência brasileira, exige a análise obrigatória da possibilidade de se celebrar o acordo entre o agente e Ministério Público, com a participação do magistrado.

Existem reflexões sobre a impossibilidade de celebração de acordo, homologada em sentença. Se a delação pode ser considerada como prova, a participação do magistrado na sua formação impede sua atuação nos demais atos do processo, pois como um eventual acordo, para que possua validade legal, exige homologação.

Deste modo, pode-se concluir que quer pela inexistência de previsão legal ou dos problemas de ordem concreta mesmo para críticos que admitem uma ética utilitarista. A hipótese de celebração de um acordo, por meio de um contrato formalizado entre delator, Ministério Publico e juiz, não encontra guarida no ordenamento jurídico.

Atualmente, não há rigidez na formalização da delação, desta maneira, o Ministério Público, ou o próprio investigado ou acusado, com a anuência do defensor, podem a qualquer momento propor ao juízo o reconhecimento de uma delação premiada.

Em outra vertente, o reconhecimento de aumento ou diminuição da pena não esta estrito ao pedido formal, que é função do magistrado. Contudo, não existe a possibilidade de homologação de acordo e a delação premiada, justamente por sua natureza material, somente ocorrerá após a sentença

A concessão do benefício após a sentença permitirá a impetração de recurso, especialmente quanto ao *quantum* inerente ao beneplácito pretendido, ou como garantia da efetividade e consistência dos elementos fornecidos pelo delator.

ISBN 978-85-62288-05-0

Neste parâmetro, é assegurado o contraditório e a ampla defesa, respeitando o princípio do devido processo legal, a concessão do beneplácito, que não pode ser ignorada ante a legislação vigente, possibilitando aos demais sujeitos passivos da relação processual a chance de se opor aos pronunciamentos oriundos do delator, mesmo diante das cautelas e criticas inerentes ao instituto.

Quanto à espécie dos crimes, a lei não faz distinção entre os crimes de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, ou privada, logo, é possível aplicação integral da delação premiada em qualquer ação penal, mesmo quando se tratar de crimes de ação penal exclusiva.

A proteção e as medidas decorrentes deverão ser consentidas e considerar a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e sua importância para a produção da prova.

Podem ser concedidas ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, *excluindo-se expressamente os indivíduos cuja personalidade ou conduta seja incompatível com as restrições de comportamento exigidos pelo programa, os condenados que estejam cumprindo penas e os indiciados ou acusados sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades*. Não haverá prejuízo à eventual prestação de medidas de preservação da integridade física desses indivíduos por parte dos órgãos de segurança pública (§ 2º, art. 2º).

Quanto à situação da testemunha que tenha sido condenada e cumpre pena restritiva de direito; se, por um lado resgata, a rigor, uma sanção penal, verifica–se, de outro, que o artigo também veda, expressamente, a proteção de condenados e indiciados que estejam sofrendo privação da liberdade por prisão cautelar sugerindo, com isso, que busca apenas evitar aplicação das medidas de proteção às pessoas que estejam privadas da liberdade, inclusive cautelarmente. Assim, a princípio, mesmo os condenados que foram beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade nos moldes previstos pela Lei n. 9.714/99, poderão ingressar nestes programas de proteção às testemunhas.

Em relação a vítimas e testemunhas com antecedentes criminais, a lei não obsta seu ingresso no programa, cabendo, contudo, ao representante do Ministério Público (art. 3º) a análise do comportamento e personalidade do agente (art. 2º, "*caput*"), requisitos que, em tese, poderão, conforme o caso concreto, impedir o acesso ao programa de proteção.

Por fim, não estando condenados, podem ingressar e obter a proteção do programa os indivíduos processados, mas cujo processo esteja suspenso face do art. 89, da Lei n. 9.099/95, com o que se possibilita até que usuários de drogas (art. 16, da Lei n. 6.368/76) colaborem na identificação e prisão de narcotraficantes (art. 12, da mesma lei).

ISBN 978-85-62288-05-0

Como forma de garantia de posterior validade como meio de prova, as interceptações telefônicas deverão ser previamente autorizadas pelo juiz competente, na forma da lei reguladora (n°. 9.296/96).

A imposição de um teto para a ajuda financeira mensal deverá ser definida pelo conselho deliberativo (art. 7º, par. único), cujo valor deverá equilibrar dois aspectos contrários entre si: a manutenção do nível de vida do protegido e verba existente para o programa.

Além disto, os princípios constitucionais não são absolutos em si mesmos, devendo ser analisados em conjunto em uma interpretação que os harmonize. Assim, como exemplo, a inviolabilidade da liberdade garantida no *caput* do art. 5º, CF, não implica em deixar livres as pessoas para fazerem o que bem quiserem, pois a própria Constituição assegura que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (inciso II), prescrevendo, ainda, que poderá haver prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (inciso LXI), assim como as penas privativas de liberdade (inciso XLVI, *a*) para fatos tipificados na lei penal como crime, desde que exista lei anterior que o defina (inciso XXXIX).

IX - CONCLUSÃO

A partir dos estudos em questão nesta pesquisa pode-se concluir que a delação premiada deve ser aplicada, porém, respeitando todas as garantias constitucionais inerentes a qualquer investigado ou processado, sob pena de nulidade.

Para isso, outras ponderações são necessárias, sem a pretensão de esgotar todas as variações possíveis, referentes ao caso concreto.

Ocorre, portanto, nos casos do devido processo legal para sua efetivação, devam-se observar todas as formalidades prescritas, como também como base para o Principio da legalidade ou obrigatoriedade, pois não existem limites para o reconhecimento e a aplicação da delação premiada no Brasil, pôr sua aplicação e muito mais frequente em ações penais publicas e incondicionadas.

Portanto estando presentes o requisito legal para o exercício da ação penal, devera o Ministério publico oferecer a denuncia. Devendo ser a delação premiada homologada no final do processo, por sentença.

Outra questão pertinente é da indisponibilidade. No Brasil, o autor da transação ou da suspensão condicional do processo não confessa nem reconhece a sua responsabilidade penal. A delação também é bilateral, devendo contar com a anuência do magistrado. A indisponibilidade abrange todos aqueles que aparentemente, tenham praticado um ilícito penal, salvo no caso de ação penal de iniciativa privada que será a única indivisível no caso brasileiro.

ISBN 978-85-62288-05-0

Ainda favorável à aplicação da delação premiada, pode-se afirmar a Indeclinabilidade da jurisdição. No caso brasileiro enfocando na repressão às organizações criminosas, frente à colaboração premiada.

No que toca o direito de não produzir provas contra si e ao silencio, cabe salientar que este deve ser sempre assegurado, no entanto, quando se tratar de colaborador de justiça, a sua área de atuação deve ser restringida, assim com no contraditório, não há incompatibilidade entre o instituto de delação. Será incompatível apenas se os aplicadores do direito penal não resguardarem esta garantia processual, tornando-a prova ilícita e afetando a sua utilização.

Logo podemos estabelecer duas premissas, a primeira frente à utilização somente indireta das declarações prestadas antes de confirmadas em juízo, e a outra significativa e motivada exceção ao principio do contraditório como método de formação de prova.

A garantia do contraditório visa, dentre outros motivos, a demonstração da verdade. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado a efetiva possibilidade de se representarão juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.

Segundo Badaró, a verdade sãs reconstruções possíveis e um critério de justiça, embora essa não seja um objetivo a ser alcançado a qualquer custo. Por outro lado, a impossibilidade de atingir a verdade absoluta sobre os fatos debatidos em processo, especialmente os oriundos de delatores, não desfaz o entendimento de que o juiz no julgamento do fato deve adotar as hipóteses que racionalmente melhor atendem as diversas reconstruções possíveis dos fatos da causa, não sendo a verdade dos fatos uma verdade absoluta, mas somente a hipótese mais provável.

Portanto, a importância do contraditório efetivo, nas hipóteses de delação premiada, pressupõe a necessidade de que todo o conteúdo dessa delação seja conhecido pela defesa, como forma de garantir o contraditório pleno.

Finalmente a efetividade de qualquer garantia constitucional do processo, especialmente quando possibilita a admissão da delação como meio de prova, exige o direito de concretizar uma oposição real a tudo o que e inserido nos autos (direito de se contradizer argumentando e provando os fatos alegados).

A formalização da delação ante as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro se concretiza perante a inexistência de normas procedimentais, ante uma Constituição garantista e frente a uma norma de direito material (favorece aquele que opta pela delação). Portanto, cumpre enfrentar a possibilidade de acordo com a legislação ordinária e constitucional.

A autorização para o reconhecimento da delação premiada, admitida incondicionalmente pela jurisprudência, no Brasil, comporta a análise obrigatória da

ISBN 978-85-62288-05-0

possibilidade, ou não, da celebração de acordo entre o agente e Ministério Publico, com a participação do magistrado.

Existem reflexões sobre a impossibilidade de celebração de acordo, homologado em sentença. Se a delação pode ser considerada como prova, a participação do magistrado na sua formação impede sua atuação nos demais atos do processo, pois como um eventual acordo, para ter validade legal, exige homologação. Ou seja, quer pela inexistência de previsão legal ou dos problemas de ordem concreta mesmo para aqueles q admitem uma ética utilitarista, a hipótese de celebração de um acordo, por meio de um contrato formalizado entre delator, Ministério Publico e juiz, não encontra guarida no ordenamento jurídico.

Atualmente não existe uma rigidez quanto à formalização da delação, tanto o Ministério Público, quanto o próprio investigado/acusado, com a anuência do defensor, possa a qualquer momento proporão juízo o reconhecimento de uma delação premiada.

Em outra vertente o reconhecimento de aumento ou diminuição da pena não esta estrito ao pedido formal (função do magistrado), ainda que não exista a possibilidade de homologação de um acordo, a delação premiada, justamente por sua natureza material, somente poderá ocorrer por ocasião da sentença, não só por ser o momento processual adequado, mas também por permitir a impetração de recurso.

Dessa forma temos o contraditório e a ampla defesa, respeitando os devidos processos legais, permitindo assim a concessão do beneplácito, que não pode ser negado, nem ignorado, ante a legislação vigente, possibilitando aos demais sujeitos passivos da relação processual, à chance de oposição a tudo o que for oriundo de um delator, mesmo ante a todas as cautelas e criticas inerentes ao instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte especial.* 4. Ed., São Paulo: Saraiva 2009, v. 3.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando?* In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 16-18, nov., 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal.* 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005; ·.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.* 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARCÃO, Renato. *A mais nova previsão de delação premiada no Direito brasileiro.* Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3094, 21dez.2011. Disponível em:

ISBN 978-85-62288-05-0

<http://jus.com.br/revista/texto/20686>. Acesso em: 14 de maio. 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

PUNIR OS POBRES: ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES ECONÔMICOS E NOS CRIMES PATRIMONIAIS

Thadeu Augimeri de Goes LIMA*

RESUMO:

O artigo traça uma análise crítica da jurisprudência prevalecente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação do princípio da insignificância nos crimes econômicos e nos crimes patrimoniais, enfatizando a extrema diferença de tratamento entre eles, que culmina por fazer recair o poder punitivo estatal preferencialmente sobre os mais pobres. Utiliza os métodos hipotético-dedutivo, indutivo, comparativo, dialético e histórico-evolutivo, bem como a pesquisa jurisprudencial, e parte de marcos teóricos essencialmente críticos e de inspiração constitucional. Inicia pela abordagem dos lineamentos e questionamentos do princípio da insignificância. Prossegue com o exame e a crítica dos modos diferenciados de sua aplicação, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, relativamente aos crimes econômicos e aos crimes patrimoniais. A conclusão confirma a hipótese já trazida no título e desenvolvida na Introdução, verificando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem favorecido apenas a punição de infratores oriundos dos estratos mais pobres da sociedade.

ABSTRACT:

The paper traces a critical analysis of the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice's prevailing jurisprudence about the principle of insignificance's application on economic crimes and patrimonial crimes, emphasizing the extreme difference of treatment between them, which ends up making the State's punitive power to preferentially fall over the poorer people. It uses the hypothetical-deductive, the inductive, the comparative, the dialectical and the historical-evolutionary methods, as well as the jurisprudential research, and starts from essentially critical theoretical frameworks, mostly inspired in Constitutional Law. It begins with an approach to the principle of insignificance's linings and questions. It advances by examining and criticizing the different ways of its application, in the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice's jurisprudence, concerning to economic crimes and to patrimonial crimes. The conclusion confirms the hypothesis already

* Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. E-mail: tagl@bol.com.br ou taglima@mp.pr.gov.br.

ISBN 978-85-62288-05-0

brought in the title and developed in the Introduction, verifying that the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice's jurisprudence has enhanced only the punishment of offenders come from the society's poorer strata.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da insignificância. Crimes econômicos. Crimes patrimoniais. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça.

KEYWORDS: Principle of insignificance. Economic crimes. Patrimonial crimes. Supreme Federal Court. Superior Court of Justice.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, em seu título, presta singela homenagem ao notável livro do sociólogo Loïc Wacquant[380], e tem por objetivo traçar uma análise crítica da jurisprudência prevalecente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no que tange aos diferentes modos de aplicar o princípio da insignificância, conforme se trate de crimes econômicos ou de crimes patrimoniais.

Com efeito, enquanto nos primeiros, cujos sujeitos ativos comumente gozam de situação econômico-financeira e de posição social privilegiadas, observa-se tendência bastante liberal e ampliativa, nos últimos, cujos agentes em regra ostentam parco ou quase nulo poder aquisitivo e ocupam posições sociais inferiores, ao revés, verifica-se orientação oposta, isto é, conservadora e restritiva. A imediata consequência dos entendimentos díspares é fazer recair o poder punitivo estatal preferencialmente sobre a parcela mais pobre da população, perpetuando as desigualdades de classe na esfera criminal e o estereótipo de que, no Brasil, o sistema penal é incapaz de alcançar os abastados.

Serão preferencialmente utilizados, na consecução da tarefa proposta, os métodos hipotético-dedutivo, indutivo, comparativo, dialético e histórico-evolutivo e a pesquisa jurisprudencial.

Com efeito, a hipótese levantada já no próprio título e reproduzida linhas acima, posicionando-se no sentido de que a jurisprudência majoritária do STF e do STJ implica na punição de pobres e no favorecimento aos *white-collar criminals*, será submetida a falseamento mediante o seu cotejo com as teses consagradas naquelas Cortes, obtidas indutivamente a partir do exame de número significativo de acórdãos suficientemente representativos e devidamente comparadas entre si.

Antes, porém, não se poderá olvidar o exame das origens e do desenvolvimento histórico dos conceitos e institutos abordados, bem como deverão ser confrontadas e criticamente avaliadas as diferentes orientações de respeitados

[380] WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (A onda punitiva). 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

ISBN 978-85-62288-05-0

juristas e tribunais que se debruçaram sobre os assuntos, procurando organizá-las em uma síntese superadora de suas possíveis contradições.

Outrossim, o presente estudo parte de referenciais teóricos essencialmente críticos, de inspiração constitucional, em contraste com a dogmática tradicional.

Na primeira seção do trabalho serão verificados os lineamentos e questionamentos do princípio da insignificância, abordando-se logo após, na segunda, os modos diferenciados de sua aplicação, na jurisprudência do STF e do STJ, relativamente aos crimes econômicos e aos crimes patrimoniais, com as críticas que lhes forem pertinentes, encerrando-se com a conclusão obtida no trato da matéria.

1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: LINEAMENTOS E QUESTIONAMENTOS

O Direito Penal, como ramo eminentemente sancionador[381] e estabelecedor de severas consequências aos que infringem suas normas, necessita se submeter, em um Estado Democrático de Direito, a rígidos limites, que permitam a harmonia entre a liberdade individual e os interesses da coletividade. Destarte, ao comportamento humano só deverá ser cominada a reprimenda máxima do ordenamento jurídico quando evidentemente nocivo ao corpo social e inábeis os demais ramos do sistema para coibi-lo de maneira eficiente. Hão que se prestar as leis penais à *indispensável proteção de bens jurídicos essenciais*, constituindo a *ultima ratio* para o resguardo da sociedade.[382] Eis porque, hodiernamente, doutrina e jurisprudência são concordes em reconhecer a existência de princípios, explícitos ou implícitos, cerceadores do poder punitivo estatal já em seu momento primeiro, quer-se dizer, o concernente à definição legal das ações ou omissões delituosas. Tais cânones têm por função restringir a seletividade dos tipos penais, modelos abstratos que descrevem atuações humanas voluntárias e a elas relacionam certa sanção, às inequivocamente perniciosas. Mencionam-se a cumprir tal papel, dentre outros, os princípios da *intervenção mínima*, da *subsidiariedade*, da *fragmentariedade*, da *lesividade* ou *ofensividade* e da *proporcionalidade*, todos consagrados, de forma expressa ou não, na Constituição Federal de 1988.[383]

---

[381] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 88-89.

[382] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 45-54; LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 39; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 65-70; ROXIN, Claus. A parte geral do direito penal material. In: ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 7-8.

[383] LUISI, Luiz, op. cit., p. 38-46; BATISTA, Nilo, op. cit., p. 84-97; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral – arts. 1º. a 120. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.

ISBN 978-85-62288-05-0

Erigidos os atos humanos à categoria de infração penal, desde que atendidos os critérios da *dignidade do bem jurídico* e da *carência de tutela penal*, ainda incumbe ao aplicador do Direito verificar, em cada caso concreto, a efetiva ocorrência de lesão ou perigo relevantes ao interesse ou estado valioso normativamente defendido. É exigência que impõe o chamado *princípio da insignificância ou da bagatela*, pelo qual só há ilícito penal em sentido substancial quando, praticada a conduta prevista em lei, ocorrer agressão ou risco de certa monta que permitam concluir ter sido atacado ou desestabilizado o bem jurídico. Baseia-se no milenar aforismo *de minimus non curat praetor*. Ausente o sério comprometimento do objeto protegido, inexiste a *tipicidade material*, subsistindo apenas a *formal*.[384] E apenas diante da presença de ambas é possível a repercussão sancionadora.[385]

Luigi Ferrajoli defende como primeiro e mais elementar critério para uma política penal orientada à tutela máxima de bens, com o mínimo necessário de proibições e castigos, o de justificar as proibições somente quando se dirigem a impedir ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social e, em todo caso, externos ao Direito Penal, entendendo por ataque não somente o *dano causado*, senão, também – por ser inerente à finalidade preventiva do Direito Penal –, o *perigo causado*. Entre os bens externos ao Direito Penal, cuja lesão é necessária, ainda que não suficiente, para a justificação das proibições penais, estão, por razões óbvias, todos os direitos fundamentais, compreendendo não só os clássicos direitos individuais e liberais, como ainda os coletivos e/ou sociais, tais o direito ao meio ambiente ou à saúde. Também hão de se incluir bens que não são direitos, como o interesse coletivo e certamente fundamental a uma Administração Pública proba. Em qualquer caso, deve se tratar de um dano ou perigo verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características de cada concreta conduta proibida, e não apenas considerando em abstrato o conteúdo da proibição.[386]

Claus Roxin assevera que, sob o ângulo do princípio da legalidade (*nullum-crimen*), há que se adotar interpretação restritiva dos tipos penais, que realize a função garantista e a natureza fragmentária do Direito Penal e que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico. Para tanto, são necessários princípios regulativos, como a adequação social, introduzida por Hans Welzel, que não é elementar do tipo, mas certamente um

---

1. p. 137-150; RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 144-154.

[384] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância*: e outras causas excludentes de tipicidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 23.

[385] ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 46-48; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 133.

[386] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 433.

ISBN 978-85-62288-05-0

auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abranjam comportamentos socialmente suportáveis, assim como o princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos.[387]

Maurício Antonio Ribeiro Lopes elenca como fundamentos do princípio da insignificância os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da fragmentariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade, vinculando-o ainda a critérios hermenêuticos de razoabilidade e de interpretação dinâmica.[388] Outrossim, o autor o define como *regra de determinação quantitativa material ou intelectual no processo de interpretação da lei penal para confirmação do preenchimento integral do tipo*, contrapondo-o ao princípio da intervenção mínima, que considera uma *regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação das condutas*.[389]

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli inserem o princípio da insignificância em sua *teoria da tipicidade conglobante*, que reconhecem como corretivo da tipicidade legal. Para os juristas, a irrisória afetação do bem jurídico tutelado exclui a *tipicidade penal* da conduta, mas somente pode ser estabelecida por meio da consideração conglobada da norma, isto é, à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa e, por conseguinte, à norma em particular, que indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser definido sob a mera perspectiva de sua visão isolada.[390]

Luiz Flávio Gomes concebe o princípio da insignificância como um *critério interpretativo*[391], de cunho restritivo e teleológico, que deve operar quando se constata ínfimo desvalor da conduta, do resultado, ou mesmo de ambos, dando azo ao reconhecimento do que denomina *infração bagatelar própria*.[392] Esclarece, ademais, ser dogmaticamente incorreto introduzir na análise da insignificância dados referentes aos aspectos subjetivos do agente.[393] Estes, somados a outros fatores, tais como as circunstâncias do episódio ou eventual comportamento pós-delitivo (*v.g.*, reparação do dano, colaboração com a Justiça), apresentam importância para o reconhecimento do que chama *infração bagatelar imprópria*, decorrente da aplicação conjugada dos princípios da *desnecessidade da pena* e da *irrelevância penal do fato*.[394]

Luiz Regis Prado afirma que o princípio da insignificância é tratado pelas modernas teorias da imputação objetiva como critério para a determinação do injusto

---

387 Ibidem, p. 46-47.

388 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal*: análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais criminais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 51-65.

389 Idem, p. 78.

390 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1. p. 483-485.

391 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância,* cit., p. 84.

392 Ibidem, p. 21-23.

393 Ibidem, p. 24.

394 Ibidem, p. 29-32.

ISBN 978-85-62288-05-0

penal, quer-se dizer, como instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados, ostentando a natureza de máxima de interpretação típica restritiva orientada ao bem jurídico protegido. Tece-lhe contudo severas críticas, enfatizando sua imprecisão, sua insegurança aplicativa e o amplo arbítrio que proporciona ao julgador.[395]

Ao seu turno, Cezar Roberto Bitencourt alerta se dever ter presente que a *seleção dos bens jurídicos* tuteláveis pelo Direito Penal e os *critérios* a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedado aos intérpretes e aplicadores do Direito invadi-la. Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao *grau de sua intensidade*.[396]

Por outro lado, não se pode olvidar que a aplicação descriteriosa do princípio da insignificância traz inegável afrouxamento da atuação estatal no combate à criminalidade e suscita inegável risco de revolta de vítimas prejudicadas e de busca da autotutela, em justiça com as próprias mãos, o que tem passado despercebido nas discussões doutrinárias e nas decisões dos pretórios e mereceria maior atenção.[397]

O princípio da insignificância, portanto, revela os caracteres de uma *diretriz exegética*, ou de um verdadeiro *postulado normativo aplicativo*, que, na lição de Humberto Ávila, consiste em uma norma imediatamente metódica que institui os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação, qualificando-se portanto como *metanorma* ou *norma de segundo grau*.[398]

Ressalte-se que, de acordo com as mais modernas correntes da hermenêutica jurídica, as *normas* "são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado."[399] Cabe advertir que toda interpretação é desde logo *sistemática*, posto que implica a consideração do sistema jurídico como um conjunto coerente, isto é, "*comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios, de regras e de valores componentes da totalidade do Direito*"[400], ou, em outras palavras, não se interpreta o Direito aos

---

395 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., p. 148-150.

396 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1. p. 19-20.

397 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; SANTIN, Valter Foleto. *Princípio da insignificância e desforço imediato e moderado da vítima em autotutela na defesa da posse*. Artigo apresentado no I Congresso Internacional Jurídico, Ponta Grossa, 6-8 ago. 2012. Inédito.

398 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 124.

399 Ibidem, p. 30.

400 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 73.

ISBN 978-85-62288-05-0

pedaços, em tiras.[401] Também merece ser enfatizado que interpretação e aplicação constituem um processo unitário e incindível, que toma os elementos do texto normativo e os do mundo empírico para a formulação da norma jurídica.[402]

O princípio da insignificância encontra ampla acolhida na jurisprudência pátria, inclusive na do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Sua aplicação nestas Cortes, todavia, tal qual se exporá a seguir, atrai justificadamente as censuras que se costumam dirigir ao cânone, referentes à insegurança, à imprecisão e ao arbítrio judicial proporcionados, devido à inquestionável diferença de tratamento constatada entre os crimes econômicos e os crimes patrimoniais. De fato, os vetores identificados para balizar o emprego do critério interpretativo em apreço têm servido a manipulações retóricas tendentes a negá-lo no que concerne a muitos crimes patrimoniais, em especial os furtos, ao passo que têm sido nitidamente amenizados no tocante a determinados crimes econômicos, como a apropriação indébita previdenciária, o descaminho e a sonegação de contribuição previdenciária. Aludida disparidade suscita indagações sobre os "condicionamentos históricos e objetivos ocultos com os quais o sistema penal de uma sociedade dividida em classes nega cotidianamente os princípios idealisticamente transcritos nos livros de direito penal"[403], bem como torna fundada a incisiva crítica de Alessandro Baratta, segundo quem o sistema penal realiza funções seletivas e classistas de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contraestímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação processos marginalizadores.[404]

2 A DIFERENTE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES ECONÔMICOS E NOS CRIMES PATRIMONIAIS: ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

De início, cumpre explicitar os parâmetros empregados na pesquisa jurisprudencial sobre a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a fim de possibilitar a compreensão dos resultados que serão a seguir submetidos à análise crítica.

Em primeiro lugar, buscaram-se, em cada uma das categorias de crimes objetos de comparação, isto é, os econômicos e os patrimoniais, e sem rigor estatístico, os tipos penais de maior incidência acerca dos quais tenha sido

---

401 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44.

402 Ibidem, p. 35.

403 BATISTA, Nilo, op. cit., p. 9.

404 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 175.

ISBN 978-85-62288-05-0

expressamente abordada a temática. Tal corte metodológico qualitativo e quantitativo se fez necessário para separar aquilo que pode ser considerado propriamente como *jurisprudência*, ou seja, conjunto de decisões judiciais reiteradas em determinado sentido, dos casos isolados ou de pequena repetição, ainda que consubstanciassem preciosos *precedentes*. Ademais, tendo em conta o caráter dinâmico que marca os entendimentos jurisprudenciais sobre certos assuntos em tempos recentes, os quais vêm se modificando e novamente se sedimentando com relativa rapidez, procedeu-se a uma delimitação temporal do universo de acórdãos ou decisões monocráticas pesquisado, abrangendo com preferência os anos de 2010 a 2012. Finalmente, excluíram-se do exame os recursos e as ações impugnativas autônomas (massivamente representadas pelo *habeas corpus*) que, embora trouxessem referência ao princípio da insignificância, hajam sido barrados no seu juízo de admissibilidade, por ensejarem supressão de instância ou por qualquer outra causa formal.

Pôde-se verificar a imensamente maior incidência, entre os delitos contra o patrimônio nos quais se invocou o caráter bagatelar, do crime de furto (art. 155 do Código Penal), em suas formas fundamental e qualificada, consumada e tentada. Os crimes de roubo, apropriação indébita, estelionato, receptação e violação de direito autoral (artigos 157, 168, 171, 180 e 184 do Código Penal) também tiveram alguns relevantes registros, porém em proporção bastante inferior. Por outro lado, os delitos econômicos numericamente mais expressivos encontrados em relação ao tema foram os de apropriação indébita previdenciária, descaminho e sonegação de contribuição previdenciária (artigos 168-A, 334 e 337-A do Código Penal). O contrabando (também previsto no art. 334 do Estatuto Repressivo), por implicar ofensa a outros bens jurídicos além da arrecadação tributária, tais como a saúde coletiva e a regularidade da atividade empresarial interna, não se beneficia da aplicação do princípio da insignificância nos moldes do descaminho, conforme decidiu o STF, dentre outros, no julgamento do HC 100.367/RS, 1ª. T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.08.2011, p. DJe-172, 08.09.2011.

Em segundo lugar, os dados colhidos restaram submetidos a procedimentos indutivos, no escopo de sintetizar as concepções e ideias principais e constantes que permeavam a jurisprudência sobre a aplicação do princípio da insignificância relativamente a cada grupo de infrações penais, assim viabilizando a etapa posterior, qual seja, a do cotejo de ambos.

O Supremo Tribunal Federal, no que foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, elencou quatro vetores fundamentais orientadores do reconhecimento concreto da insignificância: a) ausência de periculosidade social da ação; b) mínima ofensividade da conduta do agente; c) inexpressividade da lesão jurídica causada; e d) falta de reprovabilidade da conduta. No STF, vejam-se: HC 108.872/RS, 2ª. T., Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.09.2011, p. DJe-183, 23.09.2011; HC 107.674/MG,

ISBN 978-85-62288-05-0

1ª. T., Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 30.08.2011, p. DJe-176, 14.09.2011; e HC 100.367/RS, 1ª. T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.08.2011, p. DJe-172, 08.09.2011. No STJ, confiram-se: HC 173.543/SP, 5ª. T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.09.2011, p. DJe, 27.09.2011; e HC 211.929/RJ, 6ª. T., Rel. Min. Og Fernandes, j. 13.09.2011, p. DJe, 26.09.2011..

Luiz Flávio Gomes assevera ser equivocado inserir nessas diretivas exigências relacionadas ao *desvalor da culpabilidade*, que implica na *reprovação da conduta*, posto que a insignificância toca ao âmbito do *injusto penal*, afetando apenas o *desvalor da ação*, o *desvalor do resultado*, ou ambos conjuntamente. Para ele, portanto, somente os três primeiros critérios se mostrariam corretos para subsidiar o reconhecimento da *infração bagatelar própria*.[405]

Todavia, ditos vetores têm se prestado a manipulações retóricas e servido notadamente para negar a aplicação do princípio da insignificância a muitos dos crimes patrimoniais levados a julgamento no STF e no STJ, em especial os furtos. Ao revés, têm sido nitidamente atenuados quando se trata dos crimes econômicos citados alhures, isto é, apropriação indébita previdenciária, descaminho e sonegação de contribuição previdenciária.

Com efeito, para estes se tem empregado critério o mais objetivo possível: o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais), insculpido no art. 20 da Lei n. 10.522/2002 como limite máximo até o qual devem ser arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como dívida ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ou por ela cobrados. No STF, consultem-se: HC 100.942/PR, 1ª. T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.08.2011, p. DJe-172, p. 08.09.2011; HC 96.852/PR, 2ª. T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 01.02.2011, p. DJe-049, 16.03.2011; HC 96.412/SP, 1ª. T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.10.2010, p. DJe-051, 18.03.2011; e HC 102.935/RS, 1ª. T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 28.09.2010, p. DJe-223, 22.11.2010. No STJ, observem-se: AgRg no REsp 1.166.145/SC, 6ª. T., Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 15.09.2011, p. DJe, 26.09.2011; AgRg no REsp 1.226.727/SC, 6ª. T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 01.09.2011, p. DJe, 19.09.2011; AgRg no REsp 1.226.745/PR, 6ª. T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 01.09.2011, p. DJe, 19.09.2011; e AgRg no REsp 957.936/RS, 6ª. T., Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 23.08.2011, p. DJe, 08.09.2011. Sustenta-se que, se tal *quantum* é considerado irrisório para o ajuizamento ou o prosseguimento de demanda executória fiscal, *a fortiori* o será para efeito da configuração da *tipicidade penal material* das infrações. Note-se que sequer a reincidência do agente parece se colocar como óbice, nos moldes em que expressamente declarou o STJ no julgamento do AgRg no REsp 1.226.745/PR, 6ª. T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior,

[405] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância*, cit., p. 34-36.

ISBN 978-85-62288-05-0

j. 01.09.2011, p. DJe, 19.09.2011.: "A reincidência, em crimes de descaminho, não afasta a incidência do princípio da insignificância".

Nos crimes patrimoniais, porém, há enorme diversidade de valores tomados em consideração, que contudo não exorbitam de R$ 200,00 (duzentos reais) (STF, HC 105.974/RS, 2ª. T., Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 23.11.2010, p. DJe-20, 02.01.2011 - furto tentado em que a *res furtiva* foi restituída à vítima) e aos quais se costumam agregar outras exigências definidas casuisticamente e enquadradas argumentativamente nos já mencionados vetores. Nega-se aplicação ao princípio da insignificância, por exemplo, tratando-se de reiteração ou habitualidade criminosa, ainda que não caracterize tecnicamente a reincidência (STF, HC 104.348/MS, 1ª. T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.10.2010, p. DJe-215, 10.11.2010; HC 107.138/RS, 1ª. T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.04.2011, p. DJe-102, 30.05.2011; e HC 107.067/DF, 1ª. T., Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 26.04.2011, p. DJe-099, 26.05.2011); se presente alguma qualificadora no furto (STF, HC 105.922/RS, 2ª. T., Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.02.2011, p. DJe-146, 01.08.2011; HC 107.772/RS, 2ª. T., Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.05.2011, p. DJe-104, 01.06.2011; e HC 109.081/RS, 1ª. T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.09.2011, p. DJe-187, 29.09.2011); havendo prejuízo considerável à vítima, ainda que o objeto material tenha inexpressivo valor econômico (STF, HC 104.403, 1ª. T., Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 02.12.2010, p. DJe-020, 01.02.2011; e HC 106.215/MG, 2ª. T., Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 07.12.2010, p. DJe-074, 19.04.2011); ou sendo o agente reincidente (STF, HC 100.240, 2ª. T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 07.12.2010, p. DJe-043, 02.03.2011; e HC 97.007, 2ª. T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 01.02.2011, p. DJe-061, 31.03.2011). Outrossim, recusa-se peremptoriamente a aplicação nos crimes patrimoniais cometidos com violência ou ameaça contra a pessoa, sem indagar o grau, a natureza ou a intensidade destas (STJ, HC 105.066/SP, 5ª. T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.09.2008, p. DJe, 03.11.2008; e STJ, HC 52.936/SC, 5ª. T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 04.04.2006, p. DJ 15.05.2006, p. 265).

Algumas situações vislumbradas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça são emblemáticas e merecem destaque. Já se negou o reconhecimento do caráter bagatelar à receptação simples de um singelo toca-fitas portátil (*walkman*) (STJ, REsp 836.892/RS, 5ª. T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 22.05.2007, p. DJ 18.06.2007, p. 298); ao estelionato perpetrado contra a União para recebimento da quantia de R$ 135,00 (cento e trinta e cinco reais) do programa federal "Bolsa Família" (STJ, HC 85.739/PR, 5ª. T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 28.11.2007, p. DJ 07.02.2008, p. 357); e ao furto qualificado por abuso de confiança cometido por empregada doméstica contra seu patrão, tendo por objeto bens avaliados em R$ 120,00 (cento e vinte reais) (STJ, REsp 1.179.690/RS, 6ª. T., Rel. Min. Og Fernandes, j. 16.08.2011, p. DJe, 29.08.2011).

ISBN 978-85-62288-05-0

Assim, para os crimes patrimoniais, em regra praticados por pessoas oriundas das camadas mais pobres da sociedade, o Direito Penal continua sendo a *prima ratio*, mesmo quando o ordenamento jurídico preveja outros eficientes e menos gravosos mecanismos de reação (*v.g.*, os deveres de restituir, ressarcir ou reparar preconizados pela legislação civil e a demissão por justa causa contemplada na legislação trabalhista). Não se perseguem com o desejável afinco o retraimento do poder punitivo estatal, a diversificação das respostas sancionadoras e a instituição de formas alternativas ou comunitárias de resolução dos conflitos, cabíveis diante da grande disponibilidade inerente ao bem jurídico tutelado, que é o patrimônio, desde que as condutas não envolvam violência ou ameaça relevantes contra a pessoa.

Para os crimes econômicos, cujos autores usualmente ocupam os mais altos estratos da pirâmide social, entretanto, além das muitas benesses legais já existentes, tais como a "suspensão da pretensão punitiva" pelo parcelamento dos débitos fiscais e previdenciários e a extinção da punibilidade decorrente do integral pagamento de tributos ou contribuições sociais e seus respectivos acessórios (art. 9º. da Lei n. 10.684/2003), ou as hipóteses de perdão judicial ou imposição isolada de pena de multa nos delitos de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária (art. 168-A, § 3º., e art. 337-A, § 2º., do Código Penal), a jurisprudência dos Tribunais Superiores ainda cria ou desenvolve outras. Relembrem-se a exigência de exaurimento da via administrativa para o ajuizamento de ação penal relativamente a determinados crimes tributários e a ora abordada expansão do princípio da insignificância para um patamar nada insignificante, tendo-se por base a situação econômica nacional, em especial a renda mensal média da ampla maioria das famílias brasileiras.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como de resto as instâncias judiciais em geral, salvo honrosas exceções, devido a certo conservadorismo, continuam presas a um ultrapassado modelo liberal-individualista-patrimonialista-normativista de compreensão e produção/reprodução do Direito, ignorando a revolução paradigmática representada pela ascensão dos interesses supraindividuais.[406] Não parecem perceber, por isso, que a *ordem tributária* e o *sistema previdenciário*, aspectos parciais, autônomos e específicos do *bem jurídico categorial ordem econômica*[407], têm sua tutela penal legitimada e exigida pelas necessidades do Estado Democrático e Social de Direito de auferir receitas para custear suas múltiplas atividades de cunho social e distributivo[408] e de arrecadar as

---

[406] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 18.

[407] PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 38.

[408] PRADO, Luiz Regis, Ibidem, p. 303; RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a

ISBN 978-85-62288-05-0

contribuições imprescindíveis à manutenção e ao funcionamento da Previdência Social[409]. E prosseguem, por conseguinte, direcionando o aparato do Direito Penal à delinquência comum, mormente de caráter patrimonial, e lançando as redes repressivas sobre a tradicional clientela do sistema penal, ao invés de procurarem coibir lesões de mais intensa magnitude a bens jurídicos macrossociais e chamar à responsabilização criminal aqueles que a ela se acham imunes.

CONCLUSÃO

Resta claro que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça traz marcantes diferenças nas maneiras de aplicar o princípio da insignificância, conforme se trate de crimes econômicos ou de crimes patrimoniais. Não obstante bons avanços na ampliação do reconhecimento do caráter bagatelar relativamente a muitas infrações, é certo que, quanto aos primeiros, realmente se observa tendência bastante liberal e expansiva, ao passo que, nos últimos, ao contrário, constata-se orientação oposta, conservadora e restritiva.

Com efeito, um exame atento e crítico das decisões daquelas Cortes permite aferir que os vetores identificados para balizar o emprego do critério interpretativo em apreço têm servido a manipulações retóricas tendentes a negá-lo no que concerne a muitos crimes patrimoniais, em especial os furtos. Por outro lado, têm sido nitidamente amenizados no tocante a determinados crimes econômicos, como a apropriação indébita previdenciária, o descaminho e a sonegação de contribuição previdenciária.

A consequência direta dessas disparidades é fazer recair o poder punitivo estatal com maior ênfase sobre a parcela mais pobre da população, perpetuando as desigualdades de classe na esfera criminal e a difundida crença de que, no Brasil, os ricos são imunes ao sistema penal, bem como tornando este um *locus* privilegiado de cumprimento de funções seletivas e classistas de reprodução/manutenção das relações sociais estruturadas verticalmente e de criação de obstáculos à integração das camadas mais carentes e marginalizadas, quando não mesmo dos próprios fatores de marginalização.

O quadro, portanto, é trágico e preocupante e necessita ser celeremente revertido, para que se possam concretizar as incumpridas promessas emancipatórias trazidas no art. 3º. da Lei Maior, de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); garantir o desenvolvimento nacional (inciso II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III); e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade

---

fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 181;

[409] DIAS, Jefferson Aparecido. *Crime de apropriação indébita previdenciária*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 20.

ISBN 978-85-62288-05-0

e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Em síntese, há que se buscar um Direito Penal solidamente alicerçado nos valores da *democracia* e da *igualdade substancial*, absolutamente comprometido com a *dignidade da pessoa humana* e conscientemente *refratário* à sua utilização como *superestrutura ideologicamente legitimadora de relações de dominação*.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

DIAS, Jefferson Aparecido. *Crime de apropriação indébita previdenciária*. Curitiba: Juruá, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Princípio da insignificância*: e outras causas excludentes de tipicidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; SANTIN, Valter Foleto. *Princípio da insignificância e desforço imediato e moderado da vítima em autotutela na defesa da posse*. Artigo apresentado no I Congresso Internacional Jurídico, Ponta Grossa, 6-8 ago. 2012. Inédito.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal*: análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais criminais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ISBN 978-85-62288-05-0

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral – arts. 1º. a 120. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

_____. *Direito penal econômico*: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 181-191.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A parte geral do direito penal material. In: ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 1-73.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (A onda punitiva). 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

ISBN 978-85-62288-05-0

ENTRE O RACISMO COMBATIDO E TOLERADO: A INEFICÁCIA DA PRIMEIRA LEI BRASILEIRA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO RACIAL (LEI AFONSO ARINOS, 1951-1989)

Walter De Oliveira CAMPOS[410]

RESUMO

Este artigo tem por finalidade tecer comentários sobre a primeira lei contra a discriminação racial do Brasil, a Lei 1.390/51, conhecida como Lei Afonso Arinos, bem como refletir sobre os motivos de sua ineficácia social. Inicialmente situa a Lei 1.390/51 em seu contexto histórico, social e político, procurando dar uma noção de sua importância no contexto da luta contra o racismo no Brasil. Em seguida, discorre sobre as razões, principalmente de ordem jurídica, que concorreram para a ineficácia da Lei Afonso Arinos. Por fim, comenta decisões judiciais não apenas de casos julgados sob a incidência da Lei 1.390/51, mas também na vigência da Lei 7.716/89, que sucedeu a Afonso Arinos como lei contra a discriminação racial. Conclui relacionando a ineficácia da Lei Afonso Arinos ao fato de ela refletir, em sua elaboração, a ambiguidade de uma sociedade dividida entre o combate ao racismo e ao mesmo tempo a manutenção de práticas discriminatórias.

ABSTRACT

This article aims to make comments on the first law against racial discrimination in Brazil, Law 1390/51, known as Afonso Arinos Law, as well as to reflect on the reasons for its social ineffectiveness. At first it places the Law 1390/51 in its historical, social and political context, trying to give a notion of its importance in the context of the struggle against racism in Brazil. After that, it discusses the reasons, especially the juridical ones, which concurred to the ineffectiveness of the Afonso Arinos Law. Finally, it make comments on judicial decisions not only concerning cases judged under the incidence of the Law 1390/51, but also under the rule of the Law 7716/89, which succeeded the Afonso Arinos Law as the statute against racial discrimination. It concludes relating the ineffectiveness of the Afonso Arinos Law to the fact that its elaboration reflects the ambiguity of a society divided between the struggle against racism and, at the same time, the maintenance of discriminatory practices.

[410] O autor, oficial de justiça, é mestre em Ciência do Direito pela UENP (Jacarezinho) e doutorando em História pela UNESP (Assis).

ISBN 978-85-62288-05-0

PALAVRAS-CHAVE: Lei Afonso Arinos. Discriminação racial. Ideologia da democracia racial. Ineficácia social.

KEYWORDS: Afonso Arinos Law. Racial discrimination. Ideology of racial democracy. Social ineffectiveness.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as críticas feitas à produção legislativa brasileira, certamente uma das mais contundentes diz respeito à quantidade de leis que adentram o mundo jurídico, mas são muito pouco aplicadas ou simplesmente são revogadas sem jamais terem produzido qualquer efeito. Um exemplo é a Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, conhecida como Lei Afonso Arinos (em homenagem ao jurista e deputado federal Afonso Arinos de Melo Franco, autor do projeto de lei), a primeira lei antirracismo do Brasil. Ela vigorou até ser revogada pela lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, ainda vigente, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor e as respectivas penas.

A Lei Afonso Arinos, a despeito de sua proclamada importância histórica na luta pela igualdade racial no Brasil, tem sido objeto de poucos estudos de ciências como a História, a Sociologia e o Direito. Nas poucas vezes em que dela se trata, além de sua importância histórica, outro aspecto muito realçado quanto à Lei 1.390/51 é a sua inefetividade, uma vez que, em quase trinta e oito anos de vigência, poucos processos criminais foram propostos com fundamento nela, não havendo notícia de condenações por infração à referida lei. O tema proposto por este artigo tem como núcleo a questão da ineficácia da Lei 1.390/51, situada num contexto histórico-social de combate à discriminação racial e, paradoxalmente, de manutenção de práticas discriminatórias nascidas de um racismo ainda fortemente incrustado na concepção de mundo da sociedade brasileira dos anos 1950.

Um importante problema que se pode colocar quanto ao tema proposto é saber em que medida a Lei Afonso Arinos se situa no cruzamento entre o discurso nacional antirracista e a prática cotidiana discriminatória, e de que maneira essa ambiguidade se refletiu na elaboração e na (não) aplicação da referida lei. Nessa esteira, o objetivo principal deste trabalho é tecer considerações sobre aspectos históricos, políticos e, principalmente, jurídicos, concernentes à elaboração da lei, sua repercussão e sua aplicação, sempre procurando relacioná-los à sua ineficácia social.

A elaboração do trabalho nesses moldes se justifica tendo em vista, primeiramente, a perplexidade causada pela constatação de que, num país onde ocorriam (e ainda ocorrem) tantas práticas discriminatórias contra pessoas ditas “de

ISBN 978-85-62288-05-0

cor", não tenha havido uma condenação sequer em quase trinta e oito anos, mesmo em situações nas quais claramente houve manifestações discriminatórias. Em segundo lugar, porque é importante refletir sobre a concomitância de fatores políticos, sociais e jurídicos que fazem com que, a exemplo da Afonso Arinos, uma lei não produza os efeitos que dela se esperam. Por fim, o presente trabalho se justifica por tentar empreender reflexões que ajudem a compreender uma lei tão importante como a Afonso Arinos, não simplesmente em termos taxativos e unilaterais, de um lado como um marco histórico, e de outro, como uma lei inoperante, mas pensá-la como produto de uma mentalidade histórica, social, política e jurídica.

A metodologia utilizada será de cunho dedutivo: partindo da problemática proposta, a qual sugere a hipótese inicial de que a tão propalada ineficácia social da Lei Afonso Arinos se deve a fatores jurídicos e extrajurídicos, este trabalho procurará pensar sobre os fatores que levaram a essa inefetividade a partir de uma dupla perspectiva, uma de cunho histórico-político e outra de natureza técnico-jurídica, buscando analisar essas duas vertentes não de maneira estanque, mas conjugando-as, tentando mostrar a inter-relação entre elas. Esse procedimento de análise se coaduna com a atual tendência de interdisciplinariedade dos estudos científicos, tanto mais porque, conforme se tentará exemplificar por meio da análise da Lei 1.390/51, não se pode pensar nas normas jurídicas dissociadas de seu contexto histórico, político e social.

2. RACISMO E LEGISLAÇÃO: A LEI AFONSO ARINOS EM SEU TEMPO

Para muitos estudiosos e defensores dos direitos dos negros no Brasil, a Lei 1.390/51, ao tipificar determinadas condutas discriminatórias como contravenção penal, indubitavelmente marca um momento histórico na luta contra a discriminação racial, quando o direito pátrio reconhece a existência de práticas discriminatórias e racistas em território brasileiro e coloca à disposição da sociedade um instrumental jurídico para coibir tais práticas. Trata-se da ruptura em relação a uma ordem normativa fundamentada na distinção entre homens livres e escravos. A legislação civil anterior considerava o escravo como coisa ou objeto, um semovente, como exemplificado pelo artigo 2º da Lei nº 1.273 de 1864, o qual estabelecia que ele poderia ser objeto de hipoteca. Paradoxalmente, as legislações penais brasileiras o consideravam como pessoa, tipificando crimes que só poderiam ser praticados por escravos e cominando-lhes penas severíssimas; até mesmo garantias processuais eram retiradas aos escravos, como se vê no artigo 4º da Lei nº 4 de 1835, o qual, revogando garantia processual estabelecida no Código Criminal de 1830, determinava que, no caso de sentença condenatória à morte, a pena seria executada sem recurso algum. Portanto, a Lei 1.390/51 representou um passo importante na concretização do ideal de igualdade racial em nível legal, caminhada

ISBN 978-85-62288-05-0

essa iniciada pela Constituição Federal de 1946 que, de maneira ainda tímida, no parágrafo 5º de seu artigo 141 dizia não ser tolerada a propaganda de preconceitos de raça ou de classe.

O contexto histórico brasileiro no qual surgiu a Lei 1.390/51 é o do pós-Segunda Guerra e pós-Estado Novo de Vargas, quando o otimismo advindo com a crença na industrialização e no progresso técnico e cultural que levariam o Brasil a alinhar-se com as grandes potências mundiais parecia favorecer a discussão sobre a condição social dos negros brasileiros e sua inserção definitiva nessa nova sociedade. Tal quadro, aliado à atmosfera democrática de então e à força do mito da democracia racial, criou um ambiente propício à atuação de grupos de defesa dos negros e à discussão sobre a existência de racismo no Brasil. A imagem do Brasil como um exemplo de convivência harmônica entre diferentes raças levou a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco) a patrocinar uma série de pesquisas sobre as relações raciais no Brasil nos anos de 1951 e 1952. O chamado Projeto Unesco fazia parte da luta dessa organização internacional contra a intolerância racial, não apenas a verificada por ocasião do Holocausto, mas também a existente na época, especialmente nos Estados Unidos e na África do Sul. Segundo Marcos Chor Maio, esse projeto procurava "uma espécie de anti-Alemanha nazista, localizada na periferia do mundo capitalista, uma sociedade com reduzida taxa de tensões étnico-raciais, com a perspectiva de tornar universal o que se acreditava ser particular" (MAIO, 1999, p. 142). As pesquisas, realizadas em áreas tradicionais, como o Nordeste, e em áreas desenvolvidas, no Sudeste, foram realizadas por renomados sociólogos brasileiros da época, tais como Florestan Fernandes e Fernando Henrique Cardoso, e se revelaram muito importantes para os estudos subsequentes das relações raciais brasileiras porque, ao contrário do que se esperava, eles demonstraram a existência de preconceito racial na sociedade brasileira, o que frustrou as expectativas iniciais dos mentores do Projeto Unesco.

Nesse ambiente paradoxal de convivência entre o mito da democracia racial, ainda muito influente no final dos anos 1940 e início dos anos 1950, e o reconhecimento da existência de práticas discriminatórias no Brasil, foi promulgada a Lei 1.390/51.

2.1. **Lei para americano ver?**

Em julho de 1950 aconteceu o fato que, segundo a maioria dos comentaristas da lei Afonso Arinos, precipitou a elaboração do projeto de lei: a recusa, por um hotel de São Paulo, em receber a internacionalmente famosa dançarina norte-americana Katherine Dunham, pelo simples fato de ela ser negra, mesmo a reserva tendo sido feita com antecedência. Deve-se ressaltar, porém, que pouco tempo antes desse episódio outros artistas negros norte-americanos sofreram

ISBN 978-85-62288-05-0

o mesmo tipo de discriminação ao serem impedidos de se hospedar em determinados hotéis ou de adentrarem alguns lugares públicos em São Paulo ou no Rio de Janeiro. Mas o caso Katherine Dunham provocou maior comoção porque, sendo ela uma estrela de renome internacional, dias antes do incidente os jornais brasileiros davam grande destaque à estadia da artista no Brasil para apresentações em prestigiosas casas de espetáculo. Porém, de acordo com o próprio Afonso Arinos, em seu livro de memórias, o "causador principal da lei" foi José Augusto, negro, motorista da família havia trinta e cinco anos, o qual teria sido impedido de entrar numa confeitaria no Rio de Janeiro apenas por ser negro (FRANCO, 1965, p. 178). Após calorosos discursos (entre os quais o do deputado e sociólogo Gilberto Freyre, membro da comissão que redigiu o projeto de lei) condenando o incidente e exortando a que, por meio da aprovação da lei, se coibissem algumas manifestações segregacionistas que ainda persistiam no país, e nenhuma discussão parlamentar, o projeto teve trâmite rápido, sendo aprovado em julho de 1951.

Além do curto período de tempo que medeia entre o episódio Katherine Dunham e a aprovação do projeto de lei pelo Congresso Nacional, o que chama a atenção no caso da Lei Afonso Arinos é a elaboração precipitada e a falta de análise e discussão parlamentar sobre os artigos do projeto. O próprio Afonso Arinos, em seu livro de memórias, conta que redigiu o projeto e a justificativa num final de semana, telefonou para um respeitado mestre de Direito Penal na época, o senador Aloísio de Carvalho, e este, embora salientasse algumas deficiências técnicas do projeto, sugeriu que ele fosse encaminhado como estava e "prometeu esforçar-se, no Senado, para que não fossem oferecidas emendas ao texto, o que retardaria sua aprovação" (FRANCO, 1965, p. 178).

2.2. **Repercussão e utilização político-ideológica da Lei 1.390/51**

Uma vez que a luta contra o racismo era um dos itens mais importantes da pauta da Organização das Nações Unidas para exorcizar os fantasmas da Segunda Guerra Mundial, naturalmente o tema repercutiu no Brasil tendo em vista o longo histórico de diferenciação racial iniciado na época do Brasil colônia. No entanto, o mito da democracia racial brasileira, cujas bases teóricas foram construídas a partir do final dos anos 1920 e que teve como maior expoente o sociólogo Gilberto Freyre, tem como um de seus fundamentos a "fábula das três raças", expressão que designa a ideologia pela qual a identidade cultural e racial brasileira se forma a partir da integração harmoniosa entre o branco, o negro e o índio. Esse mito, ainda forte na década de 1950, foi importante na construção de uma autoimagem do Brasil como um país livre de conflitos raciais, imagem essa difundida não apenas aqui, mas também no exterior, a qual contrastava com o chocante racismo verificado em países como Estados Unidos e África do Sul. Esse contraste é ressaltado pelo protesto em relação ao episódio Katherine Dunham feito por Gilberto Freyre quando

ISBN 978-85-62288-05-0

da apresentação do projeto na Câmara dos Deputados; Freyre, em seu discurso, exalta a suposta tradição de harmonia entre as diferentes raças no Brasil, contrapondo-a aos exemplos de preconceitos de cor e rivalidades entre raças como os verificados em Chicago, Estados Unidos (MEDIDAS..., 1950, p. 4). Numa época de autoafirmação nacional política e econômica, a visão do Brasil como um "paraíso racial" seria um ingrediente a mais na escalada rumo ao alinhamento com os países mais avançados.

Assim, a Lei Afonso Arinos teve grande repercussão entre os intelectuais e políticos de então. Uma análise das notícias e reportagens da época a respeito não apenas do projeto da referida lei, mas também acerca dos temas do racismo e da discriminação racial no Brasil e no mundo, sugere que a sociedade brasileira estava consciente da importância da luta pela igualdade racial. Nesse sentido, a Lei Afonso Arinos seria uma resposta aos poucos casos isolados (segundo alguns políticos da época) de discriminação racial que ainda persistiam na sociedade brasileira.

O estudo da história da Lei 1.390/51 fornece um exemplo de como uma lei de tal importância pode ser utilizada para fins político-eleitorais. O ano de 1950 foi marcado pelas eleições presidenciais diretas; em outubro daquele ano, Getúlio Vargas elegeu-se presidente do Brasil. Portanto não é de estranhar que partidos e candidatos demonstrassem abertamente não só seu apoio ao então projeto que se tornaria a Lei Afonso Arinos, mas também seu repúdio ao racismo e à discriminação racial. Notadamente a UDN, partido do deputado federal Afonso Arinos, publicou manifestos em defesa da igualdade racial, tal como a reportagem intitulada *A U.D.N contra aos preconceitos de raça e de cor*, publicada no jornal O Estado de São Paulo, na edição de 8 de agosto de 1950 (A U.D.N..., 1950, p.4). Por outro lado, alguns partidários de Getúlio Vargas promoveram a vinculação da primeira lei antirracismo do Brasil ao presidente recém-eleito, chamando-a de "Lei Vargas". Evidentemente, os meios de comunicação alinhados à oposição não perderam a chance de tentar tirar algum proveito político do fato, conforme se vê na reportagem publicada pelo jornal O Estado de São Paulo em 15 de julho de 1951, intitulada *A usurpação da lei Afonso Arinos pela propaganda governamental* (A USURPAÇÃO..., 1951, p. 4).

Outras informações a respeito do nascimento da Lei Afonso Arinos instigam a que se pense mais sobre o papel político-ideológico a que ela se prestou. Em primeiro lugar, ressalte-se que ela foi aprovada num Congresso Nacional em que não havia nenhum representante negro. Além disso, o projeto foi elaborado e apresentado por um dos membros de um partido de oposição com bancada minoritária. Não obstante tudo isso, o projeto foi aprovado de maneira tranquila, sem disputas parlamentares. Para Florestan Fernandes, presume-se que isso pode significar que a Lei 1.390/51 "constitui uma formulação adequada dos sentimentos e as ideias dos *brancos cultos*, pertencentes às camadas dominantes, a respeito da

ISBN 978-85-62288-05-0

possibilidade [...] de submeter a controle legal as manifestações do 'preconceito de cor'" (BASTIDE; FERNANDES, 1959, p. 304; grifos do autor).

3. A INEFICÁCIA SOCIAL DA LEI AFONSO ARINOS

Causa perplexidade o fato de, em quase trinta e oito anos de vigência da Lei nº 1.390/51, não ter havido nenhuma condenação pela prática de qualquer das condutas tipificadas como contravenção na referida lei. Não é o caso de se imaginar que em todos esses anos nunca tenha havido notícia de ocorrência dessas condutas, pois testemunhos de práticas discriminatórias no cotidiano brasileiro não faltam. Assim, deve-se indagar das razões, jurídicas ou extrajurídicas, pelas quais essas condutas acabam não sendo punidas.

Ao se falar na ineficácia da Lei Afonso Arinos, deve-se ter em mente a distinção feita por alguns autores, tais como Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 199-202) entre *eficácia técnica* e *eficácia social*. A primeira expressão refere-se à aptidão que possui uma norma de gerar efeitos em maior ou menor extensão; pode-se falar em graus de eficácia normativa conforme uma norma dependa ou não de outra para gerar efeitos ou possa ser restringida por outra norma (eficácia plena, limitada ou contida). A eficácia social refere-se à obediência, espontânea ou não, às normas jurídicas pela sociedade, produzindo-se na coletividade os efeitos desejados pelo legislador; como bem salientado por Miguel Reale (1996, p. 112), "A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade".

A Lei Afonso Arinos até hoje carrega o estigma de lei ineficaz porque, embora tecnicamente apta a gerar efeitos, faltou-lhe uma maior eficácia social, ou seja, ela não repercutiu de maneira efetiva na sociedade brasileira a ponto de atingir o objetivo declarado pelo legislador, que era o de eliminar ou pelo menos minimizar a ocorrência de atos discriminatórios contra os negros. A seguir serão mencionados alguns aspectos apontados como determinantes para a inefetividade da Lei 1.390/51.

3.1 **Uma lei desacreditada**

Embora na época da promulgação da Lei 1.390/51 houvesse, principalmente por parte de muitos militantes dos direitos dos negros e também de políticos brasileiros, uma euforia quanto às perspectivas que ela possibilitava no tocante ao combate à discriminação racial, por outro lado não eram poucos os que demonstravam ceticismo quanto ao funcionamento dessa lei na prática. Para alguns, a lei não tinha realmente o intuito de acabar com o racismo e a discriminação, mas sim, servia a interesses político-ideológicos, sejam eles eleitoreiros ou em prol da manutenção da imagem do Brasil como paraíso racial. Ao comentar as discussões

ISBN 978-85-62288-05-0

realizadas no I Congresso do Negro Brasileiro (1950), Abdias Nascimento, durante décadas um dos maiores nomes na luta pelos direitos dos negros no Brasil, prega uma integração racial baseada na possibilidade de igualdades econômicas, políticas, culturais e sociais dos negros e critica a pedagogia de ofuscamento da realidade pelos opressores, baseada na exaltação de tradições associadas aos negros, tais como a mãe preta, o candomblé, o futebol etc., e nesse ponto a Lei 1.390/51 é criticada:

> A própria Lei Afonso Arinos, votada para outros fins, presta sua involuntária colaboração à manutenção do status quo. Possuindo uma lei antidiscriminativa e antipreconceituosa, os dirigentes, os responsáveis pelo progresso social e político consideram-se quites com quaisquer ônus ou obrigações referentes à situação interétnica (NASCIMENTO, 1982, p. 101).

Nada mais emblemático no tocante ao reconhecimento da ineficácia da Lei 1.390/51 do que a opinião de seu próprio autor. Em entrevista publicada na Folha de São Paulo em 8/7/1980, embora afirmando que no Brasil a discriminação quanto aos negros não existe entre o povo, mas sim, entre as elites, o ex-deputado reconhece que

> Ela [a lei 1.390/51] tem eficácia mas não tem funcionamento formal, porque é muito raro, raríssimo, que ela provoque um processo que chegue à conclusão judicial [...] A lei funciona mais em caráter, vamos dizer, social, tomado no sentido sociológico, do que em caráter jurídico [...] Eu desejaria muito, tenho uma grande esperança de que ainda haja um julgamento judiciário, que fosse fechada uma casa ou demitido um funcionário de repartição que praticasse o delito (UMA..., 1980, p. 11).

Mesmo entre os negros, embora muitos se mostrassem otimistas quanto às perspectivas trazidas pela lei antidiscriminatória, outros não se mostravam confiantes. Florestan Fernandes (BASTIDE; FERNANDES, 1959, p. 312-316), em suas pesquisas, elenca alguns motivos apontados para justificar a descrença na Lei Afonso Arinos: a falta de boa vontade das autoridades policiais em investigar e levar ao conhecimento do Judiciário as notícias de infração à lei (não se pode esperar que um branco proceda contra outro branco); o fato de muitos negros não registrarem a ocorrência dos atos de racismo sofridos, o que se pode explicar pelos motivos mais variados, que vão desde a descrença na eficácia da lei e falta de confiança nas autoridades policiais e judiciárias até o medo que muitos negros sentiam de que o recurso à lei é que poderia acirrar conflitos raciais, que até então se encontravam

ISBN 978-85-62288-05-0

num nível tolerável; a falta de empenho do brasileiro em cumprir a lei; o fato de os brancos poderem alegar outras razões que não a cor para rejeitar ou recusar os negros; a dificuldade na formação de prova em processos por delitos discriminatórios; a ausência de medidas para a melhoria das condições socioeconômicas da população negra.

Até o próprio Florestan Fernandes, com sua visão e sua experiência de sociólogo, demonstrava dúvidas quanto à eficácia da referida lei no futuro, apontando que ela representava uma medida que tentava submeter a um controle jurídico atitudes e ações sociais que não poderiam ser controladas por mecanismos exclusivamente legais; tratava-se de tentar modificar uma mentalidade discriminatória que, segundo Afonso Arinos, o autor do projeto de lei, inspirava-se em "sentimentos profundos" (BASTIDE; FERNANDES, 1959, p. 306).

3.2. **Deficiências técnico-legislativas**

O projeto de lei, elaborado às pressas e aprovado num curto tempo, apresentava algumas deficiências que não foram sanadas quando da discussão parlamentar (na verdade, não houve discussão alguma; o projeto original sofreu apenas uma pequena emenda que em nada o alterou), e essas imperfeições contribuíram para a falta de eficácia da Lei 1.390/51.

Primeiramente, pode-se apontar que as condutas tipificadas na Lei 1.390/51 constituem contravenção, e não crime. Segundo Julio Fabbrini Mirabete, a distinção entre o *crime* e a *contravenção* estabelecida pela lei penal é apenas quantitativa, pois enquanto ao crime é cominada pena de reclusão ou de detenção e multa alternativa ou cumulativamente, à contravenção é cominada a pena de prisão simples e/ou multa, ou apenas esta; as penas previstas para as contravenções são menos severas do que para os crimes (MIRABETE, 2003, p. 128). Partindo-se do pressuposto de que o montante de pena tem relação com o grau de reprovabilidade atribuído a uma conduta, pode-se dizer que o legislador considera que os delitos classificados como contravenção em tese são menos merecedores de reprovação pela sociedade. Assim, como bem ressalta Eunice Prudente (1989, p. 243), ao considerar as condutas descritas na Lei 1.390/51 como contravenções, "o legislador penal considerou a prática de racismo como ato apenas levemente prejudicial à sociedade".

Em segundo lugar, a escolha das condutas tipificadas como contravenção pela Lei Afonso Arinos foi assentada, como bem observou Carmen Silvia Fullin (1999, p. 47), no modelo segregacionista norte-americano, descrevendo apenas condutas flagrantemente discriminatórias, motivadas por preconceito de raça e cor, tais como *recusar* a venda de mercadorias, a entrada em determinados estabelecimentos ou a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino; *obstar* o acesso de alguém a cargos do funcionalismo público; *negar* emprego ou trabalho a

ISBN 978-85-62288-05-0

alguém. Trata-se de uma lei casuísta, pois seus nove artigos não se aplicam a uma série de condutas discriminatórias perpetradas contra pessoas de cor negra. Na verdade, à época, tal como ainda nos dias de hoje, a maior parte dos atos discriminatórios e preconceituosos contra os negros eram praticados de maneira não tão ostensiva quanto nas situações previstas na Lei Afonso Arinos. Entre esses atos se encontram as ofensas à honra, não previstos na referida lei; embora tais ofensas pudessem em tese configurar um crime de injúria previsto no Código Penal (mesmo assim, era muito raro alguém proferir ofensas raciais e ser processado e condenado por isso), era de se esperar que uma lei específica de combate à discriminação racial, a qual consigna em sua epígrafe o enunciado *Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor*, tipificasse como delitos os atos discriminatórios de maior ocorrência.

A título de exemplo sobre como a enumeração casuística e incompleta da Lei Afonso Arinos dificulta a sua aplicação, tome-se o artigo 4º da referida lei, o qual afirma constituir contravenção penal "recusar entrada em estabelecimento público, de diversões, ou esporte, bem como em salões de barbearias ou cabeleireiros, por preconceito de raça ou de cor" (PRUDENTE, 1989, p. 255). No caso de um negro ser impedido de adentrar uma farmácia, a Lei 1.390/51 não seria aplicada, pois o artigo 4º dessa lei é o único que descreve a conduta *recusar entrada*; porém, dentre os locais mencionados no dispositivo mencionado não se encontra *farmácia* e, como ensina a maioria da doutrina penalista brasileira, o direito penal não admite interpretação extensiva *in malam partem*. Ainda que se leve em conta a ressalva feita por Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina (2007, p. 75), para quem a interpretação extensiva em direito penal "Só é admissível quando fica claro que a situação concreta se ajusta indubitavelmente ao sentido do texto legal", é difícil saber qual é a vontade da lei, embora um raciocínio lógico e uma interpretação teleológica indiquem que a intenção do legislador era coibir a prática de atos discriminatórios em qualquer lugar. Mas, nesse caso, é de se perguntar por que o legislador foi tão minucioso a ponto de mencionar *salões de barbearia ou cabeleireiros*, mas não mencionou uma fórmula genérica que permitisse uma interpretação analógica de modo a abranger um número maior de lugares em que na prática um negro poderia ter sua entrada recusada.

Por fim, ressalte-se que, mesmo na ocorrência de qualquer das situações previstas na Lei 1.390/51, era muito difícil que os supostos autores das condutas discriminatórias fossem sequer indiciados, pois eles sempre alegavam motivos outros que não preconceito de cor ou raça: que não havia mais vagas no hotel ou na pensão, que o salão de baile já estava lotado, que a vaga para o emprego pretendido já havia sido preenchida etc.

ISBN 978-85-62288-05-0

4. O NEGRO COMO VÍTIMA DE CRIMES RACIAIS

Estudos realizados por doutrinadores vinculados ao chamado movimento da Criminologia Crítica têm realçado a funcionalidade de um *second code*, um código social não escrito, perceptível nas entrelinhas do discurso jurídico-penal, que regula a aplicação das normas abstratas por parte das instâncias oficiais (BARATTA, 2002, p. 179), na atribuição dos papeis de criminosos e de vítimas. Esse código social latente é integrado por mecanismos de seleção, dentre os quais se destacam os "estereótipos" de autores e de vítimas, associados às *every days theories*, isto é, as teorias do senso comum sobre a criminalidade (ANDRADE, 2003, p. 268). Uma vez que os negros, de acordo com esse código, são vistos como criminosos, consequentemente é mais difícil enxergá-los como vítimas.

No caso específico de negros como vítimas de crimes raciais, ao preconceito implicado nesse *second code* soma-se a crença de que no Brasil não há racismo nem atos discriminatórios em razão da raça, visão essa resultante da ideologia da democracia racial, ou da "fábula das três raças". Essa visão pode ser bem exemplificada pela sentença proferida no processo 256/93, na 8ª Vara Criminal de São Paulo, transcrita por Antonio Guimarães:

> [No Brasil] os de pele mais escura são ídolos inclusive dos mais claros no esporte e na música, sendo que mulheres popularmente chamadas de 'mulatas' parece que têm orgulho dessa situação e exibem-se com grande sucesso em muitos locais da moda e da fama. No Brasil pessoas 'brancas' casam-se com pessoas 'negras', e têm filhos normalmente – com naturalidade – e na verdade, somos um país onde aproximadamente a metade é de pele escura, tanto que as Leis 1.390 e 7.716 são até muito pouco conhecidas e lembradas. Aqui não temos racismo rigoroso e cruel como em outras nações, onde os não 'brancos' são segregados, separados e não têm reconhecidos os mesmos direitos. Isso é que é racismo (GUIMARÃES, 2004, p. 39).

Os resultados de alguns estudos sobre a relação entre cor e criminalidade sugerem que os estereótipos raciais podem ser fatores influentes numa sentença judicial. Carlos Antonio Costa Ribeiro, ao estudar os processos julgados pelo 1º Tribunal do Júri de São Paulo entre 1900 e 1930, constatou, em relação às vítimas, que o fato de elas serem pretas ou pardas aumenta as chances de absolvição dos acusados em, respectivamente, 15,3% e 29,8% em comparação com os casos em que a vítima é branca (RIBEIRO, 1995, p. 143). Martha de Abreu Esteves (1989, p. 110-112), analisando processos por estupro, atentado ao pudor e defloramento no Rio de Janeiro na primeira década do século XX, elabora tabelas que mostram, por exemplo, que decisões condenatórias são em menor número e, inversamente, as

ISBN 978-85-62288-05-0

absolutórias acontecem com maior frequência quando as ofendidas são pretas e pardas. Ilustrativo da associação da mulher negra à intensa sexualidade e à lascívia é o estudo feito por Sueann Caulfield no qual a autora, ao analisar 450 inquéritos policiais e processos criminais por condutas ofensivas à dignidade sexual no Rio de Janeiro entre 1918 e 1940, aponta a maior impunidade de homens brancos em relação a vítimas de cor mais escura; para a autora, o preconceito de cor das autoridades judiciárias reforçava "o antigo padrão que permitia que os homens brancos tivessem, impunemente, relacionamentos sexuais com mulheres de cor mais escura e de condição social mais baixa" (CAULFIELD, 2000, p. 306).

4.1 **A Lei 1.390/51: dois casos emblemáticos**

Carmen Silvia Fullin relata um caso de processo criminal por infração à Lei 1.390/51, um dentre os três únicos casos que, entre 1950 e 1990, chegaram aos tribunais, conforme constatado pelo pesquisador Peter Eccles em 1991. Trata-se do caso de uma mulher negra que, tendo-lhe sido recusado o aluguel de um quarto, apresentou em juízo a prova da discriminação: um anúncio de jornal em que constava a proibição de aluguel do imóvel a pessoas de cor. No entanto, como o artigo 2º da Lei 1.390/51 considerava delituosa a recusa de hospedagem em estabelecimentos comerciais (hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento de mesma finalidade), e não privados, o juiz absolveu o réu com a seguinte justificativa:

> O direito criminal é um sistema fechado: onde há na lei lapso ou omissão, esta não pode ser preenchida por uma interpretação judicial arbitrária ou por analogia ou 'por princípios gerais de justiça ou por costume. ' Pouco importa que alguém tenha cometido um ato anti-social, evocando clamores de ultraje (...) o direito criminal requer apenas um mínimo de prática moral a fim de assegurar com suas sanções os interesses da ordem, da paz e da disciplina social (FULLIN, 1999, p. 100).

Nesse caso chama a atenção a falha do legislador por se preocupar apenas em tentar coibir ações discriminatórias em locais de prestação de serviços ao público, tais como lojas, bares restaurantes, confeitarias (artigo 3º da Lei 1.390/51), em estabelecimentos de ensino (artigo 5º), no funcionalismo público (artigo 6º) etc. Isso reforça as críticas segundo as quais a Lei Afonso Arinos foi casuísta, isto é, preocupou-se em coibir práticas discriminatórias em locais públicos, como que para não permitir que casos como o de Katherine Dunham venham a manchar a reputação de país do paraíso racial de que o Brasil desfrutava. Talvez como consequência da pressa em dar uma resposta ao mundo com relação ao referido episódio da bailarina norte-americana, a Lei 1.390/51 não se preocupou em tipificar

ISBN 978-85-62288-05-0

condutas que poderiam ocorrer no âmbito privado ou das relações cotidianas entre as pessoas. Ressalte-se, aliás, que, no caso em tela, o autor de tal anúncio manifestamente racista permaneceu impune.

Jorge da Silva (2003, p.192-194) comenta o caso de um processo criminal em que um cidadão foi condenado em primeira instância como incurso no artigo 4º da Lei 1.390/51 por ter impedido que um instrutor de autoescola, negro, adentrasse um local de exame de motorista onde o acusado exercia a função de coordenador; este impediu a entrada do instrutor declarando que o fazia porque "não gostava de preto", o que foi testemunhado por algumas pessoas ali presentes. Em sede de recurso, o juiz de alçada relator aceitou a tese de atipicidade da conduta, argumentado que a lei pune o ato resultante do preconceito, mas não o preconceito em si, e que a proibição (de entrar no local de exame para motorista) era geral e a expressão usada era preconceituosa, mas não penalmente punível. Este caso ilustra não somente o desconforto que muitos profissionais que lidam com o direito (juízes, promotores, advogados, delegados) sentem com relação à aplicação de uma lei antidiscriminatória, utilizando-se de manobras interpretativas com a finalidade de evitar o indiciamento, a denúncia ou a condenação por delitos raciais, mas também a lacuna deixada pela Lei Afonso Arinos ao não tipificar condutas discriminatórias mais corriqueiras, como a utilização de expressões depreciativas em razão da cor ou raça.

4.1. **A (não) funcionalidade da Lei 7.716/89**

O diploma legal que veio a substituir a Lei Afonso Arinos na qualidade de lei antidiscriminatória foi a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, modificada pelas Leis 8.081, de 21 de setembro de 1990 e 9.459, de 13 de maio de 1997. A referida lei define os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor. No entanto, sua eficácia não foi muito maior do que a antecessora, pois, passados mais de vinte anos de sua promulgação, constata-se um número baixo de condenações por práticas racistas. Percebe-se que no Poder Judiciário há certa relutância em enquadrar determinadas condutas no âmbito de atuação da Lei 7.716/89, o que se pode explicar seja pela maneira como se interpreta essa lei, seja pela falsa ideia sobre o que é racismo.

Antonio Guimarães (2004, p. 36-38) formula algumas proposições sobre a atuação judicial em face da Lei 7.716/89. Ele diz, em primeiro lugar, que a interpretação estritamente técnica comumente feita sobre a referida lei a torna praticamente inaplicável ao tipo de racismo existente no Brasil. Os comportamentos reprimidos pela lei são todos referentes à exclusão, tais como impedir ou obstar o acesso a serviços públicos ou a residências, o atendimento em estabelecimentos comerciais etc. Para Guimarães, essas formas de segregação são exercidas de maneira sutil, disfarçando-se a motivação racial por meio de expressões linguísticas

ISBN 978-85-62288-05-0

tais como “boa aparência”, “uso exclusivo para o serviço” (no caso de uso de elevadores) etc.

Segundo o autor, os crimes de racismo que efetivamente ocorrem no Brasil são a discriminação de alguém pelo fato de sua cor torná-lo suspeito de crimes ou condutas antissociais que não cometeu ou não viria a cometer, o que acarretaria à pessoa constrangimento em diversas áreas da vida social, limitando sua liberdade de ir e vir, seus direitos de consumidor ou o livre exercício de sua ocupação profissional; e a utilização da injúria racial para diminuir a autoridade de que alguém está investido, seja exercendo função pública ou como trabalhador da iniciativa privada ou para desmoralizá-lo. No entanto, uma vez que tais condutas podem ser praticadas por qualquer pessoa, só vai se configurar o racismo se tais condutas vierem acompanhadas de ofensas ou expressões desrespeitosas ou pejorativas, tais como “negão”. Mas o que tem ocorrido é que justamente a presença de injúria tem servido de pretexto para desqualificar o crime como de racismo, tirando-se a conduta da abrangência da Lei 7.716/89 para que ela seja apreciada em termos de reparação de danos na esfera civil ou capitulada como ofensa contra a honra no âmbito do Código Penal (artigo 140, §3º). E mesmo o fato de se classificar condutas racistas como crimes contra a honra pode gerar a impunidade, uma vez que se pode alegar, como tem acontecido, que a designação da cor da pele de uma pessoa provém de uma classificação objetiva ou de uma forma de tratamento corriqueira, e não de uma intenção racista.

A título de exemplo sobre como possibilidades de interpretação, às vezes aliadas à má vontade para aplicar a lei antidiscriminatória, podem levar à impunidade, mencionamos um caso real descrito por Jorge da Silva (2003, p. 198-201), acontecido no Rio de Janeiro em novembro de 1989. Segundo o relato, dois policiais militares negros suspeitaram da conduta de um homem e o abordaram, não encontrando nada que o incriminasse. Outro homem que passava pelo local, ao avistar a cena, disse em voz alta que aquilo “só podia ser coisa de preto”. Ao ser perguntado pelos policiais sobre o porquê daquelas palavras, o cidadão continuou a proferir ofensas contra os policiais, que o levaram à delegacia de polícia à força, ante a sua recusa. O delegado autuou o cidadão em flagrante por infração aos artigos 330 do Código Penal (desobediência à ordem legal de funcionário público) e 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, o qual diz que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível. Enviado o inquérito a uma promotora de justiça, esta se manifesta pela pelo arquivamento dos autos com relação ao indiciado, pedindo ao juiz sua soltura. Quanto ao crime de racismo, a promotora de justiça disse que este estava previsto na Constituição, mas que ainda não havia sido promulgada a lei decorrente, desconhecendo que a Lei 7.716 estava em vigência havia dez meses. Discordando da capitulação dada pelo delegado, a representante do Ministério Público entendeu que se tratava de desacato (artigo 331 do Código

ISBN 978-85-62288-05-0

Penal), pois os policiais estavam em serviço; e, como estes disseram que o indiciado aparentava estar embriagado por ocasião dos fatos, a promotora, mencionando julgados de acordo com os quais o estado de exaltação ou de cólera exclui o elemento subjetivo do tipo, entendeu que não teria havido desacato nem desobediência. Além de pedir o arquivamento dos autos, a promotora pediu que se oficiasse ao Comando da Polícia Militar em que os policiais serviam advertindo que registros de flagrantes como essa deveriam ser evitados, solicitando inclusive a cópia da folha de assentamentos dos policiais militares vítimas da ofensa. O juiz da Vara Criminal acolhe os pedidos da promotora e, no final, esta diz não ter mais o que requerer. Além da estranha conduta da promotora de justiça, pergunta-se por que o juiz concordou com ela, fechando os olhos para uma manifestação racista. Uma vez que, na época dos fatos, o Código Penal ainda não previa o crime de injúria racial, mais uma vez o autor de uma manifestação claramente racista saiu impune.

CONCLUSÕES

1 Conclusões articuladas

1.1 – A Lei Afonso Arinos foi elaborada e aprovada num momento importante na história da luta pela igualdade racial no Brasil, não somente pelo discurso e atuação de políticos e intelectuais no plano interno, mas também pela boa reputação de que o Brasil gozava perante os olhos da comunidade internacional, como exemplo de país que soube lidar com as tensões inter-raciais. Assim, a Lei Afonso Arinos representou um marco na história dos direitos dos negros brasileiros. Porém, essa importância se situa num nível simbólico, pois, na prática ela se mostrou socialmente ineficaz.

1.2 – A análise dos fatores jurídicos e extrajurídicos que explicam a ineficácia da Lei 1.390/51 revela, em primeiro lugar, que a sociedade brasileira, embora em tese demonstrasse boa acolhida pela lei antidiscriminatória, na prática ainda não havia se despojado de sua mentalidade racista, o que inviabilizava o cumprimento da lei. Em segundo lugar, a redação falha e lacunosa da Lei Afonso Arinos se explica por pelo menos uma de duas razões: ou a lei foi elaborada às pressas ante a necessidade de dar uma satisfação à opinião pública nacional e internacional a fim de preservar a imagem do país como paraíso racial, e nessa caso as falhas legislativas decorreram da pressa; ou a lei foi propositalmente mal elaborada, isto é, foi feita não para funcionar de verdade de modo a permitir o início de um processo de equalização racial e social, mas como uma panaceia de efeitos mais políticos e ideológicos do que práticos e jurídicos.

1.3 – A análise de casos submetidos à Lei 1.390/51 e à Lei 7.716/89 revela que em mais de três décadas não apenas o legislador ainda não demonstrou capacidade ou boa vontade para elaborar leis antidiscriminatórias mais eficazes, mas também que

ISBN 978-85-62288-05-0

a ação de muitos profissionais do direito com relação ao preconceito e à discriminação racial parece impregnada de uma mentalidade racista que ainda impregna, mesmo que inconscientemente, a visão de mundo da sociedade brasileira.

2 Conclusão geral:

As considerações feitas neste trabalho permitem concluir que a Lei Afonso Arinos, paradoxalmente grande em importância política, simbólica e ideológica, mas pífia quanto à eficácia social, reflete a contradição do momento histórico de sua criação, de combate às práticas discriminatórias, mas ao mesmo tempo de manutenção de uma mentalidade racista camuflada por uma ideologia de democracia racial.

Para além das considerações quanto a questões raciais, de todo o exposto alguns temas para reflexão sobre o direito podem ser suscitados: tal como no caso da Afonso Arinos, existem leis feitas às pressas para atender a um clamor popular ou a exigências de ordem política ou ideológica, sem a necessária reflexão e discussão parlamentar e sem a adequação aos problemas e à realidade social, o que torna essas leis ineficazes e concorre para a descrença com relação ao poder do direito de dirimir problemas e conflitos sociais. Também é possível pensar sobre como preconceitos vigentes na sociedade podem influir na atividade dos atores jurídicos, o que às vezes acaba fazendo com que certas leis não cumpram objetivo para o qual foram criadas.

O aspecto jurídico não pode ser dissociado do elemento social e histórico. A Lei Afonso Arinos representa o caso de uma lei em que essa dissociação não permite que o direito cumpra satisfatoriamente seu papel de dirimir de conflitos e de ser meio de realização de justiça, o que impede que importantes questões sociais sejam enfrentadas e resolvidas, tal como a Lei Afonso Arinos e sua sucessora, que não tiveram êxito em contribuir para a resolução de injustiças em termos de relações raciais, questão ainda longe de ser resolvida no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A U. D. N. contra os preconceitos de raça e cor. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 8 ago. 1950, p. 4.

A USURPAÇÃO da lei Afonso Arinos pela propaganda governamental. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 15 jul. 1951, p. 4.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ISBN 978-85-62288-05-0

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Brancos e negros em São Paulo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Nacional, 1959.

CAULFIELD, Sueann. *Em defesa da honra:* moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940). Tradução de Elizabeth de Avelar Solano Martins. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2000.

ESTEVES, Martha de Abreu. *Meninas perdidas*: Os populares e o cotidiano do amor no Rio de Janeiro da *Belle Époque*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *A escalada*: memórias. Rio de Janeiro: José Olympio, 1965.

FULLIN, Carmen Silvia. *A criminalização do racismo*: dilemas e perspectivas. 1999. 128 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – USP, São Paulo, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablo de. *Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 2 v.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Preconceito e discriminação*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2004.

MAIO, Marcos Chor. O Projeto Unesco e a agenda das ciências sociais no Brasil dos anos 40 e 50. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 41, out/99, p. 141-158.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: Parte Geral. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*: a cidadania negra em questão. Campinas: Julex, 1989.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. Cor e criminalidade: estudo e análise da Justiça no Rio de Janeiro (1900-1930). Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1995.

SILVA, Jorge da. Violência e racismo no Rio de Janeiro. 2. Ed. Niterói, RJ: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2003.

UMA lei à brasileira. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 8 jul. 1980. Folhetim, p. 11.

ISBN 978-85-62288-05-0

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

ISBN 978-85-62288-05-0

ANÁLISE DO CONTROLE E DA PARTICIPAÇÃO DOS SUJEITOS DO PROCESSO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Ivan Moizés ILKIU[411]

RESUMO

Esse artigo é resultado de estudos na linha de pesquisa "Estado e Responsabilidade: questões críticas", do Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Trata-se de uma análise panorâmica, por meio da metodologia dedutiva, de como se dá o controle e a participação dos sujeitos do processo das políticas públicas no Brasil. A análise do objeto de estudos se dá por meio de elementos como a terminologia, fatores históricos, e até mesmo por meio do paradigma da Constituição Federal de 1988. Chegou-se à conclusão de que a política pública representa a forma de ser do Estado em relação aos objetivos por ele buscados, sendo que a efetivação dos direitos fundamentais é uma característica do Estado Democrático de Direito. A não concretização das metas de nosso país tem sua razão de ser na falta de efetividade da gestão pública, cujos fatores são: excesso de normas cada vez mais restritivas da discricionariedade do Administrador Público; corrupção e falta de planejamento de longo prazo.

ABSTRACT

This article is the result of studies in the research line "State Responsibility: critical issues," the Master's Program at the University of Northern Paraná State. This is an analysis overview, through deductive methodology, how it gives control and participation of the subjects of the process of public policies in Brazil. The analysis of the object of study is through elements such as terminology, historical, and even through the paradigm of the Federal Constitution of 1988. He came to the conclusion that public policy is how to be the rule in relation to the objectives pursued by it, and the enforcement of fundamental rights is a characteristic of a democratic state. Failure to achieve the goals of our country has its reason for being in the lack of effectiveness of public administration, whose factors are: excessive increasingly restrictive rules of the Public Administrator's discretion, corruption and lack of long-term planning.

PALAVRAS-CHAVE: políticas públicas; sujeitos, efetividade;

---

[411]Advogado público, formado pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - PR (UEPG); especialista em direito tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina - SC (UNISUL); Mestrando do programa de especialização S*tricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

ISBN 978-85-62288-05-0

KEYWORDS: public policy; subjects, effectiveness;

INTRODUÇÃO

A temática envolvendo o assunto políticas públicas nunca foi tão prestigiada no meio acadêmico. A preocupação com a implantação e efetivação dos direitos fundamentais esculpidos no texto constitucional tem gerado uma busca constante pela compreensão do tema por estudantes de diversas áreas do saber e, principalmente, pelos operadores do Direito.

O objetivo desse trabalho é demonstrar como se dá a participação dos sujeitos do processo das políticas públicas no Brasil. Para estabelecer as diretrizes dessa pesquisa foram levantados os seguintes questionamentos: i) O que é política pública? ii) Qual é o paradigma que deve ser adotado pelos operadores do direito para analisar políticas públicas? iii) Quando e por que a política pública precisa ser controlada? iv) Quais são os principais atores que realizam tal controle e os instrumentos utilizados?; v) O que precisa ser superado para que o Brasil alcance um patamar aceitável de avanço em sede de fundamentais?

Para responder a esses questionamentos, partiu-se da identificação do objeto de estudos, tendo como pontos de análise a terminologia, as produções na área das ciências políticas e, por fim, questões relacionadas ao paradigma constitucional.

A multidisciplinaridade que envolve o tema tem gerado dificuldades na identificação do conteúdo e extensão do objeto em análise, fato que tem gerado equívocos por parte de alguns doutrinadores que entendem por bem restringir o alcance conceitual do termo políticas públicas aos instrumentos utilizados para controle e planejamento de ações governamentais, a exemplo do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual.

Essa visão exclusivamente instrumental, de que a política pública se restringe às leis orçamentárias tem gerado uma falsa noção de como se processa o controle externo dos atos do gestor público por parte do Judiciário, por exemplo, impregnando-se a ideia de que a atuação jurisdicional ocorre apenas na fase de execução das políticas públicas, o que não é verdade.

Além disso, em virtude da preocupação de se impedir o desvio de dinheiro público ou mesmo de ações que destoam da finalidade pública, surge uma enormidade de regras que acabam por gerar obstáculos que redundam no engessamento do Estado frente a problemas que precisam ser solucionados e que, muitas vezes, são resolvidos com base na ação que representa menor risco de responsabilização do gestor, ao invés de atender ao interesse do público-alvo. Esse é o real motivo da ocorrência de intervenção do Ministério Público, e dos Poderes Judiciário e Legislativo nos atos do Poder Executivo.

ISBN 978-85-62288-05-0

É bem verdade que a Constituição da República promoveu uma evolução importante ao estabelecer o princípio da eficiência como critério de qualidade na prestação de serviços por parte do Estado, porém, quando se trata de gestão pública, tal parâmetro fica aquém daquilo que se pode chamar de alcance de resultados ou efetividade.

A saída para se vencer a burocracia engessadora do Estado Democrático de Direito - que é voltado para a implementação de política pública social - é o planejamento de longo prazo, isso significa que as ações de Estado devem ir além das previsões governamentais, as quais são realizadas de quatro em quatro anos e com o fito, quase que exclusivo, na aplicação de recursos financeiros. O Poder Público precisa pensar no progresso da nação da mesma forma como o mundo vem desenvolvendo as projeções para o meio ambiente, ou seja, para períodos compreendidos em, pelo menos, vinte anos.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TERMO "POLÍTICA PÚBLICA"

Investigar é o trabalho do cientista. Existe uma máxima positivista que retrata bem essa afirmação e que se baseia no fato de o conhecimento ser resultado de uma relação que se estabelece entre um sujeito que conhece, que podemos chamar de sujeito cognoscente, e um objeto a ser conhecido, o objeto cognoscível (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2008, p.7).

Um dos instrumentos utilizados para a interação com o objeto de estudos "políticas públicas" é, sem dúvida, a terminologia. Ao salientar o papel terminológico na constituição do pensamento científico, tem-se que o seu uso está relacionado às atividades que envolvem um saber especializado. Isso se justifica porque os termos técnico-científicos transmitem conceitos próprios do conhecimento científico, da técnica, da tecnologia, entre outros domínios (BENEVISTE, 1989).

Mesmo com base na língua inglesa, que é a preferida pelos cientistas por conter grande parte de palavras com sentido unívoco, a dificuldade para a elaboração de uma definição concisa sobre o tema é bastante grande. Embora seja conveniente distinguir o aspecto polissêmico do monossêmico na linguagem, e conferir um sentido mais objetivo às palavras empregadas em Ciência, Maria H. Saianda (1992, p.9) ensina que "o próprio discurso científico traduz uma objetividade apenas aparente, com um caráter de dialogismo interativo, que pressupõe troca e, portanto, ambiguidade".

Essa ambiguidade existente para a definição de um conceito preciso do que a política pública implica decorre, principalmente, dos diversos olhares que envolvem o objeto de estudos. Além disso, essa multidisciplinaridade tem vinculação com áreas do conhecimento que são, em sua essência, bastante diversas, a exemplo da economia, da contabilidade, da estatística e da própria Ciência Jurídica.

ISBN 978-85-62288-05-0

Os termos utilizados para conceituar políticas públicas são: *polity, politics e policy*. A primeira acepção é utilizada para denominar as instituições políticas ou ordem do sistema político delineada pelo sistema jurídico, bem como a estrutura institucional do sistema político-administrativo. O segundo sentido remete ao processo político, frequentemente de caráter conflituoso, no que diz respeito à imposição de objetivos, aos conteúdos e às decisões; e, por fim, tem-se o significado atinente aos conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, dos problemas técnicos e de conteúdo material das deliberações políticas (FREY, 1997, p. 216).

Cabe registrar que, ao se transportar os conceitos advindos da língua inglesa para a portuguesa, ainda permanecem as ambiguidades. Massa-Arzabe (2006, p. 60) pondera sobre essa questão, afirmando que,

> O adjetivo "pública" igualmente é alvo de sentidos múltiplos, pois às vezes é usada como equivalente de estatal, do Estado, e outras vezes, daquilo que é de todos, na qual a dicotomia tradicional público-privado perde a função e as fronteiras entre Estado e sociedade tornam-se borradas e permeáveis (grifamos).

A distinção teórica extraída dos diferentes conceitos de políticas públicas serve tanto para estruturar projetos de pesquisa de forma isolada em face de cada tipo de acepção, como também para efeitos de observação das influências decorrentes do entrelaçamento de uma dimensão de política pública em outra. Segundo Klaus Frey (1997, p.217) "a ordem política concreta forma o quadro, dentro do qual se efetiva a política material por meio de estratégias políticas de conflito e de consenso".

Por sua vez, o grau de influência das estruturas (*polity)* e dos processos de negociação política (*politics)* sobre o resultado material concreto (*policy)* demonstra a interdependência entre os conceitos e os resultados das políticas públicas, apesar da diferenciação terminológica utilizada para fins didáticos (Ibid. p.219).

Essa afirmação é rebatida por Theodore J. Lowi (1992, p.299), que questiona se a política determina o processo político [ou vice-versa], defendendo que essa proposição pode até ser válida para um campo específico de política setorial (*policy issue)*, sob condições particulares, mas de forma alguma serve como lei global.

Além da terminologia utilizada para a definição dos institutos compreendidos nas diferentes acepções do termo política pública, tem-se que os documentos históricos também são bastante úteis para o aprofundamento do conhecimento nesta seara. A prova está no livro "The policy science", que é uma coletânea de

ISBN 978-85-62288-05-0

artigos escritos no intuito de se estabelecer a melhor definição de Ciência Política. Entre essas acepções, destaca-se a seguinte:

> We can think of the policy sciences as the disciplines concerned with explaining the policy-making and policy-executing process, and with locating data and providing interpretations which are relevant to the policy problems of a given period. (FREY, 1997, p.213-214).

Em outras palavras, esses cientistas acreditavam que ciência política era a explicação do processo de se elaborar e executar a política pública, buscando informações e providenciando interpretações do que era relevante para os problemas políticos de um determinado período. Essa abordagem é importantíssima, não somente porque a política pública é tida como subárea da Ciência Política, mas pelo fato dessa abordagem ter sido utilizada como fundamento conceitual por vários doutrinadores contemporâneos da área do direito, inclusive por Fábio Konder Comparato, o qual retoma a explicação do processo de elaborar e executar a política pública para o âmbito jurídico, concebendo-a como programa de ação, ou seja, como atividade. Para ele,

> A Administração Pública é atividade que merece, como conjunto, o reconhecimento e a proteção do direito para os fins que a governam. Essa atividade, entretanto, decompõe-se em fatos e em atos jurídicos, praticados, uns e outros, pelas pessoas administrativas e pelas pessoas privadas incumbidas da execução de serviços públicos (...) O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, encontra-se hoje no centro da teoria do direito empresarial (em substituição ao superado 'ato de comércio') e constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal na economia.(COMPARATO, 1997, p.353).

Cumpre registrar que o juízo de que a política pública tem significado de atividade administrativa redunda no conhecido tema do controle da discricionariedade administrativa, com os também conhecidos problemas e limites. Por esse motivo, muitos não reconhecem à noção de política pública o sentido de uma categoria nova no direito (BUCCI, 2006, p.25).

Apesar disso, e no intuito de se estabelecer um norte conceitual palpável para os operadores do direito, Maria Paula Dallari Bucci formulou um conceito jurídico de políticas públicas que tem como base doutrinária um apanhado da teoria

ISBN 978-85-62288-05-0

de Fábio Konder Comparato com as formulações dos cientistas políticos americanos, o que se traduz no seguinte enunciado:

> Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados(Ibid. p. 39).

Tentar estabelecer um "conceito jurídico" de política pública pode ser um tanto quanto perigoso, haja vista que o objeto de estudos, como explanado alhures, não é manuseado exclusivamente por operadores do direito, o que pode redundar em equívocos. Um exemplo disso são as seguintes afirmações de Eduardo Appio (2006, p.136):

> (...) as políticas públicas podem ser conceituadas como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.

Em face dessa concepção, Eduardo Appio concluiu ser inviável um controle jurisdicional de políticas públicas na fase de elaboração de ações e programas governamentais. Porém, cumpre esclarecer que decisões como aquela que reconheceu às uniões homoafetivas o *status* de entidade familiar, estendendo a essas relações a mesma proteção destinada à união estável prevista no art. 226, § 3º, da Constituição da República, atuaram incisivamente na elaboração da política pública estatal, não somente porque tal decisão atingiu toda a nação brasileira, mas porque em decorrência dela, a União teve que reservar dotação orçamentária suficiente para cobrir despesas com esse tipo de demanda em âmbito nacional (MIRANDA, 2011).

Retomando o limiar da história da política pública vinculada à Ciência Política, é importante frisar que foram os Estados Unidos da América os primeiros a promover estudos no mundo acadêmico sobre a ação dos governos, porém, sem

ISBN 978-85-62288-05-0

estabelecer relações com as bases teóricas sobre o papel do Estado. Lá, a *policy* foi introduzida na seara governamental como uma ferramenta de planejamento decorrente da necessidade de se combater a Guerra Fria e pela valorização da tecnocracia como forma de se enfrentar as consequências das decisões de Estado (2006, p.22).

Robert McNamara foi pioneiro na prestação de serviços de planejamento privado para o setor público. Em 1948, fundou a *RAND Corporation*, uma organização privada financiada com recursos públicos, cujo trabalho era realizado por matemáticos, engenheiros, cientistas políticos, analistas de sistemas, sociólogos, advogados, enfim, por um vasto grupo de profissionais de diferentes áreas. A finalidade da organização era mostrar como uma guerra poderia ser conduzida como um jogo racional, ou seja, com aplicação de métodos científicos às formulações e às decisões de governo que, somente mais tarde, se expandiram para a política social (PARSONS, 1997).

Essa ideia foi recepcionada pelos cientistas políticos da época, que encontraram na atividade desenvolvida por McNamara um parâmetro para suas pesquisas.

Para Celina Souza (2006, p.22),

> O pressuposto analítico que regeu a constituição e a consolidação dos estudos sobre políticas públicas é o de que, em democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é possível de ser (a) formulado cientificamente e (b) analisado por pesquisadores independentes.

Esse ensinamento demonstra que a política pública também pode ser concebida como área do saber, cujos parâmetros são de cunho multidisciplinar, dificultando ainda mais a tentativa de se sintetizar um conceito que caiba no universo epistemológico da teoria geral do direito, justamente porque seu objeto não pertence, exclusivamente, à Ciência Jurídica. Um exemplo claro dessa afirmação está nas leis de diretrizes orçamentárias, que apesar do nome sugestivo, não se resumem a textos legais, sendo também constituídas por informações econômicas, contábeis, fiscais e também por dados estatísticos.

De outra forma, não se pode dizer que política pública seja um programa ou uma ação de governo, pois a atuação governamental é procedimento pelo qual ela se realiza, ou seja, nem sempre a política pública estará orientada para a efetivação de direitos humanos, apenas quando se tratar de um Estado Democrático de Direito, pois em Estados totalitários elas existem, embora com outro enfoque. Também não se pode dizer que política pública são os instrumentos (PPA, LDO e LOA), porque estas ferramentas são apenas mecanismos pelos quais as ações de governo são

ISBN 978-85-62288-05-0

viabilizadas. Portanto, ao se tratar de política pública, melhor do que conceituá-la seria contextualizá-la.

2 POLÍTICA PÚBLICA SOB O PARADIGMA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Vivemos em um momento histórico marcado pela travessia do Estado de Direito para o Estado Constitucional, no qual constatamos repercussões sociais, jurídicas e políticas. Não se trata da substituição de um modelo jurídico estatal por outro totalmente distinto, mas de uma versão particular e aperfeiçoada do Estado de Direito. Gustavo Zagrebelsky (1999, p.22) ensina que:

> (...) quando se compara os caracteres concretos do Estado de Direito do século XIX com os do Estado Constitucional atual, adverte-se que, mais do que uma continuação, trata-se de uma profunda transformação que afeta inclusive a concepção do Direito.

Nessa nova vertente constitucional, o direito por regras é substituído pelo direito por princípios e valores. Por esse raciocínio, os argumentos sobre princípios são destinados a estabelecer um direito individual, ao passo que os argumentos de política são destinados a estabelecer um objetivo, ou seja, os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos (2002, p.36).

Sem dúvida que a distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, cuja mudança de paradigma deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin (2002), sendo que sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou aceitação universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.

No que tange às políticas públicas com foco constitucional, é importante perceber que as ações governamentais muitas vezes esbarram em conflitos de valores, ou entre regras e princípios, cujos critérios tradicionais de solução (hierarquia, cronológico e especialização) não são plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, mais precisamente entre direitos fundamentais. Assim, surge a ponderação de valores ou ponderação de interesses que é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios ou valores contrapostos. Diante disso, tem-se que a perspectiva pós-positivista influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional (BARROSO, 2002, p. 372).

ISBN 978-85-62288-05-0

Essa afirmação nos dá a certeza de que as políticas públicas são a exteriorização da forma de ser do Estado e de todos os valores implícitos nesse conceito e, no caso do Brasil, sua implementação se dará com a efetivação dos direitos fundamentais e com o atingimento dos objetivos delineados no art. 3º da Constituição da República de 1988.

Portanto, o ponto de partida para uma análise [e não para um conceito] de política pública sob o paradigma da Ciência Jurídica deve ser a Constituição, em face de todo o seu corpo de regras, princípios e valores. Essas diretrizes constitucionais é que devem, em tese, respaldar toda e qualquer política pública por parte do Estado e de seus governantes. Essa preocupação se torna cada vez maior, à medida que os movimentos constitucionalistas têm ganhado força e com eles, a ideia de execução de políticas públicas de fundamento constitucional, ou seja, com base na fundamentalidade de direitos.

Merece consideração, nessa parte, o movimento denominado de *neoconstitucionalismo*, cujo intento está na realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais, inclusive com implicações em todo o ordenamento jurídico (CAMBI, 2009, p. 27).

Nessa vertente constitucional contemporânea, dois princípios despontam e influenciam profundamente toda e qualquer reflexão sobre políticas públicas: dignidade da pessoa humana e supremacia dos direitos fundamentais. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso (Ibid. p. 375) assevera que:

> O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, de pensar e criar.

A grande dificuldade decorrente desse princípio está no fato de que, em se tratando de dignidade da pessoa humana, qualquer direito pode ser reivindicado com vistas em seu fundamento. A situação não muda quando o assunto é direito fundamental, pois este é mais que um princípio, é um valor positivado

ISBN 978-85-62288-05-0

constitucionalmente. Na lição de Vladimir Brega Filho (2002, p.66) é definido como "mínimo necessário para a existência da vida humana".

Outro ponto palpitante é condizente com a existência de conceitos abertos, fenômeno que torna complexo o ato de decidir sobre uma política pública ideal que possa suprir as necessidades da maioria, dada a desigualdade econômica, política e ideológica existente em nossa sociedade. Por outro lado, para a realização de todo direito assegurado constitucionalmente, torna-se necessário a instituição de instrumentos para o planejamento e execução dessas garantias.

A Constituição de 1988 estabeleceu, para este fim, as leis orçamentárias denominadas de Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA). Curioso notar, todavia, que na dicção constitucional só o PPA e a LDO são tratados em termos propriamente políticos, isto é, referindo-se a objetivos, metas e prioridades da Administração Pública, conforme dicção dos parágrafos 1º e 2º do artigo 165, *in verbis*:

> Art. 165 (...)
>
> § 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras decorrentes e para as relativas a programas de duração continuada.
>
> § 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Existe uma explicação jurídico-política para esse tratamento, pois a Lei Federal nº 4.320/64 não previu a obrigatoriedade da elaboração da LDO nas três esferas de Governo, quais sejam: federal, estadual e municipal, sendo uma inovação constitucional que, na prática, objetiva dar oportunidade de o Poder Legislativo participar, juntamente com o Poder Executivo, da construção do Plano de Trabalho do Governo a ser concretizado, o que se dará de forma efetiva com a execução da Lei Orçamentária Anual (BUCCI, 2006, p.16).

Importante frisar que a atividade de gestão de políticas públicas se confunde com as atribuições do próprio Estado. Para a realização de uma política pública, pressupõe-se a existência de um sujeito ativo principal, titular prioritário na elaboração, planejamento, execução e financiamento dessas ações e programas. Esse sujeito é sempre o Estado, seja em face da Administração Direta ou da

ISBN 978-85-62288-05-0

Administração Indireta, ou por meio dos demais poderes estatais constituídos (Legislativo e Judiciário), pois a atuação do Estado é essencial e indispensável para dar o impulso oficial do que se convencionou chamar de políticas públicas (AITH, 2006, p. 233).

Por sua vez, os governos são os responsáveis pela execução das ações voltadas à garantia e ao acesso a direitos por parte da sociedade. Ocorre que, com a reforma do Estado, o processo de execução das políticas públicas não está mais concentrado no governo constituído, sendo reclamado por múltiplos setores e assumindo também múltiplas conotações (Ibid. p. 233). A esse exemplo, podemos citar as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, as instituições beneficentes e outras de utilidade pública.

Para se diferenciar uma política de Estado de uma política de governo, torna-se necessário a conjugação dos seguintes fatores: I) objetivos da política pública; II) a forma de elaboração, planejamento e execução; e por fim, III) a forma de financiamento da política pública (Ibid. p.235).

A política de Estado deve ser analisada a partir do enfoque dos fins do Estado, ou seja, da organização política e social (*v.g.* Consolidação do Estado Democrático de Direito), ou de sua estrutura organizacional, a exemplo das carreiras essenciais compreendidas dentro dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que não podem ser delegadas, nem sofrer interrupção e somente podem ser financiadas exclusivamente com recursos públicos. Por sua vez, as políticas de governo são pontuais, voltadas à promoção e proteção dos direitos humanos, são dotadas de uma maior flexibilização e de maior especificidade em seus objetivos e utilizam a estrutura estatal já existente para serem desenvolvidas e podem ser delegadas, interrompidas e sofrer variação de governo para governo, sendo que, para o seu provimento é admitido o co-financiamento privado, através de regras e controles fixados pelo Poder Público (Ibid. 236-238).

Pode-se concluir que, embora a Constituição da República não conceitue política pública de forma expressa, é possível delinear, por meio dela, o conteúdo e fins buscados pelo Estado com base em informações que compreendem objetivos, princípios, diretrizes e instrumentos de controle e planejamento das ações de Estado e de governo. É essa a perspectiva que deve ser adotada para se contextualizar política pública em nosso Estado Democrático de Direito.

3 SUJEITOS DO PROCESSO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, FORMAS DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO

Depois de vencida a fase de contextualização da política pública com base no paradigma da Constituição da República, cabe uma análise sobre a atuação dos sujeitos em face do controle e fiscalização das ações de Estado e de governo.

ISBN 978-85-62288-05-0

No que concerne às políticas públicas de governo, a existência de conflitos é considerada uma normalidade. Além disso, no processo político sempre se verifica uma desigualdade formal ou material em face dos atores que invocam determinados problemas para ser objeto da chama "agenda", que nada mais é que a colocação de uma determinada matéria em evidência, em âmbito governamental, para ser discutida e, se possível, solucionada. A capacidade de mobilização frente a cada um dos problemas por parte de cada um dos sujeitos do processo das políticas públicas é fundamental para o alcance de objetivos.

Robison Gonçalves de Castro (2012, p.15) enumera dois tipos de personagens na formação das agendas: os atores propriamente ditos e os públicos. Essa distinção é baseada na mobilização e na observação dos sujeitos ativos e passivos que, de uma forma ou de outra, interferem ou não, nas decisões políticas do Estado. Os atores são os partidos, associações de interesse em cada tema, movimentos sociais organizados, as organizações, o Estado por meio da União ou dos Estados-Membros e Municípios representados pelo Poder Executivo, o Ministério Público e o próprio Judiciário.

O autor ainda faz outra subdivisão que abrange atores de identificação - aqueles que são os mais ativos e promovem diretamente a discussão e as reivindicações sobre o tema - e atores de atenção - que com menor grau de interesse e atividade, apenas observam atentamente o desenrolar da discussão, para intervir apenas em situações específicas em que um interesse pontual possa ser afetado. Os públicos são aqueles que, por diversas razões, não apresentam mobilização capaz de influenciar diretamente o desenvolver da discussão, mas que, de alguma forma, serão afetados por uma política pública setorial (Ibid. p. 16-17).

Como relatado alhures, a atuação dos atores implica um problema público socialmente assumido e que pode surgir dentro ou fora da instituição governamental. Esses fenômenos podem decorrer de compromissos contidos nos programas eleitorais, de levantamentos parlamentares, decisões judiciais que impõe uma determinada prestação estatal, de manifestação de *lobby* de grupos organizados em face de representações político-partidárias com representação no Legislativo, de manifestações individuais, de organismos internacionais, de revisões de políticas preexistentes, de transferências de competências, de análise de tendências de despesas ou receitas, de uma crise econômica, de uma epidemia e até mesmo de Tratados Internacionais.

No que concerne ao acesso à agenda, tem-se que este não é livre nem neutro. Os interesses de quem possui posição de liderança institucional normalmente são controlados pela imprensa, tida como o "maior fator de controle de acesso à agenda pública nas sociedades ocidentais modernas" (Ibid. p. 19).

ISBN 978-85-62288-05-0

Sob o paradigma da Constituição, a atuação pode ser direta, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, mas também pode ser indireta, sob influência do Ministério Público e do Poder Judiciário e também por parte do cidadão.

O Poder Executivo, por ser detentor primário do orçamento público, tem a incumbência de exercer o planejamento da política pública governamental por meio de instrumentos denominados de Leis Orçamentárias. A atuação desse Poder está pautada nas seguintes características: i) visão estratégica, com estabelecimento de objetivos; ii) identificação dos problemas a enfrentar ou oportunidades a serem aproveitadas; iii) concepção dos programas que deverão ser implementados, com vistas a atingir os objetivos que implicarão, por sua vez, na solução de problemas ou no aproveitamento de oportunidades; iv) especificação das diferentes ações do programa, com identificação dos respectivos produtos, que darão origem, quando couber, aos projetos e atividades e v) atribuição de indicadores aos objetivos, e metas aos produtos. Todos esses elementos devem ser observados em um encadeamento lógico entre planos e orçamentos - problemas, programas, atividades e projetos (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão).

Importante registrar que, a partir da publicação da Lei Federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), as Leis de Diretrizes Orçamentárias de cada ente deverão indicar os resultados fiscais pretendidos para o exercício financeiro para o qual a lei se referir e também para os dois seguintes. Isso assegurará que o governante que assumir o Executivo não será apanhado de surpresa por ações execráveis do seu antecessor.

O Poder Legislativo, por sua vez, tem o dever de atuar como fiscalizador dos atos do Poder Executivo. É o chamado exercício dos "freios e contrapesos" (SILVEIRA, p. 99). A Constituição da República de 1988 consagrou as Leis de Diretrizes Orçamentárias justamente com essa finalidade.

O Ministério Público também pode interferir no âmbito das políticas. Para Valter Foleto Santin (2004, p.191) "o controle pelo Ministério Público pode ser por meio de gestão administrativa, de inquérito civil, de ação civil pública e de ação penal".

O Legislativo normalmente atua em sede de políticas públicas por meio de emendas orçamentárias (Art. 166, § 2º), haja vista que não pode fazê-lo através de programas, pois esta incumbência é do Poder Executivo (Art. 165 e seus parágrafos).

A instância final para os Poderes Executivo e Legislativo e até mesmo para os cidadãos é mesmo o Judiciário. As ADIns têm sido os instrumentos mais utilizados para controle de políticas públicas. Nove atores políticos legitimados no artigo 102 da Constituição da República têm a possibilidade de ingressar com Ações de Inconstitucionalidade diretamente no Supremo Tribunal Federal. Alguns fazem parte do Estado (governadores, a Mesa da Câmara, o Procurador-Geral), mas

ISBN 978-85-62288-05-0

outros são menos relacionados com o cotidiano do governo (A Ordem dos Advogados do Brasil, as confederações sindicais e as entidades de classe, por exemplo).

Não há dúvidas de que tal Poder pode controlar políticas públicas. O grande questionamento é em relação ao grau de atuação dos magistrados nesse campo. Além disso, são muitas as críticas da doutrina sobre a interferência de magistrados no plano da Administração Pública, principalmente por questões relacionadas à legitimidade, haja vista que o cargo é técnico e não eletivo. Porém, a própria Constituição assegura, em seu art.5º, inciso XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Segundo Matthew M. Taylor (2007, p.53),"os agentes estatais são os mais bem-sucedidos requerentes desse tipo de ações. Federações comerciais e industriais tem 58% (cinquenta e oito por cento) das chances de um ator estatal e os partidos políticos 25% (vinte e cinco por cento)". Além disso, a busca pelo Judiciário não ocorre apenas por parte de opositores. O governo federal, incluindo autarquias e empresas estatais, é o maior usuário dos tribunais federais.

Em síntese, a busca pelo Judiciário tem sua razão de ser na omissão do Estado em prover direitos fundamentais ou quando, na atuação positiva deste se contraria preceitos e princípios da Constituição (TEIXEIRA, 2009, p. 58). Entre as causas para a omissão do Estado tem-se a falta de recursos (reserva do possível) como a principal, mas há outros problemas que precisam ser superados, como se demonstrará no seguinte tópico.

4 CONTROLE PARA SE EVITAR DESVIOS versus *PLANEJAMENTO PARA SE ALCANÇAR RESULTADOS*

Os juristas normalmente têm a tendência de visualizar todo e qualquer fenômeno da realidade fática do mundo pela perspectiva do direito, como parece ser óbvio. O que preocupa é quando questões que não formam um objeto restritamente normativo, como é o caso do planejamento orçamentário, sejam tomadas por um prisma exclusivamente legalista.

Tanto o direito como a moral tem como função reduzir os conflitos entre indivíduos e facilitar a cooperação social. No intuito de cumprir com essa incumbência, o direito se utiliza de dois elementos: a coação - que é o emprego da ameaça com o objetivo de que as pessoas atuem conforme as condutas pré-estabelecidas legalmente - e a autoridade - que é o consenso de que o Estado, por meio dos órgãos jurídicos, possui poder de atribuir eficácia às suas decisões(NINO, 2007, p.99-100).

ISBN 978-85-62288-05-0

Os conceitos de coação e autoridade estão amplamente ligados a uma constante necessidade de controle, por parte do Estado, de todas as ações humanas em que possam ocorrer conflitos ou desvios (de recursos e de finalidade).

No Brasil, esse tipo de preocupação é tão exacerbada, que o foco de todas as ações de Estado voltadas para a elaboração e execução de políticas públicas tem sempre uma orientação voltada para algum tipo de limitação da discricionariedade do gestor público. Rita Biason (2012), em texto virtual intitulado "Breve histórico da corrupção no Brasil", assevera que:

> Os primeiros registros de práticas de ilegalidade no Brasil, que temos registro, datam do século XVI no período da colonização portuguesa. O caso mais frequente era de funcionários públicos, encarregados de fiscalizar o contrabando e outras transgressões contra a coroa portuguesa e ao invés de cumprirem suas funções, acabavam praticando o comércio ilegal de produtos brasileiros como pau-brasil, especiarias, tabaco, ouro e diamante. Cabe ressaltar que tais produtos somente poderiam ser comercializados com autorização especial do rei, mas acabavam nas mãos dos contrabandistas.

A falta de atitude das autoridades sobre atos de corrupção também era uma realidade na época, a autora corrobora esse entendimento ao afirmar que

> Portugal, por sua vez, furtava-se em resolver os assuntos ligados ao contrabando e a propina, pois estava mais interessado em manter os rendimentos significativos da camada aristocrática do que alimentar um sistema de empreendimentos produtivos através do controle dessas práticas.

O fator corrupção tem gerado, em nosso país, uma busca constante pela normatização como barreira para todo e qualquer tipo de desvio (de recursos ou de finalidade). As vedações existentes no Código Eleitoral para celebrações de certos contratos, bem como para a realização de concursos públicos e transferências de pessoal são exemplos dessas restrições que não deixam margem para situações de emergência, como a falta de servidores em um hospital público. Óbices como esses têm restringido cada vez mais a discricionariedade do gestor público, fazendo com que o foco do administrador seja os riscos advindos de toda e qualquer iniciativa governamental e não em face de soluções eficientes para os cidadãos.

Além de vedações legais, existem procedimentos que a Administração Pública precisa adotar simplesmente pelo fato de estar lidando com o dinheiro

ISBN 978-85-62288-05-0

público. Está se falando do moroso e necessário processo de licitação regulado pela Lei Federal nº Lei 8.666/93. Diante de uma enormidade de responsabilidades que precisam ser solucionadas, pergunta-se: Como compatibilizar agilidade e eficiência no atendimento de demandas sociais cada vez mais urgentes e complexas de um Estado com tantas deficiências? Resposta: com planejamento de longo prazo.

A existência de controle (por procedimentos ou vedações) não pode ser justificativa para a ineficiência do Estado na prestação de políticas públicas básicas. Isso significa que o Administrador Público, em face da burocracia estatal, precisa ser mais eficiente do que um empresário, apesar do fato de este gozar de maior liberdade de ação do que aquele. Portanto, o planejamento para o Gestor Público é fundamental.

Se para contratar é necessário planejar, imagine então quando se trata de realizar objetivos tão caros, como a efetivação de direitos fundamentais para uma sociedade que apresenta uma distribuição de renda tão desigual? Esse é o motivo pelo qual precisam ser criados mecanismos para que os governantes, de todas as esferas da Administração Direta e Indireta atuem com uma visão de futuro maior que os quatro anos de governo, que vá além das metas estritamente orçamentárias, pois uma constituição invasora, que se alastra por todo o ordenamento, não o é somente para fins jurídicos, mas também políticos e administrativos.

No plano de avaliação de políticas públicas já implementadas, tem-se que o resultado decorrente do desempenho governamental pode ser examinado sob a dimensão da eficiência, a qual é definida como "relação entre os produtos gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados em um determinado período de tempo" (CASTRO, 2012, p.39).

Quando o legislador elegeu o princípio da eficiência (Emenda Constitucional nº 19) como diretriz da Administração Pública, definiu que a atividade por ela realizada (prestação de serviço, fomento, fiscalização) deve fornecer a maior quantidade de bens ou de serviços com o menor dispêndio de tempo e recursos.

Importante frisar que eficiência não se confunde com eficácia, esta diz respeito apenas ao grau com que se atingem os objetivos e as metas de uma ação governamental, em um determinado período de tempo, independentemente dos custos envolvidos (COHEN, E.; FRANCO, R, 1993, p.102).

Apesar disso, a doutrina pátria ainda diverge sobre o conteúdo jurídico do princípio da eficiência trazido pela reforma constitucional que objetivou a institucionalização do que se convencionou chamar de “Estado Gerencial”. Para Alexandre de Moraes (199, p.30),

> O princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do

ISBN 978-85-62288-05-0

> exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1998, p.108), por sua vez, não considera o princípio como uma imposição, mas como uma simples consequência de uma boa administração, nos seguintes termos:

> Inicialmente cabe referir que a eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os procederes do Poder Executivo Federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido - salvo se deixou de ser em recente gestão pública – finalidade da mesma Administração. Nada é eficiente por princípio, mas por consequência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender à lei, será doravante eficiente, se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções do alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência não tiver um paradeiro.

Esse entendimento é corroborado por Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p.92), que assim esclarece:

> Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração'.

A verdade é que o princípio da eficiência não assegura que uma política pública obtenha resultados, porque o alcance dos objetivos de qualquer

ISBN 978-85-62288-05-0

empreendimento está voltado para outro conceito, o da efetividade, o que, nas palavras de Robison Gonçalves de Castro (2012, p.39), significa:

> ...o alcance daquilo que foi planejado a médio e longo prazo, ou seja, a relação entre os resultados de uma intervenção ou programa em termos de efeitos sobre a população-alvo (impactos observados) e os objetivos pretendidos (impactos esperados).

Portanto, pelo prisma da efetividade de uma intervenção governamental, pretende-se ir além do mero cumprimento de metas imediatas ou específicas. Trata-se de verificar se os produtos (bens e serviços ofertados) lograram produzir os efeitos e impactos esperados, traduzidos pelos objetivos finalísticos da intervenção.

Um bom exemplo para elucidar esse conceito é uma política pública que tenha como objetivo o combate de uma doença viral através de ações de vacinação. O gestor, para cumprir com tal desiderato, emprega insumos suficientes para que o objetivo seja alcançado dentro de um determinado tempo. Porém, a imunização não foi capaz, por si só, de evitar que 50% (cinquenta por cento) do público-alvo fosse atingido pela doença, a qual se pretendia evitar. Diante disso, apesar de ser eficiente e eficaz, a política pública não teve efetividade (resultado).

Para José Antônio Puppim de Oliveira (2006), a falha no ato de planejar políticas púbicas no Brasil está relacionada à ênfase que se dá ao planejamento como forma de se tentar o controle da economia e da sociedade, em vez de vê-lo como um processo de decisão construído política e socialmente com os diversos atores interessados pela decisão com base em informações precisas e na capacidade de articulação e compreensão do processo e dos temas debatidos pelos diversos sujeitos envolvidos. Esse paradigma é defendido por Jürgen Habermas (1987, p. 171), ao apontar para a ação comunicativa como meio de se interpretar o mundo por meio de uma análise que leve em consideração o objeto, o sujeito e a realidade.

Segundo informações contidas no sítio da Secretaria de Assuntos Estratégicos do Governo Federal (SAE),

> O Estado brasileiro precisa ser flexível para que consiga promover as inovações institucionais necessárias de forma a cumprir seu papel na coordenação do desenvolvimento do País. Para tanto, deve estar atento às mudanças sociais e às novas formas de organização da economia. Nesse sentido, o principal desafio configura-se na superação da defasagem entre o Estado legado do século XX e o necessário para uma Nação democrática, inclusiva e integrada, que se projeta como ator global do século XXI.

ISBN 978-85-62288-05-0

Entre os avanços recentes apontados pelo referida Secretaria estão:

2007: Criação do Portal de Convênios – Siconv (Decreto 6.170), sistema que dá transparência aos repasses de recursos públicos da União para estados, municípios e organizações não governamentais.

2008: Criação de novas carreiras voltadas para as áreas de Infraestrutura, de Políticas Sociais e Tecnologia da Informação.

2003 a 2009: Recomposição da força de trabalho no Poder Executivo Federal em áreas estratégicas responsáveis pelos programas prioritários de governo, como educação, por exemplo. Do total de 41.818 vagas de concursos públicos, criadas em 2009, 69% foram destinadas à educação.

2008 e 2009: Autorização de concurso público para substituir os trabalhadores terceirizados em situação irregular no Poder Executivo Federal. Em 2009, já haviam sido substituídas 13.040 vagas.

2007 a 2009: Novas carreiras: Especialista e Analista em Infraestrutura, Analista Técnico de Políticas Sociais e Analista de Tecnologia da Informação.

2003: Criação do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social – CDES

2003 a 2009: Realização de sessenta conferências nacionais e internacionais setoriais com a participação de mais de quatro milhões de brasileiros nas etapas municipais, estaduais e nacionais.

Importante registra que o Governo Federal lançou um plano de ação para os próximos dez anos, quando o Brasil estará comemorando o bicentenário de sua independência. A iniciativa foi do então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva ao ministro de Assuntos Estratégicos, Samuel Pinheiro Guimarães, quando este assumiu o cargo em outubro de 2009. As metas, ainda provisórias, especificadas no programa "Brasil 22", para o setor de planejamento são as seguintes:

- construir uma nova arquitetura institucional do gasto público
- modernizar o funcionamento da administração pública
- desenvolver estratégias de utilização do poder de compra e financiamento do Estado
- aperfeiçoar o arranjo federativo para a implementação de políticas públicas
- garantir gestão eficaz e eficiente dos recursos humanos federais
- instituir o Sistema Nacional de Patrimônio Público

ISBN 978-85-62288-05-0

Nota-se que as metas contidas em tal plano são orientadas, quase que exclusivamente, no intuito de se aumentar ainda mais o controle do Estado sobre gastos. Porém, não foram divulgados os números atuais das despesas que o Governo pretende diminuir e em que áreas isso deverá ocorrer. Isso, verdadeiramente, não é planejar. Essa ação que se diz técnica, na verdade, resulta em simples adivinhação. A prática do planejamento governamental (ou público) jamais pode ser isolada ou dissociada das concepções mais amplas sobre o Estado ou ser colocada distante das disputas mais gerais pela hegemonia social.

Para Jackson De Toni (2002, p.962),

> O planejamento econômico tradicional é: a) normativo, supondo relações sociais mecânicas, tipo causa-efeito. A ação seria um problema dos políticos, enquanto o projeto seria dos técnicos. O plano não é uma mediação entre conhecimento e ação, mas entre conhecimento e projeto. Sua normatividade assume, ainda, o pressuposto da "neutralidade", da "boa forma", o que impede todo e qualquer diálogo com a complexidade real do mundo social. Valoriza sempre o "médio prazo", pois está fora do contexto situacional, da mediação entre passado e futuro. Não focaliza as relações da conjuntura cotidiana no presente, o que exige potentes sistemas de gestão; b) profundamente discursivo no seu formato, isto é, não é operacional nem prático. É a materialização da metáfora do "plano-livro", longo, vazio de conteúdos práticos e com linguagem codificada; c) "oficialista", seu vocabulário e estrutura lógica supõem a capacidade de planejar como monopólio do Estado. É tecnicista, simplifica grotescamente a polissemia do mundo concreto. Assume e opera no conceito do tempo rígido", isto é, o tempo do calendário impõe-se ao tempo da mudança situacional, ao "tempo dos eventos". Os cortes homogêneos do tempo na fixação de metas, por exemplo, assumem a linearidade e a uniformidade do "correr do tempo" como sendo rigidamente iguais para todos os atores, em todos os contextos.

Essas deficiências apontadas pelo autor ainda são uma constante nos planos de governo porque a orientação do planejamento ainda não conseguiu desatrelar-se do modelo estritamente governamental (de curto período) para o Estatal (de longo prazo).

Por fim, é preciso deixar claro que os objetivos estatuídos no texto constitucional traduzem-se em uma meta ousada, o que Otfried Höffe (1991) concebe como ideal de justiça, a única razão de ser do Estado Contemporâneo que suplantará o modelo de “Estado Guardião” de Hobbes. Talvez por isso, a maior

ISBN 978-85-62288-05-0

contribuição do direito e dos cientistas jurídicos da atualidade seja a conscientização do gestor público para esse desafio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbra-se que o termo "Política Pública" não deve ser conceituado juridicamente, mas sim contextualizado. O risco de se criar um conceito restritivo para uma área do saber que engloba conhecimentos multidisciplinares está nos efeitos que tal concepção redundará quando aplicado em termos do que pode ser controlado e por quem, nesta seara.

O paradigma de análise desse objeto de estudos pelos cientistas jurídicos deve ser sempre a Constituição, pois a política pública reflete a foram de ser de um Estado, seja ele qual for. Portanto, a afirmação de que políticas públicas são orientadas para a efetivação de direitos fundamentais só cabe quando se está tratando de um Estado Democrático de Direito.

O controle de Políticas Públicas serve para que desvios de finalidade e até mesmo de recursos não ocorram. Os mecanismos de controle variam, conforme a competência de atuação dos sujeitos envolvidos, seja no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou mesmo em face dos cidadãos, os quais também têm sua parcela de responsabilidade na fiscalização do que se passa na esfera pública.

O Poder Executivo é o detentor do orçamento e responsável pelo planejamento político e econômico das ações de governo. Essa forma de planejar é baseada nos Planos Plurianuais, nas Leis de Diretrizes Orçamentárias e nas Leis Orçamentárias Anuais. Tais diretrizes são insuficientes quando se trata de planejamento de longo prazo, no que tange as obrigações de Estado com previsão constitucional, as quais precisam ser orientadas para um período bem maior do que os quatro anos de exercício de um mandato.

É preciso que os operadores do direito compreendam - apesar da tendência de se ver tudo pela ótica da norma e do direito - que políticas públicas não se resumem aos instrumentos orçamentários, os quais são, apenas, ferramentas de apoio para o gestor público promover suas ações.

A nossa principal política pública é o controle por meio de regras. Cria-se leis para tudo, e com elas restringe-se ao máximo o poder de decisão do gestor público, tudo para evitar a corrupção, prática engendrada no sistema político desde os primórdios do descobrimento do Brasil.

O planejamento de longo prazo não existe, porque o enfoque é sempre o controle e a fiscalização, não o alcance de resultados. Além disso, não há objetivos claros para serem buscados pelas equipes técnicas e as decisões atuam mais no plano da política do que da técnica.

ISBN 978-85-62288-05-0

Um Estado como o nosso, com gritantes diferenças sociais, com metas constitucionais pesadas e com uma vasta burocracia precisa tomar consciência de que o planejamento de longo prazo é fundamental para que o ritmo dos serviços públicos e demais ações estatais sejam compatíveis com a agilidade e eficiência das atividades desenvolvidas na esfera privada, cuja liberdade de atuação é muito maior. Mecanismos para que isso ocorra precisam ser viabilizados por meio do direito, ou seja, do respeito ao princípio da legalidade aliado ao princípio da eficiência, porém, nem sequer conseguimos entender - juridicamente dizendo - do que se trata, afinal, o tal princípio da eficiência.

Novos estudos precisam ser desenvolvidos na área das Ciências Jurídicas para respaldar ações governamentais em sede de políticas públicas voltadas ao planejamento estratégico para possibilitar ao Estado agilidade e eficiência, com respeito à legalidade, de forma que seja assegurado ao gestor público em mínimo de discricionariedade para tomadas de decisões, quando o planejamento falhar.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* Maria Paula Dallari Bucci (org). São Paulo: Saraiva, 2006.

APPIO, Eduardo**.** *Controle judicial das políticas públicas no Brasil.* Curitiba: Juruá Editora, 2006.

BARROSO, Luís. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Direito e Democracia.* vol. 3, n.2, 2º sem. de 2002, Canoas.

BENEVISTE, Émile. *Problemas de Linguistica Geral II*. Campinas: Editora Pontes, 1989.

BIASON, Rita. Breve Histórico da corrupção no Brasil**.** In: *Movimento Voto Consciente.* Disponível em: <www.votoconsciente.org.br>. Acesso em 14/05/2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 jun. de 2012.

BRASIL. *Interlegis. Programa de Integração Legislativa.* Brasília, Senado Federal, 2012. Disponível em <www.interlegis.leg.br>. Acesso em 13 jun. de 2012.

BRASIL.*Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.* Disponível em <www.planejamento.gov.br>. Acesso em 13/06/2012.

BREGA FILHO. Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira: 2002.

BUCCI. Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito.* In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (org). São Paulo: Saraiva, 2006.

ISBN 978-85-62288-05-0

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CASTRO, Robison Gonçalves de. Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas. In: *Cadernos Interlegis para capacitação a distância.* Senado Federal. Disponível em <www.Senado.gov.br> Acesso em 20/06/2012.

COHEN, E. & FRANCO, R. *Avaliação de Projetos Sociais.* Petrópolis. Vozes, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas**.** In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.* Celson Antônio Bandeira de Mello (org.) v.2. São Paulo: Malheiros, 1997.

DE TONI, Jackson. *Reflexões sobre as possibilidades do planejamento no setor público* - do orçamento participativo ao planejamento estratégico.In: Ensaios FEE, Porto Alegre, v. 23, n.2, p. 949-976, 2002.

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

FREY, Klaus. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. In: *Revista de Ciências Humanas,* v.13, n.17/18, 2 sem. 1997.

HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa.* Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987a..

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: Fundamentação de uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado.* Trad. Ernildo Stein. Vozes, Petrópolis, 1991.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Reforma Administrativa: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998 e 19, de 04.06.1998.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOWI. Theodore. J. *Four Systems of Policy, Politics and Choice.* In: Public Administration Review, v.32, n.4, 1992.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* ed. 12. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.* 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Cíntia Morais de. *Consequências de direito após o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal.* Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3050, nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20380>. Acesso em: 11 jun. 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa:* Emenda Constitucional nº 19/98. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación.* 2.ed. rev. aum. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2007.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. Repensando Políticas Públicas: por que frequentemente falhamos no planejamento? In: *Estado e Gestão Pública. Visões do Brasil Contemporâneo.* Paulo Emílio Matos Martins; Octavio Penna Pieranti (org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

PARSONS, Wayne. *Public Policy: an introduction to the theory and practice of policy analysis.* Cheltenham, UK, Edward Elgar. 1997.

SAIANDA, Maria H. *Para Ensinar o Discurso Científico.* Ler educação. Beja: Escola Superior de Educação de Beja, 1992.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle Judicial da Segurança Pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e Contrapesos (Checks and Balances).* Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura.* Sociologias, ano 8, n. 16, jul/dez 2006.

TAYLOR, Matthew M. Como o Judiciário brasileiro interfere nas políticas públicas. Revista Getúlio. In: *Programa de Especialização e Educação Continuada da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas.* São Paulo: set. 2007, p. 53. Disponível em <www. bibliotecadigital.fgv.br/...>. Acesso em 04/07/2012.

TEIXEIRA, Maria Cristina; PAIUCA, Anna Christina K.; BICALHO, José Sebastião V. O Controleo Judicial de Políticas Públicas. In: *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidade e Direito.* v6. n.6, 2009, p.58. Disponível em https://www.metodista.br/revistas/revistasmetodista.index.php/>. Acesso em 04/04/2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, direitos, justícia.* Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ISBN 978-85-62288-05-0

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS E JURISDICIONAIS: ESTUDOS CONCERNENTES AOS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Lorena Ferreira FERNANDES*

RESUMO:

O presente artigo vislumbra discorrer sobre o instituto da responsabilidade civil do Estado. Inicialmente, serão feitas considerações gerais a cerca da responsabilidade estatal, destacando-se sua natureza extracontratual, sua origem omissiva ou comissiva e a obrigação do Estado indenizar o indivíduo que foi lesado por atos de seus agentes, seja do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, bem como o direito do Estado em promover ação de regresso contra o causador do dano. Posteriormente, serão abordadas as teorias da responsabilidade civil do Estado: teoria da irresponsabilidade e teoria da responsabilidade, com suas eventuais ramificações. Outro ponto a ser estudado diz respeito ao histórico do instituto em questão no direito brasileiro, tendo sua principal regulamentação, atualmente, no art. 37, §6º da Constituição Federal e no art. 43 do Código Civil. Concomitantemente, tratar-se-á da indissociável presença tanto da responsabilidade objetiva quanto da responsabilidade subjetiva no referido art. 37, §6º da Constituição, sendo a primeira atribuída ao Estado e a segunda atribuída ao agente público autor da conduta danosa. Por fim, busca-se explicar as excludentes da responsabilidade civil do Estado e, sobretudo, analisar o aspecto da responsabilidade civil estatal por atos não administrativos, isto é, por atos legislativos e jurisdicionais. Pretende-se realizar uma argumentação clara e objetiva acerca do tema, suscitando os fatores determinantes que compõem o conceito de responsabilidade civil do Estado e sua evolução ao longo do tempo até atingir sua disposição atual, que merece ser reconhecida e respeitada devido a sua coerência e segurança jurídica.

RIASSUNTO:

Lo scopo del presente articolo è di discorrere sull'istituto della responsabilità civile dello Stato. Prima, si faranno delle considerazioni generali sulla responsabilità statale, distaccandosi la sua natura extracontrattuale, la sua origine omissiva o

* Discente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus Jacarezinho /PR. E-mail: *lorenafernandes29@yahoo.com.br*

ISBN 978-85-62288-05-0

commissiva e l'obbligo dello Stato risarcire l'individuo che fu pregiudicato dagli atti dei suoi agenti, sia dell'Esecutivo, sia del Legislativo o sia del Giudiziario, così come il diritto dello Stato in promuovere azione di regresso contro quello che ha cagionato il dannegiamento. Posteriormente, si abborderano le teorie di responsabilità civile dello Stato: la teoria dell'irresponsabilità e la teoria della responsabilità, con le sue eventuali ramificazioni. L'altro punto a studiare è concernente allo storico dell'istituto in questione nel diritto brasiliano, la cui principale regolamentazione, attualmente, si trova nell'art. 37, §6º della Costituzione Federale e nell'art. 43 del Codice Civile. Concomitantemente, si tratterà dell'indissolubilità presenza tanto della responsabilità oggettiva come della responsabilità soggettiva nel riferito art. 37, §6º della Costituzione, essendo la prima conferita allo Stato e la seconda conferita all'agente pubblico autore della condotta dannosa. Alla fine, si cerca di spiegare le escludenti della resposabilità civile dello Stato e, soprattutto, analizzare l'aspetto della responsabilità civile statale dagli atti non amministrativi, cioè, agli atti legislativi e giurisdizionali. Si intende realizzare un'argomentazione chiara e oggettiva sul tema, suscitanto i fattori determinanti che compongono il concetto di responsabilità civile dello Stato e la sua evoluzione lungo il tempo fino a giungere la sua disposizione attuale che, per la sua coerenza e sicurezza, merita essere riconosciuta e rispettata.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Responsabilidade objetiva. Atos não administrativos. Constituição.

PAROLE-CHIAVE: Stato. Responsabilità oggettiva. Atti non amministrativi. Costituzione.

INTRODUÇÃO

No Direito existe um instituto chamado responsabilidade civil, que consiste na obrigação de uma pessoa reparar o dano que causou a outra, ou seja, ao infringir um interesse jurídico em virtude do descumprimento de uma norma pré-existente, contratual ou não, o responsável direto ou indireto deverá indenizar a vítima do dano por ele ocasionado.

Desde seus primórdios, a legislação brasileira prevê a responsabilidade civil do Estado por prejuízos ou violações a direitos causados a terceiros. A responsabilidade civil do Estado é tema de notável complexidade e relevância para o Direito Público brasileiro, sobretudo após a promulgação de Constituição de 1988, que suscitou questionamentos e debates a cerca do assunto. Por vivermos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, estamos sujeitos aos ditames do ordenamento jurídico, ou seja, uma vez que cometemos condutas que causem dano

ISBN 978-85-62288-05-0

a outrem, surge o dever de indenizar. Com o Poder Público não é diferente, também se submetendo ao Direito.

A responsabilidade civil do Estado tratada no presente artigo é de natureza extracontratual, atingindo pessoas jurídica de direito público ou particulares que prestam serviços públicos e que praticaram condutas que violam um dever jurídico de origem não contratual.

O Poder Público, pela própria natureza de suas atividades, imputa a seus agentes um dever de diligência, isto é, sopesar e medir as conseqüências de suas condutas, evitando causar prejuízos a terceiros. No caso do agente estatal descumprir com seu dever de diligência ocasionando dano a terceiro, estará caracterizada a responsabilidade civil do Estado.

Sempre existiram inúmeras teorias acerca da responsabilidade civil do Estado, evoluindo da idéia da irresponsabilidade para a responsabilidade objetiva. O instituto em questão foi regulamentado pelas diversas Constituições brasileiras e por outros diplomas legais, passando por constantes modificações e aprimoramentos, e atualmente encontra seu principal respaldo no art. 37, §6º da Constituição Federal e no art. 43 do Código Civil.

O Estado pode ser civilmente responsabilizado tanto por atos administrativos quanto por atos não administrativos. Neste trabalho, em tópicos próprios, os estudos serão voltados para a responsabilidade do Estado no exercício de funções não administrativas, abrangendo o desempenho das competências legislativas e jurisdicionais.

Com o presente artigo pretende-se discorrer sobre os aspectos fundamentais da responsabilidade civil extracontratual do Estado, suas teorias, seu histórico no direito brasileiro, seus fatores excludentes e a responsabilidade por atos legislativos e jurisdicionais, pautando-se pelo método dedutivo e utilizando a pesquisa virtual e bibliográfica.

1. CONSIDERAÕES GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Toda violação a direito deve ser reparada. No caso da violação ser proveniente do Estado, surge para este a obrigação de indenizar. Em outras palavras, quando o dano decorre de ato do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade cabe ao Estado, tendo que reparar o dano causado a terceiro por agentes públicos.

Por ser uma pessoa jurídica de Direito Público, o Estado contrai tanto direitos como obrigações, devendo reparar os prejuízos causados por seus agentes, existindo o direito de regresso contra o responsável direto.

ISBN 978-85-62288-05-0

A responsabilidade civil do Estado provém de atos comissivos ou omissivos antijurídicos. A esse respeito, a responsabilidade do Estado decorrente de ato ilícito configura-se "[...] quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, em obediência à legislação, não o faz, ou ainda, atua de modo insuficiente" (TRUJILLO, 1996, p. 60). Com isso, o Estado descumpre o princípio da legalidade, o qual, para o Poder Púbico, significa que só se pode fazer aquilo que a lei determina, conforme disposto no art. 37 da Constituição Federal. Há tendência doutrinária em reconhecer a responsabilidade do Estado também por atos lícitos, os quais integram o conceito de ato antijurídico, desde que causem dano anormal e específico, como se constata na seguinte explicação:

> [...] surge a responsabilidade do Estado quando, embora praticando atos nos limites previstos na legislação e visando atender a sua própria finalidade, motiva danos a terceiros. Será indenizável quando o ato, embora lícito, motivado pelo interesse público, causar um prejuízo especial e anormal, isto é, ato impositivo de sacrifício e não, simplesmente, restritivo de direito. (TRUJILLO, 1996, p. 100-101)

Ressalta-se que quando se fala em responsabilidade civil do Estado, refere-se a danos de natureza patrimonial ou moral, suscetíveis de apreciação pecuniária, além de se tratar de responsabilidade extracontratual. A célebre autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 643) explica que "[...] a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos".

Nas palavras de Filho,

> A responsabilidade civil do Estado comporta, em primeiro lugar, a indenização por perdas e danos materiais. Isso significa o dever de pagar o valor correspondente aos danos emergentes e aos lucros cessantes – vale dizer, aquilo que o lesado perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar.
>
> Já a responsabilidade civil por dano moral compreende uma importância destinada a atenuar o sofrimento moral acarretado em virtude de atuação ilícita, com forte conotação de punição. (2010, p. 1243-1244)

O nosso ordenamento adotou a teoria da responsabilidade objetiva para a responsabilização do Estado, segundo a qual não há a necessidade de provar a culpa, bastando a existência da conduta, do dano e do nexo causal entre o prejuízo sofrido e a ação do agente.

ISBN 978-85-62288-05-0

2. TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: DA IRRESPONSABILIDADE À RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Ao longo do tempo, concomitantemente com a evolução e modificações do Direito, evoluiu também o conteúdo das teorias da responsabilidade civil do Estado, partindo-se da teoria da irresponsabilidade, passando pela teoria da responsabilidade subjetiva, até chegar à teoria da responsabilidade objetiva.

Atualmente, é pacificamente aceita a responsabilidade civil estatal, porém, para se alcançar tal patamar, enfrentou-se períodos de incertezas, discussões e construções doutrinárias e normativas. A evolução da concepção acerca da responsabilidade civil do Estado deu-se em fases distintas, tendo para cada uma dessas fases algumas teorias como seu fundamento.

A seguir, realizar-se-á uma breve explanação sobre as teorias da irresponsabilidade e da responsabilidade do Estado, com suas eventuais subdivisões.

2.1. Teoria da irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade civil do Estado predominou durante a época do absolutismo, na qual o soberano não se vinculava a leis, sobrepondo-se a qualquer outro Poder e ao povo, sendo considerados divindades. Por essa teoria, os lesados pelas atividades do Poder Público deveriam arcar, eles próprios, com os prejuízos advindos dos atos danosos.

Conseqüentemente,

> Essa teoria logo começou a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações. (DI PIETRO, 2011, p. 644)

Mesmo com o surgimento do Estado liberal, no século XVIII, a Administração permaneceu imune à responsabilização, admitindo-se somente a responsabilidade dos agentes estatais por condutas dolosas ou culposas, no entanto, existiam inúmeras restrições para que fossem efetivamente responsabilizados. Na lição de Diniz (2010, p.645), “se o funcionário, no desempenho de sua função, lesasse direitos individuais, ele é que, pessoalmente, deveria reparar o dano e não o Estado”.

Com a crescente valorização e criação de direitos individuais, houve o reconhecimento do dever estatal de indenizar, ou seja, ser responsabilizado, com isso, a teoria da irresponsabilidade perdeu sua razão de ser e desapareceu da

ISBN 978-85-62288-05-0

doutrina, dando lugar à teoria da responsabilidade. Pontua-se que "o marco do desaparecimento da teoria da irresponsabilidade deu-se nos Estados Unidos, em 1946, pelo Federal *Tort Claim Act*, e, na Inglaterra, em 1947, pela edição do *Crown Proceeding Act*" (ESTEVES, 2003, p. 46, grifo do autor). Hoje em dia, a teoria da irresponsabilidade civil do Estado está superada e não é mais adotada.

2.2. Teoria da responsabilidade

Restando a teoria da irresponsabilidade ultrapassada, adotou-se a teoria da responsabilidade do Estado. Inicialmente estava configurada como responsabilidade subjetiva, visto que dependia da aferição de culpa do agente que praticou a conduta danosa. Em um segundo momento surgiu a teoria da responsabilidade objetiva estatal. Aos ideais de cada uma dessas fases, deu-se o nome, respectivamente, de teorias civilistas e teorias publicistas.

2.2.1. Teorias civilistas

Pelas teorias civilistas, a responsabilidade estatal estava baseada na idéia de culpa, distinguindo os atos de gestão dos atos de império. Para esclarecimento do tema, oportuno mencionar a seguinte explicação:

> Numa primeira fase, distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os **atos de império** e os **atos de gestão**. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum. (DI PIETRO, 2011, p. 644-645, grifo do autor)

Destarte, haveria responsabilidade civil do Estado no caso dos atos de gestão, mas não por atos de império, protegendo o Rei em detrimento do Estado, pois, agindo o Estado como pessoa privada, responderia por seus atos, contudo, agindo em face do império, não poderia ser responsabilizado. Esta situação era inaceitável, já que "negar indenização pelo Estado em qualquer de seus atos que causaram danos a terceiros é subtrair o poder público de sua função primordial de tutelar o direito". (DINIZ, 2010, p. 646)

ISBN 978-85-62288-05-0

Tal teoria sofreu forte oposição e tornou-se inadmissível, abandonando-se a separação entre atos de império e atos de gestão, mantendo-se, contudo, a concepção de responsabilidade civil subjetiva do Estado por atos de seus representantes, também chamada pela doutrina de teoria da culpa civil.

2.2.2. Teorias publicistas

As teorias publicistas referem-se à responsabilidade objetiva do Estado, abrangendo a teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público, como uma fase de transição, e a teoria do risco administrativo ou risco integral.

A teoria da culpa administrativa afirma que "a obrigação de o Estado indenizar decorre da ausência objetiva do serviço público em si. Não se trata de culpa do agente público, mas de culpa especial do Poder Público, caracterizada pela falta de serviço público". (HARADA, 2000, p. 1, on line)

Dessa forma, havia distinção entre a culpa individual do agente e a culpa do serviço público, na qual se atribui responsabilidade ao Estado. Esclarece Di Pietro que,

> Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário. (2011, p. 646, grifo do autor)

Posteriormente, adveio a teoria do risco administrativo, também chamada de teoria do riso integral, porém, há entendimento doutrinário de que a primeira denominação aceita as causas excludentes da responsabilidade estatal e a segunda não, sendo ambas modalidades da teoria da responsabilidade objetiva. O indivíduo que for lesado pelo Estado não precisa comprovar que o agente público praticou uma conduta dolosa ou culposa, apenas deve demonstrar que houve o nexo de causalidade, isto é, que o dano sofrido foi oriundo de um ato do Estado por meio de ação ou omissão de seu agente. Por esses fatores, dizemos que trata-se de responsabilidade objetiva.

Esta teoria está presente no direito brasileiro no art. 43 do Código Civil e no art. 37, §6º da Constituição Federal, os quais determinam que o Estado responda objetivamente por atos lesivos de seus agentes contra terceiros, tendo, contudo, direito de promover ação regressiva contra o causador do dano.

ISBN 978-85-62288-05-0

3. O DIREITO BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O instituto da responsabilidade civil do Estado sempre esteve presente no ordenamento jurídico pátrio, destacando-se que o direito brasileiro nunca adotou a teoria da irresponsabilidade. Atualmente, prevalece a idéia de responsabilidade objetiva do Estado, com base na teoria do risco administrativo, já a responsabilidade do agente público perante a Administração é subjetiva, conforme o entendimento predominante, ou seja, baseada no dolo ou na culpa.

O tema vem sendo regulado ao longo do tempo pelas diversas Constituições brasileiras, como se demonstrará a seguir.

A Constituição do Império do Brasil de 1824, assim dispôs em seu art. 179, XXIX: "Os Empregados Públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos".

A Constituição de 1891 dispunha que:

> Art. 82. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.
>
> Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.

Ambas as Constituições acima citadas não previam a responsabilidade do Estado, mas apenas a responsabilidade do funcionário pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções. No entanto, existiam leis e decretos que determinavam a responsabilidade solidária do Estado no ressarcimento de atos danosos praticados por seus agentes.

No Código Civil de 1916, o seguinte artigo consagrou a responsabilidade subjetiva do Estado, contudo sua redação equívoca propiciou que alguns autores entendessem que se tratava de responsabilidade objetiva.

> Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

ISBN 978-85-62288-05-0

As Constituições de 1934 e 1937 adotaram o princípio da responsabilidade solidária do Estado e do funcionário, respectivamente em seus artigos 171 e 158, abaixo transcritos:

> Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.
>
> § 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.
>
> § 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário público.
>
> Art. 158. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

Por sua vez, a Constituição de 1946 estabeleceu:

> Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
>
> Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Tal dispositivo foi o consagrador da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, ou teoria do risco administrativo. Porém, o entendimento não foi pacífico, suscitando discordâncias doutrinárias quanto a teoria presente no referido artigo. Nos dizeres de Esteves (2003, p. 69-70), “de fato, a disputa encerrava não apenas a eleição do fundamento da responsabilidade objetiva [...] mas também o questionamento quanto à própria objetivação da responsabilidade estatal”.

A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969, mantiveram a norma da Constituição de 1946 em seus arts. 105 e 107, respectivamente. Vale destacar que em tais artigos “houve a supressão da palavra ***interno***, passando a abranger tanto as entidades políticas nacionais, como as estrangeiras”. (HARADA, 2000, p. 1, on line, grifo do autor)

Com o advento da Constituição de 1998, assim ficou estabelecido:

> Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus

ISBN 978-85-62288-05-0

> agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Para melhor compreensão do dispositivo citado, oportuno se faz conceituar agente público: “Agente público é toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado” (FILHO, 2010, p. 824). Sobre o tema, discorre Harada:

> [...] todo aquele que presta serviços à Administração Pública, direta ou indireta. Engloba, também, os agentes políticos que são apenas os governantes e seus auxiliares diretos como os Ministros e Secretários das diversas partes do Poder Executivo, bem como os membros de Poder.
>
> Para efeito de responsabilização civil do Estado não importa que o agente público, que praticou o ato ou a omissão administrativa, estivesse irregularmente investido no cargo ou na função. O importante é que o dano causado a terceiro decorra da ação ou omissão do agente público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las. De fato, é indiferente para a vítima o título pelo qual o causador do dano esteja vinculado à entidade política. Outrossim, dano decorrente de abuso do agente público no exercício de suas atribuições não exime o Estado da sua responsabilidade objetiva, antes a agrava, pois caracteriza-se aí a culpa *in eligendo.* (2000, p. 1, on line, grifo do autor)

O Código Civil de 2002 não inclui em seu art. 43 as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público:

> Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Retomando os estudos ao art. 37, §6º da Constituição, Di Pietro relaciona as exigências da regra da responsabilidade objetiva:

> 1. que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (que são mencionadas no art. 41 do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público [...] 2. que as entidades de direito privado prestem **serviço público** [...] 3. que seja causado **dano a**

ISBN 978-85-62288-05-0

> **terceiros**, em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o nexo de causa e efeito [...] 4. que o dano seja causado por **agente** das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes **políticos**, **administrativos ou particulares em colaboração com a Administração**, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço; 5. que o agente, ao causar o dano, aja **nessa qualidade**; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções. (2011, p. 649-650, grifo do autor)

O Estado responde objetivamente por dano causado por condutas comissivas ou omissivas de seus agentes no exercício de suas funções, em substituição à responsabilidade deste, independentemente de culpa. Na explicação de Harada (2000, p.1, on line, grifo nosso), "o prejudicado pela ação estatal *sempre terá o direito à indenização* a ser pleiteada contra a Fazenda Pública ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público a que pertencer o agente causador do dano". Depois de ressarcida a vítima, verificado o dolo ou a culpa, o Estado promove a ação de regresso contra seu agente causador do dano. Com isso, constata-se que na Constituição de 1988 estão presentes tanto a responsabilidade objetiva do Estado quanto a responsabilidade subjetiva do agente público, tendo em vista que o direito de regresso do Estado contra o agente causador do ato danoso está sujeito à culpa ou ao dolo do mesmo.

4. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

A responsabilidade civil do Estado será elidida quando presentes determinadas circunstâncias capazes de eliminar o nexo causal entre a conduta do Estado e o dano causado a terceiro, são elas: a força maior, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Força maior é um acontecimento imprevisível, que independe da vontade das partes, como um furacão ou uma tempestade. Nestes casos, diante da imprevisibilidade de tais fenômenos, o Estado não estará obrigado a reparar eventuais danos, visto que inexistirá o nexo de causalidade.

Contudo, poderá ocorrer responsabilidade do estado se, juntamente com a força maior, houver omissão do Poder Público em cumprir suas funções, colaborando com os efeitos gerados pela força maior, que por ele poderiam ter sido evitados ou amenizados.

Há divergências quanto a se o caso fortuito também seria uma hipótese excludente da responsabilidade do Estado, em virtude do art. 393 do Código Civil

ISBN 978-85-62288-05-0

não ter feito distinção entre o caso fortuito e a força maior, nem os definido. Porém, concordamos com a seguinte opinião:

> [...] o caso fortuito- que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado – ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado. (DI PIETRO, 2011, p. 652)

A culpa da vítima pode excluir total ou parcialmente a responsabilidade do Estado, pois, no caso da culpa ser exclusiva da vítima, o Estado não será responsabilizado; já se a culpa for compartilhada com o Estado, este repartirá a responsabilidade com a vítima, como disposto no art. 945 do Código Civil brasileiro: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

O dano provocado por culpa de terceiro elide a responsabilidade do Poder Público, visto que decorre do princípio de que ninguém poderá ser responsabilizado por atos que não cometeu ou para os quais não concorreu.

Complementa Trujillo (1996, p. 64), que, "se o dano provém, simultaneamente, do ato de um particular e do ato da administração, esta será responsável pelo limite que lhe couber". Destarte, quando o dano for oriundo de causas praticadas pelo Estado e pela vítima, não há que se falar em exclusão de responsabilidade, mas sim em atenuação do montante indenizatório devido conforme o envolvimento no evento danoso.

5. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO LEGISLATIVO

Primeiramente, cabe ressaltar que, embora o Poder Legislativo tenha função de fiscalização financeira, julgamento por crimes de responsabilidade e gestão de seus serviços, no presente trabalho será abordada a sua função primordial, isto é, a de inovar o ordenamento jurídico através da criação de leis.

A questão da responsabilidade do Estado por atos do Poder Legislativo não é pacífica, havendo divergências quanto ao tema. No seguinte trecho, encontramos argumentos a favor da irresponsabilidade do Estado:

> 1. O Poder Legislativo atua no exercício da soberania, podendo alterar, revogar, criar ou extinguir situações, sem qualquer limitação que não decorra da própria Constituição; 2. O Poder Legislativo edita normas gerais e

ISBN 978-85-62288-05-0

> abstratas dirigidas toda a coletividade; os ônus delas decorrentes são iguais para todas as pessoas que se encontram na mesma situação, não quebrando o princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais; 3. Os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos. (DI PIETRO, 2011, p. 657-658)

Refutando tal posicionamento,

> 1. Mesmo exercendo parcela da soberania, o Legislativo tem que se submeter à Constituição, de modo que acarreta responsabilidade do Estado quando edita leis inconstitucionais; 2. Nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, de modo que o Estado deve responder por danos causados por leis que atinjam pessoas determinadas, mesmo que se trate de normas constitucionais; 3. Ao terceiro argumento, responde-se que a eleição do parlamentar implica delegação para fazer leis constitucionais. (DI PIETRO, 2011, p. 658)

Em regra, o Estado não responderá por atos legislativos, porém, há exceções, admitindo-se a responsabilidade estatal em alguns casos, entre eles: leis inconstitucionais; leis de feitos concretos, constitucionais ou inconstitucionais; omissão no poder de legislar.

No tocante ás leis inconstitucionais, para que haja a obrigação do Estado em indenizar é preciso que esteja presente o nexo de causalidade entre a inconstitucionalidade e o dano sofrido. Dessa forma, compartilhamos do seguinte entendimento:

> A só inconstitucionalidade da lei, a só desconformidade dela ao ordenamento jurídico não é suficiente para determinar a atuação do instituto da responsabilidade. Pode ocorrer que o ato legislativo inconstitucional produza lesão de direitos cujos efeitos não sejam patrimoniais; a sanção será neste caso a mera declaração de inconstitucionalidade. (ALCÂNTARA, 1988, p. 67)

Neste contexto, pontua-se que ocorre “a invalidação de lei não só pela desconformidade substancial que possa revelar com a Constituição, mas também em razão dos vícios que se apresentam na elaboração legislativa, desde que insanáveis” (ESTEVES, 2003, p. 228). O legislador não pode contrariar os mandamentos constitucionais, se o fizer e resultar prejuízo a terceiros, o Estado terá o dever de reparar o dano. Assim, quando a função legislativa ensejar lei

ISBN 978-85-62288-05-0

inconstitucional, o Poder Público é responsável por indenizar o indivíduo que foi lesado por tal inconstitucionalidade. Entendimento majoritário defende que, para existir responsabilidade por leis inconstitucionais, o STF precisa ter declarado o vício.

Quando se mostrar dispensável a declaração de inconstitucionalidade do ato legislativo por esta não ser determinante para o evento danoso, que, na lição de Diniz (2010, p. 659), "ocorreria de qualquer modo, mesmo se ela fosse constitucional, poder-se-á pleitear uma indenização ao Estado, dando-se àquela lei tratamento de ato constitucional lesivo".

Em regra, o Estado tem direito de promover ação de regresso contra o agente causador do ato lesivo, entretanto, há o entendimento de que não haverá a possibilidade de ação de regresso contra o legislador, tendo em vista ser um agente estatal com posição privilegiada.

Com relação às leis de efeitos concretos, são aquelas que atingem um determinado grupo de pessoas, não possuindo o comum grau de abstração das normas jurídicas, assemelhando-se a atos administrativos. Assim, as leis de feitos concretos seriam consideradas leis apenas no aspecto formal, pois, quanto seu conteúdo, correspondem a atos administrativos. Aduz Di Pietro (2011, p. 660) que, "em se tratando de lei de efeitos concretos, aceita-se a responsabilidade do Estado mesmo que ela seja constitucional".

No que diz respeito à possibilidade de responsabilização civil do Estado por omissão legislativa, "se a Constituição estabelecer o dever o dever de exercer a competência legislativa, a omissão será uma infração à ordem jurídica" (FILHO, 2010, p. 1264). A vítima poderá requerer indenização do Estado por estar impedido de exercer um direito garantido constitucionalmente em virtude da inércia do legislador.

A Constituição permite a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida e o mandado de injunção, visando efetivar norma constitucional ou quando a ausência de regulamentação prejudicar o exercício dos direitos e garantias constitucionais. Paralelamente a tais remédios constitucionais haverá a responsabilidade do Estado por perdas e danos decorrentes da omissão no poder de legislar ou regulamentar.

6. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL

No Brasil, a jurisdição é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário. O juiz por meio do processo faz atuar a jurisdição, visando aplicar o direito no caso concreto, compondo o litígio entre as partes e promovendo a pacificação social, ou seja, objetiva-se realizar a justiça.

ISBN 978-85-62288-05-0

Atos jurisdicionais seriam todos os atos que o magistrado pratica no decorrer do processo, sejam eles decisórios ou não. Com isso, "considerando-se que o serviço judiciário é um serviço público, [...] todo e qualquer ato jurisdicional (isto é, coligado ao exercício da jurisdição) é potencialmente apto a deflagrar a responsabilidade estatal". (DERGINT, 1994, p. 97)

Durante muito tempo prevaleceu no nosso ordenamento a idéia da irresponsabilidade do Estado diante de atos jurisdicionais lesivos, porém, hodiernamente prevalece na doutrina a aceitação da responsabilidade estatal por tais atos, embora a jurisprudência ainda se oponha, mostrando-se conservadora.

Os argumentos abaixo transcritos pertencem àqueles que resistem à possibilidade do Estado ser responsabilizados por atos jurisdicionais:

> a) O Poder Judiciário é soberano; b) Os juízes têm que agir com independência no exercício das funções, sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado; c) O magistrado não é funcionário público; d) A indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria o reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei. (DI PIETRO, 2011, p. 662)

A fim de repelir tais argumentos, demonstra-se sua fragilidade diante das seguintes palavras:

> a) A soberania, no estado de Direito, é reconhecida à Nação e não a qualquer de seus poderes, em si mesmo. Mesmo que se admitisse a soberania do Judiciário, este fato não exoneraria o estado do dever de ressarcir danos causados por ato jurisdicional, por não haver autonomia entre soberania e responsabilidade, pois soberania não quer dizer infalibilidade ou irresponsabilidade; b) A independência da magistratura não é argumento viável para afirmar a irresponsabilidade do Estado, pois é precisamente porque a responsabilidade seria do Estado e não do juiz que a independência deste estaria assegurada. [...]; c) O termo "agente", empregado no art. 37, §6º, da nova Constituição, abrange todos os que agem em nome do Estado. [...] O serviço judiciário é, portanto, serviço público, logo, se for lesivo, é serviço danoso do Estado, e, obviamente, este deverá ser responsabilizado. [...]; d) A intangibilidade ou irretratabilidade da coisa julgada é insuficiente para justificar a irresponsabilidade estatal por atos judiciais. A autoridade da coisa julgada não constitui um valor absoluto,

ISBN 978-85-62288-05-0

> pois, entre ela e a idéia de justiça, a última prevalecerá [...]. (DINIZ, 2010, p. 663-665)

O fato de o Estado ser condenado a indenizar dano oriundo de ato jurisdicional, não acarreta a modificação da decisão judicial, o Estado será responsabilizado pelos prejuízos que a decisão imutável provocou as partes.

O ato jurisdicional pode acarretar a responsabilidade do Estado nas seguintes hipóteses: não concessão de liminar quando era cabível; prisão preventiva decretada erroneamente; abuso ou desvio de poder do magistrado; erro judiciário; demora na prestação da tutela jurisdicional; denegação de justiça, entre outras.

O erro judiciário é o equívoco presente no julgamento, tanto no campo penal quanto no cível, podendo ser intencional, provocado ou acidental, e encontra respaldo no art. 630 do CPP , art. 133 e 485 do CPC, e no art. 5º, LXXV da CF. O erro judiciário pode ser reparado através de revisão da sentença, respondendo o estado pelo dano causado à vítima. Nota-se que:

> A reparação do erro judiciário consiste, conforme entendimento atual, em verdadeiro direito da vítima contra o Estado. O dever de reparação não se funda, pois, em um imperativo de assistência e solidariedade social. A indenização decorre não de um dever moral (quando poderia ou não ser concedida pelo Estado “soberano”), mas sim de um dever jurídico do Estado. (DERGINT, 1994, p. 169)

A prisão preventiva injusta faz com que o inocente tenha direito à indenização do Estado, pois, ao ser onerado e sofrer transtornos em razão do interesse social, deve ser indenizado pela coletividade que lhe impôs tal encargo injustamente. Além disso, a má-fé e o abuso de poder do magistrado são condutas ilícitas, o que acarreta a responsabilidade civil do Estado.

Estando presentes todos os pressupostos para a concessão de liminar em mandado de segurança, o juiz deve concedê-la a fim de assegurar o interesse do impetrante. Contudo, mesmo sendo um ato discricionário do magistrado, se o mesmo deixa de concedê-la, haverá a responsabilidade estatal pelas injustas conseqüências advindas da injusta denegação do magistrado. Assim,

> Exsurge a responsabilidade estatal notadamente quando o órgão judicial, tendo o dever de impedir a ocorrência de um dano, não o evita. Tal sucede nos casos em que, não obtida a concessão de uma medida liminar requerida, prolata-se decisão final favorável, porém no momento em que o bem, para o qual se buscou proteção, deteriorou-se ou mesmo pereceu. A

ISBN 978-85-62288-05-0

> importuna concessão da medida denota a ineficácia da respectiva sentença e o defeituoso funcionamento do serviço judiciário, que engendra a responsabilidade do Estado-juiz. (DERGINT, 1994, p. 189)

A denegação de justiça, que consiste "na negativa do Estado-juiz em oferecer a devida proteção aos direitos de seus cidadãos mediante a prestação da tutela jurisdicional" (DERGINT, 1994, p. 189), dá origem à responsabilidade estatal, em virtude de conduta lícita e omissiva do Poder Judiciário. Por meio do direito de ação o indivíduo pode exigir do Judiciário resposta a sua pretensão, surgindo para o juiz competente o dever de se pronunciar. Conforme preceitua o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 126 do CPC, o juiz não pode se negar em aplicar o direito, qualquer omissão em seus deveres como magistrado, implica em denegação de justiça, caracterizando a chamada "falta do serviço judiciário".

A prestação da tutela jurisdicional é assegurada na Constituição, em seu art. 5º, XXXV, o qual determina que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O serviço judiciário e, conseqüentemente, o Estado, tem a obrigação de prestar a tutela jurisdicional dentro dos prazos e limites legalmente fixados, obedecendo ao princípio da legalidade. Ao menos, tal prestação deve ocorrer dentro de prazos razoáveis, caso contrário, o Poder Público poderá ser responsabilizado pelos prejuízos ocasionados pela demora da decisão judicial.

O funcionamento tardio do Poder Judiciário gera para o Estado o dever de responder pelos danos que eventualmente advirem do retardo da prestação jurisdicional. Entende-se que,

> Se o retardamento decorrer de falhas e deficiências do aparelho judiciário (sem culpa ou dolo do juiz), representadas por sobrecarga e acúmulo de serviço ou por má distribuição de juízes, servidores e processos, o Estado é integralmente responsável pelo "acidente administrativo". Se a demora advier de desídia judicial (que é uma forma de culpa, equipara à negligência), deve também responder o juiz, ainda que apenas regressivamente ao Estado. (DERGINT, 1994, p. 196)

Inegavelmente, o defeituoso funcionamento da justiça devido à ausência de recursos matérias ou inadequados recursos pessoais, dará origem à responsabilidade civil do Estado em razão de sua inércia ou ineficácia em prover um serviço judicial que atenda dentro de prazos razoáveis ou justificáveis as necessidades dos cidadãos que requerem a prestação da tutela jurisdicional.

A consagração da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais pode ser verificada na análise do art. 5º, LXXV da CF, do art. 133 do CPC e do art.

ISBN 978-85-62288-05-0

630 do CPP. No referido inciso do artigo 5º da nossa Carta maior, há a seguinte previsão: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". A regra do art. 133 do CPC dispõe que "responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude", o que não exclui a responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Por sua vez, o art. 630 do CPP estabelece que o tribunal poderá conceder ao interessado uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

A responsabilidade individual do magistrado não exclui a do Estado, "apenas o Estado deve responder perante o jurisdicionado prejudicado, ainda que o dano tenha sido causado por ato doloso ou culposo do magistrado" (DERGINT, 1994, p. 29). O Estado terá ação regressiva contra o magistrado que agiu dolosa ou culposamente, no entanto, quando os atos jurisdicionais lesivos decorrerem dos Tribunais, não haverá o direito de ação de regresso, pois se trata de órgão colegiado.

CONCLUSÃO

Concatenando as exposições feitas no decorrer desta pesquisa conclui-se que toda violação a direito deve ser reparada. No caso da violação ser proveniente do Estado, surge para este a obrigação de indenizar. Em outras palavras, quando o dano decorre de ato do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade cabe ao Estado, tendo que reparar o dano causado a terceiro por agentes públicos. O referido ônus atribuído ao Estado encontra fundamento no fato de vivermos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, onde estamos sujeitos aos ditames do ordenamento jurídico, ou seja, uma vez que cometemos condutas que causem dano a outrem, surge o dever de indenizar e com o Poder Público não poderia ser diferente.

A natureza de tal responsabilidade estatal é extracontratual, atingindo pessoas jurídica de direito público ou particulares que prestam serviços públicos e que praticaram condutas que violam um dever jurídico de origem não contratual.

Constatou-se que, ao longo do tempo, evoluiu o conteúdo das teorias da responsabilidade civil do Estado. Inicialmente, prevaleceu a teoria da irresponsabilidade estatal, principalmente durante o período absolutista, devendo os lesados pelas atividades do Poder Público arcar, eles próprios, com os prejuízos advindos dos atos danosos. Hodiernamente, a teoria da irresponsabilidade está superada. Em seguida, surgiram as teorias da responsabilidade civil do Estado: as teorias civilistas e as teorias publicistas. Pelas teorias civilistas, a responsabilidade estatal estava baseada na idéia de culpa; já as teorias publicistas referem-se à responsabilidade objetiva do Estado, abrangendo a teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público, como uma fase de transição, e a teoria do risco administrativo ou risco integral.

ISBN 978-85-62288-05-0

Através da análise das teorias e das normas jurídicas foi possível asseverar que a teoria do risco administrativo ou da responsabilidade objetiva é a que está presente no nosso ordenamento jurídico por meio do art. 43 do Código Civil e do art. 37, §6º da Constituição Federal, os quais determinam que o Estado responda objetivamente por atos lesivos de seus agentes contra terceiros, tendo, contudo, direito de promover ação regressiva contra o causador do dano.

O instituto da responsabilidade civil do Estado sempre encontrou respaldo no direito pátrio, tendo sido regulado pelas nossas diversas Constituições e Códigos Civis, apresentando-se com características distintas e aprimorando-se até o advento da Constituição de 1988, na qual se verifica tanto a responsabilidade objetiva do Estado quanto a responsabilidade subjetiva do agente público, tendo em vista que o direito de regresso do Estado contra o agente causador do ato danoso está sujeito à culpa ou ao dolo do mesmo.

Quanto às excludentes da responsabilidade civil do Estado, esta será elidida quando presentes determinadas circunstâncias capazes de eliminar o nexo causal entre a conduta do Estado e o dano causado a terceiro, são elas: a força maior, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Por fim, buscou-se aprofundar os estudos na responsabilidade do Estado no exercício de funções não administrativas, abrangendo o desempenho das competências legislativas e jurisdicionais.

No tocante à responsabilidade estatal por atos legislativos, focou-se na função primordial do Poder Legislativo, isto é, a de inovar o ordenamento jurídico através da criação de leis. Verificou-se que a questão da responsabilidade do Estado por atos do Poder Legislativo não é pacífica, havendo divergências quanto ao tema.

Os defensores da tese de que o Estado não pode ser responsabilizado por tais atos afirmam, entre outras coisas, que o Poder Legislativo atua no exercício da soberania; edita normas gerais e abstratas cujo ônus deve ser suportado pela coletividade; os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos.

Contrapondo tal concepção, parte majoritária da doutrina afirma que o Legislativo tem que se submeter à Constituição, de modo que acarreta responsabilidade do Estado quando edita leis inconstitucionais; nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, de modo que o Estado deve responder por danos causados por leis que atinjam pessoas determinadas; a eleição do parlamentar implica delegação para fazer leis constitucionais.

Assim, em regra, o Estado não responderá por atos legislativos, porém, há exceções, admitindo-se a responsabilidade estatal em alguns casos, entre eles: leis

ISBN 978-85-62288-05-0

inconstitucionais; leis de feitos concretos, constitucionais ou inconstitucionais; omissão no poder de legislar.

Quanto aos atos jurisdicionais, estes seriam todos os atos que o magistrado pratica no decorrer do processo, sejam eles decisórios ou não. Assim, por ser o serviço judiciário um serviço público, qualquer ato jurisdicional é apto para desencadear a responsabilidade estatal. O ato jurisdicional pode acarretar a responsabilidade do Estado nas seguintes hipóteses: não concessão de liminar quando era cabível; prisão preventiva decretada erroneamente; abuso ou desvio de poder do magistrado; erro judiciário; demora na prestação da tutela jurisdicional; denegação de justiça, entre outras.

Não é mais possível suportar a morosidade da justiça, seja pela ineficiência dos serviços ou pela inércia dos juízes. O Estado precisa tomar uma posição para solucionar o retardamento na prestação da tutela jurisdicional, função primordial para a pacificação social. Ao prejudicado só resta voltar-se contra o próprio Estado que retardou a justiça, ainda que para isso tenha que enfrentar a mesma dificuldade.

Importante destacar que a consagração da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais pode ser verificada na análise do art. 5º, LXXV da CF, do art. 133 do CPC e do art. 630 do CPP. Também foi possível constatar que a responsabilidade individual do magistrado não exclui a do Estado, que terá ação regressiva contra o magistrado que agiu dolosa ou culposamente, no entanto, quando os atos jurisdicionais lesivos decorrerem dos Tribunais, não haverá o direito de ação de regresso, pois se trata de órgão colegiado.

Destarte, após todos os estudos e elementos apresentados no decorrer do presente trabalho, conclui-se que o instituto da responsabilidade civil do Estado sofreu modificações ao longo do tempo no direito brasileiro, evoluindo e se adaptando de acordo com os anseios sociais. O Poder Público deve respeitar seu dever de indenizar terceiros prejudicados por atos de seus agentes, encarando o que seria um ônus como uma forma de assegurar aos cidadãos que não estarão desamparados, mostrando-lhes que podem confiar no Estado, que serão protegidos e ressarcidos pela Administração, fazendo com que ações desvirtuadas não despertem a sensação de que nada será feito, pois o prejudicado será devidamente indenizado e o responsável direto, quando o for o caso de ação regressiva, não ficará impune.

O Estado, ao assumir a responsabilidade pelos atos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, estará ganhando credibilidade e confiança, tomando uma posição a favor do Direito, cumprindo com os ditames legais e demonstrando que o instituto da responsabilidade civil do Estado deve ser respeitado e reconhecido em razão de sua coerência e segurança jurídica.

ISBN 978-85-62288-05-0

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *A responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 29 julho 2012.

_____. *Código Civil e Código de Processo Civil*. Mini Códigos RT. Yussef Said Cahali (Org.). 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em 29 julho 2012.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Código de Processo Penal*. Mini Código Saraiva. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 29 julho 2012.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 29 julho 2012.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 7: Responsabilidade Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por Ato Legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

HARADA, Kiyoshi. *Responsabilidade civil do Estado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 01 maio 2000 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/491>. Acesso em: 30 julho 2012**.**

TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por Ato Lícito*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

ISBN 978-85-62288-05-0

DECISÃO DO STF NA ADPF 54: CONQUISTA FEMININA OU REMÉDIO À OMISSÃO DO PODER PÚBLICO?

Lis Maria Bonadio PRECIPITO[412]
Cássia Cristina Hakamada REINAS[413]

RESUMO

A partir do julgamento da ADPF 54, que considerou constitucional a descriminalização do aborto no caso da gestação de fetos anencéfalos, busca-se no presente artigo verificar se essa permissividade configura realmente um novo direito ou um remédio a omissão do poder público. A anencefalia pode ser prevenida, já que não decorre de qualquer fator genético. Deve ser tratada como uma questão de saúde pública e pode ser evitada se a mulher exercer alguns de seus direitos sociais. Com acesso a informação sanitária, alimentação equilibrada e educação, os casos de anencefalia podem ser erradicados, bem como outras patologias típicas de países subdesenvolvidos.

ABSTRACT

Since the judgment of ADPF 54, which considered constitucional the decriminalization of abortion in cases of anecephalyes gestations, this article searches verify if this permissiviness really means a new right or it´s just a try to remedy a State omission. The anencephaly can be prevented because doesn´t stem from any genetic factor. It should be deal as a public health issue and can be avoided if woman exercise some of their social rights. Acessing health information, balanced nutrition and education anecephaly cases could be reduced to zero, as well as other typical diseases of under-developed countries.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Anencefalia. Responsabilidade Civil do Estado

KEY-WORDS: Human Rights. Fundamental Rights. Anencephaly. State Civil Liability.

---

[412] Mestranda em direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM

[413] Advogada, formada pela Faculdade de Direito da Alta Paulista -Tupã/SP em 2006. Atuante na área civil, família e Juizado Especial Estadual. Especialista em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito/SP, atualmente mestranda pelo Univem-Marília/SP

ISBN 978-85-62288-05-0

1. Introdução

O recente julgamento da ADPF nº. 54 pelo Supremo Tribunal Federal causou grande mobilização de vários setores e organizações sociais. Todavia, a discussão do tema na corte superior limitou-se ao direito da mulher em optar pelo aborto. Uma questão muito importante não foi levantada: evitar a ocorrência de anencefalia no país.

A anencefalia não é uma patologia decorrente de influências genéticas, ao contrário do que muitos pensam, mas é causada pela exposição da gestante a alguns agentes ou pela privação da gestante ao ácido fólico. Algumas mulheres sofrem com a recorrência da gravidez de fetos anencéfalos não pela existência de qualquer fator genético, mas pela contínua exposição aos agentes causadores ou privação do ácido fólico.

Por não ser causada por fatores genéticos, a anencefalia pode ser prevenida pelo Poder Público. Com a promoção do acesso à educação, informação e saúde pública, não haveria casos de anencefalia no país.

Esses fatores que evitariam a ocorrência da anencefalia são direitos fundamentais dispostos no artigo 6º da Constituição da República do Brasil, e é dever do Poder Público promovê-los. Todavia, como não conseguiu fazê-lo, veio a permitir o aborto do feto anencefálico, “remediando” tardia e ineficazmente essa má ou falta de prestação de serviços de sua obrigação.

Terá sido a decisão da ADPF 54 uma medida paliativa para combater, de forma ineficaz, tardia e traumática, uma omissão do Poder Público, tendo em vista que a anencefalia pode ser prevenida se proporcionados os direitos sociais a mulher?

O objetivo do presente artigo é verificar se o Poder Público reconhece a anencefalia como um problema de saúde pública e toma as devidas providencias para evitá-la, ou negligencia seu papel na promoção dos direitos sociais, sendo responsável pela reiterada ocorrência dessa patologia.

A pesquisa realizar-se-á mediante levantamento bibliográfico de informações médicas e sociais, e terá como material de pesquisa livros, periódicos, artigos de internet e de jornais. O método de pesquisa será o hipotético-dedutivo.

2. Causas da anencefalia

Segundo o médico especialista em saúde pública José Almir Santana[414], a anencefalia está se tornando um grave problema de saúde pública, e a chave para a solução é a prevenção e não o aborto. A Organização Mundial de Saúde- OMS

[414] Especialista em Saúde Pública, inscrito no Conselho Regional de Medicina do Estado do Sergipe sob o nº 865.

ISBN 978-85-62288-05-0

declarou que o Brasil é o quarto pais do Mundo com o maior número de casos de anencefalia.

A anencefalia é uma malformação congênita do encéfalo, que aparece simultaneamente ao nascimento do bebê, podendo acontecer: antes (se houve carência de ácido fólico no organismo da mulher) durante (também pela carência da substancia ou pela exposição a alguma agente externo) ou depois da concepção (com o contato com substâncias tóxicas e nocivas ao desenvolvimento do embrião). O termo congênito denota que o defeito básico está presente, mas não é necessariamente identificado logo após o nascimento do bebê.

Ocorre entre o 23º e 28º dias de gestação, e seu efeito é a não fusão das pregas neurais e a não formação do tubo neural na região do encéfalo. A anencefalia é o defeito no tubo neural de maior gravidade, pois, neste caso não existe cérebro bem constituído, ocorrendo uma ausência ou desabamento da calota craniana, o que impossibilita a vida extrauterina.

A expectativa é que um feto anencéfalo seja natimorto ou viva por poucas horas ou dias. A sobrevida no caso da anencefalia é absolutamente inviável. Esses casos, portanto, levam inevitavelmente a morte do bebê, e a medicina atual não possui recursos para salvá-lo.

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 declara a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal. Sendo assim, a mulher pode optar ou não pelo aborto no caso da gestação anencefálica.

Para se chegar a esse julgamento, cujo processo tramitou de 2004 a 2012, os ministros do Supremo Tribunal Federal se reuniram em plenário durante dois dias (11 e 12 de abril de 2012). A questão recebeu intervenções de várias organizações sociais, e inúmeros argumentos favoráveis e contrários foram debatidos, mas a questão da prevenção foi deixada de lado.

Os fatores de risco que podem ocasionar a anencefalia são: radiações, vírus, administrações de determinadas drogas durante o período gestacional, contato direto com produto tóxicos e as consideradas gestantes de alto risco[415]. Mas o mencionado especialista afirma que o fator de risco mais importante é a ausência de ácido fólico no metabolismo das mães gestantes.

Recomenda-se que qualquer mulher em idade reprodutora que não utilize nenhum método anticoncepcional faça uso do acido fólico. Esse nutriente é um meio eficiente para reduzir os riscos dessa malformação fetal.

[415] São as gestantes obesas, diabéticas ou usuárias de medicamentos anticonvulsivantes.

ISBN 978-85-62288-05-0

A OMS elaborou uma recomendação[416] para que as farinhas de trigo e milho fossem enriquecidas com ferro, acido fólico, vitamina B12, A e zinco como meio de se evitar anencefalia. Em 2002 a Anvisa (Agencia Nacional de Vigilância Sanitária) emitiu a Resolução RDC (Resolução da Diretoria Colegiada) n.º 344, de 13/12/2002, na qual determinou a adição obrigatória de 4,2 mg (miligramas) de ferro e de 150 µg (microgramas) de ácido fólico nas farinhas de trigo e milho.

Em 2009, no Brasil, foi criada a Comissão Interinstitucional para Implementação, Acompanhamento e Monitoramento das Ações de Fortificação de Farinhas de Trigo, de Milho e de seus Subprodutos, por meio da Portaria n.º 1793 de 11/08/2009.

Foram escolhidas as farinhas de trigo e milho para a fortificação por serem alimentos consumidos pela maioria da população; possuírem pequena variação do consumo por pessoa e o enriquecimento não causa alterações em suas características organolépticas, ou seja, no sabor, cheiro e aceitabilidade do produto. Além disso, o ferro e o ácido fólico são biodisponíveis nesses alimentos, e o processo de fortificação é economicamente viável.

A mencionada Comissão apresentou, em 2011, uma análise referente a presença de ácido fólico nas farinhas de trigo e milho no Estado de São Paulo. Em 2006, 69% das amostras de farinha de trigo foram satisfatórias, enquanto em 2008, apenas 45% das amostras de farinha de milho acusaram a presença da substância.

Revelou-se ainda a falta de preparo dos laboratórios, pois não existe uma metodologia adequada que possa capacitar a análise da presença do ácido fólico nas farinhas e seus subprodutos, por isso a análise foi realizada somente no estado de São Paulo.

Conforme ALBERTO (2010), há vários fatores que podem acarretar a anencefalia,

> dentre eles estão: radiações, vírus, administrações de determinadas drogas durante o período gestacional, contato direto com produtos tóxicos, sendo o fator de risco mais importante, a ausência de ácido fólico no metabolismo das mães gestantes; o qual provavelmente é ocasionado pela não absorção deste elemento pelo organismo ou até pelo alto índice de desnutrição dos países subdesenvolvidos.

---

[416] *Recomendaciones sobre la fortificación de las harinas de trigo y de maíz"*
En estudios realizados adecuadamente en los Estados Unidos (Williams LJ et al, 2002), Canadá (De Wals P et al, 2007) y Chile (Hertrampf E & Cortes F, 2004) se han registrado descensos del 26%, 42% y 40%, respectivamente, en la tasa de nacimientos con anomalías congénitas del tubo neural, tras la aplicación de normas nacionales que exigen fortificar la harina con ácido fólico. La fortificación de la harina de trigo y maíz con ácido fólico aumenta el consumo de folato en mujeres y puede reducir el riesgo de malformaciones del tubo neural y otras anomalías congênitas.

ISBN 978-85-62288-05-0

Observa-se que em momento algum o fator genético é citado, reafirmando ser a anencefalia causada por fatores reguláveis da ação humana. A medicina ainda não tem uma cura para essa malformação, mas há, claramente, formas de evitar a sua ocorrência.

3 ADPF 54: A Suposta Conquista Feminina

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que julgou a descriminalização do aborto pelas grávidas de anencéfalo recebeu n.º 54. A ADPF teve seu início em 17 de junho de 2004, argüida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, e teve como relator o Ministro Marco Aurélio.

No dia 1º de julho de 2004, foi deferida uma liminar pelo relator, que autorizou o aborto, desde que, a situação da anencefalia fosse atestada por um médico.

O processo recebeu várias intervenções de organizações sociais, como a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Associação Univida, Associação de Desenvolvimento da Família, Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero, entre outros.

Essas intervenções fizeram com que o relator decidisse em 30 de agosto de 2004, o que dispõe o artigo 6º §1º da Lei 9882/99[417], solicitando informações às autoridades responsáveis pela prática do aborto. Algumas dessas entidades foram admitidas com *amicus curie*.

Em 20 de outubro de 2004, a liminar foi referendada em sua primeira parte por maioria dos votos que fosse determinado o sobrestamento dos autos e decisões, e foi revogada por maioria dos votos na segunda parte em que reconhecia o direito constitucional da gestante em submeter-se ao aborto em casos de fetos anencéfalos.

Em 31 de março de 2009, juntou-se nos autos as alegações finais da CNTS. No dia 26 de abril de 2012, os autos seguiram conclusos para o relator contendo seis volumes e três apensos. Em 10 de abril de 2012 o Ministro Dias Toffoli

[417] Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.
§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

ISBN 978-85-62288-05-0

declarou-se impedido por já ter atuado no processo na função de Advogado Geral da União.

No julgamento da ADPF nº 54, em 11 de abril de 2012, reunidos em plenário, votaram os ministros Marco Aurélio Mello, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia favoráveis ao aborto e Ricardo Lewandowski contrário ao aborto, encerrando-se a primeira votação.

Reunidos novamente no dia 12 de abril, proclamaram seus votos os ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello acompanhando os votos favoráveis e Cezar Peluso, o último a votar, expressou ser contrário, acompanhando o ministro Lewandowski.

Por maioria, e nos termos do voto do relator, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF n° 54, declarando inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada no Código Penal.

Por uma questão metodológica, serão tratados aqui os votos vencidos, dos ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Isso porque os mesmos alegaram a ineficiência do poder legislativo na sua função de elaborar as normas e a incompetência do poder executivo, por não colocar em eficácia os postulados, deixando tal função, mais uma vez, para o judiciário.

Apesar das críticas efetuadas pelos ministros que votaram contra, nenhum deles preocupou-se com a questão da prevenção tratada no item anterior. No sítio virtual do Supremo Tribunal Federal é possível encontrar um resumo de todos os votos proferidos pelos ministros.

O ministro Ricardo Lewandowski, foi o sexto a votar e o primeiro a divergir na votação, seguindo duas linhas de raciocínio: os limites objetivos do controle de constitucionalidade das leis e a interpretação conforme a Constituição.

Segundo o ministro, tais linhas consideram a independência e a harmonia entre os três poderes, sendo que ao Supremo Tribunal Federal só cabe o exercício do papel de legislador negativo. Ou seja, como guardião da Constituição o STF só deve retirar do ordenamento aquelas leis que existem e são incompatíveis com a Constituição Federal. O intuito de seu voto, ressaltou o ministro, seria a não usurpação dos poderes atribuídos constitucionalmente aos integrantes dos poderes.

Expressou que “não é dado aos integrantes do Judiciário que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”. Para o ministro é descabida a deliberação do STF sobre a questão da descriminalização do aborto do feto anencéfalo já que o tema da anencefalia não foi objeto levado à discussão pelo poder legislativo, que legitimamente detém essa incumbência.

ISBN 978-85-62288-05-0

Argumentou, ainda, que desde 2004 tramitam dois projetos de Lei sobre a matéria, que até agora não foram aprovados, por isso o tema ainda é divergente e a nossa sociedade, imatura para uma opinião final.

Ao encerrar seu voto o ministro lembrou que se permitido o aborto ao feto anencefálico, abre-se a possibilidade do aborto de forma lícita a outros embriões com diversas outras patologias que resultem em pouca ou nenhuma perspectiva de vida. Para o ministro, "sem lei devidamente aprovada pelo parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, provavelmente retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto de uma rocha, as crianças consideradas fracas ou debilitadas".

Os argumentos do ministro Lewandowski, eram suficientes para a improcedência da ADPF, pelo rumo futuro que se toma no quesito julgador do Supremo. Tratar de assunto que não está positivado não é sua função caracterizadora. É, contudo, preocupante a responsabilidade que vem atribuindo para si o Supremo, pois, apesar de não ser um órgão legitimado para criação de normas, tem tomado esta função que não lhe pertence, ultrapassando os critérios de interpretação de sua competência prevista na própria Constituição.

O segundo voto contrário foi do último ministro a votar, o presidente do STF Cezar Peluso, que relembrou o julgamento das células tronco embrionárias. Segundo ele, no caso dos embriões não havia processo vital, ao contrário do que ocorre com o feto anencéfalo que é portador de vida e, portanto, deve ter seus direitos resguardados. "O anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque está vivo".

Para o ministro, o aborto do feto anencéfalo é conduta vedada expressamente pela ordem jurídica. O princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade, são limitados pela existência das leis. Sendo assim, em casos tipificados como crime não há espaço para liberdade jurídica.

Enfatizou que a discriminação que reduz o feto "a condição de lixo, em nada difere do racismo, do sexismo e dos especismo" e a permissão do abordo resulta na "absurda defesa e absolvição da superioridade de alguns sobre outros".

Além de defender a vida do feto anencéfalo, o ministro caminhou na defesa da competência do legislativo, como também defendeu o ministro Lewandowski. O ministro Peluso afirmou: "não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panacéia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional".

A consequência desse julgamento certamente recairá sobre outras prerrogativas do próprio poder legislativo, que serão novamente omitidas. Restará então, a arguição ao STF que deverá pronunciar-se, regulando e criando novas normas, o que não é cabível em sua natureza.

ISBN 978-85-62288-05-0

Ao encerrar o seu voto, o ministro Peluso afirmou que “a ADPF ajuizada pela CNTS representa uma tentativa de contornar a má vontade do legislativo em regular a questão, é o Congresso Nacional que não quer assumir essa responsabilidade, e tem motivos para fazê-lo”.

E quanta má vontade não só do poder legislativo como do executivo. Se ambos regulamentassem e dessem efetividade ao que asseguram como direitos não nasceriam fetos anencéfalos, pois a prevenção é suficiente para combater a anencefalia- conforme se verificou em instrução regulamentada pela ANVISA e em determinação da OMS.

Na decisão pela procedência do pedido existe uma ressalva para que o aborto seja permitido: que sejam preenchidas as chamadas condições de diagnóstico de anencefalia. Essa menção foi feita pelo Ministro Celso de Mello, tendo o diagnóstico e os critérios para interrupção da gravidez de anencéfalos ficado a cargo do Conselho Federal de Medicina.

O Conselho, em 10 de maio de 2012, editou a Resolução n.º 1989. Afirma que o diagnóstico inequívoco de anencefalia é por meio de ultrassom realizado a partir da décima segunda semana de gestação e deve conter duas fotografias, identificadas e datadas: uma com face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável; e laudo assinado por dois médicos capacitados para tal diagnóstico.

Feito o diagnóstico, a resolução determina que o médico deve prestar a gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, garantido-a o direito de decidir livremente. A gestante tem ainda o direito de solicitar a realização de junta médica ou buscar outra opinião.

Optando pelo aborto (antecipação terapêutica do parto) esse somente poderá realizar-se em hospitais que disponham de estrutura adequada ao tratamento de complicações eventuais, inerentes ao procedimento.

Todavia, não é certo que o SUS terá a disposição da gestante dois médicos capacitados a assinar um laudo de diagnóstico de anencefalia, nem que a possibilitará ouvir outros médicos da rede. Se a gestante não tem acesso as informações sobre o ácido fólico, dificilmente terá a oportunidade de ouvir um segundo especialista.

Há ainda mais um desafio: que a gestante seja atendida e tenha o procedimento abortivo realizado em um hospital adequado para a antecipação terapêutica do parto. Seria oportuno um melhor apoio à saúde preventiva da mulher e da gestante a tornar o sistema de saúde mais oneroso e impotente diante das exigências impostas ao caso.

ISBN 978-85-62288-05-0

Assim como a fiscalização do acido fólico, que não é realizada, é provável que o que determina a Resolução do Conselho Federal de Medicina, também não ocorra, e mais uma vez, o Estado omita sua responsabilidade para com os cidadãos.

4. O Que Não Foi Argumentado: A Condição Omissa do Poder Público

Como averiguado, a anencefalia não é causada por fatores genéticos ou inevitáveis. Ela decorre principalmente da deficiência de acido fólico no organismo da gestante. Mas pode resultar ainda da exposição ou contato da mesma com agentes externos como vírus, radiações, drogas, produtos tóxicos.

Caso fossem proporcionados à gestante alguns dos direitos sociais, dispostos no artigo 6º da Constituição da República (educação, saúde, alimentação, proteção à maternidade e à infância) não seria necessária a criação um novo "direito" – o de realizar o aborto do anencéfalo.

Se a mulher (não só ela, mas especificamente no presente caso referimo-nos ao gênero feminino) gozasse desses direitos não seria necessária a menção sobre o feto anencefálico, muito menos sobre o aborto do mesmo.

O aborto apresenta-se como uma medida paliativa para combater uma anterior omissão do Estado, que deixou de agir preventivamente, no seu dever de proporcionar educação, informação, alimentação, saúde e instrução à mulher.

A promoção da informação sanitária e da educação formal poderia evitar várias gestações indesejadas. A prevenção por métodos contraceptivos ainda é pouco disseminada na sociedade brasileira. Caso não fosse, milhares de mulheres evitariam a gravidez e outros milhares de abortos, irregulares ou não.

Da mesma forma, o acesso à saúde e à alimentação também tem a função de combater várias doenças e lesões. A anencefalia, por ser uma malformação congênita, é uma patologia que pode ser evitada com o acesso à saúde, à alimentação e à informação, que são direitos sociais da população e obrigação do Estado.

Bastante discutido foi o papel da mulher na decisão sobre a realização ou não do aborto, mas em momento algum se ouviu sobre o papel do Estado de prover os direitos sociais à gestante, e que uma das conseqüências de não propiciá-los é a formação do feto anencéfalo.

A responsabilidade civil do Estado não foi considerada no julgamento. A relevância de um serviço público eficiente, eficaz e equitativo não foi mencionada em nenhum dos votos dos ministros.

A autorização do aborto representa uma medida atenuante de uma das conseqüências do não exercício de direitos sociais por omissão do Estado. Combate posteriormente, e da forma mais dolorosa possível, a ocorrência de uma

ISBN 978-85-62288-05-0

malformação congênita, a qual poderia ter sido evitada pelo cumprimento dos direitos e deveres constitucionais.

Não se pode considerar essa permissividade uma conquista feminina. Primeiramente por que não seria necessária a criação de um novo "direito", caso os direitos já previstos no ordenamento jurídico pátrio desde 1988 fossem cumpridos. E também por que desde o julgamento da ADPF 54 o Poder Público atribui exclusivamente à mulher o peso de imputar um destino ao resultado de sua omissão.

Qualquer que seja a escolha da mulher, a culpa por tê-la feito recairá sobre si. Permitir o aborto do feto anencéfalo, deixando a escolha da gestante de fazê-lo ou não, é simplesmente desviar a responsabilidade do Estado para a mulher.

Ao optar pelo aborto, a mulher sofrerá a pena da ala conservadora da sociedade e, ao negá-lo sofrerá com a impotência de gerar uma criança saudável e feliz, também aos olhos da sociedade. Desvia-se assim a responsabilidade do Estado pela saúde da mulher e da criança, dando continuidade ao processo de culpa e inferioridade que a história da humanidade escreve.

Seria sensato que o Poder Público, ao invés de deixar de intervir na vida da gestante de um feto anencefálico colocando a sua escolha a realização do aborto, que ele interviesse de acordo com suas obrigações provendo saúde, alimentação e educação para todas as mulheres, evitando, além da anencefalia, outras gestações indesejadas.

Como considerar o aborto do anencéfalo uma conquista feminina, quando o fato de existir a anencefalia no país representa um retrocesso no exercício de direitos positivados desde 1988 na Carta Magna?

A omissão do Estado que gerou conseqüências de forte impacto na vida dos cidadãos, teve, na decisão da ADPF 54, seu resultado imputado a escolha da gestante. Caso ela decida pelo aborto ou não estará matando ou dando à luz um bebê que ela não sabe qual será a sobrevida.

A não intervenção do poder público na permissão do aborto não significa uma conquista feminina. Conquista seria não haver casos de anencefalia no país. Frente a tal omissão do Estado, pode a gestante, ou mãe, invocar a Responsabilidade Civil do Estado. Percebe-se aqui uma atmosfera difusa, confusa, sem o discernimento da realidade que envolve a política da saúde da mulher.

Pela Teoria da Culpa Administrativa[418], quando o dano for atribuído a uma não prestação de serviço pelo Estado, pela sua prestação retardada ou pelo mau funcionamento do serviço, o Estado responde subjetivamente pelos danos

[418] Nomenclatura dada por Hely Lopes Meirelles, também chamada por outros doutrinadores de Teoria da culpa anônima, da culpa do serviço público ou da falta de serviço.

ISBN 978-85-62288-05-0

causados. A falta do serviço público é fato gerador da obrigação do Estado de indenizar dano causado a terceiro.

Segundo DI PIETRO (2006) essa responsabilidade é subjetiva por que decorre do mau funcionamento do serviço público e a culpa é anônima, não individualizada e não decorrente de atuação de agente público, mas sim de omissão do poder público.

MELLO (2011) explica que a responsabilidade subjetiva é aplicada quando o dano decorre de uma omissão do Estado, por que o serviço não funcionou ou funcionou de forma tardia ou ineficiente. Se o Estado tem o dever legal de agir e não o faz ou age de forma ineficiente, abaixo dos padrões legais esperados, responde por essa negligência ou omissão. Caso o serviço fosse prestado de forma adequada, não haveria um ilícito causador de um dano não evitado.

É claro o dever do Estado em proporcionar a todos os cidadãos os direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição Federal. Tais direitos compõem o rol dos direitos fundamentais da nossa Constituição da República, e nada mais fundamental que o Estado os propicie.

Sabe-se do problema da inefetividade de alguns direitos no ordenamento jurídico pátrio em virtude da mera compilação de direitos conquistados depois de muita luta por outros países. Todavia, aqueles são direitos básicos, direitos humanos e a concepção de um feto anencéfalo é apenas uma das conseqüências da não disposição desses direitos.

Por ser considerada uma responsabilidade civil subjetiva pela doutrina majoritária, para a obtenção de indenização a mãe deverá provar a ocorrência de anencefalia e a falta do serviço, sua prestação insuficiente ou seu retardamento. Com o dever do Poder Público em prover os direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição Federal, atrelado ao fato de que a formação do feto anencéfalo deve-se a não prestação de tais direitos, a responsabilidade civil do Estado deve ser invocada.

Apesar de instituir o enriquecimento das farinhas de trigo e milho com o ácido fólico, o Estado não criou um mecanismo eficiente para a fiscalização desse enriquecimento. Ou seja, foi criada a lei exigindo a presença da substância, mas não foi elaborada uma metodologia oficial no Brasil para a avaliação, além da falta de capacidade analítica para efetuar essa análise. Mais uma vez o Poder Público atesta que tem conhecimento das necessidades da população, mas não dá efetividade às ações necessárias para suprí-las.

5. Conclusões

A anencefalia é um problema de saúde pública típico de países subdesenvolvidos. Com o acesso a informação sanitária, acompanhamento

ISBN 978-85-62288-05-0

gestacional e alimentação saudável ela pode ser facilmente prevenida. As ações devem ser focadas na prevenção e não na conseqüência, como foi a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de determinado o enriquecimento das farinhas de trigo e milho com ácido fólico, não há um planejamento nacional pré-determinado para o monitoramento das amostras. A determinação de enriquecer alimentos sem a devida fiscalização denota que o Poder Público está ciente da necessidade desses nutrientes para a população, mas que não faz o necessário para garantir que o mesmo chegue a todos.

Se o Poder Público realmente proporcionasse aos cidadãos acesso aos direitos sociais, estaríamos diante de uma verdadeira conquista. Um olhar mais apurado sobre a trajetória de valorização da mulher na sociedade seria de bom tom. A sociedade e as relações se modificaram e, no século XXI a mulher trabalha, provê o lar, educa filhos, administra a casa e ainda não é ouvida ou atendida dignamente por políticas públicas.

Pior, ainda, é tornar-se objeto de manobra da mídia, de religiões, de grupos feministas. Não se pode falar em conquista, já que a mulher foi vitimada por um processo equivocado que autoriza o aborto de um feto que sofreu modificação congênita decorrente de uma penúria gerada pela omissão estatal.

Conquista seria se todos tivessem acesso aos serviços públicos e aos seus direitos sociais. Chamar de conquista esse novo 'direito', que vem combater paliativamente a desídia do Poder Publico na contemplação de direitos constitucionais, é uma grande falácia.

Não há que se falar em conquista feminina ou conquista social. Essa foi mesmo uma conquista do Poder Público, que transferiu todo o peso da triste conseqüência de sua omissão para uma das vítimas: a mãe do bebê anencéfalo.

Referências Bibliográficas

ALBERTO, MVL; Galdos, ACR; Miglino, MA; Santos, JM. *Anencefalia: Causas de uma malformação congênita.* Revista de Neurociências, 2010. Disponível em <http://www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/2010/RN1802/351%20revisao.pdf> Acesso: 09/08/2012.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm> Acesso: 14/08/2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Alimentação e Nutrição**.** *Fortificação obrigatória das farinhas de trigo e milho com ferro e ácido fólico*.

ISBN 978-85-62288-05-0

Ministério da Saúde. Disponível em <http://nutricao.saude.gov.br/fortificacao_alimentos.php> Acesso: 14/08/2012.

MS.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54> Acesso: 01/08/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Comunicação Social. Notícias STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881> Acesso: 14/08/2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 28ª ed. São Paulo: Malheiros,2011.

MEZZAOBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito.* 5 ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

OMS. *Recomendaciones sobre la fortificación de lãs harinas de trigo y de maíz..* Organización Mundial de la Salud, 2009. Disponível em <http://www.who.int/nutrition/publications/micronutrients/wheat_maize_fort_es.pdf> Acesso: 14/08/2012.

SANTANA, José Almir. *"Anencefalia: melhor é prevenir".* Jornal da Cidade. Aracaju, SE, 21/04/2012. Disponível em <http://www2.jornaldacidade.net/artigos-leitura/76/27203/anencefalia-melhor--e--prevenir.html> Acesso: 14/08/2012.

ANEXOS

Anexo 1- Resolução RDC 344 da ANVISA

Resolução - RDC nº 344, de 13 de dezembro de 2002 D.O.U de 18/12/2002

>> Revoga a Resolução - RDC nº 15, de 21 de fevereiro de 2000

O Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 13 do Regulamento da ANVISA aprovado pelo Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999,considerando a necessidade de constante aperfeiçoamento das ações de prevenção e controle sanitário na área de alimentos, visando à saúde da população;

considerando as recomendações da Organização Mundial da Saúde-OMS e Organização Panamericana da Saúde-OPAS de fortificação de produtos alimentícios

ISBN 978-85-62288-05-0

com ferro e ácido fólico;considerando as atribuições emanadas da Comissão Interinstitucional de Condução e Implementação das Ações de Fortificação de Farinhas de Trigo e Farinhas de Milho, coordenada pelo Ministério da Saúde;considerando os benefícios que advém da prática de adoção de fortificação de farinhas, conforme comprovados em estudos científicos;considerando que a anemia ferro priva representa um problema nutricional importante no Brasil, com severas conseqüências econômicas e sociais;considerando que o ácido fólico reduz o risco de patologias do tubo neural e da mielomeningocele;considerando que as farinhas de trigo e as farinhas de milho são largamente consumidas pela população brasileira;considerando a urgência do assunto,adoto, ad referendum, a seguinte Resolução de Diretoria Colegiada e determino a sua publicação:

Art. 1º Aprovar o Regulamento Técnico para a Fortificação das Farinhas de Trigo e das Farinhas de Milho com Ferro e Ácido Fólico, constante do anexo desta Resolução.

Art. 2º As empresas têm o prazo de 18 (dezoito) meses a contar da data de publicação deste Regulamento para adequação de seus produtos.

Art. 3º O descumprimento aos termos desta Resolução constitui infração sanitária sujeitando os infratores às penalidades previstas na Lei n.º 6.437, de 20 de agosto de 1977 e demais disposições aplicáveis.

Art. 4º Fica revogada a Resolução - RDC nº 15, de 21 de fevereiro de 2000, DOU de 25 de fevereiro de 2000.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

GONZALO VECINA NETO.

Texto disponível em <http://www.anvisa.gov.br/legis/resol/2002/344_02rdc.htm> Data do acesso: 02/08/2012.

Anexo 2- Resolução 1.989 do Conselho Federal de Medicina:

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO Nº 1.989, DE 10 DE MAIO DE 2012

Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90, republicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173);

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 17 de junho de 2004 (ADPF-

ISBN 978-85-62288-05-0

54), e declarou a constitucionalidade da antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de feto anencéfalo, o que não caracteriza o aborto tipificado nos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal, nem se confunde com ele;

CONSIDERANDO que o pressuposto fático desse julgamento é o diagnóstico médico inequívoco de anencefalia;

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para o diagnóstico de anencefalia;

CONSIDERANDO que o diagnóstico de anencefalia é realizado por meio de exame ultrassonográfico;

CONSIDERANDO que é da exclusiva competência do médico a execução e a interpretação do exame ultrassonográfico em seres humanos, bem como a emissão do respectivo laudo, nos termos da Resolução CFM nº 1.361/92, de 9 de dezembro de 1992 (Publicada no D.O.U. de 14 de dezembro de 1992, Seção I, p. 17.186);

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo a eles zelar e trabalhar, com todos os meios a seu alcance, pelo prestígio e bom conceito da profissão e pelo perfeito desempenho ético dos profissionais que exercem a Medicina legalmente;

CONSIDERANDO que a meta de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e com o melhor de sua capacidade profissional;

CONSIDERANDO o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o artigo 5º, inciso III da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO o teor da exposição de motivos que acompanha esta resolução;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 10 de maio de 2012, resolve:

Art. 1º Na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez.

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

I - duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável;

II - laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.

ISBN 978-85-62288-05-0

Art. 3º Concluído o diagnóstico de anencefalia, o médico deve prestar à gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, garantindo a ela o direito de decidir livremente sobre a conduta a ser adotada, sem impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão ou para limitá-la naquilo que decidir:

§1º É direito da gestante solicitar a realização de junta médica ou buscar outra opinião sobre o diagnóstico.

§2º Ante o diagnóstico de anencefalia, a gestante tem o direito de:

I - manter a gravidez;

II - interromper imediatamente a gravidez, independente do tempo de gestação, ou adiar essa decisão para outro momento.

§3º Qualquer que seja a decisão da gestante, o médico deve informá-la das consequências, incluindo os riscos decorrentes ou associados de cada uma.

§4º Se a gestante optar pela manutenção da gravidez, ser-lhe á assegurada assistência médica pré-natal compatível com o diagnóstico.

§5º Tanto a gestante que optar pela manutenção da gravidez quanto a que optar por sua interrupção receberão, se assim o desejarem, assistência de equipe multiprofissional nos locais onde houver disponibilidade.

§6º A antecipação terapêutica do parto pode ser realizada apenas em hospital que disponha de estrutura adequada ao tratamento de complicações eventuais, inerentes aos respectivos procedimentos.

Art. 4º Será lavrada ata da antecipação terapêutica do parto, na qual deve constar o consentimento da gestante e/ou, se for o caso, de seu representante legal.

Parágrafo único. A ata, as fotografias e o laudo do exame referido no artigo 2º desta resolução integrarão o prontuário da paciente.

Art. 5º Realizada a antecipação terapêutica do parto, o médico deve informar à paciente os riscos de recorrência da anencefalia e referenciá-la para programas de planejamento familiar com assistência à contracepção, enquanto essa for necessária, e à pré-concepção, quando for livremente desejada, garantindo-se, sempre, o direito de opção da mulher.

Parágrafo único. A paciente deve ser informada expressamente que a assistência pré-concepcional tem por objetivo reduzir a recorrência da anencefalia. Art. 6º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA

Presidente do Conselho

E em exercício

HENRIQUE BATISTA E SILVA

Secretário-Geral

ISBN 978-85-62288-05-0

Texto disponível <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf> Data do acesso: 13/08/2012.

Anexo 3- Principais decisões da ADPF nº 54

Data	Andamento	Órgão Julgador	Observação	Documento
01/07/2004	Decisão Liminar Deferida		"(...) há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da carta da república, presentes os valores em foco. daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se-ão não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. é como decido na espécie. 3. ao plenário para o crivo pertinente."	
30/09/2004	Decisão do Relator		em 28/09/04 "2-a matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. a repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da lei nº 9882, de 3/12/99(...) então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como '*amicus curiae*',(...)como também as seguintes entidades: federação brasileira de ginecologia e obstetrícia, sociedade brasileira de genética clínica, sociedade brasileira de medicina fetal, conselho federal de medicina, rede nacional feminista de saúde, direitos sociais e direitos representativos, escola de gente, igreja universal, instituto de biotécnica, direitos humanos e gênero (...)deputado federal José AristoDemo Pinotti,(...).3.ao plenário, para designação de data, visando à apreciação da questão de ordem relativa à admissibilidade da adpf."	
20/10/2004	Vista ao Ministro		Carlos Britto. decisão: após o voto do senhor ministro Marco Aurélio, relator, resolvendo a questão de ordem no sentido de assentar a adequação da ação proposta, pediu vista dos autos o senhor ministro Carlos Britto. em	

ISBN 978-85-62288-05-0

			seguida, o tribunal, acolhendo proposta do senhor ministro Eros Grau, passou a deliberar sobre a revogação da liminar concedida e facultou ao patrono da arguente nova oportunidade de sustentação oral. prosseguindo no julgamento, o tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o senhor ministro Cezar Peluso. e o tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os senhores ministros relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. votou o presidente, ministro Nelson Jobim.....	
12/04/2012	Procedente	Tribunal Pleno	Decisão : o tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos i e ii, todos do código penal, contra os votos dos senhores ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo ministro Celso de Mello; e contra os votos dos senhores ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (presidente), que a julgavam improcedente. Impedido o senhor ministro Dias Toffoli plenário, 12.04.2012.	Decisão de julgamento

ISBN 978-85-62288-05-0

OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM PRESTAR A SAÚDE A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS CASOS DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE URGÊNCIA.

Alinne Cardim ALVES[419]
Rodrigo Diniz CABRAL[420]

RESUMO:

O presente trabalho visa o estudo da responsabilidade que o Estado possui em prestar a saúde as pessoas com deficiência nos casos de procedimentos cirúrgicos de urgência. Iniciamos o estudo analisando o direito universal a saúde a todos e responsabilidade dos entes federados na prestação de saúde com qualidade. Em seguida discorreremos sobre meios judiciais necessários para obrigar o Estado a promover a saúde e a necessidade de concessão da liminar em casos de urgência sob pena da decisão futura não ser mais útil. Abordaremos a obrigação do Estado em realizar a cirurgia e a irrenunciabilidade do Estado em realizar procedimento cirúrgico a paciente com doença grave em especial as pessoas com deficiência de fissuras congênitas de lábio e palato, sob pena de não ser mais possível ou o resultado não seja útil.

ABSTRACT:

This paper aims to study the state has the responsibility to provide health people with disabilities in cases of emergency surgeries. We started a study analyzing the universal right to health for all and responsibility of federal agencies in providing quality healthcare. Then we will discuss legal means necessary to compel the state to promote health and the need to grant the injunction in cases of urgency lest the future decision is no longer useful. Address the State's obligation to perform the surgery and irrenunciabilidad the State to perform surgery to patients with severe disease in particular persons with disabilities from congenital cleft lip and palate, otherwise not be possible or the result is not useful.

PALAVRA-CHAVE: Pessoa com Deficiência; Cirurgia de Urgência; Obrigação de fazer do Estado.

---

[419] Possui graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP - ITE. Advogada no Estado de São Paulo e Santa Catarina, com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Trabalhista, Tributário e Empresarial. Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Instituto Toledo de Ensino.

[420] Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Advogado no Estado da Paraíba e São Paulo, com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Trabalhista, Tributário e Empresarial. Especialista em Direito Civil e Processo civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Instituto Toledo de Ensino.

ISBN 978-85-62288-05-0

KEYWORD: People with Disabilities; Emergency Surgery; Obligation to state.

1. Do direito universal a saúde e responsabilidade dos entes federados na prestação de uma saúde com qualidade.

Iniciamos a análise do direito Universal a saúde conferido pelo Constituição Federal como um dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, direito este correlato à própria vida, estabelecido na Constituição Federal em seu artigo 196 ao prescrever:

> A saúde é o direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.[421]

Assim, com o texto de 1988 avançou-se ao determinar que as ações e serviços de saúde devam tratar da promoção desse direito, bem como de sua proteção e recuperação e que o acesso de tais benefícios devem ser Universais e Igualitários. É um grande compromisso assumido pelo Poder Público.

Rogério Gesta Leal afirma que o direito á saúde constitui uma das dimensões do mínimo existencial á dignidade da pessoa humana, denominada, pelo autor, indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial, por se afigurar como:

> (...) umas das condições indispensáveis á construção de uma sociedade livre, justa, solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades e á promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação.[422]

É importante destacar que essa norma de saúde tem eficácia plena e a expressão deve ser entendida como sendo a saúde, responsabilidade de todos os níveis de governo, ou seja, do Município, Distrito-Federal, Estados- Membros e da União. Hoje não se pode mais defender a ideia da existência de normas

[421] CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra:Almedina,1992. p. 189- 190.
[422] LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional**.p.3.Disponível em:< www.tjrs.jus.br/poder_judiciario/.../DireitoSaude.doc . Acesso em 25.07.2012

ISBN 978-85-62288-05-0

programáticas, ou seja, que a sua aplicação dependa de planos ou programas governamentais. A norma de caráter programático vincula o Estado, que não pode se omitir de sua obrigação. Essa é a posição doutrinária de José Joaquim Gomes Canotilho.

Na mesma linha foi mencionada a posição do autor Garcia Enterria, na *A*pelação Cível n° 798 757 5/8-00 - Comarca de Campinas – Decisão Monocrática n° 2 829:

> Não há, pois, na constituição, 'simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não de deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor.[423]

No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal debateu a causa através do Ag REG no RE n° 393175 - RS, 2a Turma, Relator Min Celso de Mello, DJ 02. 02. 07:

> (...) A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente – O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira legítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (...).[424]

A par da norma constitucional, constata-se que esta obrigação também está materializada nos artigos 219, 222 e 223 da Constituição Estadual do Estado de São Paulo, na Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Na Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, no artigo 7 ° , traz a organização e os parâmetros da atuação do SUS: “O SUS é o “conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais,

---

[423] BRASIL. *A*pelação cível n° 798 757 5/8-00 - Comarca de Campinas – Decisão Monocrática n° 2 829, **in DJ 5/4/2010**. Disponivel em: < https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20081210_235.pdf>. Acesso em 08/07/2012.

[424] BRASIL. Ag REG no RE n° 393175 - RS, 2a Turma, Rei Min Celso de Mello, **in DJ 02. 02. 07**. Disponivel em: < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758691/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-393175-rs-stf>. Acesso em 20/07/2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

municipais, da administração direta e indireta das fundações mantidas pelo Poder Público".

Há conjuntos de ações que devem ser oferecidas as pessoas com deficiência pelo SUS: 1) Disponibilidade: garantir que pessoas com deficiência tenham à disposição a mesma variedade, qualidade e padrão de assistência médica gratuita que os demais; 2) Facilidade De Acesso: colocar serviços de pronto atendimento e tratamento tão próximo quanto possível das comunidades em que as pessoas vivem. 3) Qualidade: garantir que os trabalhadores da saúde deem as pessoas com deficiência à mesma qualidade de assistência que dispensam aos demais.

Verifica-se que o poder público não está desempenhando uma das funções mais importantes, que é a preservação da saúde e da vida dos cidadãos.

Por óbvio, não se pode aceitar a argumentação de que a negativa de tratamentos e cirurgias devam obedecer a critérios de oportunidade e conveniência, uma vez que o tratamento de qualquer doença não pode ficar na dependência de instâncias burocráticas e limitações orçamentárias.

Como visto acima, a Constituição Federal de 1988 instituiu um grande marco no ordenamento jurídico Brasileiro ao elevar a saúde à esfera dos direitos fundamentais.

Na clássica definição de Canotilho, têm os direitos fundamentais:

> [...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 1998, p. 373).[425]

A definição desse direito encontra-se, de maneira bem clara e didática, no artigo 196 da Constituição, conforme mencionado no início deste artigo.

Tal artigo traz também as duas principais características do direito à saúde: o acesso universal e igualitário.

O acesso universal traduz-se na ideia da não-contribuitividade, ou seja, o Estado arcará com os custos do serviço sem que o beneficiado (ao menos diretamente) tenha que oferecer uma contraprestação pecuniária. Difere-se,

[425] CANOTILHO, JJ Gomes. op. cit., p.373, nota 3.

ISBN 978-85-62288-05-0

destarte, da Previdência Social, que tem como pilar fundamental a contribuição dos segurados.

Por acesso igualitário entenda-se não importar a renda da pessoa, quer seja um cidadão com condições de pagar uma assistência médica privada quer seja um indivíduo para quem a saúde pública se apresente como única opção de tratamento, todos têm, sem nenhum tipo de discriminação, o direito de usufruir desse serviço gratuitamente.

2. Dos meios judiciais necessários para obrigar o Estado a promover a saúde.

As dificuldades burocráticas para a autorização de cirurgias e acompanhamento de tratamentos especializados as pessoas com deficiência, relativas às dispensas e padronizações dos órgãos de saúde competentes, não ilidem o dever do Estado da sua responsabilidade em garantir que eles recebam tratamento adequado e especializado do início ao final do seu tratamento.

Ocorre que na maioria dos casos as pessoas com deficiência acabam recebendo a negativa do Estado à prestação de serviços básicos e indispensáveis para a convivência social.

Diante desse fato, a Constituição assegura no seu artigo 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal: que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito. Escudada neste princípio, os indivíduos podem dirigir-se ao Poder Judiciário para que o Estado seja compelido a cumprir o dever constitucional de preservar a saúde dos indivíduos (art. 196 da CF), em razão de sua hipossuficiência ou não.

A falta de instrução dos indivíduos que sofrem dessa deficiência o incapacita para arcar com a burocracia desse procedimento, o que torna inexecutável a concessão de cirurgias nos primeiros meses de vida, bem como disponibilização de profissionais especializados que conheçam do “problema” para evitar consequências piores.

Diante dos argumentos jurídicos a doutrina tem se posicionado que o meio judicial cabível seria uma Obrigação de Fazer com Pedido de Tutela Antecipada contra algum dos Entes Federados requerendo uma antecipação de tutela nos casos de comprovação de urgência.

A pretensão das pessoas com deficiência merece deferimento liminar, para que seja determinada a imediata e urgente autorização para a realização da cirurgia em questão ,bem como a concessão de benefício que possa arcar com todas as despesas decorrentes dessa cirurgia, uma vez que somente o ato cirúrgico nesses casos não é suficiente, ou seja, é necessário: custeio do hospital, equipe médica, material cirúrgico, estadia, outros profissionais da saúde.

ISBN 978-85-62288-05-0

Portanto, a demonstração do direito por parte da pessoa com deficiência deve estar devidamente comprovada por meio juridicamente possível e respaldado por exames e laudos de gabaritado médicos se fazendo imperiosa a prestação jurisdicional em caráter cautelar, para minimizar as dores físicas e psicológicas que a demora na realização dessa cirurgia já vem causando na vida do indivíduo. O Judiciário deve determinar que os entes federativos realizem a cirurgia, sob pena de multa diária e responsabilização do gestor público, posto que, as maiorias dos casos possuem tamanha gravidade que não poderia, sobremaneira, esperar o processamento regular do feito, posto que se esses indivíduos não forem operados dentro de um prazo razoável, poderão vir a óbito.

3. Da concessão da liminar em casos de urgência sob pena da decisão futura não ser mais útil.

A prova documental é prova necessária para a comprovação do estado de saúde da pessoa com deficiência e deve demonstrar a fumaça do bom direito e os riscos iminentes dos prejuízos e lesões causados ao direito líquido e certo da mesma em decorrência da famigerada recusa por parte do ente público, reconhecendo-se os direitos constitucionais violados pela autoridade governamental em questão, na forma acima demonstrada analiticamente.

Segundo a lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 no art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, o efeito da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Com a presença de todos os fundamentos para a concessão da antecipação pretendida e a documentação em anexo e comprovados os requisitos demonstrados o magistrado deve conceder a antecipação de tutela.

Neste mesmo sentido têm se posicionado nossos tribunais nos casos em que se necessita esta antecipação como demonstramos com o translado de alguns dos muitos julgados neste sentido:

> SEGURO SAUDE CIRURGIA MARCAPASSO – TUTELA ANTECIPADA – AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. SUBSTITUIÇÃO DE MARCAPASSO. – DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – CONTRATO FIRMADO QUE PREVIA, NOS CASOS EM QUE O BENEFICIÁRIO FOSSE PORTADOR DE DOENÇA PREEXISTENTE, A IMPOSIÇÃO DE UMA CARÊNCIA CONTRATUAL. Em se tratando de direito à vida em oposição a direito patrimonial, aquele se

ISBN 978-85-62288-05-0

> sobrepõe a este. Comprovada a necessidade de realização da cirurgia. Análise da carência que demanda instrução probatória. Recurso não provido..[426]

Entendemos ser essa a melhor interpretação para que a medida solicitada seja concedida pela via judicial, haja vista que, pelas vias administrativas os entes federativos vêm sendo omissos e não prestam os serviços de saúde de forma eficiente, o que somente prejudica ou até leva da morte a pessoa com deficiência.

4. A irrenunciabilidade do Estado em realizar procedimento cirúrgico a paciente com doença grave pelo SUS.

A Constituição Federal, em seu artigo 200, enumera algumas atribuições relativas ao Sistema Único de Saúde, mas foi com a Lei nº 8.080/90 que este foi efetivamente regulamentado.

Da leitura do próprio nome do SUS já extraímos algumas de suas principais características:

> [...] é um sistema, ou seja, é formado por várias instituições dos três níveis de governo (União, Estados e Municípios), e pelo setor privado contratado e conveniado, como se fosse um mesmo corpo. Assim, o serviço privado, quando é contratado pelo SUS, deve atuar como se fosse público, usando as mesmas normas do serviço público.
>
> Depois, é único, isto é, tem a mesma doutrina, a mesma filosofia de atuação em todo o território nacional, e é organizado de acordo com uma mesma sistemática.[427]

A Lei 8.080/90 tem como característica principal a repartição de competências entre as três esferas do governo gestoras do SUS, a União, os Estados e Municípios.

Importante ressaltar que tal repartição não exime uma ou outra esfera do governo em cumprir o dever constitucional de prestar assistência à saúde, pois todos devem agir de maneira solidária nesse aspecto, conforme preceitua a

---

[426] BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. seguro saude cirurgia marcapasso – tutela antecipada. Relator Nanci Mahfuz. Julgado. i**n 5/10/2004**. Disponivel em: http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758691/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-393175-rs-stf>. Acesso em 18/07/2012.

[427] RODRIGUEZ Neto, Eleutério. A Reforma Sanitária e o Sistema Único de Saúde: suas origens, suas propostas, sua implantação, suas dificuldades e suas perspectivas. In: Ministério da Saúde. **Incentivo à participação popular e controle social no SUS: textos técnicos para conselheiros de saúde**. Brasília: IEC, 1994, p. 8.

ISBN 978-85-62288-05-0

Constituição Federal em seu art. 196 ao se referir a “Estado” em um sentido genérico.

O que a descentralização visa é uma maior eficiência na execução de ações e serviços para atender a população, esta considerada como um conjunto municipal, estadual e nacional, acabando-se assim com o que ocorria no antigo INAMPS, em que a maior parte dos serviços de saúde estava vinculada à União.

Infere-se da leitura da Lei Orgânica da Saúde que o Município tem um papel preponderante no Sistema (vide art. 7º, IX, “a” da referida Lei), fenômeno conhecido como “municipalização da saúde”. Isso porque, em um país de dimensão continental extremamente diversificado como o Brasil, é aquele o ente federativo mais próximo da realidade do cidadão.

Dessa maneira, o direito fundamental não é algo inato ao homem, mas uma expressão da sociedade como qualquer direito com as seguintes características: a) Inalienabilidade, por não poderem ser valorado econômico-patrimonialmente; b) Imprescritibilidade, no sentido de serem sempre exigíveis, bastando para tanto seu reconhecimento na ordem jurídica; c) Irrenunciabilidade, devido ao fato dos mesmos poderem até não ser exercidos, mas jamais renunciados.

Sendo uma espécie de direito fundamental, a saúde goza de importantes características que são inerentes a tais direitos em dois aspectos: formais e materiais.

Sobre o aspecto formal, é clara a lição de Sarlet:

> a) Como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas "cláusulas pétreas") da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares (SARLET, 2006, p. 03). [428]

Sob o aspecto material entendemos que à saúde é tão importante que chegou a ser estabelecida e regulada pela Carta Magna. O direito à saúde é

[428] SARLET, Ingo Wolfgang**. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Vitória: Panóptica. 2006. p. 3.

ISBN 978-85-62288-05-0

essencial para a estrutura da sociedade, não há o que se questionar quanto à relevância do bem jurídico tutelado.

Portanto, o direito a saúde é a exigibilidade de uma prestação positiva do Estado, devendo esse direito fundamental ser aplicado independentemente de interposição legislativa.

Os Estados de uma forma genérica para tentar se esquivar de sua obrigação alegam a impossibilidade de cumprimento de tais cirurgias e custo de tratamentos baseado no princípio da reserva do possível.

No que diz a reserva do possível Canotilho é realista: eles "custam dinheiro, custam muito dinheiro". Argumento que quando entra em colisão com direito a vida e da dignidade da pessoa humana deve ser descartado, pois irão custar mais caro quando não conseguirem se inserir na sociedade por causa de sua deficiência. Gerando um abalo emocional e pessoal para toda a família.[429]

Como dito, os entes federativos alegam a aplicação da reserva do possível para negar os pedidos das pessoas com deficiência, o que de plano não deve ser acolhido por nenhum juiz, uma vez que o que está em jogo é a vida de um ser humano. Sendo que o direito a vida e a saúde devem ser considerados bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.

As pessoas com deficiência tem o direito à saúde, isso significa que podem exigir outra prestação de outrem. Os entes federativos tem o DEVER de cumprir não sendo lhe permitido conduta diversa.

O Estado e demais entes podem ser cobrados de qualquer responsabilidade civil causada a terceiros, em decorrência de tratamentos omissivos ou comissivos, lícitos ou ilícitos, que lhe sejam imputáveis.

Apenas um exemplo para ilustrar: No caso de uma criança tetraplégica que necessita de uma cadeira de rodas motorizada, por ser o instrumento adequado para sua locomoção, afasta-se a cláusula da reserva do possível, pois este não pode servir de obstáculo para aquele que necessita do auxílio do Estado. Ainda a Lei 4.320/64, art. 41, II, prevê os chamados créditos adicionais específicos destinados a despesas pelas quais não haja dotação orçamentaria específica. Este é um exemplo o qual o direito á vida deve prevalecer. Ainda quando o fundamento da ausência de condição orçamentária entra em colisão com os direitos fundamentais, considera-se necessário respeitar o direito á vida. Apenas para concluir cita-se um trecho do julgamento do STJ:

> "(...) aduziu-se que entre ser reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa (...)

[429] CANOTILHO, J. J. **Metodologia," Fuzzy" y Camaleones Normativos" en la Problemática Actual de los Derechos económicos, Sociales y Culturales.** Coimbra:Almedina. 2003. p.43.

ISBN 978-85-62288-05-0

> não haveria opção possível para o Judiciário, senão em dar primazia em razão ao último.(...) [430]

Destarte, devem-se adotar ações para garantir o exercício desses direitos estabelecendo politicas públicas, preventivas e curativas.

O caminho é longo para superar esse comportamento omissivo dos entes federativos que precisam fornecer a este grupo de pessoas o direito á saúde no que tange a fatores médicos, pessoais, psicológicos. Tudo dependerá da ação conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para que se alcance efetivamente o direito á saúde.

Valendo-me das palavras de Luiz Alberto David Araujo, "se a lei já manda fazer e não feito... é hora de cobrar." [431]

5. As pessoas com deficiência de fissuras congênitas de lábio e palato e o dever do Estado em realizar o procedimento cirúrgico com a máxima urgência, sob pena de não ser mais possível.

5.1 História.

Há séculos na civilização Inca, era festejada a criança que nascerá com fenda no lábio superior. Tal anormalidade era tida como um ornamento dos mais valiosos e seus portadores exibiam com orgulho o "lábio de Lebre". Mas ao que tudo indica, os Incas constituem exceção, porquanto a grande maioria dos povos no decurso da história via as malformações físicas como aleijões. Ainda hoje a crendice popular persiste a injusta ideia de que as pessoas com fissuras congênitas de lábio palato podem ter sido castigadas por Deus. "Quando Deus marca alguém, alguma razão tem". E como dissemos que elas são de moral duvidosa.

No Brasil, desde 1962, com a criação da Faculdade de Odontologia de Bauru da Universidade de São Paulo, o tema vem sendo estudado por profissionais a fim de buscar tratamentos e reabilitação das pessoas com este tipo de malformação.

Em 1967, de forma pioneira o "Centrinho" de Bauru, como é conhecido a Universidade de São Paulo, preparou-se através de um complexo terapêutico médico-odonto-psico-fono-social para ensino, tratamento e reabilitação de fissurados e labiopalatais, tendo como finalidade integrar paciente e a sociedade.

Perderam-se muitas crianças no início do centinho, pois havia um alto índice de mortalidade devido às dificuldades de como alimentar essas crianças, de como

---

[430] BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 784.241/t2.RS. Relatora: Ministra. Eliana Calmon **in 8/04/2008**. Disponivel em: < http://www.jusbrasil.com.br/diarios/36218189/djmt-18-04-2012-pg-250>. Acesso em 22/07/2012.

[431] ARAUJO, Luiz Alberto David. **Barrados. Pessoa com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar**. Petrópolis: KBR. p.32.

ISBN 978-85-62288-05-0

posicionar nos berços, qual a posição correta para dormir. Estas dificuldades fizeram que em alguns casos ocorressem regurgitamento com aspiração alimentar desenvolvendo bronquiolite, bronquite, pneumonia e desnutrição que acabavam levando a criança a óbito.

Fato que obrigou devido às longas distâncias que moram os pacientes o Hospital dispor de tumulo próprio para sepultamento dessas crianças. Com o aprendizado dedicação de médicos enfermeiros e auxiliares foram se descobrindo as técnicas de alimentação, os tipos de alimentação os diversos posicionamentos nos berços onde não haveria nenhum risco de aspiração, com isso à mortalidade no Centrinho reduziu praticamente a zero.

Até o momento o Centrinho de Bauru, vem tentando incluir a fissura congênita de lábio e palato na lista de pessoas com deficiência. Formou-se uma comissão de médicos para que fosse estudado esse tipo de malformação criando um protocolo para que o paciente preencha, e após análise do seu grau e gravidade de comprometimento, será ou não incluído como deficiente, sem a necessidade de ingresso na Justiça para que seja reconhecido o seu direito. O projeto proposto por esta equipe multidisciplinar já foi concluído e aguarda aprovação.

Assim, mesmo com grandes dificuldades de fala, estética não podem contar com benefícios concedidos aos demais deficientes, não tendo ainda alternativa se não ingressar na justiça para buscar os seus direitos.

5.2 Fissuras Congênitas de Lábio e Palato.

As fissuras congênitas de lábio e palato são as mais frequentes malformações faciais. As pesquisas sobre sua ocorrência têm estudado fatores etiológicos e da eventual influência de raça, sexo, idade dos pais, condições sociais de vida, ação de drogas, entre outras.

Nas suas manifestações mais comuns são exteriorizadas clinicamente pela descontinuidade de algumas das estruturas que compõe a face média, tais como o lábio superior, o rebordo alveolar e o palato. Mas podem ainda acometer a face inferior e a mandíbula, nas suas manifestações menos frequentes. Surgem na vida pré-natal, mas especificamente no final do período embrionário e início do período fetal, durante a formação da face e do palato. Sua alta prevalência é explicada pela complexidade do desenvolvimento embrionário humano.

Sabe-se que não se pode prevenir o nascimento de pessoas com fissura de lábio e palato, mas com a implementação de politicas públicas, criação de novos hospitais e um maior comprometimento dos entes federativos, pode-se chegar a um tratamento de reabilitação planejado e adequado a cada tipo de indivíduo, o que evitaria o número de óbito nos primeiros anos de vida, bem como possibilitaria

ISBN 978-85-62288-05-0

aqueles que sobreviveram uma melhor adaptação psicossocial e menores possibilidades de desvio de conduta social.

De fato, o problema encarado neste tópico faz parte da história do homem. No Brasil o problema não é enfrentado com seriedade, sendo apenas visto sob o ponto de vista estético e há pouca informação sobre o assunto o que dificulta o enfrentamento do tema.

Este tipo de deficiência deve ser atendido pelo Estado por completo, pois envolve muito mais do que o ato cirúrgico, esse tipo de malformação são as mais contundentes, o que dificulta é muito sua ocultação.

O apoio dos entes federativos influenciará na família, na sociedade e na formação da pessoa com deficiência que sofre inúmeros preconceitos com o olhar do outro sobre este "problema", uma vez que a decisão negativa dos entes federativos contribui para que a sociedade não seja preparada para enfrentar essa dificuldade.

Muitas vezes, os próprios pais paternalistas deixam se lidar com a situação de uma forma natural e acabam acentuando a ideia de que aquele indivíduo é diferente.

Quando os pais se vêm nesta situação, sentem grande angústia sentindo muitas vezes culpado pelo ocorrido. A própria família acaba superprotegendo as crianças com deficiências estéticas e de fala, dado o conceito aparente em relação às desvantagens que elas apresentam. Ademais, possuem grande dificuldade em localizar hospitais especializados para atendimento completo de seus filhos, bem como lhe falta informações sobre alimentação, aspectos psicológicos e fonodiológicos entre outras informações relevantes. O tratamento também deve ser disponibilizado a família.

É natural que aquele que possui uma deficiência principalmente estética, acaba desenvolvendo um desejo de se isolar. Podemos imaginar que muitas vezes a pessoa com deficiência não se sente incomodada de pegar uma xícara com a boca quando não pode pegar com as próprias mãos, mas este movimento irá despertar a curiosidade de muitos.

Os entes federativos devem agir de forma cooperada, pois são responsáveis por esses indivíduos, já que o apoio ao tratamento, o conhecimento de si próprio, tornaram esse individuo seguro para estar na sociedade.

As pessoas e autoridade judiciárias que convivem longe desse "problema", digo no sentido que não convivem com algum tipo de deficiência não param para pensar nas graves consequências que a ausência do tratamento e de informação pode levar a morte de um indivíduo. Ninguém imagina que um dia possa ter um filho com alguma deficiência ou então sofrer um acidente e tornar-se deficiente. Através da divulgação de informações sobre o tema e pressão aos entes federativos TODOS

ISBN 978-85-62288-05-0

incentivam o debate, e principalmente a conscientização, na busca de uma sociedade livre, justa e solidária.

5.3. Qual a importância da cirurgia reparadora e demais serviços que devem ser disponibilizados pelo SUS.

Para responder esta pergunta precisamos entender o conceito de reabilitação: Quando falamos em reabilitação, precisamos pensar em outras etapas do processo cirúrgico, que vão além da reparação estética. Por isso é tão importante que a cirurgia, bem como o tratamento completo seja disponibilizada pelo SUS.

Esse conceito de reabilitação é difícil de ser entendido pelos familiares e pelos órgãos públicos. Ambos encontram-se despreparados para receber esses indivíduos. Os familiares encontram-se abalados emocionalmente, quer por falta de informações de que o tratamento será por longos anos envolvendo varias aéreas da medicina, quer por influência de crendices populares. Informação está que também é falha aos operadores do direito, os quais desconhecem esse tipo de deformidade.

As fissuras labiopalatais exigem tratamento especializado desde os primeiros anos de vida até a maturidade. O tratamento inicia-se logo após o nascimento, com as cirurgias plásticas primárias e continua com as extra- cirurgias que visam tratar as consequências funcionais das fissuras e acompanhar o crescimento facial e o desenvolvimento da oclusão. Ainda é possível se falar em cirurgias secundárias, realizadas mais tarde, que possuem caráter morfológico para melhorarem a estética labial e ou nasal.

Após a cirurgia a criança deve ser acompanhada por uma equipe de reabilitação, uma vez que as cirurgias plásticas primárias podem restringir o crescimento da maxila e dos arcos dentários trazendo uma série de sequelas para a face e oclusão. Esse acompanhamento é essencial, tendo em vista que quando as cirurgias são realizadas na infância, ocorrem mudanças na configuração facial com o crescimento[432].

Os procedimentos cirúrgicos do lábio e palato nos primeiros cinco anos de vida reduzem os distúrbios articulatórios por volta de 40%, mas não elimina a necessidade de terapia fonoaudiológica.

As condições dentárias são razoáveis, em termos de conservação, porém o índice de má oclusão ocorre em 100% dos casos, o que deverá ser disponibilizado um serviço de odontologia a este paciente. Por isso a necessidade de urgência da

[432] SILVA FILHO, O. G.; NETO, J.V.; CAPELLOZA FILHO, L.F. **Influência da queiloplastia sobre a morfologia craniofacial em fissura bilateral completa de lábio e palato**. Ortodontia, v.34, n.1, p.17-26, 2001. Disponível em:<http://www.uepg.br/propesp/publicatio/bio/2008_1/artigo-1-Marcia.pdf>. Acesso em: 30/07/2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

concessão do tratamento. Com isso, exige uma posição enérgica dos entendes federativos no apoio destinado a essas famílias no tratamento da ortodontia.

A cirurgia de palato resolve o problema temporariamente devendo haver integração de outras áreas disciplinares para que seja considerado um tratamento eficiente.

> No primeiro momento a cirurgia tem um papel relevante na correção desses defeitos e após sua realização, proporcionam grande- alento aos familiares, que julgam ter resolvido o problema, esquecendo que a criança desenvolve-se ao longo do tempo o aspecto físico- psíquica e socialmente; ao chegar à idade adulta é necessário, todavia saber se este indivíduo esta ou não preparado para aceitar o seu defeito estético e de comunicação, o que pode ser agravado se o tratamento for parcial. Deve-se ainda saber se ele está ou não adaptado á sociedade em que vive.[433]

O tratamento incompleto e inadequado pode levar a deformidades na dentição e na face pela restrição de crescimento dos ossos maxilares, pelas incorreções na fala e pela deficiência auditiva, que impedem a adaptação do indivíduo na sociedade.

O nascimento de uma criança com fissura lábio palato traz grandes preocupações emocionais aos pais, que para aliviar a sua tensão muitas vezes são indicados cirurgias precoces promissoras, que acabam por induzir uma deficiência no crescimento maxilar, acarretando uma estrutura desproporcional no perfil facial, com implicações estéticas graves. Isso ocorre quando não existe um planejamento global de tratamento envolvendo outras especialidades. Assim, é necessário se conhecer o paciente e seu “problema” procurando a melhor solução de tratamento e garantir a ele o tratamento completo.

Desta forma, não há como aceitar que o Estado se omita de tal responsabilidade, pois sua negativa de tutela comprometerá a vida, desenvolvimento, dignidade de uma criança, e um dia terá que responder por essa conduta ilícita.

Existem duas limitações para a execução satisfatória da reabilitação: deficiência de recursos e falta de informação.

5.4 Importância do Tratamento Cirúrgico em tempo adequado

Dependendo da fissura Labial, no que tange a seu grau e gravidade, é essencial que a cirurgia seja na fase inicial, haja vista que será necessário o

[433] BROSCO, Heli Benedito. **Avaliação Estética, Psicologica, Fonodiológica, Pedagógica e Social, de Portadores de Fenda Transforame Inclusivo Unilateral**. Bauru. 1978. p.12.

ISBN 978-85-62288-05-0

envolvimento de outras áreas na conclusão do tratamento, principalmente ortodontia. A cirurgia tem como finalidade restitui aos portadores a função, a integração social e o equilíbrio psicológico adequado.

O momento adequado para a cirurgia deverá ser analisado caso a caso, mas muitas cirurgias são indicadas logo após o nascimento.

No caso da fenda labial, segundo Blair e Brown[434] deve ser corrigido o mais rápido possível, o que pode ser feita nas primeiras 24 horas de vida. Durante os primeiros dias de vida existe provavelmente, certa resistência ao choque cirúrgico, o qual estará necessariamente presente durante o processo do nascimento. A técnica cirúrgica nessa idade é difícil, mas as vantagens para as crianças e para a mãe ultrapassam as desvantagens para o cirurgião.

Brown w Mc Dowell[435] (1945) são da opinião que as fissuras únicas podem ser reparadas a qualquer época, mas dão preferência a que sejam logo após o nascimento. Segundo eles o reparo precoce facilita a alimentação e elimina as tensões dos pais, e por outro lado, a pressão elástica do lábio tende a estreitar a porção anterior de qualquer fenda palatal associada.

Assim, deve ser sempre analisado o caso concreto da criança, a cirurgia de palato envolve dois tempos: aos 18 meses opera-se o palato mole, com o intuito de facilitar o desenvolvimento da fala, enquanto o fechamento do palato suro deve ser realizado no período de 6 a 8 anos. Justifica-se dizendo que nessa fase, grande parte do crescimento da maxila já se processou e o fechamento pode ser feito através do deslocamento de um retalho mucoperiostal.

Imperioso assim, que seja o indivíduo atendido por um especialista a fim de que o mesmo diagnostique claramente a gravidade do caso e posteriormente seja encaminhado ao Hospital preparado a atender esse tipo de deficiência, assegurando que o seu tratamento será levado até o final, mediante ajuda com recursos financeiros dos entes federativos aqueles que não possuem meios de prover as despesas inerentes a todo o tratamento.

O ideal é uma vez notado que a criança possui algum tipo de deformidade facial, em caso de negativa por parte dos entes de prestar o auxílio necessário, a família ingresse na justiça para que seja disponibilizado todo o tratamento necessário a seu filho, o qual deverá envolver diagnóstico e tudo aquilo que for indispensável para a colocação do indivíduo na sociedade.

---

[434] BLAIR, V.B. & BROWN, J.B. Mirault operation for single hareplip. **Surg.Gynec. Obstet.,** 51:81-98, 1930.
[435] Idem, p.82.

ISBN 978-85-62288-05-0

6. Conclusão.

A Constituição Federal em seu art. 23, inciso II, ao tratar da competência comum da União, Estados, Municípios e Distrito Federal estabeleceu "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia da pessoa com deficiência." Este artigo ainda é reforçado pelo art. 198 que também se refere à responsabilidade conjunta dos entes federativos.

Desta fora, os entes possuem responsabilidade recíproca na prestação de serviços à saúde. Assim, nenhum nível de governo pode alegar sua irresponsabilidade. Ainda os entes federativos não pode esquivar de sua responsabilidade alegando que as normas referentes ao direito á saúde são norma programáticas, que a aplicação dependa de planos ou programas governamentais, até por que referente às pessoas com deficiência, já há planos e legislação vigente, que estão apenas aguardando efetividade.

Ademais, não se pode alegar a aplicação da reserva do possível quando a vida humana está em risco, quando o princípio da reserva do possível entra em colisão com o princípio do direito a vida, não resta dúvida de que o direito a vida e a saúde são considerados bem máximos.Destarte, deve ser concedida a medida de urgência autorizando a concessão de cirurgia e de acompanhamento do tratamento integral à pessoa com deficiência, para que seja possível buscar o equilíbrio desses indivíduos.

Intervir apenas cirurgicamente significa aliviar a tensão dos pais em se sentirem menos culpado, mas este procedimento isoladamente leva uma sensação de satisfação temporária se não agregada os demais tratamentos específicos. Assim, é necessário um trabalho em equipe com profissionais de diversas áreas para que se possa atingir a plenitude da reabilitação.

O papel dos entes federativo é disponibilizar profissionais especializados que conheçam o problema enfatizando a importância de cada profissional para reabilitação do indivíduo, bem como promover as cirurgias adequadas a cada caso em hospitais preparados para lidar com a situação.

As opiniões sobre a melhor técnica e a melhor idade para a cirurgia de fissura de lábio palato parecem repousar ainda em impressões de cada protocolo desenvolvido, testado e comprovados por cada instituição. Mas de fato, a maioria dos cirurgiões entende que a cirurgia deve ser realizada nos primeiros anos de vida.

O risco de ausência de planejamento das cirurgias é que poderá acarretar excessos de cicatrizes ao redor da cartilagem alar e estenose nasal vestibular, comprometendo definitivamente a estética. O Estado e demais entes podem ser cobrados de qualquer responsabilidade civil causada a terceiros, em decorrência de tratamentos omissivos ou comissivos, lícitos ou ilícitos, que lhe sejam imputáveis.

ISBN 978-85-62288-05-0

Portanto para que as pessoas com deficiência sejam totalmente reabilitadas os entes federativos tem que proporcionar que os hospitais se atentem, aos seguintes procedimentos: a implementação de diagnósticos mediante documentação apropriada das condições faciais, oclusais e funcionais (fala e audição); o planejamento da sequência terapêutica ideal com base na documentação colhida dos pacientes; a conscientização dos pacientes e familiares da importância de dar sequência ao processo terapêutico iniciado; a reabilitação, habilitação e integração dos portadores de fissuras labiopalatais de todo o país; o apoio a criação e implementação e formas de recursos, segundo as realidades locais, de centros de atendimento, objetivando facilitar o cumprimento das etapas do processo terapêutico desenvolvido em conjunto hoje com o Centrinho de Bauru, criando mecanismos facilitadores no processo de reabilitação e inserção social e a uniformização dos critérios para o desenvolvimento de pesquisas em nível nacional e internacional obedecendo as características raciais de cada região do país sob o ponto de vista estético além de estabelecer auditorias externas para acompanhar a qualidade e a satisfação do paciente e familiares em relação ao tratamento oferecido nas extensões hospitalares implantadas.

Destarte, deve ser concedido o auxílio que englobe custo de estadia, alimentação, psicólogos, fonoaudiólogos, ortodontia especializada, e demais profissional que juntos levaram ao equilíbrio emocional e estético daquele indivíduo preparando-o para conviver de forma igual na sociedade.

7**. Bibliografia.**

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Barrados. Pessoa com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar*. Petrópolis: KBR.2011

BROSCO, Heli Benedito. *Avaliação Estética, Psicologica, Fonodiológica, Pedagógica e Social, de Portadores de Fenda Transforame Inclusivo Unilateral.* Bauru. 1978.

BLAIR, V.B. & BROWN, J.B. Mirault operation for single hareplip. *Surg.Gynec.Obstet.,* 51:81-98, 1930.

BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 784.241/t2.RS. Relatora: Ministra. Eliana Calmon in 8/04/2008. Disponivel em: < http://www.jusbrasil.com.br/diarios/36218189/djmt-18-04-2012-pg-250>. Acesso em 22/07/2012.

_____. *A*pelação cível n° 798 757 5/8-00 - Comarca de Campinas – Decisão Monocrática n° 2 829, in DJ 5/4/2010. Disponivel em: < https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20081210_235.pdf>. Acesso em 08/07/2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

_____. Ag REG no RE n° 393175 - RS, 2a Turma, Rei Min Celso de Mello, in DJ 02. 02. 07. Disponivel em: < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758691/agregno-recursoextraordinario-re-agr-393175-rs-stf>. Acesso em 20/07/2012.

_____.Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. seguro saude cirurgia marcapasso – tutela antecipada. Relator Nanci Mahfuz. Julgado. in 5/10/2004. Disponivel em: http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758691/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-393175-rs-stf>. Acesso em 18/07/2012.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra:Almedina,1992.

CANOTILHO, J. J. Metodologia," Fuzzy" y Camaleones Normativos" en la Problemática Actual de los Derechos económicos, Sociales y Culturales. Coimbra:Almedina. 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional*.p.3.Disponível em:< www.tjrs.jus.br/poder_judiciario/.../DireitoSaude.doc . Acesso em 25.07.2012

RODRIGUEZ Neto, Eleutério. A Reforma Sanitária e o Sistema Único de Saúde: suas origens, suas propostas, sua implantação, suas dificuldades e suas perspectivas. In: Ministério da Saúde. *Incentivo à participação popular e controle social no SUS: textos técnicos para conselheiros de saúde*. Brasília: IEC, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang**.** *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Vitória: Panóptica. 2006.

SILVA FILHO, O. G.; NETO, J.V.; CAPELLOZA FILHO, L.F. *Influência da queiloplastia sobre a morfologia craniofacial em fissura bilateral completa de lábio e palato.* Ortodontia, v.34, n.1, p.17-26, 2001. Disponível em:<http://www.uepg.br/propesp/publicatio/bio/2008_1/artigo-1-Marcia.pdf>. Acesso em: 30/07/2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE AO TRABALHO INFANTO-JUVENIL: A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL SOB A ÓTICA DA CONSTIUIÇÃO FEDERAL[436]

Ana Paula MEDA[437]
Taíse BACON[438]

RESUMO

O trabalho infanto-juvenil é uma realidade verificada nas sociedades desde os primórdios da humanidade, o que pode ser nitidamente observado ao longo da história. Com o decurso do tempo passou-se a perceber a necessidade de regulamentação do ingresso de crianças e adolescentes no mercado de trabalho com o objetivo de protegê-los e assegurar condições indispensáveis ao sadio e regular desenvolvimento destes, considerando-se a condição peculiar em que se encontram. Nesse viés delineou-se a responsabilidade do Estado na prevenção e erradicação de referida prática, evidenciada pela previsão constitucional contida nos Arts. 7° e 227, § 3° da Constituição Federal. Busca-se com este artigo trazer a lume a questão do trabalho infanto-juvenil e seus reflexos negativos para a formação do indivíduo, bem como a responsabilidade atribuída ao Estado, a fim de que seja efetivado o princípio da proteção integral consagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

RIASSUNTO

Il lavoro dei bambini e degli adolescenti è una realtà constata fin dagli albori dell'umanità e che si può chiaramente osservare lungo la storia. In progresso di tempo si è percepito la necessità di far una regolamentazione su loro ingresso al mercato di lavoro con lo scopo di proteggergli ed assicurare le condizioni indispensabili al loro sano e regolare svolgimeneto, considerandosi la condizione peculiare in cui si trovano. In questa proiezione si è delineata la responsabilità dello Stato nella prevenzione e nello sradicamento di questa pratica, accentuata dalla previsione costituzionale Artt. 7 e 227, § 3 della Costituzione Federale. Con

[436] Trabalho desenvolvido no projeto de extensão enquadrado como incubadora dos direitos sociais – Universidade Sem Fronteiras, chamado Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ), local onde são desenvolvidos atendimentos jurídicos à comunidade, intervenções pedagógicas e pesquisas científicas voltadas para as questões que abrangem a família, bem como a criança e o adolescente.

[437] Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiária do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ).

[438] Graduada pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Advogada do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ).

ISBN 978-85-62288-05-0

quest'articolo si cerca di trarre alla luce la questione del lavoro dei bambini e degli adolescenti e i suoi riflessi negativi alla formazione dell'individuo, così come la responsabilità conferita allo Stato, affinché divente reale il principio della completa tutela stabilito dallo Statuto dei Bambini e Adolescenti (in Portoghese: Estatuto da Criança e Adolescente – ECA).

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho. Criança. Adolescente. Responsabilidade. Estado.

PAROLE-CHIAVE: Lavoro. Bambini. Adolescente. Stato.

INTRODUÇÃO

O trabalho infantil é um problema que assola a sociedade brasileira e, de forma geral, todas as demais, situação esta constatada em retrospecto histórico, por meio de episódios referentes a esta prática em diferentes períodos. Não obstante, o transpassar das eras reputou a questão à responsabilidade do Estado e, com isso, surgiram regulamentações para o trabalho de crianças e adolescentes, a fim de que fossem amparados em sua integralidade, salvaguardadas suas condições de pessoas em desenvolvimento.

A partir disso surge a denominada Responsabilidade de Estado no tocante à elaboração de políticas públicas que coíbam a ocorrência do trabalho infantil. Diante dessa premissa surge a necessidade de que seja regulamentado o assunto pelo Poder Público, com o intuito de buscar-se soluções efetivas ao problema apresentado.

O tema afigura-se de salutar relevância, uma vez que garantias constitucionais asseguradas são explicitamente desrespeitadas, tendo em vista que crianças e adolescentes, mesmo diante da previsão legal e das modernas disposições sobre o tema, ainda exercem atividades laborativas em flagrante desrespeito à lei, o que pode ser aferido através de indicadores apontados por órgãos – nacionais e internacionais – conforme será explanado no desenvolvimento deste.

Nas pesquisas destinadas à elaboração do presente trabalho será utilizado o método dedutivo, empregando-se argumentos verdadeiros extraídos de obras que versem sobre o tema (livros, artigos científicos, legislações aplicáveis e demais fontes disponíveis). O problema em discussão será abordado através de pesquisa bibliográfica, apontando embasamento teórico para a matéria.

Tem-se, nesse viés, a abordagem do assunto em comento e seus reflexos, destacando-se a atuação estatal no sentido de coibir a prática de condutas que exponham crianças e adolescentes a situação de risco e vulnerabilidade, garantindo-lhes condições para um sadio e regular desenvolvimento.

ISBN 978-85-62288-05-0

1. BREVE RELATO SOBRE O TRABALHO INFANTIL NA HISTÓRIA

O desenvolvimento do homem aponta, em todo período histórico, a utilização de atividades laborais provenientes de crianças e adolescentes.

Perante o argüido principiante torna-se notável o encadeamento dos afazeres infantis e juvenis em correspondência ao pensamento e a ordem social existente em cada comunidade em diferentes épocas da história, pois conforme Oliva (2006, p.29) "a dimensão histórica é imprescindível para a compreensão do nascimento e evolução de qualquer ramo do Direito" compondo "matéria fundamental sob pena da continuidade de inaceitáveis equívocos na proteção infanto-juvenil" (SOUZA, 2008, p.50).

Nesse sentido, na tentativa de se traçar uma linha evolutiva sobre o trabalho infantil em simultâneo com o surgimento da tutela jurisdicional, pode-se dizer segundo preleciona Oliveira (1997, p.35) citado por Oliva (2006, p.30), que já nos períodos arqueológicos, o trabalho entre pueris e adolescentes encontrou referências consistentes no encargo destes de colher frutos expostos na natureza, da mesma forma que o faziam as mulheres, vez que aos homens era cabível um maior esforço, como, por exemplo, o dispêndio de energia no ato de caçar.

Adiante, na Antiguidade, o regime da escravidão adquiriu alicerces intensamente defendidos, afetando a totalidade da dimensão existencial de crianças e adolescentes, pois, em continuação ao exacerbado trabalho dos pais, esses também iriam culminar em escravos, dando seguimento a um ciclo sem perspectivas de mudança, sendo que em tais tempos "não havia normas jurídicas e o trabalhador era tratado como coisa, objeto de comercialização entre os homens livres" (OLIVA, 2006, p.32).

Deste modo essa instituição veio a recair sobre os homens através das guerras, pois aqueles que fossem vencidos eram capturados por seus vencedores a fim de tornarem-se escravos e, também, através das dívidas, "o indivíduo penhorava o próprio corpo ou de um membro da família, como garantia de pagamento e não o fazia – ou nascimento" (CASTRO, 2006, p.16), ou seja, o trabalho escravizado entre crianças e adolescentes continuava a prevalecer.

A partir dessa contextualização o regime escravista pode ser entendido como uma perda da individualidade do sujeito submetido ao trabalho escravo, personificando-o a um bem alienável, produto da economia (GASTALDI, 2005, p.111). Desta feita, os demonstrativos históricos e as análises literárias sobre a escravatura recriam os contornos fáticos de tal época, demonstrando a desconfiguração do ser humano enquanto objeto patrimonial de seu senhor, estando à mercê de importunações tanto de ordem física quanto moral.

ISBN 978-85-62288-05-0

Com a mudança do período histórico e o amadurecimento da idéia de direitos, a escravidão, de maneira gradativa, passou a ser vista como uma forma desumana de sujeição ao patrão. Nesse viés, a escravatura, paulatinamente, começou a ser amenizada (GASTALDI, 2005, p.111) e, em seguida, outras relações de trabalho vieram à tona, sem, contudo, trazer alterações significativas às condições de trabalho e ao trabalhador-escravo, como se observa pela instituição da servidão, posterior ao regime escravagista.

Em seguida os servos, então no Feudalismo, "não eram livres, não eram escravos tampouco. (...) porque estavam presos à terra (...) Eles não poderiam, via de regra, mudar de feudo quando achassem pertinente" (CASTRO, 2006, p.120). Dessa maneira, o estudo histórico afirma que os servos tiveram a natureza de pessoa reconhecida e passaram a não pertencer mais à categoria de coisa. Porém, recebiam inópia proteção de seu senhor, devendo submissão a este em troca dos serviços prestados na terra para ali permanecer, representando "uma fase intermediária entre a escravidão e o regime de liberdade contratual do trabalho" (GASTALDI, 2005, p.111).

Ainda aqui a condição infanto-juvenil sofria fortes abalos pelo sistema que vigia porque não se falava em homens livres, mas ainda igualados a animais e explorados sobremaneira, sendo que as crianças e os adolescentes "trabalhavam tanto quanto os adultos, estando, igualmente, sob o jugo dos donos das terras" (OLIVA, 2006, p.37).

A derradeira do Feudalismo trouxe novas situações ao mundo em acontecimento. Se antes a cultura agrária era predominante, iniciavam-se agora as relações urbanas de trabalho livre e artesanal, surgindo as corporações de ofício. As corporações de ofício eram compostas de mestres (donos das oficinas), oficiais ou jornaleiros (trabalhadores assalariados) e os aprendizes (menores alojados e alimentados pelo mestre), sendo que "seus pais custeavam a aprendizagem por um período de dois a doze anos, com o objetivo de verem os filhos transformados em mestres" (SERIACOPI e SERIACOPI, 2005, p.123).

Em referência às informações supracitadas, observa-se que a figura do trabalho infanto-juvenil em constância nas épocas históricas representa a assiduidade da utilização deste labor, que também neste período fazia jus ao papel dos aprendizes, desempenhando o posto mais acriançado nas corporações de ofício. Porém, as horas de trabalho ainda eram excessivas e o regime de ordem, para proveito do mestre, era rígido, a fim de que oficiais e aprendizes fossem acabrunhados nos exercícios de labuta.

Inúmeros fatores influenciaram no definhar das corporações de ofício, como, por exemplo, a aprendizagem rigorosa e a dilação de tempo que isso exigia, já que se tornar mestre passou a ser algo dificílimo e associado a jogos de interesses

ISBN 978-85-62288-05-0

concernentes às grandes corporações de famílias influentes na sociedade conservadora da época (SERIACOPI e SERIACOPI, 2005, p.123).

Contudo, os Estados não se viam responsabilizados pela proteção de seu povo através da edição de normas que definissem e amparassem direitos a todas as pessoas, haja vista que o pensamento em torno do qual todo ser humano é digno de direitos não fazia parte do repertório legislativo do momento em apreço. Com o advento da Revolução Industrial, deste modo, são ocasionados os primeiros direitos relativos ao trabalhador adulto e infantil, principiando a ideia de fragilidade do empregado diante do empregador.

Prossegue-se, então, a Revolução Industrial com o advento das máquinas que foram se espalhando pelo mundo pouco a pouco. Assim, o elevado dispor de mão-de-obra entre diferentes idades tornou-se indispensável para que fossem preenchidas as vagas nas indústrias por aqueles que passariam a lidar com os instrumentos fabris em ascensão. Em consequência disso era necessário um grande volume de operários, sendo integralmente requisitado o trabalho de mulheres, infantis e juvenis, chamadas de meias-forças (VILANI, 2006/2007, p.83, on-line).

De acordo com Séguin o trabalho infantil principiava entre os cinco ou seis anos de idade, sendo que laboravam “sob condições insalubres, e recebendo salários de fome” (2001, p.92-93). Além disso, no sentido de elucidar a condição vivenciada em território britânico, a qualidade e a garantia do trabalho realizado por crianças e adolescentes era, por si só, inexistente vez que não eram respeitados em suas necessidades e nenhuma assistência lhes era destinada advinda por parte do empregador. Apenas com agitações operárias passaram a ser criadas as primeiras leis em prol do trabalhador que vieram a protegê-los de uma série de descasos, como pode-se aferir a partir do exposto seguinte:

> Na ausência de qualquer barreira ética, moral ou legal que impedisse a bárbara exploração do trabalho da criança, teve prosseguimento essa cultura ignominiosa de lucro fácil. Finalmente, a situação de penúria da classe trabalhadora inglesa deu causa a movimentos operários de protesto que despertaram a atenção dos legisladores. Primeiramente cuidaram eles de impor limites à duração do trabalho, regulando o trabalho dos “menores” para proibi-lo no período noturno e por duração superior a 12 horas. Ao depois, vieram alguns arremedos de normas de saúde e segurança do trabalho, como a previsão de janelas que permitissem a ventilação nas fábricas. Todavia, somente a partir de 1870, com a publicação do Ato da Educação Elementar, as crianças foram obrigadas a freqüentar a escola, então ao menos por meio período. No início do século XX, as crianças britânicas passaram a ter de freqüentar a escola em tempo integral, como os filhos das classes abastadas,

ISBN 978-85-62288-05-0

> e essa exigência legal culminou com a erradicação do trabalho infantil naquelas terras. (VILANI, 2006/2007, p. 84, on-line).

Mediante o exposto precedente é nítido o surgimento das primeiras referências legais fazendo menção ao trabalho infanto-juvenil, tais como a proibição do trabalho noturno, a duração desse mesmo exercício e, também, a obrigatoriedade de se frequentar a escola, ao menos, em algum período do dia.

O degradar do tempo trouxe relevância e preocupação para o tema em comento e, com isso, óbices a sua perpetuação começaram a ser destacados no ideário incentivador da igualdade de direitos cumulada com as importâncias iniciais dadas ao caso em meio à responsabilidade dos Estados. Como reflexo desse limiar, leis e normas passaram a ser instituídas para o amparo daqueles que são seres em desenvolvimento e precisam ter seus direitos resguardados salvo suas peculiaridades.

Destarte, desde a conjuntura da Revolução Industrial o mundo atua sempre no intuito de obter lucro de maneira rápida e simples, fazendo deslanchar o capitalismo sem limites. No entanto, outrora as realidades mostraram que era preciso cuidar daqueles que trabalhavam, partindo-se do pressuposto que são os mais frágeis na relação entre patrão, em especial, as crianças e os adolescentes. Limitaram-se, paulatinamente, as atuações do poder do empregador no cerne do direito à dignidade da pessoa humana e as condições necessárias para que o trabalho não fosse desenvolvido de modo insalubre e perigoso para a saúde, bem como para a vida integral dos trabalhadores.

Atenua-se para o fato de que a proteção destinada aos empregados não poderia, desde a época aqui apresentada, ser efetivada com parcimônia pelos Estados, mas deveria estar entre as suas prioridades sociais para a conquista de uma justiça que pudesse nascer desde os tempos mais novos da vida, ou seja, ainda quando infantes e juvenis. Na condição de crianças perfaz-se o desenvolvimento das habilidades psíquicas e motoras, para, posteriormente, quando essas atingirem uma idade adequada, possam começar a trabalhar em um entorno devido. A infância e a juventude devem ter suas particularidades observadas e preservadas.

Em meio a isso a retrospectiva feita sob o aspecto temporal e histórico do trabalho infanto-juvenil nas diversas fases vivenciadas pela humanidade demonstra uma riqueza de detalhes oriundos de uma prática reiterada e antiguíssima. Pode-se compreender, com isso, o porquê, ultimamente, o trabalho desenvolvido por crianças é ilegal e o labor de adolescentes sem o respaldo da lei é ameaçador ao crescimento destes. Pauta-se, de tal maneira, a importância e a necessidade de se notar o mote em questionamento, a fim de que seja reconhecido o quanto é

ISBN 978-85-62288-05-0

essencial a assistência voltada para a criança e o adolescente no ensejo de que não sejam explorados.

1.1 O TRABALHO INFANTO-JUVENIL NO TERRITÓRIO BRASILEIRO EM MARCANTES PERÍODOS HISTÓRICOS

A vinda dos lusitanos para o território nacional trouxe à tona as formas iniciais de trabalho escravo entre crianças e adolescentes no Brasil, a começar pela escravização dos índios e, posteriormente, o tráfico de negros africanos trazidos para o solo brasileiro com o objetivo de serem oprimidos como objetos dos seus senhores. Ainda assim, para a melhor compreensão desse estudo, assevera-se que o processo de colonização instalado em terras brasileiras carecia de farta mão-de-obra barata, sendo que "a monocultura da cana-de-açúcar foi o primeiro grande projeto econômico do País (...) A solução encontrada foi a escravização de índios e negros africanos" (OLIVA, 2006, p.59).

A situação das famílias no período em questão era corroborada por horas excessivas de trabalho intenso, sem cuidados mínimos e submetidos à falta de respeito considerada a condição inumana. Ademais, nas navegações realizadas pelos portugueses para o Brasil, as crianças ou os adolescentes eram jogados ao mar sem qualquer tentativa de continuar a viver. "A vida de uma criança valia bem menos do que uma caixa de mantimentos ou víveres para a alimentação dos navegadores. Não tinha, portanto, nenhum valor a vida de uma criança" (CASTRO, 2008, p.66).

Nesta vertente é notável a situação irrisória em que viviam as crianças e os adolescentes, vez que todo o círculo familiar era envolvido no trabalho forçado e sendo mantidos como subumanos, ao todo, desprezados. A vida se configurava em uma espécie de calabouço ao ar livre, pois ao mesmo tempo em que estavam soltos, de igual modo não eram livres para que pudessem realizar o que fosse proveniente de suas vontades, caracterizando a não apreciação para com essas vidas. Além disso, em leilões de escravos, crianças e idosos eram vendidos pelos menores preços (OLIVA, 2006, p.60), expondo a falta de valor que se dava para os menores e os mais velhos, que eram depreciados por conta de não serem vantajosos para o trabalho escravo.

No entanto houve um passo inicial para resultar na extinção do regime de escravidão tempos mais tarde: a Lei do Ventre Livre, sendo que os filhos nascidos de escravas estariam livres desde 28 de setembro de 1871, data na qual a lei adquiriu publicidade. Não obstante, a realidade da época não se alterou tão rápido como assim dispôs a norma e, ainda, persistia-se uma barreira, porque essas crianças teriam de ficar sob a autoridade dos senhores de suas mães, não estando verdadeiramente livres. Desse pequeno avanço nasce outra regra com objetivos

ISBN 978-85-62288-05-0

explícitos de mudança, ou seja, a Lei Áurea decretada em 1888, pela Princesa Isabel, abolindo a escravidão no Brasil.

Após o banimento da escravatura, todas as crianças sem destino tornaram-se um problema social ocasionando a delinqüência infanto-juvenil. Como consequência dessas mudanças na sociedade, era necessária a imposição de limites ao trabalho infanto-juvenil no Brasil. Neste viés, depois da proclamação da República, o Decreto n. 1313 foi promulgado em janeiro de 1891, regulamentando o trabalho de infantes e juvenis nas fábricas e em 12 de outubro de 1927 o Decreto n. 17.943-A estabeleceu o Código de Menores que também trouxe alguns avanços significativos, como, por exemplo, a proibição do trabalho de crianças até doze anos, (OLIVA, 2006, p.63-66). Entretanto, foram progressos legislativos sem efetividade real na sociedade.

A seguir a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) entrou em vigor em 10 de novembro de 1943, sistematizando a legislação trabalhista esparsa e trazendo dispositivos normativos condizentes ao trabalho infanto-juvenil. Continuamente os estudos a respeito do malefício advindo do trabalho infantil tanto no que se reporta à procedência física e mental quanto a social trouxeram o repensar legal para regulamentar esse viés.

Por isso as legislações espalhadas pelo mundo creditaram valor especial à erradicação do trabalho infantil, como, por exemplo, a legislação brasileira que a partir da Constituição Federal de 1988 apresentou um novo espírito pautado na dignidade da pessoa humana e, por esse intermédio, criou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente em 13 de julho de 1990 que veio trazer uma nova perspectiva à infância e à adolescência dado o reluzir da doutrina da proteção integral, substituindo o Código de Menores.

Acrescenta-se que impedir o acontecimento do trabalho infanto-juvenil e dar efetividade aos dispositivos do ECA é tarefa constante e de responsabilidade familiar, social e estatal.

Desta forma, o trabalho infantil no Brasil, bem como no âmbito mundial teve crianças e adolescentes depreciados enquanto a vasta exploração que envolvia os menores, seus pais e seus familiares. Afere-se, neste contorno, que o trabalho infanto-juvenil teve fortes raízes no cenário brasileiro desde seu descobrimento. Assim, até hoje erradicar o trabalho infantil é uma tentativa constante e uma questão que envolve todas as esferas componentes do meio social.

2. PREVISÃO LEGAL PARA O TRABALHO DE ADOLESCENTES

O retrospecto histórico acerca do trabalho infanto-juvenil no delinear das eras repercutiu, de maneira gradual, nos acontecimentos e nos avanços que dizem respeito à mão-de-obra entre crianças e adolescentes. Avista-se, com isso, que o labor executado ao longo do tempo sempre teve personagens menores de idade,

ISBN 978-85-62288-05-0

fosse pelo fato da ajuda comunitária e familiar ou pelo aprendizado de uma profissão. A evolução do trabalho veio acompanhada do surgimento de direitos para o empregado e, em especial, para as crianças e os adolescentes.

Presentemente, tendo em vista a assunção dos estudos sociais, psicológicos e biológicos feitos até então no que concerne aos menores de idade, percebeu-se que o trabalho exercido por crianças é inviável e retira uma parcela ou o todo da infância, período no qual é essencial o desenvolvimento integral das habilidades psíquicas e motoras que virão a reger esse futuro adulto.

O mesmo procede com os adolescentes, no entanto, com algumas diferenças. Primeiramente há que se falar na distinção fixada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no que os diferencia pela idade. Para o referido estatuto, crianças são aquelas de 0 a 12 anos incompletos e adolescentes são aqueles que têm de 12 a 18 anos incompletos.

Disso afirma-se que na legislação brasileira vigente, no atinente a convenções internacionais e a prioridade absoluta para a infância e a adolescência, as crianças, no Brasil, estão proibidas de trabalhar e os adolescentes, somente o podem realizar no que concorre a idade de 14 anos, conforme o transcrito no art. 7°, inciso XXXIII da Constituição Federal de 1988 que normativa a "proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

Acrescenta-se ainda, a preocupação constitucional em prever sanções àqueles que desrespeitarem as normas contidas na legislação para proteger os infantes e juvenis. Por isso, o artigo 227, § 4º da Constituição Federal expressa que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente", entendendo-se o quão grave caracterizam-se qualquer dessas atitudes perante os primeiros.

Existe também a legislação esparsa que regulamenta o trabalho de adolescentes enquanto aprendizes e estagiários tais quais, respectivamente a lei n°. 10.097 de 19 de dezembro de 2000 e a lei nº. 11.788 de 25 de setembro de 2008, regularizando as atividades desempenhadas por adolescentes no país. A lei do aprendiz, a primeira supramencionada, estabelece a formação técnico-profissional priorizando o trabalho do adolescente como uma aprendizagem com limites e sustentações tanto de ordem educativa quanto prenúncio de se adquirir sabedoria a partir de uma profissão.

Também nessa linha de pensamento a lei do estágio tem intuito educativo, consistindo em uma prática escolar supervisionada, visando a preparação do trabalho produtivo por parte dos educandos que estão matriculados e frequentam regularmente instituições de ensino. O estágio inclui-se, por conseguinte, em um projeto pedagógico voltado para o desenvolvimento de uma contextualização

ISBN 978-85-62288-05-0

curricular do educando, bem como o reconhecer de uma vida cidadã, conforme explanam os artigos 1º e 2º de tal lei.

Contudo, mesmo diante de todo o postular de direitos e a tentativa de parar o avanço do trabalho infanto-juvenil, há críticas que tentam dar respaldo à continuação deste posicionamento a ponto de não serem percebidos os desgastes que isso pode causar. São usados alguns argumentos superados para expor essa posição, haja vista que já foram angariados e mostrados os fatores que, realmente, melhoram e recuperam a vida de adolescentes e crianças.

Dentre os principais argumentos tem-se a questão da pobreza, pois os filhos passam a ajudar os pais no sustento da casa e não ficam na rua à mercê de perigos iminentes, mas, isso se torna falho, pois "durante muitos anos, o trabalho infantil esteve diretamente ligado à pobreza. (...) percebeu-se que nas áreas onde não há educação de forma acessível, (...) a criança fica ociosa e acaba se ocupando em outras atividades que não a escola" (OLIVEIRA, 2003, p.22).

Mediante o divulgado anterior é notável que "não é com o volume de crianças e menores trabalhando para sustentar ou ajudar o sustento da família que se está preparando os futuros trabalhadores. O custo social desta desigualdade aumentará cada vez mais" (ALTOÉ, 2001,p.110) salvo existam anseios políticos voltados para estruturar uma distribuição de renda de maneira igual ou, também, menos desigual.

Ainda suscita-se outra argumentação referente ao fato do trabalho deixar a criança preparada para a vivência mundana, fazendo-a menos vulnerável diante das dificuldades, o que não se configura na verdade fática. Toda criança deve realizar atividades correspondentes a sua idade, para assim, ter um desenvolvimento adequado, porque aquelas "que trabalham em condições desfavoráveis pagam com o próprio corpo, quando carregam pesos excessivos, são submetidos a ambientes nocivos à saúde, vivem nas ruas ou se entregam à exploração sexual" (VILANI, 2006/2007, p.88, on-line).

Deve-se denotar que a conscientização popular é fundamental para que essas raízes acerca do trabalho precoce sejam mudadas e interpretadas como algo posterior à infância, em um tempo correto e certo. Porém, ainda é apropriado dizer que a preocupação social diante do fato vem aumentando e, então, "o Estado-juiz, (...) deve manter-se atento à evolução do Direito" (OLIVA, 2006, p.163).

A cautela constitucional com o trabalho infanto-juvenil evolui a ponto de proibir o trabalho noturno por ter restado comprovado que este tem efeito mais desgastante físico e mentalmente. Também a proibição do trabalho insalubre, perigoso e penoso visa preservar a integridade, a jus da dignidade correspondente a esse adolescente. Assim, podem ser considerados trabalhos perigosos ou insalubres para menores de dezoito anos os trabalhos de afiação de ferramentas e instrumentos metálicos em fiadora, aqueles na construção civil ou pesada ou com exposição a radiações ionizantes, os trabalhos na fabricação de fogos de artifícios, entre outros, de acordo

ISBN 978-85-62288-05-0

com a Portaria n. 20/2001 (art. 2º), fazendo-se citar um vasto rol de trabalhos inadequados.

Por findo cabe analisar, de maneira cada vez mais incisiva a responsabilidade do Estado em fiscalizar e criar políticas públicas que efetivem a erradicação do trabalho infantil e os direitos de crianças e adolescentes em meio às peculiaridades de cada um. Desse modo, o direito ao trabalho deve ser resguardado e cuidado tendo em vista que é um "importante instrumento para implementar e assegurar a todos a existência digna (...) (LENZA, 2010, p.839) e ser um prenúncio importante de conquista social desde que realizado de maneira salubre, virtuosa e favorável.

3. RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PREVENÇAO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

O trabalho infantil, como visto, é um problema enfrentado pela sociedade brasileira, dele decorrendo violações a diversos direitos assegurados a crianças e adolescentes. Nesse sentido pode-se constatar, exemplificativamente, desrespeito ao direito à educação, ao lazer, à convivência familiar e comunitária, dentre outros; tem-se, com isso, afronta direta ao Princípio da Proteção Integral, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Dada a especial importância do tema em comento assim se posiciona a doutrina: "[...] a subtração de crianças e adolescentes dos bancos escolares, para lançá-las, de forma prematura e sem qualquer preparo, no mercado de trabalho, trará graves consequências futuras" (OLIVA, 2006, p. 137-138).

Ante o exposto e a necessidade de prevenir referida prática, cumpre aqui discorrer sobre o tema, abordando o papel do Estado para a consecução de tal objetivo.

Como visto anteriormente, a prática em comento passou por um processo evolutivo até atingir a atual previsão legal. Não se trata de um problema isolado na sociedade, mas sim de decorrência de fatores relacionados à qualidade de vida digna – precárias condições econômicas, de moradia e até mesmo culturais, sendo uma forma alternativa (e descabida) de busca para a solução da realidade vivenciada. Segundo Souza, reflete a falta de condições mínimas necessárias a uma vida digna, em especial pela ausência de desenvolvimento escolar adequado e atividades compatíveis com a faixa de desenvolvimento etário, sendo a prática laboral uma última forma de ascensão social àqueles que não dispõem de adequada alimentação, educação e serviços públicos mínimos (2008, p. 98).

No mesmo sentido é o entendimento esposa por Minharro, para quem a privação de atividades típicas de crianças e adolescentes, tais como brincar e estudar, é uma forma de prejudicar seu futuro e impedir a ascensão profissional,

ISBN 978-85-62288-05-0

restringindo as possibilidades de ascensão social, sendo imprescindível, a fim de evitar tais conseqüências, que haja efetiva proteção ao trabalho infantil (2003, p. 32).

Impende salientar, ainda, que o tema em discussão apresenta grande relevância não apenas no cenário nacional, mas também em âmbito internacional, o que se denota, em especial, pelas Convenções 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Diante desse quadro, cabe ao Poder Público atividades voltadas à prevenção e erradicação do trabalho infantil, através da adoção e elaboração, para essa finalidade, normas e programas.

A Convenção 138, OIT dispõe sobre a idade mínima para admissão em emprego fora ratificada pelo Brasil, entrando em vigor em 2002, por meio do Decreto n° 4.134 (o Brasil regulamenta a idade mínima para admissão em relação laborativa, de início fixada em 16 e posteriormente reduzida para 14 anos, conforme Lei n° 11.180/05, a qual disciplina a contratação de jovens na condição de aprendiz).

A OIT, por sua vez, é competente não apenas para editar normas, mas também para fiscalizar sua observância nos Estados signatários, o que se faz por meio da necessidade de apresentação de relatórios sobre as medidas adotadas para conferir efetividade ao tratado ratificado (Minharro, 2003, p. 60).

Outra Convenção da OIT ratificada pelo Brasil é a de n° 182, que dispõe sobre a eliminação das piores formas de trabalho infantil e será abordada posteriormente.

3.1 DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

A infância é a fase da vida do indivíduo apropriada ao desenvolvimento – físico, emocional e intelectual – devendo ser respeitada como tal, a fim de que seja disponibilizado àqueles que se encontram nessa etapa meios para que essa evolução se dê de forma sadia e regular.

Para a consecução desses resultados crianças e adolescentes são sujeitos, titulares de direitos humanos, assim denominados aqueles que, segundo definição de Corrêa, “são o conjunto de direitos que torna possível a existência da pessoa humana e seu pleno desenvolvimento” (2007, p. 23).

Nesse diapasão, mostra-se imprescindível a elaboração de normas direcionadas especificamente à categoria, regulamentando, assim, a proteção conferida em âmbito nacional e internacional. A Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança é o primeiro instrumento internacional a articular regras específicas dirigidas à proteção de crianças e adolescentes, sendo isto um ônus não apenas dos pais, mas de toda a sociedade e do Estado, bem como de toda a comunidade internacional (RAMIRES, 2007, p. 857-858).

ISBN 978-85-62288-05-0

Infere-se, a partir do exposto, que a proteção contra o trabalho infantil configura meio de efetivação dos Direitos Humanos infanto-juvenis e, consequentemente, assegurar condições mínimas para seu desenvolvimento sadio e adequado, imprescindível à formação de crianças e adolescentes.

3.2 PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Em sede de garantias internacionais impende mencionar a existência de regras específicas voltadas à repressão do trabalho infantil, em especial as Convenções 138 e 182 da OIT (Organização Internacional do Trabalho).

A Convenção n° 138 dispõe sobre a idade mínima para admissão em relação empregatícia. Segundo seu texto, os Estados-membros que ratificarem-na respeitarão a idade mínima prevista em seu Art. 2º, a qual, segundo Martins, "[...] a idade mínima não deve ser inferior ao fim da escolaridade obrigatória, nem inferior a 15 anos, admitindo-se o patamar de 14 anos, como primeira etapa, para os países insuficientemente desenvolvidos" (2011, p. 628).

Referida Convenção fora ratificada pelo Brasil, entrando em vigor com o Decreto 4.134/2002, o qual estabelece que no Brasil a idade mínima para início de atividades laborativas é de 16 anos (OLIVA, 2006, p. 158). Antes, porém, havia sido promulgado o Decreto Legislativo n° 179, que aprovava o texto da Convenção em comento. Procedeu-se ao depósito do instrumento de ratificação junto à OIT, porém não houve aceitação do Brasil como signatário, tendo em vista a fixação de idade mínima inferior àquela preconizada pela Organização. De acordo com Minharro, era necessário apresentar um relatório detalhado sobre a idade mínima para ingresso no mercado de trabalho, porém houve a simples repetição dos termos do texto constitucional, vedando-se o trabalho de menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, aos 14 anos (2003, p. 60).

Insta mencionar que, após satisfazer os requisitos exigidos pela OIT e a apresentação de relatório detalhado, foi aceita a ratificação do Estado brasileiro, incluindo-o como signatário das normas protetivas de direitos da criança e adolescente.

A Convenção n° 182, por sua vez, dispõe sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil. Tal instrumento normativo fora ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 3.597/00, por meio do qual o texto da Convenção em apreço foi promulgado, a fim de tornar suas disposições aplicáveis em âmbito nacional. No mesmo ato também se deu a aprovação da Recomendação n° 190, a qual aborda o mesmo tema da Convenção.

São classificados como as piores formas de trabalho da criança todas as formas de escravidão ou práticas a ela equiparadas, recrutamento obrigatório de

ISBN 978-85-62288-05-0

meninos para combate em conflitos armados, prostituição e pornografia infantil, recrutamento, utilização e oferecimento de crianças para prática de atos ilícitos, trabalhos nos quais haja exposição da criança a abusos de natureza física, psicológica ou sexual, trabalhos subterrâneos ou em alturas excessivas, trabalhos com maquinas e ferramentas perigosas, bem como com cargas pesadas, práticas realizadas em ambientes insalubres. Também se inserem na categoria aquelas atividades desenvolvidas com dificuldade, em longas jornadas, inclusive em horário noturno (MARTINS, 2011, p. 628).

O texto ratificado introduz expressa previsão acerca da responsabilidade do Estado-membro signatário em erradicar o problema. De acordo com Oliva cabe a "[...] todo país-membro que a ratificar, o desenvolvimento de programas de ação para eliminar, com prioridade, as piores formas de trabalho infantil [...]" (2006, p. 165).

A Recomendação 190 dispõe no mesmo sentido, de forma complementar, reiterando as normas contidas na Convenção.

Como bem assevera Minharro, mesmo antes de ratificada a Convenção 182 já se verificava preocupação com a erradicação do trabalho infantil na legislação pátria (2003, p. 65). Pode-se constatar referida afirmação nos Art. 7º, XXXIII da CF (proíbe trabalho perigoso, insalubre e noturno a Menores de 18 anos), 227, § 4º (punição àquele que praticar abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes), bem como previsão em âmbito penal para casos de emprego de mão-de-obra escrava (Arts. 197 a 207 do CP).

Tem-se, de acordo com entendimento doutrinário, que a ratificação da convenção em comento significa um marco na luta do Brasil pela erradicação do emprego de mão-de-obra infantil em atividades laborativas, bem como permite uma maior fiscalização pelas autoridades competentes (MINHARRO, 2003, p. 65).

Outro instrumento importante na busca da erradicação do trabalho infantil é a Declaração Universal dos Direitos da Criança, datada de 1959, ratificada por diversos Estados, em 26/01/90. No Brasil foi aprovada pelo Decreto Legislativo n° 28 e promulgada pelo Decreto n° 99.710/90, conforme destaca Martins (2011, p. 629).

3.3 NORMAS PROTETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico pátrio tem expressas previsões – em âmbito constitucional e infraconstitucional – de normas protetivas de direitos e garantias de crianças e adolescentes. Nesse sentido podem ser mencionados a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (que tem por base o princípio da Proteção Integral, o qual será abordado adiante), destacando-se a limitação imposta em seu Art. 7º.

ISBN 978-85-62288-05-0

A Constituição Federal traz, expressamente, que crianças e adolescentes são sujeitos de especial proteção – do Estado, da coletividade, da família – tendo em vista a especial necessidade de proteger seus interesses. Nesse sentido são os ensinamentos de Liberati e Dias: "crianças e adolescentes devem ser colocados num patamar máximo de proteção, no que se refere à tutela dos direitos e garantias fundamentais, em vista da profunda carga ideológica que deu margem à elaboração da Constituição" (2006, p. 67). Em seu Art. 7º, XXX (restringe contratações em razão da idade) e XXXIII (o traz expressa previsão de que são proibidos os trabalhos noturno, insalubre e perigoso a menores de 18 anos e qualquer espécie de atividade profissional a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos).

Como visto em passagem anterior, há vedação constitucional à realização de trabalho noturno, perigoso e insalubre a menores de 18 anos.

Trabalho noturno é aquele realizado, em regra, em período compreendido entre 22 horas de um dia e 5 horas do outro. É aquele que gera maior desgaste, uma vez que realizado durante o período de repouso do trabalhador (Almeida, 2012, p. 143). O trabalhador sofre maior impacto em sua saúde por ser mais desgastante, uma vez que exerce atividades laborativas no período em que, em regra, destina-se a descanso e reposição das energias.

Insalubre é a prática laboral realizada em ambiente que exponha o trabalhador à presença de agente nocivo a sua saúde em quantidades superiores aos limites de tolerância, conforme definição contida no Art. 189 da CLT. Segundo Martins é "[...] o prejuízo diário à saúde do trabalhador. A saúde do trabalhador é afetada diariamente. Ela causa doença [...]" (2011, p. 668).

Diante de tal proibição buscou-se proteger a saúde de crianças e adolescentes, a fim de não permitir seu contato com agentes prejudiciais à saúde e a seu desenvolvimento.

Perigoso, por sua vez, é o trabalho no qual são utilizados explosivos ou materiais inflamáveis, bem com aqueles nos quais há manipulação de energia elétrica e fios de alta tensão, segundo disposto no Art. 193 da CLT. No que tange à vedação expressa para crianças e adolescentes, além de previsto na Constituição Federal está, também, consagrado no Art. 405, I da CLT.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, em seus Art. 60 a 69, aborda o tema em comento, dispondo sobre a vedação ao trabalho infantil e a possibilidade de realização de atividades laborativas na condição de menor aprendiz. Segundo tais disposições há, além da restrição à inclusão precoce no mercado de trabalho, garantias de proteção ao labor nos casos permitidos, bem como à qualificação técnico-profissional.

ISBN 978-85-62288-05-0

Cabe aqui mencionar que, além da proibição aos trabalhos noturno, insalubre e perigoso o ECA introduziu, em seu Art. 67, restrição àquele qualificado como penoso, assim entendido o que se mostra prejudicial à saúde do obreiro, sendo, também, eivado de imoralidade (MARTINS, 2011, p. 635), podendo ser definida, também, como aquela que demande emprego de força superior aos parâmetros definidos pelo Art. 390 da CLT

Cabe destacar, ainda, o Decreto 6.481/08, o qual elenca as piores formas de trabalho infantil ao regulamentar disposições da Convenção n° 182 da OIT.

A CLT, por sua vez, regulamenta, também, a vedação ao trabalho infantil (Arts. 402 a 441) e dispõe sobre a admissão de adolescentes na condição de aprendiz, assegurando que a manutenção do contrato em referida modalidade deve observar a freqüência e aproveitamento escolar, a fim de não prejudicar o desempenho educacional do menor. Estatui normas concernentes a direitos destes, bem como deveres impostos aos pais, responsáveis e empregadores; trata também de todas as formalidades exigidas para a configuração de uma relação com efetivo vínculo empregatício (LIBERATI e DIAS, 2006, p. 75-76).

Diante do exposto infere-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui normas que restringem o ingresso de crianças e adolescentes no mercado de trabalho, buscando, com elas, viabilizar condições dignas de desenvolvimento – físico, social, moral ou social – bem como assegurar sua formação técnica e qualificação profissional, como é o caso do Decreto n° 5.598, de 01/12/2005, que regulamenta a aprendizagem.

3.4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PREVENÇÃO E ERRADIÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

Após breve abordagem acerca do trabalho infantil ao longo do tempo, bem como as normas direcionadas à proteção infanto-juvenil (em âmbito nacional e internacional), cabe analisar o papel do Estado no que diz respeito não apenas à edição de leis sobre o assunto, mas também de implementar políticas públicas que alcancem os efeitos pretendidos. Nesse diapasão as condutas preventivas se apresentam como elementares à consecução dos resultados almejados, fazendo com que não haja ingresso prematuro de crianças e adolescentes no mercado de trabalho.

O ECA reserva Título específico para abordar a prevenção (Art. 70 e seguintes), à qual deve ser atribuída especial atenção, dada a relevância de se impedir que a conduta se concretize. Segundo Ishida “prevenção é o ato de prevenir, ou seja, tratar de evitar a ameaça ou a própria violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente” (2010, p. 141).

ISBN 978-85-62288-05-0

Segundo essa linha, a base para que se estruturem atividades dessa natureza encontra-se na educação, ao passo que deve ser proporcionada qualificação técnico-profissional àquele que ingressará no mercado de trabalho.

É latente a necessidade de implementar políticas públicas voltadas à finalidade em comento. Sobre o assunto se posiciona Oliva: "há necessidade de implementação de políticas públicas eficientes e da consolidação de uma rede de proteção ao trabalhador adolescente" (2006, p. 140). Insta aqui apresentar algumas políticas adotadas em âmbito nacional para tal finalidade.

O Brasil adota o chamado Programa Internacional para eliminação do trabalho infantil (IPEC), elaborado pela OIT, o qual envolve atuação governamental, de organizações profissionais (empregadores e empregados) e sociedade civil no combate ao trabalho infantil, por meio de projetos concretos de atuação (OLIVA, 2006, p. 140). Desde sua implementação, em 1992, o país tem por escopo efetivar a proteção almejada pelo programa por meio de articulações, mobilizações e legitimação das atividades de iniciativa nacional ao combate do trabalho infantil (OIT, on-line).

Outro instrumento é o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação ao Trabalho Infantil - FNPETI, resultante da união de 22 instituições interessadas em discutir e buscar soluções para o problema. É "uma estratégia não-governamental de articulação, mobilização e sensibilização da sociedade brasileira na luta pela prevenção e o fim da exploração do trabalho de milhões de crianças e pela proteção ao adolescente trabalhador em nosso País" (FNPETI, on-line).

Cabe, ainda, abordar brevemente o Programa de erradicação do trabalho infantil – PETI, que fora lançado em 1996 como instrumento hábil a reprimir a ocorrência da prática em questão. Atualmente, o programa "articula um conjunto de ações visando à retirada de crianças e adolescentes de até 16 anos das práticas de trabalho infantil, exceto na condição de aprendiz a partir de 14 anos" (MDS, on-line). O funcionamento das atividades propostas se dá por meio de levantamento de dados relativos à prática de trabalho infantil pelos Estados, identificando as hipóteses de ocorrência em cada um de seus municípios. Tais informações são encaminhadas às Comissões estaduais de erradicação do trabalho infantil a fim de que sejam analisadas e elaborado plano de atendimento, respeitada a ordem de prioridades (OLIVA, 2006, p. 144). Impende salientar, ainda, que a matrícula e frequência escolar são obrigatórias.

Infere-se, pelo exposto, que são adotadas políticas públicas destinadas à prevenção e erradicação do trabalho infantil no Brasil. Embora ainda sejam identificados números expressivos de referida prática observa-se que medidas são adotadas no sentido de coibir a prática e, com isso, assegurar que crianças e adolescentes tenham condições para sadio e regular desenvolvimento.

ISBN 978-85-62288-05-0

4. ECA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instrumento normativo destinado à proteção de direitos e interesses destes, adota, para tal finalidade, a chamada doutrina da proteção integral, expressamente prevista em seu Art. 1º, segundo a qual a proteção deve ser exercida em rede, e não isoladamente, atuando através de políticas públicas estabelecidas por todos os entes federativos e executadas em âmbito municipal. De acordo com a doutrina, referida legislação introduziu ao ordenamento jurídico pátrio uma nova perspectiva para a tutela e proteção de direitos inerentes à categoria, conferindo-lhe proteção especial ao assegurar prioridade absoluta, em especial por meio do princípio da proteção integral (LIBERATI e DIAS, 2006, p. 70).

O ordenamento jurídico pátrio, até atingir o estágio normativo acerca da matéria, implementou as doutrinas do Direito Penal do Menor, segundo a qual seria ele imputável, previsão esta contida nos Códigos Penais de 1830 e 1890, e do Menor em situação irregular, configurada quando existentes três situações específicas: menor carente, menor abandonado e diversões públicas (ISHIDA, 2010, p. 2).

A Constituição Federal de 1988 assegura, de forma pioneira no ordenamento jurídico brasileiro, direitos e garantias deste grupo como prioridade absoluta e atribui o encargo de sua observância à família, à sociedade e ao Estado (SILVA e CURY, 2008, p. 17), entendido este como todos os entes federados, havendo expressa disposição nesse sentido, conforme se depreende da leitura do Art. 227, CF.

O ECA, por sua vez, amparado pela Constituição Federal, em especial pelo dispositivo acima mencionado, estabelece que para a tutela de interesses de crianças e adolescentes será aplicada a doutrina da proteção integral, preconizando que o desenvolvimento – físico, mental e social – de seus destinatários deve ser respeitado, gozando de prioridade absoluta (Art. 1º, ECA). Para Liberati e Dias tal princípio “objetiva, no entanto, acolher a todos os menores de 18 anos na efetivação de seus direitos, não importando sua condição” (2006, p. 70).

Essa proteção legalmente assegurada traz implícita a existência do sujeito protegido, frágil, e de outra figura, forte, capaz de colocar em prática o previsto em lei (PEREIRA, 2008, 24). A proteção, nesse viés, advém da condição especial de pessoa em desenvolvimento.

> Note-se que não é uma proteção qualquer que é assegurada à criança e ao adolescente pela Constituição Federal, pelo Estatuto já referido e por outras normas (inclusive convenções ratificadas) que conferem substância ao

ISBN 978-85-62288-05-0

referido princípio: é uma proteção rotulada INTEGRAL (OLIVA, 2006, p. 103).

A doutrina da proteção integral, além de seu respaldo constitucional, tem raízes na Declaração de Genebra (1924), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1969) e, por fim, nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça da infância e da juventude – Regras de Beijing (1985), Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil – Diretrizes de Riad e Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade (1990), as quais lançaram bases para a adoção de referida política de proteção (SILVA e CURY, 2008, p. 16).

Juntamente com referida doutrina tem origem a garantia de prioridade absoluta, por meio da qual se buscam meios que assegurem a observância e respeito de direitos fundamentais de crianças e adolescentes (ISHIDA, 2010, p. 2). São eles previstos na Constituição Federal, especialmente em seu Art. 5º e no ECA, no Título II. Impende destacar, nesse sentido, a previsão expressa dos seguintes direitos: vida, saúde, liberdade, respeito e dignidade, educação, igualdade, cultura, lazer e esportes, profissionalização e proteção ao trabalho, sem prejuízo de outros assegurados nos textos constitucional e infraconstitucional.

Almeja-se, com isso, que a crianças e adolescentes sejam assegurados meios para que se desenvolvam – física, moral e socialmente – de forma satisfatória e, com isso, gozem de adequadas condições de vida.

5. INDICADORES SOBRE O TRABALHO INFANTIL NO BRASIL

Muitas atitudes e posições já foram tomadas para que o trabalho infantil atinja índices mínimos até que seja erradicado totalmente. Entrementes, os indicadores da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tornados públicos no dia 19 de julho de 2012 e apresentados pela Ong Pró-menino na matéria on-line Avanços nos indicadores de Trabalho Decente no Brasil é tema de relatório inédito da OIT, retratam a profundidade do problema que diminui ao longo do tempo, mas ainda persiste incisivamente em determinadas regiões e lugares, mostrando que ainda há muito que se fazer no sentido de fiscalizar, conscientizar as pessoas e proporcionar condições adequadas de sobrevivência que não submetam crianças e adolescentes a trabalhos escravos em virtude de ajudar na renda familiar. Mais uma vez é apontada a responsabilidade substancial que deve iniciar-se no Estado e culminar em todo o pensar da sociedade.

Assim, segundo números da OIT publicados pela Ong Pró-menino obtidos a partir da OIT Brasil, as crianças e os adolescentes ocupados entre 5 e 17 anos de idade teve uma redução de 1,05 milhão entre 2004 e 2009, passando de 5,3 milhões

ISBN 978-85-62288-05-0

para 4,2 milhões. Resultou-se que o trabalho infantil diminuiu em todos os grupos etários. Igualmente, na faixa de 5 a 9 anos a proporção de crianças ocupadas diminuiu de 1,4% para 0,8%. No entanto, ainda havia, aproximadamente, 123 mil meninos e meninas trabalhando em 2009.

Quanto às regiões, o Nordeste abrigava 46,3% dessa multidão (57 mil crianças), seguida da região Sudeste com 24 mil ou 19,5% do total e Norte com 20 mil ou 16,2% do total. Ainda em 2009, o nível de ocupação das crianças e adolescentes de 10 a 17 anos de idade era bastante elevado em Tocantins (24,2%), Rondônia (22,0%), Piauí (21,8%), Santa Catarina (21,6%) e Bahia (20,1%), estando todos muito acima da média nacional que se estabelece em 14,8%. No Piauí há uma ressalva na significativa diferença de incidência de trabalho infantil entre brancos (16,5%) e negros (23,4%).

Em 2009, 1,15 milhão de adolescentes de 14 e 15 anos de idade estavam trabalhando no país, o que correspondia a 16,1% do total de pessoas nessa faixa etária. Destes, apenas 18,6 mil (ou 1,6% do total) eram contratados como aprendiz de acordo com a Lei de Aprendizagem. Esse percentual é ainda menor na região Nordeste (0,3%) e no Norte (0,7%), regiões em que se têm mais crianças e adolescentes ocupados. Tocantins, Ceará e Bahia, Estados no qual a proporção de adolescente de 14 e 15 anos trabalhando era superior à média nacional, figuravam entre aqueles com menores percentuais de aprendizes nessa faixa etária: 0,2%, 0,1% e 0,2% respectivamente.

Desta forma, desde que se intensifiquem em abrangência e qualidade as políticas públicas destinadas à proteção integral e à geração de oportunidades de trabalho decente para homens e mulheres, aliadas à oferta adequada de serviços e equipamentos que facilitem a conciliação entre o trabalho e as responsabilidades familiares, o trabalho infanto-juvenil pode ser erradicado. Por isso, importante se faz a configuração efetiva das disposições do ECA em consonância com a Constituição Federal, as ações estatais e as interações familiares que devem, em primeiro momento, serem as mais apropriadas para proteger as crianças e os adolescentes de mazelas que podem assolar o desenvolvimento destes.

Outrossim, é imprescindível que o Estado angarie recursos financeiros para que a rede protetora formada pelo Sistema de Garantias de Direitos previsto no ECA atue de forma plena e consiga efetivar a doutrina da proteção integral a fim de que todos culminem para a erradicação do trabalho infanto-juvenil e a infância e a adolescência possam obter oportunidades realmente qualificadoras e enriquecedoras de currículos, conforme o aprendiz e o estagiário, para que assim inicie-se de maneira correta um ciclo que deve sempre renovar-se de forma apropriada e seguida da legalidade objetivada pela proteção e a efetividade de direitos necessários a manutenção da máquina social.

ISBN 978-85-62288-05-0

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, pelo exposto, realizar breve abordagem sobre a prática de trabalho infantil e a preocupação – nacional e internacional – em evitar a ocorrência deste e a proteção conferida a crianças e adolescentes por meio da legislação vigente.

Também restou demonstrado que o Estado é responsável pela implementação de políticas públicas destinadas a tal finalidade, de modo que sua atuação se faz relevante, devendo implementar-se em conjunto com a família e demais ramos da sociedade, valendo-se de disposições legais a fim de atingir referido objetivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. *Direito do Trabalho: material, processual e legislação especial.* 11 ed. São Paulo: Rideel, 2012

ALTOÉ, Valeriano. *O trabalho infanto-juvenil no Brasil.* In: SÉGUIN, Elida (Org). Aspectos jurídicos da criança. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

Avanços nos indicadores de Trabalho Decente no Brasil é tema de relatório inédito da OIT. Ong Pró-menino. Disponível em http://www.promenino.org.br/Default.aspx?TabId=77&ConteudoId=069ec5a7-92f3-43ce-9141-78240fb8252b. Fonte: OIT Brasil - 19/07/2012. Acesso em 28/07/2012.

BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda. *Direitos humanos das crianças e dos adolescentes - como efetivá-los?.* Consulex, n.366, p.16-17, 2012.

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

CASTRO, Flávia Lages de. História do direito geral e Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

Convenção 138, OIT. Disponível em < http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BAFFE3B012BCA906FCD1165/cv_138.pdf>. Acesso em 31 jul. 2012

CORRÊA, Marcos José Gomes. *Direitos Humanos: Concepção e fundamento.* In PIOVESAN, Flávia et al. Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação. Curitiba: Juruá, 2007

Decreto 6.481/08. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm>. Acesso em 6 ago, 2012

Fórum Nacional de Prevenção e erradicação do Trabalho Infantil. Disponível em < http://www.fnpeti.org.br/ >. Acesso em 13 ago, 2012

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos da economia política.* 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. DIAS, Fábio Muller Dutra. *Trabalho Infantil.* São Paulo: Editora Malheiros, 2006

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho.* 27ª ed. S.ão Paulo: Atlas, 2011

MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2003

Ministério do Desenvolvimento Social. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/peti/ >. Acesso em 13 ago, 2012

OLIVA, José Roberto Dantas. *O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e di adolescente no Brasil: com alterações promovidas pela Lei n. 11.180, de 23 de setembro de 2005, que ampliou o limite de idade nos contratos de aprendizagem para 24 anos.* São Paulo: LTr, 2006

OLIVEIRA, Pedro Américo Furtado. *III Fórum Social Mundial – Um futuro sem trabalho infantil.* Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho. Brasília: 2003.

Programa Internacional para eliminação do trabalho infantil. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/ipec/apresentacao.php>. Acesso em 13 ago, 2012

RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. *Reflexões sobre a proteção dos Direitos Humanos das crianças.* In PIOVESAN, Flávia et al. Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação. Curitiba: Juruá, 2007

RESSEL, Sandra. *O Estatuto da Criança e do Adolescente na erradicação do trabalho infantil.* In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 41, maio 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1859&revista_caderno=12>. Acesso em 13 de agosto de 2012.

SÉGUN, Maria Marta. *Força de trabalho do menor.* In: SÉGUIN, Elida (Org.). Aspectos jurídicos da criança. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SERIACOPI, Gislane Campos Azevedo. SERIACOPI, Reinaldo. *História: volume único.* São Paulo: Ática, 2005.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Pillares, 2008

VASCONCELOS, Hélio Xavier de. *Capítulo V – do direito à profissionalização e à proteção ao trabalho – art. 60. Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários sociais e jurídicos.* CURY, Munir (Coor.). 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

VILANI, Jane Araújo dos Santos. *A questão do trabalho infantil: mitos e verdades*. Inclusão Social, Brasília, 2007. Disponível em http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/viewFile/57/79.

ISBN 978-85-62288-05-0

OS DIREITOS HUMANOS E A EMPRESA: DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E CONSEQUENTE ATUAÇÃO EMPRESARIAL COMO FATOR DE INCLUSÃO SOCIAL

Guilherme Sampieri SANTINHO(*)
Mayara Alice Souza PEGORER (**)

RESUMO

Com o auge da globalização econômica, passou-se a iniciar debates acerca da responsabilidade empresarial na preservação dos direitos humanos no desempenho de sua gestão e do papel do Estado em fiscalizar esta nova relação jurídica. Neste sentido, o presente trabalho justifica-se pela necessidade de se buscar subsídios legislativos internacionais que favoreçam a atuação preventiva e proativa das empresas, para que possam representar, não um fator de exclusão social - com a pura e simples exploração de mão-de-obra e ofensa aos direitos humanos -, mas, ao contrário, sirvam de ferramenta para a construção de um mercado de trabalho que respeite os direitos humanos. Desta forma, tem-se como objetivo proporcionar uma visão do direito internacional com relação ao respeito dos direitos humanos pelas empresas e em como o Estado deve zelar por tal observância.

Para tanto, utilizando-se do método científico dedutivo, parte-se da evolução histórica da temática em âmbito internacional - com ênfase às Nações Unidas e ao papel do Representante Especial John Ruggie -, abordando-se a correlação entre os direitos humanos e o desempenho das atividades empresariais e o consequente estabelecimento de um parâmetro internacional de direitos humanos a ser cumprido pelas empresas, para analisar o dever do Estado de proteger as vítimas de direitos humanos contra as vulnerações por elas perpetradas e, a seguir, a responsabilidade empresarial no cumprimento dos direitos humanos. Assim, pressupondo a necessidade de cumprimento dos direitos humanos pelas empresas e o poder-dever do Estado em fiscalizar tal relação jurídica, pode se concluir que o respeito dos direitos humanos pelas empresas é um fator de inclusão social.

ABSTRACT

With the acme of economic globalization, has iniciated debates about corporate accountability in the preservation of human rights in the performance of its

(*)Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Constitucional (PUC-CAMPINAS). Especialista em Direito Tributário (IBET) Especialista em Direito do Trabalho (PUC-CAMPINAS). E-mail: guilherme.santinho@gmail.com
(**)Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e bolsista da CAPES. Professora Universitária. E-mail: mayarapegorer@hotmail.com.

ISBN 978-85-62288-05-0

management and the state's role to supervise this new legal relationship.. In this sense, this work is justified by the need to seek international legislative grounds to encourage preventive and proactive measures for business companies, so them can represent, not a factor of social exclusion - with the pure and simple exploitation of manpower and abuse of human rights –, but, instead, work as a tool to build a labor market that respects human rights. Thus, this paper aims to provide a vision of international law, regarding the respect of human rights issues for the business companies and how the state must enforce such compliance. To do so, using the scientific method of deductive reasoning, started from the historical evolution of the international theme - with emphasis on the United Nations and the role of the Special Representative John Ruggie – with the approach of the correlation between human rights and the performance of business actions and the consequent establishment of an international human rights standard to be fulfilled by business companies to analyze the state's duty to protect victims of human rights against abuses perform by those. Hereafter, studies business corporate responsibility in compliance with human rights and potential liability for such acts. Hence, based on the need to fulfill the human rights by business companies and the State responsability to supervise this legal relationship it can be concluded that, the respect of human rights by business companies is a factor of social inclusion

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos e Empresa. Responsabilidade. Inclusão Social.

KEY-WORDS: Human Rights and Business. Accountability. Social Inclusion.

INTRODUÇÃO

A discussão se as empresas (como empresas multinacionais e sociedades empresariais de todo tipo) têm obrigações de respeitar os direitos humanos perante o direito internacional é uma questão controvertida e que vem ganhando repercussão no âmbito internacional[439].

Na esfera da Organização das Nações Unidas, esses debates não são recentes. Desde a década de 1970 já se levantava a discussão, a pedido dos países em desenvolvimento, sobre os impactos dos investimentos das multinacionais em seu potencial de desenvolvimento. (HURTADO, 2011, p. 07)

Neste sentido, o presente trabalho justifica-se pelo crescimento do aparato legislativo internacional de apoio a uma atuação preventiva e proativa das empresas

[439] Cidadãos sul-africanos, vítimas do regime do apartheid, postularam a responsabilidade de corporações multinacionais que ajudaram e incentivaram a prática de ofensas aos direitos humanos por meio das forças de policiais da África do Sul, como no caso Khulumani v. Barclay National Bank Ltd. (ESTADOS UNIDOS, 2007).

ISBN 978-85-62288-05-0

pelo Estado, e a necessidade de sua utilização para que o exercício das funções empresariais possa representar não um fator de exclusão social (decorrente da adoção de um princípio desmesurado de livre iniciativa, com a pura e simples exploração de mão-de-obra, geradora de ofensas aos direitos humanos), mas, contrariamente, sirvam de ferramenta para a construção de um mercado de trabalho que respeite os direitos humanos.

Adotando essa perspectiva e utilizando-se do método científico dedutivo, seu objetivo é proporcionar uma visão abrangente da relação entre empresa e direitos humanos no direito internacional, partindo-se da evolução histórica da temática neste âmbito (especialmente correlacionado às Nações Unidas e ao papel do Representante Especial John Ruggie) que culminou com o estabelecimento de um parâmetro internacional de direitos humanos, e não somente a observância dos direitos fundamentais positivados (BREGA FILHO, 2002, p. 72), a ser cumprido pelas empresas, para analisar o dever do Estado de proteger as vítimas de tais violações, bem assim a responsabilidade empresarial na observância dos direitos humanos e a eventual responsabilização por estes atos.

É a partir desses apontamentos que se buscará chegar a uma possível resposta às indagações: tendo em vista os preceitos econômicos adotados em sua gestão, as empresas podem ser tomadas como mecanismos de inclusão social no exercício de suas funções? De que forma? O Estado deve se responsabilizar pela fiscalização dessa atuação? Como?

1 A evolução histórica da temática em âmbito internacional e o Marco de John Ruggie

Na década de 70 ocorreu o primeiro movimento para estabelecer normas internacionais de proteção aos direitos humanos às empresas. Em 1973 se originou a Comissão das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais (multinacionais) que tinha como escopo investigar o impacto de empresas transnacionais e o aumento da capacidade de negociação dos países em que estas operam (FEENEY, 2009). Como decorrência desta comissão foi realizado o projeto do Código de Conduta das Nações Unidas para Empresas Transnacionais, com o escopo de estabelecer pautas de conteúdo social e ambiental a ser aplicáveis para estas empresas em 1983 (HURTADO, 2011, p.07). Contudo, o referido projeto de conduta não atendia aos interesses destas empresas naquele momento, o que gerou forte resistência por parte dos Estados onde estão sediadas a maiorias destas empresas. (FEENEY, 2009)

Em 1976, a Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) adotou as diretrizes para Empresas Multinacionais. Logo mais, em 1977, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a Declaração Tripartida de

ISBN 978-85-62288-05-0

Princípios Relativos a Empreendimentos Multinacionais e Política Social[440], que prevê às Empresas Multinacionais que respeitem a Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como as demais convenções internacionais de direitos humanos. De forma explícita, pela primeira vez, os direitos trabalhistas foram tratados inseridos no catálogo universal de direitos humanos.

Outro movimento foi lançado pelo Secretário Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Kofi Anan, em 1999, o Pacto Mundial das Nações Unidas, com intuito de promover a adoção de práticas empresariais, listando dez princípios sobre direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção. Contudo, como todas as demais recomendações idealizadas pelas Nações Unidas, o Pacto não possuía os mecanismos de exigibilidade de seus princípios, sendo considerado pelos representantes da sociedade civil como uma norma incapaz de por si só mitigar os descumprimentos dos direitos humanos realizados pelas Empresas Multinacionais. (FEENEY, 2009)

Em que pese a data ulterior do Pacto, em 1997 já se havia dado início aos trabalhos da Subcomissão das Nações Unidas para Proteção e Promoção dos Direitos Humanos – órgão consultivo composto por especialistas e ligado à antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU, substituída pelo Conselho de Direitos Humanos - para atribuir o caráter vinculante das normas expedidas pela ONU. Entre 1997 e 2003 especialistas desta subcomissão realizaram diversos estudos e consultas, para limitar as práticas corporativas abusivas, que culminaram na redação das "Normas sobre Responsabilidade em Direitos Humanos para Empresa Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados". (NAÇÕES UNIDAS, 2003)

As normas preparadas pela Subcomissão de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos contemplava os seguintes elementos: i) os Estados são os principais sujeitos de deveres, contudo os agentes empresariais também possuem obrigações perante o direito internacional dos direitos humanos; ii) estas obrigações se aplicam de maneira universal e dizem respeito a um leque amplo de direitos; iii) governos precisam tomar medidas para proteger os indivíduos contra abusos realizados pelas empresas; e, iv) pela natureza transnacional da violação de direitos humanos há necessidade de monitoramento das práticas empresariais e que haja mecanismos de controle das normas internacionais, para assegurar que as empresas respeitem as Normas e outros instrumentos nacionais e internacionais pertinentes, quando realizarem atividades em outros países. (FEENEY, 2009)

Em decorrência do projeto atribuir obrigações e responsabilidades perante o direito internacional às empresas, estas e muitos Estados se opuseram à sua

[440] Documento de caráter voluntário decorrente do consenso entre os governos, os empregadores e os trabalhadores, denominado Declaração Tripartida de Princípios Relativos a empreendimentos Multinacionais e Política Social (1977), Disponível em: http://ilo-mirror.library.cornell.edu/public/spanish/standards/norm/whatare/lessfrml/dec_mne.htm.

ISBN 978-85-62288-05-0

adoção. Como substituto, em 2005, o atual Conselho de Direitos Humanos (antiga Comissão de Direitos Humanos) nomeou um especialista independente para que estudasse e esclarecesse quais eram as normas aplicáveis às empresas e emitisse recomendações (NAÇÕES UNIDAS, 2005). John Ruggie, professor de ciências políticas na Universidade de Harvard, assessor de Kofi Anan para planejamento estratégico e participante no Pacto Mundial da ONU, foi nomeado como Representante Especial do Secretário Geral acerca dos em Direitos Humanos para Empresa Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados.

Após o mandato de três anos, o Conselho estendeu seu mandato por mais três anos, que culminaram em junho de 2011 com a apresentação do seu informe final.

Em seu relatório de 2008 intitulado "Proteger, Respeitar e Remediar. Um Marco sobre empresas e Direitos Humanos" (RUGGIE, 2011), propôs um marco conceitual e político que traçaria as diretrizes das Nações Unidas sobre a relação entre direitos humanos e empresa.

Este relatório inicia constatando que diante da globalização, há lacunas na legislação internacional que permite abuso por partes das empresas:

> La causa última de la difícil situación de los derechos humanos en relación con las empresas reside en las lagunas de gestión debidas a la globalización, que han surgido entre el alcance y los efectos de las fuerzas y actores económicos, por una parte, y la capacidad de las sociedades para gestionar sus consecuencias adversas, por la otra. Estas lagunas de gestión crean un entorno permisivo para actos ilícitos de las empresas de todo tipo sin que haya sanciones o reparaciones adecuadas. Cómo reducir y en definitiva superar las lagunas relacionadas con los derechos humanos es nuestro problema fundamental.

A referida medida busca reduzir ou compensar as lacunas legislativas criadas pela globalização em detrimento aos direitos humanos, enquanto que os direitos das empresas e dos investidores vêm se expandido (atualmente são mais de 2.500 tratados bilaterais de proteção aos investimentos). (HURTADO, 2011, p. 08) Neste contexto os Estados abrem mão da proteção dos direitos humanos diante da legislação internacional.

Mesmo frente aos avanços culturais e à globalização, a proteção destinada à Empresa permanece a mesma há décadas. As estruturas e organizações societárias das empresas modernas vedam a responsabilização da empresa matriz por descumprimentos dos direitos humanos realizados por suas filiais ou sucursais, ainda que tenham recebido dividendos destas.

ISBN 978-85-62288-05-0

Tais situações decorrem da falta de capacidade ou de vontade dos Estados em aplicar a legislação vigente que pune ou cerceia as empresas de cumprir os parâmetros internacionais de condições de trabalho e condutas não corruptas. Esta conduta realizadas pela empresa é realizadas com intuído de atrair investimentos ou promover a exportação.

Ante a este contexto, o Professor Ruggie constatou como componentes deste marco três pontos: os Estados têm o dever de fornecer proteção contra os abusos de direitos humanos por parte de terceiros (atores não estatais), incluindo as empresas, através da política, regulação e sistemas de aplicação adequadas (BILCHITZ,2010); as empresas têm a responsabilidade (social) a respeitar todos os direitos humanos, como controlar os riscos de causar danos a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, com base na "devida diligência"[441]; vítimas de descumprimento dos direitos humanos devem ter maior acesso a recursos efetivos, quando surgirem litígios, decorrentes dos atos das corporações nos direitos humanos, incluindo mecanismos não-judiciais de denúncia. (NAÇÕES UNIDAS, 2008)

As propostas contidas no relatório do Professor Ruggie foram recebidas pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 2008. Vislumbrando a necessidade de avanços e a efetividade deste marco conceitual, o Conselho propôs a prorrogação do mandato para mais três anos, com intuito de se buscar ações mais concretas e efetivas.

2 O dever do Estado de proteger as vítimas de direitos humanos contra as vulnerações perpetradas pelas empresas

O dever do Estado de proteger os direitos humanos dos indivíduos, não só dos agentes estatais, mas também dos não estatais reconhecidos como terceiros (*third party*), tem previsão no direito internacional (NAÇÕES UNIDAS, 2005b), sendo que o Estado tem a obrigação de agir com a devida diligência com fito de prevenir ou responder de forma adequada ante ao ato de ofensa dos direitos humanos.

Em relação às obrigações dos Estados e sua aplicação, a doutrina é extensa e há uma variedade de mecanismos universais e regionais de proteção[442]. Podem ser mencionados entre eles os relatores do Conselho de Direitos Humanos da ONU especiais que buscam monitorar e acompanhar as situações regionais relativas à proteção dos direitos contra atos de agentes não estatais.

[441] Respeitar direitos significa não infringi-los, essencialmente os direitos "dos outros", pois as empresas podem afetar, virtualmente, todos os direitos internacionais reconhecidos, devendo-se considerar a responsabilidade e o respeito em relação a todos estes direitos internacionais.

[442] Os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos estão catalogados no site dos Direitos Humanos das Nações Unidas, disponível em: <www.ohchr.org/EN/Countries/LACRegion/Pages/BRIndex.aspx>.

ISBN 978-85-62288-05-0

Também vale destacar neste domínio os seguintes mecanismos, que foram ou têm o poder de examinar e relatar situações relacionadas com abusos das empresas (HURTADO, 2011, p. 09): o Relatório Especial sobre o direito a alimentação; o Relatório Especial sobre o direito uma "vida digna"; o Relatório Especial sobre direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos indígenas; o Relatório Especial sobre o direitos humanos e minorias; o Relatório Especial sobre o direitos humanos e produtos tóxicos; o Grupo de Trabalho sobre mercenários.

O Conselho de Direitos Humanos já possui um mecanismo que permite a revisão periódica da situação dos direitos humanos de todos os países: o Exame Periódico Universal, em cujo contexto se há levantado e discutido temas relacionados com as empresas e a proteção estatal contra violações dos direitos humanos por parte destes atores não estatais.

Complementando esta conduta fiscalizatória, com relação à vigilância do cumprimento dos direitos humanos, os órgãos estabelecidos pelos tratados com esta finalidade se dedicam cada vez com mais interesse a verificar e recomendar os Estados do cumprimentos dos direitos humanos e sua obrigação de proteger os direitos civis, políticos, sociais e econômicos frente às violações de parte dos agentes não estatais (terceiros). Destacam-se como órgãos de vigilância em virtude de tratados de direitos humanos o Comitê de Direitos Humanos, que monitora o cumprimento do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seus protocolos facultativos, dentre outros[443]. (HURTADO,2011, P.09)

Todos os tratados mencionados possuem mecanismos de recebimento de queixas de pessoas e grupos contra os Estados. Em 20 de maio de 2011, o Comitê de vigilância do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotou uma declaração cujo conteúdo obriga os Estados signatários a fazerem com que as empresas cumpram os direitos humanos, em seu aspecto econômico, social e cultural (NAÇÕES UNIDAS, 2011, tradução nossa).

> Os Estados participantes têm a obrigação fundamental de respeitar, proteger e cumprir o Pacto de todas as pessoas sob sua jurisdição no ambiente das atividades corporativa, realizados por empresas estatais ou privadas. Isso decorre do artigo 2 (1) do Pacto que define a natureza das

[443] A lista utilizada por Carlos Hurtado é longa e abrange: o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que monitora o cumprimento do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, que monitora o cumprimento da Convenção do mesmo nome; o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, que monitora a convenção de mesmo nome; o Comitê contra a Tortura e do Subcomitê de Prevenção da Tortura e monitoramento Cruéis, Desumanos ou Degradantes Outros a Convenção do mesmo nome; o Comitê sobre os Direitos da Criança, que monitora a Convenção do mesmo nome; o Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, que monitora a Convenção do mesmo nome; o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que monitora a convenção de mesmo nome.

ISBN 978-85-62288-05-0

> obrigações dos Estados Partes, referindo-se às legislativas e outras medidas de implementação, as quais incluem medidas administrativas, financeiras, educacionais e sociais, avaliações locais e globais, e as necessidades de prestações judiciais ou outros meios efetivos.

Há outros mecanismos de proteção dos direitos humanos contra as empresas dentro da Organização Internacional do Trabalho (OIT), onde foram assinados importantes tratados internacionais, como a Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva (1949), a Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado (1957), a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais (1989) e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998), muito embora este último não seja um tratado tem o escopo de traçar diretrizes a serem seguidas.O sistema de monitoramento e fiscalização no âmbito da OIT também é composto por comissões independentes, destacadas cada tratado (como no caso dos direitos humanos) e pelo comitê de Liberdade sindical, que tem atuação perante todos os países membros da OIT, fiscalizando a aplicação de todas as recomendações da OIT (que tem obrigatoriedade de aplicação).

Afora os mecanismos previstos e utilizados pela OIT e as Nações Unidas existem também outros instrumentos *ad hoc* que são utilizados para questionar projetos de desenvolvimento e investimentos econômicos, quando financiados por bancos ou instituições financeiras internacionais que afetem direta ou indiretamente os direitos humanos, como o ATCA, previsto desde 1789 nos Estados Unidos, e a Companies Act, prevista desde 2006 no Reino Unido, dentre outros. (PRIOSTE, HOSHINO, 2009)

3 O dever das empresas de respeitar todos os direitos e sua responsabilização como fator de inclusão social

Atualmente tem se direcionado muitas tratativas internacionais com finalidade de se estipular normas de direitos humanos destinadas às empresas, principalmente às multinacionais. Em 2008, o Professor Ruggie, em seu relatório apresentado às Nações Unidas, definiu como uma responsabilidade social, mas não legal, a necessidade das empresas respeitarem os direitos humanos que poderiam ser afetados pelas ações ou operações de negócios das empresas. Alertando, em suma, que a obrigação das empresas seria uma “prática negativa” de abstenção, de não danificar e contribuir para os outros danos aos direitos humanos não ocorressem.

Em junho de 2011, o Professor Ruggie apresentou o seu relatório final ao Conselho de Direitos Humanos, que inclui como uma parte principal dos Princípios

ISBN 978-85-62288-05-0

Orientadores relativos aos direitos humanos e de negócios a aplicação do quadro das Nações Unidas para "proteger, respeitar e remédio".

O Marco Ruggie, proposto pelo Professor de Harvard, muito embora tenha apenas o escopo de traçar parâmetros doutrinários, estipula condutas a serem adotadas pelas empresas, muitas das quais já manifestaram seu apoio ao projeto. Dentre estes princípios destacam-se (RUGGIE, 2011):

- Inibição de práticas pelas empresas em relação aos atos que infringem os direitos humanos como também de se evitar danos;
- A responsabilidade empresarial é definida com base nos instrumentos internacionais de direitos humanos e do direito internacional do trabalho;
- A responsabilidade está relacionada com as ações diretas das empresas, bem como as indiretas - no caso dos impactos causados, através da sua contribuição ou participação em abusos cometidos por outras pessoas (sejam Estados, outras empresas ou outros grupos) .
- A necessidade de se adotar políticas Estatais e remédios processuais para efetivar a defesa dos direitos humanos, operacionalizá-los, avaliá-los e tomar medidas corretivas.
- A necessidade de realizar processos de due diligence em direitos humanos, incluindo: i. avaliação dos impactos e riscos, ii. integração dos resultados para as políticas de negócios, iii. monitoramento contínuo, iv. a comunicação dos resultados através de relatórios às Nações Unidas
- Quando a legislação nacional é fraca ou inexistente ou não aplicadas pelas autoridades ou quando exista um conflito armado, as empresas devem seguir o padrão internacional, sempre que viável esta opção.

Após análise do relatório do professor Ruggie, o Conselho de Direitos Humanos aprovou resolução que aprova o Marco Ruggie e estabelece um grupo de trabalho para promover a aplicação destes princípios, entre outras tarefas. Ele também fornece um fórum para os direitos humanos e de negócios que deve promover a discussão e o diálogo sobre o assunto.

Ainda as propostas apresentadas por John Ruggie influenciaram a "atualização" das Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais. Desde junho de 2010, os Estados membros da OCDE decidiram incluir um novo capítulo sobre direitos humanos em suas diretrizes, cujo instrumento possui mecanismo para promover e monitorar, que é muito frágil e geralmente limitado apenas à mediação e conciliação de conflitos.

As diretrizes da OCDE direcionam as empresas a respeitar os direitos humanos, devem evitar o estímulo a violações cometidas por outras agentes, e ainda devem realizar processos de *due diligence* em seus processos internos e estabelecer instrumentos de reparação em eventual descumprimento de tais direitos.

ISBN 978-85-62288-05-0

Por conseguinte, não se pode ter dúvida de que a proteção dos direitos humanos pelas empresas implica em fator de inclusão social do indivíduo, tanto diretamente como indiretamente. Esta inclusão social hoje, em um mundo economicamente globalizado, não é apenas mais um objetivo do Estado, mas sim de todos, inclusive das empresas.

A inclusão social pode ser considerada como o acolhimento social, em que o ser humano passa a ter acesso às utilidades da mesma forma que as demais pessoas têm. Enquanto incluída, a pessoa tem acesso às utilidades gerais destinadas à sociedade como um todo. (SOUZA, 2009)

Excluída não é só aquela pessoa que não tem acesso às utilidades mínimas para a sua sobrevivência ou convivência no meio social em que o Estado lhe tolhe o direito e o acesso, mas também o indivíduo que tem seus direitos mitigados ou obstacularizados por particulares. Nesta última situação, encontra-se a pessoa que tem direitos trabalhistas precarizados, ou discriminada, ou mesmo ofendida em seus direitos, tudo em prol de interesses que violam os direitos humanos.

Existem situações em que a questão da exclusão fica ainda mais evidente: quando envolvem as chamadas minorias sociais ou vulneráveis. É o caso, por exemplo, da discriminação em função de gênero no ambiente de trabalho. De fato, a isonomia é preceito constitucional fundamental, e se encontra listado como direito humano em vários documentos internacionais. Cabe à empresa, nesse sentido, promover ações de promoção dessa igualdade, como na ocupação de cargos, política salarial ou proteção social (que envolve três dimensões: social, política e econômica). (INSTITUTO ETHOS, 2011, p. 44)

Outra situação é a discriminação em função de raça no ambiente de trabalho. Hélio Santos (2006, p. 20) descreve que essa discriminação pode ocorrer em três dimensões: ocupacional (em que se questiona a capacidade do negro em executar tarefas mais complexas), salarial (que diz respeito à diferença salarial atribuída na realização de idênticas funções) e pela imagem (em que a empresa busca construir o que julga uma “imagem ideal”).

O autor segue fazendo uma crítica a tal posicionamento, que acaba anulando talentos dos quais a empresa se poderia valer. Concluindo, traz uma solução que também poderia ser tomada à primeira situação apresentada, com relação à discriminação de gênero no ambiente empresarial:

> As empresas, para enfrentar de forma adequada a inercialidade vigente, deverão adotar programas de diversidade bem estruturados, e para tanto não há como deixar de cumprir um roteiro que contém quatro estágios básicos: sensibilização, diagnóstico, estabelecimento de metas e treinamento. Sem tais providências, tem-se apenas uma manifestação de

ISBN 978-85-62288-05-0

> mera boa vontade, sem que a organização se beneficie das vantagens provocadas pela adoção da diversidade. (SANTOS, 2006. p.22)

Pode ser listada, ainda, como responsabilidade social das empresas na observância dos direitos humanos a busca pela erradicação do trabalho escravo, que marca os locais de grande pobreza da população, também ligado no Brasil à questão da corrupção e da ausência de previsão legal com sanção à altura, além de uma fiscalização insuficiente frente às dimensões brasileiras continentais, fatores sempre ligados à remediação do problema e não a medidas de caráter preventivo. (INSTITUTO ETHOS, 2011, p. 63)

Há que se falar também no compromisso pela inclusão das pessoas com deficiência, e não somente em sua integração, na medida em que esta implica fornecer condições do deficiente se adequar ao sistema, enquanto aquela denota uma transformação total do sistema, para que ele se amolde às necessidades do deficiente. Esse processo envolve desafios como a questão da infraestrutura adequada, transporte, os quadros de carreira e os níveis salariais. (INSTITUTO ETHOS, 2011, p. 74)

Esses são somente alguns exemplos de situações em que a empresa deve zelar pela efetivação dos direitos humanos como forma de inclusão social, o que, como dito anteriormente, não exclui a observância dos direitos de pessoas que não compõem as chamadas minorias.

De fato, todo aquele que tem uma vida precarizada ou violados os direitos humanos, ainda que pela conduta direta ou estimulada por uma empresa, suporta a exclusão social, porque afastado do mínimo universal, necessário e disponível aos demais seres humanos.

Modernamente se postula por uma responsabilização das empresas que violam os direitos humanos, proteção assegurada internacionalmente e coberta no ordenamento jurídico brasileiro através da eficácia universal dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade das empresas por ofensa aos direitos humanos ainda passa por um momento de transição. Apesar dos esforços internacionais para buscar a efetivação dos direitos humanos e aplicação para Estados e empresas, principalmente através de medidas das Nações Unidas, há ainda um longo caminho a percorrer.

Os estudos realizados pelo Professor Ruggie são um grande avanço em que se aponta caminho para a concretização de tais direitos e consequente inclusão das pessoas vitimadas pelo descumprimento dos direitos humanos por parte de Estados e Empresas - que direta ou indiretamente se beneficiam de tal condição.

ISBN 978-85-62288-05-0

A necessidade de estudo aprofundado de responsabilização das empresas e de mecanismos diretos são imperiosos para concretização dos direitos humanos e fator decisivo para inclusão social.

Nesse sentido, ganha destaque o papel do Estado que, tendo em vista a legislação internacional correlata ao tema, assume a responsabilidade de fiscalizar e intervir quando configurada a violação de direitos humanos por parte das empresas, e dar origem a outros mecanismos de prevenção e repressão quando diante de tal desrespeito.

Há de destacar que já há atualmente situações concretas de responsabilização das empresas por violação de direitos humanos sob o direito internacional. Nos Estados Unidos há uma lei datada de 1789, o chamado de Alien Tort Act ou ATCA 16, que permite que as pessoas que não sejam cidadãos norte-americanos (os estrangeiros) apresentem ações civis por tribunais dos EUA em graves violações dos direitos humanos que tenham sofrido, mesmo que o dano tenha ocorrido fora dos Estados Unidos. Esta lei tem sido interpretada de forma consistente desde 1995, como aplicável aos atores não-estatais, ou seja, agentes privados acusados de violações graves do direito das gentes ou pelo direito internacional consuetudinário.

Durante a década de 2000 vários processos judiciais foram movidos contra empresas como Shell, Texaco/Chevron, Coca-Cola, Chiquita e Talisman Energy. Mais de 40 casos estão atualmente em curso, sem decisão definitiva. Recentemente, a tese predominante segundo a qual o direito internacional (incluindo o direito dos direitos humanos) se aplica às empresas recebeu um sério revés com as decisões do Conselho de Apelações do Segundo Circuito de Nova York, para Kiobel *vs* Real Holandesa de Petróleo. Este caso envolve acusações de Ogoni indígena da Nigéria contra a Shell por cumplicidade em violações dos direitos humanos nesse país.

Em fevereiro de 2011, a Câmara de Apelações decidiu, por maioria, que o direito costumeiro internacional não pode se aplicar às empresas e, portanto, essas empresas não podem ser processadas com base no ATCA. No entanto, os tribunais norte-americanos não estão todos de acordo. Em maio de 2011, um tribunal do sétimo circuito em Illinois se recusou a seguir o precedente de Kiobel e aceitou, em Flomo. *vs* Firestone, que as empresas podem ser legalmente responsáveis por violações dos direitos humanos. Os demandantes no caso Kiobel apelaram para o Supremo Tribunal, que decidirá a questão, pelo menos na jurisdição dos Estados Unidos.

Contudo, mesmo que em muitos aspectos ainda encontre pontos judicialmente controvertidos, pode-se arguir que as empresas realmente adotarão uma postura garantidora de direitos humanos na medida em que conseguirem

ISBN 978-85-62288-05-0

incorporar tais preocupações a suas estratégias de negócios, não se limitando à questão da boa imagem, mas a situações de ganho concretamente analisadas.

Por exemplo: uma empresa que não respeita os direitos humanos tem maior possibilidade de ter que arcar com custos processuais oriundos de um acionamento judicial, com as intempéries de constantes greves de funcionários reivindicando melhores condições, eventuais restrições ao acesso a financiamentos ou mercado de capital (investidores socialmente responsáveis), ou mesmo a própria dificuldade de expansão de consumo dos seus produtos ou serviços como decorrência de consumidores cada vez mais conscientes, dentre outras tantas situações. Nota-se que se trata de casos com consequências financeiras negativas às empresas e que muitas vezes passam sem sua atenção devida.

Desta forma, mais do que simplesmente uma responsabilidade social das empresas, vistas erroneamente por muitos como uma perda de tempo e lucro, a atuação com a observância dos direitos humanos, zelando pela promoção da equidade de raça e gênero no ambiente de trabalho, pela erradicação do trabalho escravo, pelo desafio da sustentabilidade, assim como outros pontos importantes, além de significar um instrumento importante de inclusão social, levaria a uma potencialização do crescimento empresarial.

REFERÊNCIAS

BILCHITZ, David. O Marco Ruggie: Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas?. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos,* v. 7, n. 12, jun. 2010 . Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo12.php?artigo=12,artigo_10.htm>. Acesso em: 26 de junho 2012.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Sul de Nova York. Caso: Khulumani v. Barclay National Bank Ltd., 504 F.3d 254 (2d Civ. 2007). Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/hrp/documents/Ntsebeza.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2012.

FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11 dez. 2009. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_08.htm>. Acesso em: 26 junho 2012.

HURTADO, Carlos López. Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional. *Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)* . Washington, Estados Unidos da America, Ano 4, n. 15, p. 07-11. set. 2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

Disponível em: <www.dplf.org/uploads/1317248743.pdf>. Acesso em: 25 de junho 2012.

INSTITUTO ETHOS. *Empresas e direitos humanos na perspectiva do trabalho decente – Marco de referência*. GONÇALVES, Benjamin S. [Coord. e ed.]. São Paulo: Instituto Ethos, 2011. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/arquivo/0-A-cb3MarcoDeReferenciaCOMPLETO.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. *Normas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003, Disponível em: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d590048 14a4?Opendocument>. Acesso em: 23 de junho 2012.

_____. Conselho de Direitos Humanos. *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales.* Doc. E/CN.4/RES/2005/69, abril de 2005, Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_>. Acesso em: 23 de junho 2012.

_____. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais. *Observação Geral n. 18.* Doc. E/C.12/GC/18, 24 de novembro de 2005. 2005 b. Disponível em: <www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.GC.18.En>. Acesso em: 24 junho 2012.

_____. Comitê de vigilância do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Doc. E/C.12/2011/1, 20 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.2011.1-ENG.doc Acesso em: 24 junho 2012.

_____. Human Rights Council. *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie . U.N. Doc. A/HRC/8/5. Disponível em: <http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>. Acesso em: 24 de junho 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO –OIT. *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social,* 1977. Disponível em: <http://ilo-mirror.library.cornell.edu/public/spanish/standards/norm/whatare/lessfrml/dec_mne.htm>. Acesso em: 27 de junho 2012.

PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro, *Empresas Transnacionais no Banco dos Réus:Violações de Direitos Humanos e Possibilidades de Responsabilização*. Curitiba: Terra de Direitos, 2009. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2010/05/Guia-transnacionais-Versao-Final-em-PDF.pdf>. Acesso em: 25 de junho 2012.

RUGGIE, John. *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises***,** Nova Iorque, Nacões Unidas, 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>. Acesso em: 26 de junho 2012.

SANTOS, Hélio. A baixa diversidade étnico-racial no mundo do trabalho. In: GONÇALVES, Benjamin S. [Coord. e ed.]. *O compromisso das empresas com a promoção da igualdade racial.* São Paulo: Instituto Ethos, 2006. p. 17-22. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/Inclusao_racial_empresas.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2012.

SOUZA, Gelson Amaro de. O Salário como Direito Fundamental – Revisitação. *Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária*, v. 22, p. 25-44, 2009. Disponível em: <http://gelsonamaro.sites.uol.com.br/artigo30.html>. Acesso em: 20 de junho 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

PRESOS POR ACASO: A REPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MANUTENÇÃO DE PRISÃO INDEVIDA

Mariana Lobo ZANATA[444]

RESUMO

A interferência, cada vez maior, do Estado na vida dos cidadãos, de forma imperativa e inevitável, faz com que os danos que venham a surgir decorrentes de sua atividade, exercida por meio de seus agentes, sejam a ele imputados. Nesse contexto é fundamental o entendimento da responsabilidade civil do Estado de natureza extracontratual, isto é, existente ainda que não prevista em contrato entre as partes. A responsabilidade civil do Estado, no entanto, desenvolveu-se ao logo dos anos, iniciando num tempo em que se defendia a total irresponsabilidade pelos danos, passando pela responsabilização subjetiva (desde que confirmada a existência de alguns elementos) até o formato que possui hoje, que é o da responsabilidade objetiva. O ponto crucial do artigo é o dever de responsabilização do Estado quando da ocorrência de atos do Poder Judiciário, especificamente quanto à prisão indevida. Isso porque, a liberdade é um dos direitos fundamentais mais importantes do indivíduo, e sua cessação por um erro emanado de um agente público no exercício da atividade do Judiciário, não deve ser deixado impune, vez que a intervenção jurisdicional tem fim pacificador. Ademais, o mínimo é o reconhecimento do erro judicial e a indenização material, vez que o dano moral, ao todo, nunca será reparado. Alguns casos práticos em destaque foram trazidos ao estudo em tela.

ABSTRACT

The interference, increasingly, the state in the lives of citizens, so imperative and inevitable, causes damage that may arise due to their activity exercised through their agents, are imputed to him. In this context it is fundamental to understanding the civil liability of State non-contractual, ie, existing even if not provided in the contract between the parties. The liability of the State, however, developed over the years, starting at a time when it advocated the total irresponsibility for damages through the subjective responsibility (since confirmed the existence of some elements) into the shape it has today , which is that of strict liability. The crux of the article is the duty of accountability of the state upon the occurrence of acts of the judiciary, specifically the

[444] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP, Jacarezinho/PR. Mestranda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós Graduanda em Direito do Estado (Constitucional, Administrativo, Tributário e Previdenciário) pelas Faculdades Integradas de Ourinhos e Projuris. Conselheira do Conselho Comunitário de Execução Penal-CCEP, de Cambará/PR. Estagiária de pós graduação perante o Gabinete da Juíza de Direito da Vara da Família, Infância e Juventude, Juizado Especial Cível e Anexos de Jacarezinho

ISBN 978-85-62288-05-0

prison abuse. This is because freedom is one of the most important fundamental rights of the individual, and its termination by an error originating from a public official in the exercise of the judiciary, should not be left unpunished, since judicial intervention ends peacemaker. Moreover, the minimum is the recognition of judicial error and material damages, moral damages because, in all, will never be repaired. Some case studies highlighted in the study were brought to the screen.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do Estado; atos do Poder Judiciário; prisão indevida.

KEYWORDS: Liability of the State; acts of the Judiciary; prison abuse.

1. INTRODUÇÃO

A intervenção do Estado na sociedade sempre existiu e, ante a necessidade de um ente soberano que detenha o poder e controle da sociedade, há que se falar que sempre existirá.

Quando atuando positivamente, em prol de todos, o Estado está meramente cumprindo com seus deveres de garantir uma vida digna aos cidadãos. No entanto, ressalte-se que nem toda atividade estatal é proveitosa, havendo casos em que resta configurado dano contra o governado.

Nessas hipóteses, a apuração da responsabilidade, se propriamente estatal ou não, é fundamental para que sejam traçados limites para a configuração da responsabilidade civil.

A posição hierarquicamente superior em que se encontra o ente estatal demonstra a vulnerabilidade do cidadão, que depende de suas atividades, e ainda que as dispense, deve a elas se submeter, visto que o poder do Estado é imperativo.

A responsabilidade civil do Estado passou por diversas transformações ao longo dos anos, estando hoje num patamar mais confortável para aquele que dela necessite. Fala-se em responsabilidade civil objetiva do Estado, considerando a desnecessidade de prova do elemento subjetivo do ato. No direito brasileiro prevalece a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva na corrente do risco administrativo.

O presente trabalho, contudo, tecerá uma breve explicação sobre a responsabilidade civil do Estado na sociedade brasileira, principalmente focada no erro judiciário na hipótese da manutenção de prisão indevida, quando na hipótese nem se constata o cometimento do crime.

O erro Judiciário, já o é, por si só, inadmissível, tanto é que a própria Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 5º, inciso LXXV a

ISBN 978-85-62288-05-0

possibilidade de indenização decorrente disso. Contudo, quando se constata a determinação de prisão de pessoa inocente, seja por carência de provas, homonímia ou qualquer outra justificativa não plausível, com mais veemência se faz a responsabilização do culpado. Buscar-se-á, portanto, analisar o erro Judiciário, quando determinada pessoa é privada de sua liberdade sem que tenha, sequer cometido crime.

Considerando que os servidores do Judiciário são agentes públicos, no exercício de atividade estatal, nada mais coeso do que a responsabilização objetiva do Estado, com o intuito de coibir erros inescusáveis como esses.

2. DA REPONSABILIDADE CIVIL

Toda atividade humana, embora haja cautela em sua consecução, pode gerar um dano, o que faz com que traga consigo um problema de responsabilidade para aquele que a emanou. É nesse contexto que surge a figura da responsabilidade civil.

Nesse aspecto, ensina Flávio Tartuce (2011, p. 393) que a responsabilidade civil *"surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regule a vida".*

Consoante o jurista Rui Stoco (2007, p. 112), *"a responsabilidade civil é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamentos dos outros*". Em resumo, tal autor afirma que a responsabilidade civil é uma consequência e não uma obrigação original.

A partir deste conceito, verifica-se a existência da responsabilidade civil contratual e da extracontratual. Rui Stoco enuncia que a doutrina há tempos faz essa diferenciação, isto é, entre a responsabilidade decorrente do contrato ou das relações contratuais e a responsabilidade decorrente do ato ilícito – mau relacionamento entre pessoas ou descumprimento de um direito existente previamente (2007, p. 139).

A responsabilização que decorre de atos proferidos pelo Estado tem natureza extracontratual, vez que não está estipulada em qualquer contrato anteriormente estabelecimento com aquele que recebe as prestações estatais.

Tal responsabilidade jurídica advém do direito das obrigações, podendo haver repercussão na esfera pública. Isso porque, encontrando-se o Estado em posição hierarquicamente superior ao cidadão brasileiro e não firmando este contrato sobre todos os feitos que lhe são dirigidos, aqueles atos decorrentes da atividade pública que venham a causar dano, dever-lhe-ão ser atribuída a responsabilidade de reparo.

ISBN 978-85-62288-05-0

Neste sentido, o dever de o Estado responder é decorrência lógica da gradativa influência que sua presença vem adquirindo nas relações sociais, interferindo diretamente na vida de cada um.

Para Fernanda Marinela (2011, p. 933) a responsabilidade extracontratual *"representa uma obrigação imposta ao Estado de reparar economicamente os danos ocasionados a terceiros, por atos praticados pelos seus agentes, no exercício de suas atribuições".*

Coadunando com tal ideia, tem a de Celso Antônio Bandeira de Mello que declara ser a responsabilidade extracontratual aquela obrigação do Estado de reparar economicamente os danos lesivos à esfera de outrem garantida juridicamente (2009, p. 983).

Assim, a responsabilidade civil do Estado, para Helly Lopes Meirelles (que prefere a denominação de "responsabilidade civil da Administração), é *"a que se impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal"* (2008, p. 657).

Ademais, como ensina Fernanda Marinela (2011, p. 933-935), o entendimento da responsabilização Estatal se pauta em alguns fundamentos básicos, quais sejam: a atividade imperativa do Estado, independente da vontade do indivíduo; a existência de princípios próprios compatíveis com a posição hierárquica que ocupa, razão pela qual a extensão da responsabilidade é maior se comparada a de pessoas privadas; os danos ocasionados podem ser maiores que os de um particular e o fato de que há uma ordem jurídica una à qual todos, inclusive o Estado, se sujeitam.

Perfazendo essas considerações sobre a obrigatoriedade de indenizar, tem-se a aplicabilidade de dois princípios que respaldam a incumbência de responsabilizar o Estado pelos danos causados a outrem, sendo o da isonomia e o da legalidade.

A responsabilização estatal, tal como ocorre com os atos na esfera privada, corroboram a isonomia entre subordinadores e subordinados. Além do mais, é decorrente de lei, já que a própria Constituição Federal prevê em seu artigo 37, §6º.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A perspectiva atual em que se encontra a Responsabilização Estatal está voltada para a Teoria Objetiva do Estado, na qual não há a necessidade de comprovação de dolo ou culpa para a responsabilização direta.

ISBN 978-85-62288-05-0

No entanto, oportuno se faz traçar breves comentários sobre a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado para que se possa compreender melhor tal sistemática.

Destarte, a Teoria da Responsabilidade Estatal desenvolveu-se, iniciando pela então Teoria da Irresponsabilidade, da Responsabilidade Subjetiva e, por fim, aparentou a faceta que possui hoje.

3.1. Teoria da Irresponsabilidade do Estado

A Teoria da Irresponsabilidade do Estado vigorou até meados do ano de 1873. Ela é, também, conhecida como *"teoria feudal, regalista ou regaliana"* (MAZZA, 2011, p. 276).

Nos primórdios da história, o governo absolutista era quem ditava as regras perante os governados. No período feudal, desta forma, o rei era o representante de Deus na terra. Propugnava-se a infalibilidade real já que era representante de Deus, como se dizia ser.

A expressão corriqueira que descrevia tal período era "the *king do no wrong*" ("o rei não erra") e "aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei" (MAZZA, 2011, p. 277).

Com base nisso, sendo o rei infalível, consequentemente também o seria o Estado, razão pela qual se admitia a sua irresponsabilidade. Segundo Hely Lopes Meirelles (2008, p. 657), *"sob a influência do liberalismo, assemelhou-se o Estado ao indivíduo, para que pudesse ser responsabilizado pelos atos culposos de seus agentes"*.

De outra monta, Fernanda Marinela (2011, p. 835) argumenta que a irresponsabilidade estatal não era completa, posto que se admitida *"a responsabilização quando a lei específica definisse expressamente ou, ainda, por prejuízos decorrentes da ação estatal na iniciativa privada, bem como pelos causados pela coletividade públicas locais".*

Foi, contudo, por influência do Direito Francês, que o período da irresponsabilidade se superou. O professor Alexandre Mazza (2011, p. 277) ensina que no dia 17 de fevereiro de 1800 (conhecida ainda por 28 de Pluvioso do ano VIII)[445], promulgou-se uma lei francesa disciplinando o ressarcimento de danos advindos de obras públicas

Porém, somente em 08 de fevereiro de 1873, com a ocorrência do Aresto Blanco, que consistiu na tomada do Tribunal de Conflitos, é que se passou a um

[445] Art. 4. Le conseil de préfecture prononcera : Sur les demandes de particuliers, tendant à obtenir la décharge ou la réduction de leur cote de contributions directes ; Sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marche [...] *Disponível em*: <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/45/Annexe.pdf_4a0d2b2344d22/Annexe.pdf>

ISBN 978-85-62288-05-0

novo entendimento de responsabilidade estatal. Consistiu num caso em que a menina francesa Agnès Blanco, que brincava nas ruas de Bordeaux, foi atingida por uma vagão da então Companhia Nacional de Manufatura de Fumo (MAZZA, 2011, p. 277). Foi assim que o pai da garota ingressou com uma ação judicial responsabilizando o Estado pelo acidente.

Atualmente, a teoria da irresponsabilidade, como já salientado, encontra-se totalmente superada. Os Estados Unidos da América e a Inglaterra foram os últimos a adotar o entendimento existência da responsabilidade civil do Estado. Tal fato se deu pelo "Crown Proceeding Act" de 1947 na Inglaterra[446] e pelo "Federal Tort Claims Act" de 1946 nos E.U.A. (MEIRELLES, 2008, p. 657). Posto isso, não há, mundo atual, qualquer nação que aceite a Teoria da Irresponsabilidade Civil do Estado.

3.2. Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado

Essa teoria, também conhecida como da responsabilidade sem culpa, intermediária, mista ou civilista (MAZZA,2011, p. 277) trouxe à baila o dever estatal de *"indenizar particulares por prejuízos decorrentes da prestação de serviços públicos".*

Tal teoria perdurou de meados de 1874 a 1946.

Para a caracterização da responsabilidade subjetiva do Estado dependia da comprovação de quatro elementos (MARINELLA, 2011, p. 935-936): conduta estatal, dano, nexo causal e culpa ou dolo do agente. Na hipótese de exclusão de qualquer deles, não restaria configurada a responsabilidade estatal.

Complementa a autora:

> A teoria subjetiva consiste na obrigação de indenizar em razão de comportamentos, procedimentos, ações contrárias ao Direito, portanto condutas ilegais que consistem em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo. Assim, o grande fundamento desta responsabilidade é o princípio da legalidade. (2011, p. 936).

Passou-se a aceitar, com base nisso, a responsabilização estatal fundamentando na intenção do agente.

No entanto, ainda que tenha representado um grande avanço na visão da responsabilidade civil do Estado, tal teoria não se ajustou à relações de direito

[446] "An Act to amend the law relating to the civil liabilities and rights of the Crown and to civil proceedings by and against the Crown, to amend the law relating to the civil liabilities of persons other than the Crown in certain cases involving the affairs or property of the Crown, and for purposes connected with the matters aforesaid."

ISBN 978-85-62288-05-0

público, em função da hipossuficiência do administrado (MAZZA, p. 278). Isso porque, pairava a dificuldade de a vítima lograr provar a existência de culpa ou dolo quando da atitude do agente.

3.3. Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado

Por fim, com a Constituição de 1946 é que se passou a adotar uma nova visão sobre a responsabilização do Estado. Diante do avanço da sociedade, concomitante se deu a evolução da ciência, indústria, transportes, e consequentemente um aumento considerável de danos, levando o lesado a ficar numa posição enfraquecida de desigualdade, o que, por sua vez, tornava mais penoso se provar o nexo causal entre o dano e a conduta lesiva preconizada pela teoria da responsabilização subjetiva (QUIRINO, 1999. p.48).

Surgiu, então, a teoria da responsabilidade objetiva, também conhecida com da responsabilidade sem culpa ou publicista.

Esta é a única compatível com a posição que se encontra o Poder Público diante dos cidadãos (MEIRELLES, 2008, p. 657). Isso porque, ao aferir a responsabilidade, não se deve comparar o Estado com o particular, posto que este último não detém os mesmos privilégios e prerrogativas daquele.

Consoante os dizeres do professor Alexandre Mazza, a teoria da responsabilidade objetiva

> afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente público e fundamenta o dever de indenizar na noção de RISCO. Quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo. (2011, p. 278)

Para esta teoria, a vítima deve comprovar três requisitos a fim de que consiga a indenização Estatal, quais sejam: o ato, o dano e o nexo causal. Verifica-se, deste modo, que não há necessidade de comprovação do elemento subjetivo.

Em conformidade, ensina a professora Marinella que:

> Na responsabilidade objetiva, a obrigação de indenizar incumbe ao Estado em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Caso o Administrador pratique condutas ilícitas, a indenização deve acontecer, e o fundamento é o princípio da legalidade (2011, p; 937).

Há de se ressaltar que insertas nela estão duas outras teorias: teoria do risco integral e do risco administrativo.

ISBN 978-85-62288-05-0

Para a teoria do risco integral, a indenização é devida sempre que o Estado causar prejuízo a particular, sem qualquer excludente, consistindo, portanto, numa visão favorável à vítima (MAZZA, 2011, p. 284).

No mesmo sentido, complementa Hely Lopes Meirelles (2008, p. 659):

> A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática por conduzir ao abusa e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de 'brutal', pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.

De outra monta, a teoria do risco administrativo, adotada pelo direito brasileiro, aduz que para ser afastado o dever de indenizar do Estado, necessário apontar três excludentes: culpa exclusiva da vítima, força maior e culpa de terceiro (MAZZA, 2011, p. 285-285).

Em consonância, o professor Hely Lopes Meirelles (2008, p. 658) afirma:

> A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.

Ressalve-se que, não obstante a teoria da responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo, seja regra no país, tanto doutrina quanto jurisprudência admitem ser possível compatibilizá-la com a teoria da culpa do serviço, com a responsabilização subjetiva, nos casos de danos decorrentes de atos omissivos. (MARINELA, 2011, P. 938).

Feita essas considerações sobre a responsabilidade do Estado, passa-se a análise no caso específico, sobre a aplicação da teoria quando verificada incorreção de ato do Poder Judiciário, no sentido de manutenção de prisão indevida.

4. RESPONSABILIDADE POR ATOS DO JUDICIÁRIO

Sobre os atos tipicamente jurisdicionais, aduz o professor Mazza (2011, p. 295) que, em princípio, "não produzem direito a indenização como consequência da

ISBN 978-85-62288-05-0

soberania do Poder Judiciário e da autoridade da coisa julgada". No entanto, excepciona com argumento de que a próprio Constituição Federal traz a possibilidade de ressarcimento do condenado por erro judicial e por preso que ficar além do tempo fixado na sentença, entre outras hipóteses.

Assim, o artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988 traz que:

> LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Justificando, ainda,a responsabilidade do Estado em aplicação cumulativa com tal artigo, tem-se o 37, §6º da Constituição Federal, que complementa tudo que já fora apresentado:

> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No Brasil, contudo, tal como preleciona Edmir Netto de Araújo (1981, p. 155), apesar da jurisprudência e doutrina defenderem a tese de admissibilidade da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, é possível ainda constar que há certa, ainda que pouca, relutância em aceitar a teoria do risco para os próprios atos.

De outra monta, J.D. Figueira Júnior (1995, p. 89) defende a responsabilidade civil do Estado decorrente da função judiciária e jurisdicional, *"sedimentando-se o reconhecimento da obrigação de indenizar a parte processual lesada, seja por erro técnico na prolação das decisões, seja pelo mau funcionamento da máquina administrativa".*

Contudo, atualmente, não há que se discutir a possibilidade de responsabilidade do Estado por erro do Judiciário, vez que disciplinada no texto constitucional.

Nas palavras de Luiz Soares Hentz (2011, *online*):

> Ao inserir a cláusula de garantia no rol dos direitos individuais, a legislação avançou na direção reclamada pelo Direito, reconhecendo o acerto das vozes que propugnavam pela imposição do dever de indenização ao Estado. Ao abraçar a tese da responsabilidade estatal, o legislador brasileiro afastou a idéia da potestade pública que imperava nas formulações iniciais, tornando necessário o detalhamento da obrigação de indenizar segundo o direito do particular atingido. E nesse desiderato se pauta o presente

ISBN 978-85-62288-05-0

> estudo, impondo que se aprofunde no conhecimento da norma legal e os seus efeitos.

Para o mesmo autor, com a menção explícita da possibilidade de indenização por prisão indevida na Constituição Federal, o legislador buscou um equilíbrio indispensável à vida social por intermédio da boa aplicação do Direito.

Não restam dúvidas, portanto, da possibilidade de responsabilização Estatal em função de erro judicial, inserindo-se nesse contexto a prisão indevida.

4.1. Prisão Indevida: efeitos e a responsabilização estatal

4.1.1 Liberdade versus *prisão*

É garantia do cidadão brasileiro a liberdade de locomoção consagrada na Carta Magna de 1988. Trata-se de direito fundamental inviolável, inalienável. Ressalte-se, contudo, que tal liberdade não é irrestrita. O Estado, como agente controlador das relações sociais tem o poder-dever de estabelecer legalmente quais hipóteses são passíveis de restrição de liberdade sem que haja ofensa ao direito consagrado.

Tal restrição imposta à liberdade, no entanto, *"deve ser somente o necessário e suficiente para que seja atingido o equilíbrio entre os indivíduos no convívio social"* (QUIRINO, 1999. p. 17). Nesse âmbito é que se justifica a possibilidade de prisão pessoal.

Continua o precitado autor:

> Visando garantir o equilíbrio e também para permitir que seus súditos possam viver livres e em harmonia, o Estado regula controla e limita a liberdade pessoal. Para obtenção dessa paz social desejada, sempre que a restrição imposta não é obedecida, o Estado impõe como sanção maior ao indivíduo que a desrespeitou (e na proporção e importância do bem jurídico lesado), a privação de sua liberdade física (que é a exteriorização da liberdade pessoal). Por outro lado, como consequência natural dessa restrição imposta pelo Estado, ao bom cidadão sempre é assegurado total proteção contra arbitrariedades que coloquem em risco sua liberdade, o Estado na verdade, deve ser um autêntico garantidor de seu exercício. (QUIRINO, 1999, p. 18).

O dano provocado pela prisão indevida atinge diretamente a pessoa que sofreu a privação física, restringindo-a de sua liberdade constitucionalmente

ISBN 978-85-62288-05-0

garantida, em função de um erro em execução dos atos jurisdicionais, aos quais não deu causa.

Indubitável, portanto, que as sequelas morais que ficaram em sua mente são evidentes. Além de todo o tempo da vida que lhe foi poupado em função de alguma infração que efetivamente não cometeu.

Aduz Luiz Soares Hentz (2011, *online*) que:

> A imposição de pena não vai além da pessoa do réu, apregoa princípio penal antigo (inscrito na nossa Constituição, no art. 5º, XLV, ressalvada a obrigação de reparar o dano e a decretacão do perdimento de bens, que podem ser estendidas aos sucessores ou contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido). Mas o credor ser o afetado pelo decreto desacertado de prisão, e pode ser que o dano se verifique no patrimônio de terceiro ou recaia em pessoa diversa do próprio preso. A compreensão do dano sofrido por terceiro, estranho à atuação objetiva do Estado, depende da análise casual.

Nesses termos, diante de um erro tão grande que é a privação da liberdade do indivíduo em função de algo que não cometeu, é inadmissível a não responsabilização do Estado, a fim de que se possa evitar que outras vidas sejam reprimidas por falhas do aparato governamental e jurisdicional a que está sujeito.

Desta foram, Hentz (2011, *onlie*) argumenta que o fundamento da indenização “deve ser enfocado como um problema de assunção de responsabilidade, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar a vítima de prisão indevida”. Complementa:

> O ato lícito em que, regularmente, consiste na prisão advém do normal exercício da potestade estatal. O Estado renuncia a sua soberania quando assume o dever de indenizar a quem ficar preso indevidamente. O risco inerente à privação de liberdade coloca o poder público frente à lei: a própria coletividade, destinatária do "ato de risco", fica sujeita -- por meio do Estado, como representante desta nas relações jurídicas -- a responder (no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello) pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorrerem. E isso porque o princípio da igualdade de todos perante a lei, acolhido pelo Estado moderno, leva forçosamente ao reconhecimento da injuridicidade do comportamento estatal que agrava desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado.

ISBN 978-85-62288-05-0

Ante o exposto, resta incontroversa a responsabilidade objetiva do Estado diante de atos decorrentes do Poder Judiciário que culminem na prisão indevida de pessoa inocente, ou ainda que superior a prazo não determinado na sentença penal condenatória.

Oportuno relembrar que, a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXV, ao prever a indenização do estado por erro judiciário, tanto para aquele que tiver a liberdade restrita por excesso de prisão, não é clara quanto à pessoa não só ficou por tempo excessivo presa, mas principalmente, por algo que não cometeu. Deixou de resguardar, portanto, os direitos daqueles que foram presos "por acaso", sem que houvesse provas inequívocas do cometimento do ilícito.

Nesse diapasão, Rui Stoco (2007, p. 1065) salienta que "essa prisão indevida não decorre do clássico erro judiciário, nem assim caracteriza, pois ocorre não em razão da sentença de mérito, mas em função da incorreta execução da pena ou da desídia dos agentes públicos".

Ainda, nesse sentido, Luiz Antonio Soares Hentz (1996, p. 129):

> o princípio da indenização da prisão além do tempo fixado na sentença foi explicitado no direito constitucional justamente com a reparação do erro judiciário e, embora haja pontos de contato entre os dois institutos de direito material, afirma-se que o erro judiciário não depende da verificação de prisão, assim como a indevida privação da liberdade física não decorre necessariamente de erro de julgamento.

Vê-se, portanto, o caso de prisão ilegítima, indevida, portanto, totalmente sujeita à indenização do Estado. Por tais razão, Rui Stoco (2007, p. 1066) preleciona que "a prisão indevida, seja qual for, ainda que não se subsuma com perfeição à hipóteses enunciada naquele inciso, enseja reparação", isso porque, não se pode deixar imune um ato de desídia tão grave da autoridade competente, que se traduz num atuar culposo.

O próprio autor, na defesa da tal responsabilização, ampliando as hipóteses, traz que:

> Ademais, há inúmeras hipóteses de prisão indevida por abuso de autoridade por parte da autoridade policial, sem que a vítima venha a ser objeto de investigação ou ação penal. Também nesses casos impõe-se a responsabilização do Estado, posto que o abuso de direito, como o abuso do poder, dão ensancha à reparação por parte do Estado, respondendo o servidor civil e penalmente e, ainda, no plano administrativo, para efeito de demissão.

ISBN 978-85-62288-05-0

4.1.2 Casos práticos

Infelizmente, no direito pátrio, é possível encontrar casos em que a manutenção indevida da prisão no sistema judiciário brasileiro ocorreu. Abaixo estão colacionados alguns a título de exemplo.

Em 2011, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 802.435, que figurava como vítima Marcos Mariano da Silva, que inclusive ganhou repercussão na mídia. Isso porque, a vítima foi presa injustamente 19 anos em função de um crime que não cometeu. Assim que foi julgado procedente seu processo e fora avisada por seu advogado da indenização que iria receber pelo erro judiciário cometido, a vítima veio a óbito. Passou anos esperando pela responsabilização estatal e logo que conseguiu não pode usufruí-la.

Também no STJ, verifica-se o Recurso Especial nº 1.030.890-PR(2008/0029017-3), que também condenou o Estado a indenizar vítima indevidamente aprisionada:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO. PRISÃO ILEGAL POR 9 (NOVE) ANOS DE RECLUSÃO. CONDENAÇÃO DO AUTOR EM LUGAR DE OUTRO. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA EFETIVA. IMPROCEDÊNCIA 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.
>
> 2. O aprisionamento ilegal do recorrente por 9 (nove) anos já faz prova suficiente do dano material sofrido, uma vez que este ficou impossibilitado de exercer qualquer espécie de trabalho, o que, por consequência lógica, implica redução, ou não crescimento, de seu patrimônio.
>
> 3. Assim, não há que se falar em violação do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, sendo o dano material presumido.
>
> 4. Em casos análogos, que cuidam de indenização material por dano presumido decorrente de responsabilidade civil do Estado, a condenação foi fixada também com base no pagamento de um salário mínimo mensal, como no presente caso.
>
> 5. Recurso especial não provido.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, há a condenação estatal por prisão de indivíduo que ficou enclausurado por ser homônimo a criminoso que

ISBN 978-85-62288-05-0

cometera a infração[447]. Ainda que tenha permanecido apenas por oito dias preso, foi lhe concedido do direito a receber a indenização.

Isso posto, a existência de poucos casos conhecidos de condenação no Direito Brasileiro não é louvável, vez que, ante a gravidade de tal erro, deveria de tudo se existente no judiciário nacional. Contudo, considerando que a humanidade, em qualquer de suas manifestações, está sujeita a erro, a única hipótese é consolidar o entendimento de que o Estado deve ser indenização objetivamente quando da ocorrência de casos similares.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A privação de liberdade, um dos bens mais supremos da vida humana, não pode ser tratada com desmazelos. Tão grave quanto a perda da vida é a perda da liberdade sem provocação própria, isso porque da morte pouco se sabe e nada se vê, porém da vida vivida entre três paredes e uma cela, muitos se sente e nada se resolve.

Por tais razões, quando a prisão indevida for provocada pelo Estado com mais razão se faz a sua responsabilização em função da supremacia e exemplo que o ente superior deve mostrar aos particulares.

Ademais, a sociedade não pode se sentir ameaça pelo ente estatal quando o exercício da função jurisdicional ante a possibilidade de ocorrência de erro quanto à privação da liberdade individual.

A previsão constitucional de tal possibilidade de responsabilização serve para dar maior consistência a teoria da responsabilização objetiva nestas hipóteses de manutenção indevida.

O indivíduo não pode sofrer um erro em função da ineficiência do Estado e este sair ileso. Por tal razão, urge aplicar veementemente a teoria da responsabilidade objetiva por erros do Judiciário em qualquer caso, por menor que seja o lapso que se verificar a privação da liberdade indevidamente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CAMARGO, Daniel Marques de. CAMARGO, Viviane Peres Rúbio de. *Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário em virtude de prisão indevida.* Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional. Org. Dirceu Pereira Siqueira e Murilo Angeli Dias dos Santos. Birigui:Boreal, 2012. 243-274.

[447] http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/12/justica-de-sc-manda-indenizar-inocente-preso-por-erro-em-nome.html

ISBN 978-85-62288-05-0

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por Atos de seus agentes***.** São Paulo: Atlas, 2000.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade Civil do Estado-Juiz.* Curitiba: Juruá, 1995.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Responsabilidade do Estado por prisão indevida.* http://www.franca.unesp.br/Responsabilidade%20do%20Estado.pdf. Acesso em 20 de dezembro de 2011.

_____*. Indenização da Prisão Indevida.* São Paulo: Leud, 1996.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZA, Alexandre. *Direito Administrativo.* Coleção OAB Nacional, Primeira Fase. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINELLA, Fernanda. *Direito Administrativo.* Niterói: Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado.* São Paulo: Atlas, 1999.

ROSA, Márcio Fernando Elias Rosa. *Direito Administrativo.* Sinopses Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil.* São Paulo: Método, 2011.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação ta tutela jurisdicional.* Curitiba: Juruá, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil.* 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ISBN 978-85-62288-05-0

O ESVAZIAMENTO DO DEVER ESTATAL DE PROMOÇÃO DA ACESSIBILIDADE: AS INFRAÇÕES DA LEI 15.499/2011 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Cláudia Karina Ladeia BATISTA[448]
Mário Lúcio Garcez CALIL[449]

RESUMO

A Lei n. 15.499/2011 do Município de São Paulo instituiu o "Auto de Licença de Funcionamento Condicionado", permitindo a emissão de licenças para funcionamento de estabelecimentos empresariais pela internet, sem a necessidade de inspeção prévia do prédio e, em especial, sem preocupação significativa com a acessibilidade dos imóveis comerciais no que concerne às pessoas com deficiência. Como é sabido, o direito à acessibilidade das pessoas com deficiência é um direito fundamental, que confirma as idéias de igualdade e acessibilidade pretendidas pela Constituição. Trata-se, também, de um direito humano, reconhecido por diversas convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. Desta forma, é o objetivo do presente trabalho, por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental, analisar a compatibilidade do diploma com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com a Constituição Federal de 1988 e com a legislação federal, estadual e municipal específicas, determinando, assim, se o referido diploma deve ou não ser extirpado do ordenamento jurídico. O presente estudo é justificado pelo imperativo de igualdade consagrado pela Constituição, que deve ser concretizado, neste caso, pela inclusão das pessoas com deficiência.

ABSTRACT

The law n. 15.499/2011 of the city of São Paulo established the "Auto de Licença de Funcionamento Condicionado", allowing the issuance of licenses for operation of business establishments through the internet, without the need to preview the building and, in particular, without significant concern with accessibility of commercial property in relation to people with disabilities. As is known, the right to accessibility for people with disabilities is a fundamental right, which confirms the ideas of equality and accessibility intended by the Constitution. It is also a human right, recognized by various international conventions to which Brazil is a signatory. Thus, it is the

[448] Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru-SP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba-SP). Professora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.
[449] Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru-SP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba-SP). Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

ISBN 978-85-62288-05-0

purposes of this study, through literature and document research, examine the compatibility of law with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Federal Constitution of 1988 and with federal, state and municipal specific laws, thus determining if that law should be excised or not the legal system. The present study is justified by the imperative of equality enshrined in the Constitution, which must be fulfilled in this case, the inclusion of people with disabilities.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 15.499/2011. Acessibilidade. Deficiência.

KEYWORDS: Law n. 15.499/2011. Accessibility. Disabilities.

INTRODUÇÃO

A Lei 15.499/2011 do Município de São Paulo instituiu o Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, para atividades comerciais, institucionais e de prestação de serviços em edificações em situação irregular, a ser expedido pela internet, sem qualquer verificação acerca da acessibilidade do imóvel em relação às pessoas com deficiência.

Justamente por essa falta de preocupação em relação à pessoa com deficiência é que se faz necessário aferir a compatibilidade da Lei com a Constituição da República, bem como com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em vigor no Brasil desde o ano de 2009.

Além disso, em decorrência de tal omissão, existe a possibilidade de a Lei ser incompatível com a legislação nacional referente à acessibilidade, bem como em relação à Constituição do Estado de São Paulo, à legislação estadual e à própria Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Desta forma, é o objetivo do presente trabalho estudar acerca dos possíveis vícios de inconstitucionalidade, inconvencionalidade, legalidade e “organicidade” da Lei 15.499/2011, em relação às normas sobre a acessibilidade das pessoas com deficiência, com base na doutrina e na jurisprudência.

Para cumprir o objetivo traçado acima, será efetuada pesquisa bibliográfica em obras doutrinárias nacionais, bem como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, de modo a determinar a compatibilidade da Lei Municipal com os diversos diplomas normativos superiores a eles.

Justifica-se o presente estudo, tendo em vista a importância dada pela Constituição Federal à proteção da pessoa com deficiência, em especial no que concerne à acessibilidade voltada à efetivação do princípio da igualdade, bem como de diversos outros direitos fundamentais.

ISBN 978-85-62288-05-0

1. AS NORMAS SOBRE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As pessoas com deficiências formam aquilo que Jürgen Habermas qualifica de minoria "inata", de modo que não podem ser observadas como indivíduos abstratos, mesmo juridicamente, mas dentro da integridade de sua "configuração pessoal". De acordo com o referido autor:

> Na medida em que o direito intervém em questões ético-políticas, ele toca à integridade das formas de vida dentro das quais está enfronhada a configuração pessoal de cada vida. Com isso entram em jogo - ao lado de considerações morais, de reflexões pragmáticas e de interesses negociáveis - valorizações fortes, que dependem de tradições intersubjetivamente compartidas, mas culturalmente específicas. (2002, p. 165).

Tendo em vista tal problematização, a pessoa com deficiência não pode ser vista, em especial pelo direito, de forma homogênea em relação ao restante da população. Para sua "valorização forte" são necessárias medidas específicas de intervenção jurídica. Tais medidas visam, nos termos constitucionais, à "inclusão" de tal minoria.

Justamente pela necessidade de tratamento específico de referida parcela da população é que se torna ainda mais difícil determinar a formatação de tal modelo de inclusão, tendo em conta o risco de se arriscar uma "abstração generalizadora" que é própria do direito liberal. Nestes termos, bem questiona Luiz Alberto David Araújo:

> Qual o significado do direito à inclusão social das pessoas com deficiência? Qual o conteúdo desse direito? Estaria ele limitado ao direito à igualdade ou o conteúdo estaria compreendido noutros? A resposta passa obrigatoriamente pelo direito à saúde, pelo direito ao trabalho - protegido ou não - direito à vida familiar, direito à eliminação das barreiras arquitetônicas (ou o direito à acessibilidade) e, inegavelmente, pelo direito à igualdade. (2011a, n.p.).

Conforme Débora Diniz e Lívia Barbosa, direitos fundamentais como a vida e a dignidade pressupõem garantia de cuidado em diversas fases da existência, bem como em situações de doença, de impedimentos debilitantes ou na velhice. (2010, p. 206). Assim, formam um conjunto homogêneo de direitos indispensáveis em relação a tais pessoas.

Assim, para que se possa manter a "integridade de vida" de cada pessoa com deficiência, é necessária a efetivação de um conjunto de prerrogativas consagradas

ISBN 978-85-62288-05-0

pela Constituição Federal, de modo que tais direitos devem ser enquadrados, todos, no conceito de direitos fundamentais[450], o que traz diversas conseqüências interpretativas e eficaciais.

A principal conseqüência eficacial da conceituação de um direito como "fundamental" é a chamada *proibição de retrocesso dos direitos fundamentais* que, nas palavras de Miguel Carbonell, deriva da própria obrigação de progressiva implementação dos direitos fundamentais. (2005, p. 198).[451]

Trata-se de uma proteção adicional à segurança jurídica constitucionalmente consagrada, que se relaciona "[...] às prestações materiais indispensáveis à dignidade, à universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, enquanto conteúdos da dignidade humana." (SARLET, 2007, pp. 30-31).

A proibição de retrocesso, expressamente consagrada na Constituição,[452] proíbe reformas constitucionais que diminuam o espectro dos direitos fundamentais, também atingindo a regulamentação infraconstitucional, que não pode esvaziar o conteúdo dos direitos fundamentais, transformando-os em "mera retórica" (BARCELLOS, 2006, p. 89).

Desta forma, nem mesmo uma lei regulamentadora das disposições constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais das pessoas com deficiência pode restringir tais direitos para além do mínimo necessário para alcançar os objetivos da igualdade e da inclusão de tais pessoas.

1.1. AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA EFICÁCIA

Inicialmente, deve-se consignar que, nos termos do art. 5º, §1º da Constituição Federal[453], os direitos fundamentais são naturalmente dotados de eficácia imediata, aplicando-se diretamente aos casos concretos sem a necessidade de mediação de normas infraconstitucionais. Desta forma, ao menos em regra, são normas de eficácia plena.

---

[450] O texto Constitucional deixa claro que os direitos fundamentais não se encontram apenas no Título II da Lei Maior, mas espalhados por todo o seu corpo, nos termos do §2º do Art. 5º: "§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". (BRASIL, 1988, n.p.).

[451] Tradução livre e paráfrase do trecho: "*De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados Parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados Parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter amphatorio, «de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido»*".

[452] "Art. 60 […] §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais." (BRASIL, 1988, n.p.).

[453] "§1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata." (BRASIL, 1988, n.p.).

ISBN 978-85-62288-05-0

É o caso daquilo que resta consignado no *caput* do art. 5º da Constituição da República, no que tange à consagração da igualdade (formal e material) como direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes nos limites territoriais do país,[454] plenamente aplicável à situação das pessoas com deficiência. (BRASIL, 1988).

Contudo, alguns dispositivos consagrados pela Constituição, que especificamente tratam da situação da pessoa com deficiência, dependem de mediação legislativa para sua aplicabilidade, de forma que podem ser classificadas como normas de eficácia limitada. É o caso dos arts. 227, §2º[455] e do art. 244[456] (BRASIL, 1988).

Ocorre que ambos os dispositivos que constitucionais que tratam especificamente da situação da pessoa com deficiência já foram regulamentados, como se verá abaixo, de forma que, a partir da mediação legislativa, convertem-se em normas de eficácia plena, sendo imediatamente aplicáveis.

1.2. A ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Em relação à situação da pessoa com deficiência, segundo o modelo social, a desconsideração da diversidade na construção da vida social gera ambientes excludentes, impondo barreiras à igualdade de condições. Assim, a discriminação define a deficiência "[...] tanto quanto os impedimentos corporais". (DINIZ; BARBOSA, 2010, p. 210).

Justamente por tal razão é que a Constituição, ao garantir a integração social das pessoas com deficiência, tem em mente a idéia de vida independente. E, para tanto, o direito à locomoção livre e autônoma é indispensável. Assim, deve o Estado garantir acessibilidade. (ARAUJO, 2010, p. 916).

A eliminação de obstáculos arquitetônicos e a regulamentação sobre edificações, assim como da fabricação de veículos de transporte é essencial para as pessoas com deficiência, pois o acesso adequado é, "[...] literalmente, o próximo

[454] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" (BRASIL, 1988, n.p.).

[455] "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência." (BRASIL, 1988, n.p.).

[456] "Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º." (BRASIL, 1988, n.p.).

ISBN 978-85-62288-05-0

passo para alcançar os demais direitos." (QUARESMA, 2010, p. 937). De acordo com Luiz Alberto David Araujo:

> Qualquer pessoa com deficiência ou qualquer cidadão responsável, consegue entender a acessibilidade como um direito fundamental. Como a pessoa com deficiência poderia exercer outros direitos sem ter o direito ao acesso de logradouros públicos, transportes públicos, em suma, de bens de uso quotidiano de todos? (2011b, p. 26).

Desta forma, ainda de acordo com o referido autor, o direito à acessibilidade é um direito instrumental, que viabiliza a existência de outros direitos das pessoas com deficiência, pois, seria impossível falar em direito à saúde, em direito ao trabalho, em direito ao lazer, dentre outros, sem a possibilidade de locomoção. (ARAUJO, 2011a, n.p.).

Assim, o direito à acessibilidade, da forma como consagrado pela Constituição Federal, nos termos dos artigos 227, §2º e do art. 244 é um direito fundamental e, portanto, a partir da regulamentação infraconstitucional, norma de eficácia plena, com aplicabilidade imediata, vinculando toda a ordem jurídica nacional.

2. A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi assinada no ano de 2007, na cidade de Nova York, trazendo normas específicas acerca da atuação do Estado no que concerne a políticas legislativas e sociais a serem seguidas de forma vinculante pelos países signatários. (BRASIL, 2009). De acordo com Flávia Piovesan:

> O propósito maior da convenção é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados-partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos nela previstos. Introduz a convenção o conceito de "reasonable accomodation", apontando ao dever do Estado de adotar ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com as demais. Violar o "reasonable accommodation" é uma forma de discriminação nas esferas pública e privada. (2010a, p. 225).

ISBN 978-85-62288-05-0

Assim, a Convenção se preocupou especialmente com a questão da acessibilidade em relação à pessoa com deficiência. De acordo com Luiz Alberto David Araujo, o pacto funcionará como norma geral, devendo ser complementada de forma detalhada e dependente pela legislação nacional. (2009, p. 480).

A convenção vem aprimorar a normatização constitucional acerca da acessibilidade, definindo normas mais específicas para a atuação do Estado no sentido da inclusão total da pessoa com deficiência, atuando, como se verá abaixo, com eficácia idêntica à de uma emenda constitucional.

2.1. O ESTADO DE EMENDA CONSTITUCIONAL, NOS TERMOS DO §3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO

Como visto acima, os direitos fundamentais, nos termos do §2º do art. 5º da Constituição, podem ser complementados pelos direitos humanos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil se tornar signatário, o que revela uma unidade entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos. Segundo Cançado Trindade:

> Na verdade, como se pode depreender de um exame cuidadoso da matéria, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo indivisível: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. O direito internacional e o direito interno aqui se mostram, desse modo, em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos. (1996, n.p.).

Essa interação se faz evidente no Texto Constitucional, pois é esse o raciocínio que se extrai do §3º do Art. 5º, quando afirma que, caso as convenções e tratados sobre direitos humanos sejam aprovados pelo mesmo procedimento das emendas constitucionais e elas serão equivalentes.[457] (BRASIL, 1988).

Celso Lafer afirma que o §3º encerra as controvérsias sobre a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos, por ser “lei interpretativa”. (2005, p. 16). A Convenção a que se alude, porém, é o primeiro pacto aprovado pelo referido procedimento, de modo que ainda existem diversas questões sobre sua eficácia e sua interpretação.

Conforme Sidney Guerra (2008, p. 245) e Flávia Piovesan (2010, p. 73), a partir da observação dos requisitos do §3º, os direitos consagrados pelo pacto internacional passam a ser *direitos formalmente constitucionais*, tendo em vista que

[457] “§ 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.” (BRASIL, 1988, n.p.).

ISBN 978-85-62288-05-0

também são fruto do Poder Constituinte Reformador. Quantos aos efeitos da "formalização" assim afirma Ingo Sarlet:

> A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: *a)* como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que - neste sentido - se cuida de direitos de natureza supralegal; *b)* na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto [...] de direitos pétreos, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte [...]; *c)* por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º, da CF). (2006, p. 88-89).

Com a "constitucionalização formal", os direitos trazidos pelos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento do art. 5º, §3º tornam-se cláusulas pétreas, sujeitos à proibição de retrocesso, bem como se tornam normas diretamente aplicáveis, dispensando-se "[...] a edição de decreto de execução". (PIOVESAN, 2010b, p. 111).

Deve-se observar, além disso, que a Convenção (BRASIL, 2009) proíbe qualquer interpretação no sentido de restringir direitos das pessoas com deficiência que tenha sido anteriormente consagrado pelos ordenamentos jurídicos internos dos países signatários,[458] de modo que apenas agrega novos direitos e novas fórmulas de efetivação.

Assim, as características da "constitucionalização formal" dos tratados internacionais se aplicam na totalidade à Convenção, sendo que os direitos que traz estão sujeitos à proibição de retrocesso, não podendo ser restringidos ou abolidos nem mesmo por outra emenda constitucional, além de contar com aplicabilidade imediata, nos termos da Constituição.

[458] "Artigo 4. Obrigações gerais - [...] 4.Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau." (BRASIL, 2009, n.p.).

ISBN 978-85-62288-05-0

2.2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE/CONVENCIONALIDADE EM RELAÇÃO À CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Outra questão essencial em relação à eficácia e à interpretação da Convenção, tendo em vista sua aprovação pelo procedimento do §3º do Art. 5º da Constituição reside na possibilidade de que suas disposições possam ser utilizadas como paradigma de controle de constitucionalidade/convencionalidade.

De acordo com Ingo Sarlet, os tratados aprovados pelo referido procedimento passam a compor o bloco de constitucionalidade, "[...] que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional", passando, sim, a atuar como parâmetro de controle de constitucionalidade. (2006, p. 151-152).

Para José Afonso da Silva, os tratados de direitos humanos, se aprovados pelo procedimento do §3º do Art. 5º, servem como paradigma para o controle de constitucionalidade, tanto no que concerne ao controle difuso quanto no que tange ao controle concentrado. (2006, p. 179).

Segundo Valério Mazzuoli, a incompatibilidade das normas internas com os tratados internacionais internamente vigentes, ainda que sejam compatíveis com a Constituição, torna tais normas inválidas (*inconvencionais*), nos termos de uma nova lógica de *dupla verticalidade material*. (2009, p. 238-261). Ainda de acordo com o autor:

> Para realizar o controle de convencionalidade ou de legalidade das normas infraconstitucionais, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, onde qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. [...] Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derrogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º. (MAZZUOLI, 2009, p. 259-260).

Desta forma, assim como ocorre em relação ao controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade pode se realizar na forma

ISBN 978-85-62288-05-0

difusa, por qualquer juiz ou Tribunal, ou na forma de controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses colocadas pela Constituição Federal.

O raciocínio colocado acima se aplica perfeitamente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tendo em vista o procedimento para sua ratificação, de modo que, em relação ao referido pacto é plenamente permitida (e necessária) sua utilização como parâmetro de controle de constitucionalidade/convencionalidade.

2.3. OS DISPOSITIVOS DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA RELACIONADOS ESPECIFICAMENTE À ACESSIBILIDADE E SUA EFICÁCIA

O Decreto n. 6.949/2009 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. (BRASIL, 2009). Na referida convenção se encontram alguns dispositivos que tratam especificamente da questão da acessibilidade, tratados a seguir.

O Art. 1º firma que o propósito da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é a promoção, proteção e asseguramento do pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades das pessoas com deficiência, bem como o respeito por sua dignidade inerente. (BRASIL, 2009).[459]

O texto adota como parâmetro as condições de igualdade, reforçando a idéia de que as barreiras sociais podem impedir a participação das pessoas com deficiência na sociedade, sendo a possibilidade de fruição de seus direitos é justamente a mais importante condição de igualdade. (NOGUEIRA, 2008, p. 27).

O Art. 2º trata da chamada “adaptação razoável”, definida como modificações e ajustes necessários e adequados, não acarretando ônus desproporcional ou indevido, visando assegurar que as pessoas com deficiência possam fruir de todos os direitos humanos e liberdades, em igualdade com as demais pessoas. (BRASIL, 2009).[460]

Aqui, a convenção projeta o desafio de desenvolver uma sociedade para todos, não excluindo as necessidades específicas de determinados grupos. Isso quer dizer que, ao se projetar uma sociedade (inclusiva), o “todo” deve ser

[459] “Artigo 1. Propósito - O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. [...] Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.” (BRASIL, 2009, n.p.).

[460] “Artigo 2. Definições - ‘Adaptação razoável’ significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;” (BRASIL, 2009, n.p.).

ISBN 978-85-62288-05-0

contemplado, dentro de sua diversidade, incluindo as demandas específicas das pessoas com deficiência. (MARTINS, 2008, p. 29).

No Art. 3º são trazidos os princípios gerais da Convenção. Em relação à acessibilidade, destacam-se os princípios do respeito pela dignidade inerente, a liberdade de fazer as próprias escolhas, mas, em destaque para o presente contexto, os princípios da autonomia individual e da independência das pessoas (BRASIL, 2009).[461]

Nestes termos, "autonomia" é a possibilidade de as pessoas realizarem suas ações sem o auxílio de terceiros, mesmo que isso dependa de criação de condições ambientais e sociais, enquanto que "independência" designa a capacidade da pessoa de realizar escolhas sem pedir autorização de alguém ou de alguma instituição. (PAULA, 2008, p. 31).

Outro princípio, o mais importante para o presente contexto, é o da acessibilidade (BRASIL, 2009),[462] que deve ser compreendida em sentido amplo, "[...] como ingresso e permanência aos meios físicos e aos de comunicação (desenho universal) e aos sistemas, políticas, serviços e programas implementados pela comunidade." (PAULA, 2008, p. 32).

Neste sentido, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, especificamente em seu Art. 4º, trata, em um rol consideravelmente abrangente, das obrigações gerais que competem a todos os países que são seus signatários, afirmando o seguinte:

> Artigo 4. Obrigações gerais - 1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a: a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência; c) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência; d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e

[461] "Artigo 3. Princípios gerais - Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;" (BRASIL, 2009, n.p.).
[462] "Artigo 3. Princípios gerais - Os princípios da presente Convenção são: [...] f) A acessibilidade;" (BRASIL, 2009, n.p.).

ISBN 978-85-62288-05-0

> instituições atuem em conformidade com a presente Convenção; [...] 5.As disposições da presente Convenção se aplicam, sem limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos. (BRASIL, 2009, n.p.).

Por sua vez, em complementação aos compromissos firmados pelo Art. 4 º, o Art. 5º, item 3, da Convenção determina que, para o fim de promover igualdade e eliminar a discriminação os Estados signatários adotarão todas as medidas apropriadas para garantir a "adaptação razoável",[463] nos termos do seu Art. 2º. (BRASIL, 2009).

O compromisso enfatiza igualmente as políticas e programas e o compromisso de legislar para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência (MAIOR, 2008), de modo que as novas leis "[...] têm que estar em consonância com a isonomia e com os princípios da Convenção." (RESENDE, 2008, p. 36).

Parcelas relevantes do dispositivo são: o compromisso de abstenção da prática de qualquer ato incompatível com a Convenção (inclusive legislativo); o fato de que tal compromisso atinge todas as unidades constitutivas dos países signatários o que, no Brasil, se refere à União, aos Estados e aos Municípios. O Art. 9º determina:

> 1.A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a: a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho; b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência; (BRASIL, 2009, n.p.).

[463] "Artigo 5. Igualdade e não-discriminação - [...] 3.A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida. (BRASIL, 2009, n.p.).

ISBN 978-85-62288-05-0

Deste modo, todas as políticas públicas devem estar voltadas a neutralizar ou minimizar os efeitos negativos das desvantagens de mobilidade das pessoas com deficiências que são causados por barreiras físicas, de modo a garantir os princípios de independência, autonomia e dignidade, de maneira coletiva e individual. (VITAL; QUEIROZ, 2008, p. 47).

Destaca-se aqui a proibição de retrocesso em relação ao direito fundamental à acessibilidade da pessoa com deficiência, intrínseca à expressa necessidade de remoção de obstáculos. É evidente que não se trata apenas de remover as barreiras físicas existentes, mas, especialmente, de não criar novas barreiras. Nesse sentido:

> Tão importante quanto adequar os espaços públicos para garantir a circulação dessas pessoas, eliminando-se as barreiras existentes, é não serem criadas diariamente novas barreiras, o que pode ser percebido na quase totalidade dos municípios brasileiros. (VITAL; QUEIROZ, 2008, p. 47).

No que tange aos objetivos do presente trabalho, a proibição de criação de novas barreiras é justamente o mais evidente fundamento do possível vício de inconstitucionalidade (*inconvencionalidade*) da Lei 15.499/2011 da capital do Estado de São Paulo, como se verá abaixo.

3. A NORMATIZAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL ACERCA DO DIREITO À ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Constituição Federal determina a necessidade de regulamentação de suas disposições no que concerne ao direito aos diretos das pessoas com deficiência. Nesse diapasão, a produção massiva de leis é evidente, conforme demonstram os dados do ano de 2009 abaixo colocados:

> No âmbito da legislação federal, são: 45 leis, 27 decretos, 24 resoluções, 36 portarias ministeriais e interministeriais, 14 instruções normativas, três medidas provisórias, oito ordens de serviço e vários outros instrumentos reguladores de direitos como: pensão especial, símbolos de acesso e de identificação, apoio à integração, penalidades, impostos, ensino especial, passe livre em meios de transporte, isenções, prioridade de atendimento, benefícios, promoção de acessibilidade, reabilitação profissional, equipamentos políticos, criação de Conselhos de Direitos, de Políticas de Atendimento, de Redes de Informações, concursos públicos, inserção e manutenção no mercado de trabalho, conclusão de concursos, aquisição de

ISBN 978-85-62288-05-0

> aparelhos para correções visuais e auditivas, campanhas de aptidão, requisitos de gratuidade para atendimento assistencial, reservas de vagas, estágios, combate à discriminação, flexibilização de horário a trabalhadores responsáveis legais por PPDs, fiscalização do trabalho, aposentadoria especial, entre outros. (CULLETON; BRAGATO; FALARDO, 2009, p. 208).

Resta evidente, então, que o Congresso Nacional não encontra qualquer problema em legislar (fartamente) sobre os direitos das pessoas com deficiência. O problema, ao que parece se relaciona muito mais ao "ser" do que ao "dever ser", pois, como visto, os direitos das pessoas com deficiência "devem ser" em grande quantidade, mas "são" de pouca efetividade.

No que concerne à acessibilidade os arts. 227, §2º e 244 foram regulamentados pelas leis número 10.048/2.000, 10.098/2000, reguladas pelo Decreto Presidencial 5.269/2004, que fixam, inclusive, prazos para a efetivação da acessibilidade nas edificações públicas e privadas, já esgotados em sua maioria.[464] Segundo Luiz Alberto David Araujo:

> [...] quase todos os prazos já estão vencidos. E onde está a acessibilidade? Ela não existe. Uma perícia, fotografia ou prova testemunhal poderá facilmente constatar a inexistência dos acessos determinados pela lei. E, vencidos os generosos prazos concedidos pelo Presidente da República (pelo decreto regulamentar n. 5296/2004), vamos à ação! (2011b, p. 39).

Regulamentados os dispositivos constitucionais (o que resulta na plena eficácia do Texto Magno) e estando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em vigor, equiparada a uma Emenda Constitucional, todo o ordenamento jurídico interno resta (positiva e negativamente) vinculado à efetivação da acessibilidade.

A partir dessa constatação, norma alguma, internacional, constitucional ou infraconstitucional pode diminuir, extinguir ou mesmo se omitir em relação ao

[464] "Art. 19. [...] § 1º No caso das edificações de uso público já existentes, terão elas prazo de trinta meses a contar da data de publicação deste Decreto para garantir acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. [...] Art. 22. [...] 2º Nas edificações de uso público já existentes, terão elas prazo de trinta meses a contar da data de publicação deste Decreto para garantir pelo menos um banheiro acessível por pavimento, com entrada independente, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de modo que possam ser utilizados por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida. [...] Art. 23. [...]§ 8º As edificações de uso público e de uso coletivo referidas no caput, já existentes, têm, respectivamente, prazo de trinta e quarenta e oito meses, a contar da data de publicação deste Decreto, para garantir a acessibilidade de que trata o caput e os §§ 1º a 5º. [...] Art. 24. [...]§ 2º As edificações de uso público e de uso coletivo referidas no caput, já existentes, têm, respectivamente, prazo de trinta e quarenta e oito meses, a contar da data de publicação deste Decreto, para garantir a acessibilidade de que trata este artigo. (BRASIL, 2004, n.p.).

ISBN 978-85-62288-05-0

compromisso de conferir a maior efetividade possível ao direito à acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência.

3.1. DISPOSITIVOS RELATIVOS ÀS EDIFICAÇÕES DE USO COLETIVO E SUA ACESSIBILIDADE EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NAS NORMAS NACIONAIS

A lei 10.098/2000 e o Decreto Regulamentar 5.269/2004, tendo em vista tratarem da acessibilidade da pessoa com deficiência, contêm alguns dispositivos que versam especificamente sobre edificações e sobre a permissão para edificar e funcionar. Os mais relevantes em relação ao presente trabalho serão tratados logo abaixo.

Deve-se destacar, contudo que, por se tratarem de normas que regulamentam dispositivos constitucionais, por expressa previsão do texto magno, os diplomas de que se trata têm aplicabilidade nacional, encontrando-se acima das normatizações locais, que devem ser compatíveis com o teor dos referidos diplomas.

A Lei 10.098/2000 entende por "barreira" qualquer entrave ou obstáculo ao acesso, liberdade de movimento e circulação com segurança. Podem ser: *a)* arquitetônicas urbanísticas, existente nas vias públicas e nos espaços de uso público; ou *b)* arquitetônicas na edificação, existentes no interior dos edifícios públicos ou privados.[465] (BRASIL, 2000b).

É notório o objetivo do legislador em maximizar as exigências relativas à acessibilidade das pessoas com deficiência, o que se depreende da amplitude dos conceitos constantes de seu texto. Referida amplitude deve reger a leitura de todo o conteúdo da lei em escopo, permeando todos os conceitos posteriores.

O Art. 7º e seu Parágrafo único ditam que em todas as áreas de estacionamento de veículos deverão ser reservadas vagas aos portadores de deficiência com dificuldade de locomoção, em número equivalente a dois por cento do total, porém, no mínimo, uma vaga, sinalizada e com as especificamente técnicas.[466] (BRASIL, 2000b).

---

[465] "Art. 2º Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições: [...] II - barreiras: qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas, classificadas em: a) barreiras arquitetônicas urbanísticas: as existentes nas vias públicas e nos espaços de uso público; b) barreiras arquitetônicas na edificação: as existentes no interior dos edifícios públicos e privados;" (BRASIL, 2000b).

[466] "Art. 7º Em todas as áreas de estacionamento de veículos, localizadas em vias ou em espaços públicos, deverão ser reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência com dificuldade de locomoção. Parágrafo único. As vagas a que se refere o caput deste artigo deverão ser em número equivalente a dois por cento do total, garantida, no mínimo, uma vaga, devidamente sinalizada e com as especificações técnicas de desenho e traçado de acordo com as normas técnicas vigentes." (BRASIL, 2000b).

ISBN 978-85-62288-05-0

O art. 11 determina que a construção ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo devem ser executadas de modo a serem ou se tornarem acessíveis às pessoas com deficiência, observados os requisitos de acessibilidade constas do Parágrafo único.[467] (BRASIL, 2000b).

O Art. 12 determina que locais de espetáculo, conferências, aulas e similares deverão dispor de espaços reservados para cadeirantes, pessoas com deficiência auditiva e visual, de acordo com as normas da ABNT, para facilitar-lhes condições de acesso, circulação e comunicação.[468] (BRASIL, 2000b).

Observe-se que os dispositivos tratados se referem tanto a edifícios públicos quanto privados de uso coletivo, o que inclui estabelecimentos comerciais e empresas diversas, que deverão cumprir o estabelecido pela lei tanto no momento da construção dos edifícios destinados ao funcionamento quanto de sua reforma.

O Decreto Presidencial número 5.269/2004, que regulamenta a Lei 10.098/2000, afirma, em seu art. 2º, I e II, que ficam sujeitos às suas disposições a aprovação de projeto ou qualquer tipo de obra com destinação pública ou coletiva, bem como a outorga de concessão, permissão, autorização ou habilitação de qualquer natureza.[469] (BRASIL, 2004).

Deve-se notar aqui a amplitude de regulamentação do decreto, aplicável a qualquer edificação de utilização coletiva, referindo-se a todos os tipos de projetos, obras, concessões, permissões, autorizações ou habilitações, de forma a não permitir qualquer atuação do tipo sem a adequação à questão da acessibilidade das pessoas com deficiência.

---

[467] "Art. 11. A construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, na construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser observados, pelo menos, os seguintes requisitos de acessibilidade: I - nas áreas externas ou internas da edificação, destinadas a garagem e a estacionamento de uso público, deverão ser reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência com dificuldade de locomoção permanente; II - pelo menos um dos acessos ao interior da edificação deverá estar livre de barreiras arquitetônicas e de obstáculos que impeçam ou dificultem a acessibilidade de pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida; III - pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com o exterior, deverá cumprir os requisitos de acessibilidade de que trata esta Lei; e IV - os edifícios deverão dispor, pelo menos, de um banheiro acessível, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de maneira que possam ser utilizados por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida." (BRASIL, 2000b).

[468] "Art. 12. Os locais de espetáculos, conferências, aulas e outros de natureza similar deverão dispor de espaços reservados para pessoas que utilizam cadeira de rodas, e de lugares específicos para pessoas com deficiência auditiva e visual, inclusive acompanhante, de acordo com a ABNT, de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação." (BRASIL, 2000b).

[469] "Art. 2º Ficam sujeitos ao cumprimento das disposições deste Decreto, sempre que houver interação com a matéria nele regulamentada: I - a aprovação de projeto de natureza arquitetônica e urbanística, de comunicação e informação, de transporte coletivo, bem como a execução de qualquer tipo de obra, quando tenham destinação pública ou coletiva; II - a outorga de concessão, permissão, autorização ou habilitação de qualquer natureza;" (BRASIL, 2004).

ISBN 978-85-62288-05-0

O art. 8º conceitua "barreiras" de uma forma tão rigorosa quanto a Lei 10.098/2000. No Inciso VII, conceitua edificações de uso coletivo de forma também bastante ampla, como toda edificação destinada ao comércio, hotelaria, cultura, esportes etc.[470] (BRASIL, 2004). Referida conceituação tem especial importância para os fins do presente trabalho.

Nos termos do art. 11, a construção, a reforma ou a ampliação de edificações de uso público ou de uso coletivo devem ser executadas de modo a ser ou a se tornarem acessíveis à pessoa com deficiência, devendo a aprovação, licenciamento ou emissão de certificado de conclusão atender às regras específicas contidas no decreto.[471] (BRASIL, 2004).

O art. 13 determina que legislações locais, estudos de impacto, atividades de fiscalização, previsão orçamentária e mecanismos tributários serão orientados pelo decreto, bem como, em seu §1º, determina que, para qualquer expedição ou renovação de alvará de funcionamento devem ser observadas as regras de acessibilidade.[472] (BRASIL, 2004).

Assim, tanto na Lei 10.098 quanto no Decreto 5.269/2004, as edificações devem obedecer às normas sobre acessibilidade das pessoas com deficiência,

---

[470] "Art. 8º. Para os fins de acessibilidade considera-se: I - acessibilidade: condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida; II - barreiras: qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento, a circulação com segurança e a possibilidade de as pessoas se comunicarem ou terem acesso à informação, classificadas em: a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias públicas e nos espaços de uso público; b) barreiras nas edificações: as existentes no entorno e interior das edificações de uso público e coletivo e no entorno e nas áreas internas de uso comum nas edificações de uso privado multifamiliar; c) barreiras nos transportes: as existentes nos serviços de transportes; e [...]VII - edificações de uso coletivo: aquelas destinadas às atividades de natureza comercial, hoteleira, cultural, esportiva, financeira, turística, recreativa, social, religiosa, educacional, industrial e de saúde, inclusive as edificações de prestação de serviços de atividades da mesma natureza;" (BRASIL, 2004).

[471] "Art. 11. A construção, reforma ou ampliação de edificações de uso público ou coletivo, ou a mudança de destinação para estes tipos de edificação, deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis à pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida. [...] § 2º Para a aprovação ou licenciamento ou emissão de certificado de conclusão de projeto arquitetônico ou urbanístico deverá ser atestado o atendimento às regras de acessibilidade previstas nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT, na legislação específica e neste Decreto." (BRASIL, 2004).

[472] "Art. 13. Orientam-se, no que couber, pelas regras previstas nas normas técnicas brasileiras de acessibilidade, na legislação específica, observado o disposto na Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, e neste Decreto: I - os Planos Diretores Municipais e Planos Diretores de Transporte e Trânsito elaborados ou atualizados a partir da publicação deste Decreto; II - o Código de Obras, Código de Postura, a Lei de Uso e Ocupação do Solo e a Lei do Sistema Viário; III - os estudos prévios de impacto de vizinhança; IV - as atividades de fiscalização e a imposição de sanções, incluindo a vigilância sanitária e ambiental; e V - a previsão orçamentária e os mecanismos tributários e financeiros utilizados em caráter compensatório ou de incentivo. § 1o Para concessão de alvará de funcionamento ou sua renovação para qualquer atividade, devem ser observadas e certificadas as regras de acessibilidade previstas neste Decreto e nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT." (BRASIL, 2004).

ISBN 978-85-62288-05-0

sendo que referida obediência será aferida antes da concessão de qualquer tipo de alvará de funcionamento, de qualquer atividade, não posteriormente.

3.2. DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE SÃO PAULO RELACIONADOS À ACESSIBILIDADE

A Constituição do Estado de São Paulo menciona especificamente a tutela da acessibilidade da pessoa com deficiência, inicialmente, no Art. 277, no qual afirma que ao Poder Público deve garantir diversos direitos às pessoas com deficiência, inclusive à convivência comunitária e à salvo de negligências e discriminações.[473] (SÃO PAULO, 1989).

O art. 280 garante especificamente o acesso adequado a logradouros e edifícios de uso público.[474] (SÃO PAULO, 1989). Assim como no caso dos arts. 227, §2º e do art. 244 da Constituição Federal, trata-se de norma de eficácia limitada, necessitando da regulamentação infraconstitucional para se tornar juridicamente exigível.

Mas, assim como ocorre no caso dos dispositivos mencionados da Constituição Federal, o art. 280 da Constituição do Estado de São Paulo foi regulamentado pela Lei 12.907/2008, o que faz com que a eficácia do referido dispositivo se torne plena e, portanto, exigíveis os direitos que consagra.

3.3. A LEI 12.907/2008 DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Lei estadual 12.907/2008 basicamente repete os dispositivos da Lei 10.098/2000, com ênfase para o ser art. 25, que afirma que a construção, ampliação ou reforma de edifícios destinados ao uso coletivo deverão ser executadas tendo em conta a acessibilidade.[475] (SÃO PAULO, 2002).

---

[473] "Artigo 277 - Cabe ao Poder Público, bem como à família, assegurar à criança, ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiências, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão." (SÃO PAULO, 1989).

[474] "Artigo 280 - É assegurado, na forma da lei, aos portadores de deficiências e aos idosos, acesso adequado aos logradouros e edifícios de uso público, bem como aos veículos de transporte coletivo urbano." (SÃO PAULO, 1989).

[475] "Artigo 25 - A construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo a que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Parágrafo único - Para os fins do disposto neste artigo, na construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo, deverão ser observados, pelo menos, os seguintes requisitos de acessibilidade: 1 - nas áreas externas ou internas da edificação, destinadas à garagem e ao estacionamento de uso público, deverão ser reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas com deficiência que tenham dificuldade de locomoção permanente; 2 - pelo menos um dos acessos ao interior da edificação deverá estar livre

ISBN 978-85-62288-05-0

Deste modo, a necessidade de obediência às normas de acessibilidade para a pessoa com deficiência no momento de construir ou reformar edifícios de uso coletivo tem eficácia plena, de modo que não necessita de outra regulamentação para ser exigida, nem pode ser limitada por outro instrumento normativo.

3.4. DISPOSITIVOS DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO ACERCA DA ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Lei Orgânica do Município de São Paulo de 1990, em seu art. 227 garante à pessoa com deficiência o acesso a logradouros e edifícios públicos e particulares, mediante a eliminação de barreiras existentes, bem como no que concerne a novos projetos de construção.[476] (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 1990).

Trata-se, também, de norma de eficácia plena, vinculante e exigível diretamente dos poderes públicos, também se aplicando a ela o que se refere à proibição de retrocesso dos direitos fundamentais, de modo que não pode ser eliminada ou restringida, direta ou indiretamente, seja por emenda, seja por lei.

4. A LEI 15.499/2011 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE/(IN)CONVENCIONALIDADE

Nos termos do art. 23, II, da Constituição Federal, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas com deficiência.[477] (BRASIL, 1988). Porém, é necessário estudar os elementos e limites dessa competência constitucional.

De acordo com Fernanda Almeida, a competência do art. 23 está no sentido de cooperação entre os entes federados, de modo que concurso entre eles é reclamado em função do interesse público que existe na preservação de certos bens e no cumprimento de certas metas sociais, que demandam a soma de esforços. (1991, p. 140).

---

de barreiras arquitetônicas e de obstáculos que impeçam ou dificultem a acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida; 3 - pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com o exterior, deverá cumprir os requisitos de acessibilidade de que trata este Capítulo; 4 - os edifícios deverão dispor, pelo menos, de um banheiro acessível, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de maneira a que possam ser utilizados por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.". (SÃO PAULO, 2008).

[476] "Art. 227 - O Município deverá garantir aos idosos e pessoas portadoras de deficiências o acesso a logradouros e a edifícios públicos e particulares de frequência aberta ao público, com a eliminação de barreiras arquitetônicas, garantindo-lhes a livre circulação, bem como a adoção de medidas semelhantes, quando da aprovação de novas plantas de construção, e a adaptação ou eliminação dessas barreiras em veículos coletivos.". (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2002).

[477] "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;" (BRASIL, 1988, n.p.).

ISBN 978-85-62288-05-0

Justamente por isso é que o exercício dessa competência comum deve ser presidido pelo ideal de colaboração entre as pessoas políticas (ALMEIDA, p. 143), de modo a aprimorar a efetividade dos direitos existentes, criando e aprimorando novas políticas sociais, nos termos colocados pela Constituição.

Nos termos do art. 30, II, da Constituição, a legislação municipal é complementar em relação às normas federais e estaduais,[478] devendo, portanto, ser com elas compatível. Desta forma, no momento de elaborar leis, os Municípios devem, sim, obedecer à Lei 10.098/2000 e ao Decreto Regulamentar 5.269/2004. De acordo com Walter Claudius Rothenburg:

> Embora tanto a União, como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam fazer leis sobre "proteção e integração social das pessoas com deficiência" (é o que está escrito no art. 24, XIV e no art. 30, II da Constituição da República), a União é responsável por estabelecer as normas gerais (diz o §1º do art. 24). Portanto, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem fazer leis mais específicas de proteção e integração social das pessoas portadoras de necessidades especiais, desde que observem as normas gerais estabelecidas pela União (2006, p. 313).

Não bastasse, a legislação dos Municípios, no que se refere à acessibilidade da pessoa com deficiência está diretamente subordinada à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, nos termos do seu Art. 4º, devendo as Câmaras Municipais observar os direitos por ela consagrados.

Assim, o exercício da competência comum encontra limitações inclusive no que concerne à questão hierárquica, de forma que os Municípios, apesar da questão cooperativa, ainda devem obedecer às normas gerais colocadas pela União e, nos casos específicos, pelos Estados, bem como diretamente àquelas colocadas pela Convenção.

4.1. O TEMA DA LEI 15.499/2011

A Lei 15.499/2011, do Município de São Paulo, institui o Auto de Licença de Funcionamento Condicionado em relação à instalação e funcionamento de atividades não residenciais em edificações em situação irregular, mediante obtenção

[478] "Art. 30. Compete aos Municípios: [...] II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;" (BRASIL, 1988, n.p.).

ISBN 978-85-62288-05-0

de Auto de Licença de Funcionamento Condicionado (Art. 1º).[479] (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

Para tanto, o referido diploma permite a emissão do Auto de Funcionamento pela internet, sem permissão prévia ou fiscalização *in locu* das condições do imóvel, inclusive no que concerne à acessibilidade das pessoas com deficiência, o que faz com que seja necessário aferir sua constitucionalidade/convencionalidade.

4.2. OS DISPOSITIVOS (IN)CONSTITUCIONAIS/(IN)CONVENCIONAIS

No que concerne à Lei Municipal em escopo, os dispositivos atacáveis, nos termos da Constituição da República, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (enquanto equivalente a Emenda Constitucional), da lei e do decreto pertinentes são, basicamente, os referidos abaixo.

O Art. 2º, III, determina que, para a expedição do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, o responsável técnico, juntamente com o responsável pelo uso devem meramente atestar que cumprirão a legislação vigente acerca da higiene, da segurança, da estabilidade e da habitabilidade da edificação.[480] (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

O Art. 3º, §3º afirma que, caso seja necessária a manifestação de autoridades do Corpo de Bombeiros, Sanitária e Ambiental, a previsão deverá constar expressamente do Auto de Licença de Funcionamento.[481] (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010). Nenhum dos dois dispositivos sequer menciona a necessidade de comprovação prévia da acessibilidade.

Em relação ao art. 4º, fixa as hipóteses nas quais o Auto de Licença de Funcionamento Condicionado não será expedido. (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).[482] Deve-se destacar que nenhuma das hipóteses constantes do dispositivo versa sobre a necessidade de comprovação prévia da acessibilidade na edificação.

---

[479] "Art. 1º. A instalação e o funcionamento de atividades não residenciais em edificações em situação irregular, nos termos da legislação em vigor no 6ambito do Município de São Paulo, dar-se-á mediante a obtenção do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, ora instituído." (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010, n.p.).

[480] "Art. 2º. O Auto de Licença de Funcionamento Condicionado será expedido para atividades comerciais, industriais, institucionais e de prestação de serviços, compatíveis ou toleráveis com a vizinhança residencial, exercidas em edificação em situação irregular, classificadas na subcategoria de uso não residencial - nR1 e nR2, nos termos do artigo 154, incisos I e II, respectivamente, da Lei nº 13.885, de 25 de agosto de 2004 nas hipóteses permissivas de Auto de Licença de Funcionamento, nos termos da legislação em vigor, desde que: [...] III - o responsável técnico legalmente habilitado, conjuntamente com o responsável pelo uso, atestem que cumprirão a legislação municipal, estadual e federal vigentes acerca das condições de higiene, segurança de uso, estabilidade e habitabilidade da edificação." (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010, n.p.).

[481] "Art. 3º. [...] § 3º Quando for necessária a manifestação das autoridades do Corpo de Bombeiros, Sanitária e Ambiental deverá tal previsão constar expressamente do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado." (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

[482] "Art. 4º. O Auto de Licença de Funcionamento Condicionado não será expedido em relação à

ISBN 978-85-62288-05-0

O Art. 10 padece da mais franca inconstitucionalidade/inconvencionalidade e ilegalidade, quando dita que o Auto de Licença será cassado, perdendo sua eficácia, no caso de desrespeito às normas de proteção às pessoas com deficiência. (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010). Ora, a verificação deveria ser prévia, não resultante de fiscalização posterior.

A situação se agrava ainda mais quando da leitura do Art. 11 e §§, que afirmam que a invalidação ou cassação do Auto dar-se-á após intimação e processo administrativo com garantia de provas e contraditório, bem como recurso hierárquico no prazo de trinta dias, cuja decisão fará "coisa julgada" administrativa.[483] (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

A verificação da acessibilidade deveria ser prévia. Mesmo não sendo prévia, se o responsável pela atividade não cumprir as normas de acessibilidade, terá direito a um processo administrativo devido, coroado pelo contraditório, pela ampla defesa e com direito a recurso. É evidente que isso está de acordo com as garantias do devido processo legal.[484]

Pela ponderação entre os direitos das pessoas com deficiência e os direitos do empresário, a Constituição, a Convenção (equiparada a Emenda Constitucional) e a legislação nacional não há qualquer dúvida: a verificação da acessibilidade deve ser prévia em relação à expedição de qualquer alvará de funcionamento de qualquer atividade.

Não bastasse, como se viu acima, os prazos para adequação das edificações às disposições que versam acerca da acessibilidade às pessoas com deficiência já se esgotaram praticamente todos, de modo que seria ainda mais flagrantemente inconstitucional/inconvencional a atuação no sentido da Lei.

---

edificação: I - cuja atividade pleiteada não seja permitida para a zona de uso em que se situa; II - situada em área contaminada, "non aedificandi" ou de preservação ambiental permanente; III - que tenha invadido logradouro ou terreno público; IV - que seja objeto de ação judicial promovida pelo Município de São Paulo, objetivando a sua demolição; V - em área de risco geológico-geotécnico. Parágrafo único. A vedação contida no *caput* c/c inciso III deste artigo não se aplica às áreas públicas objeto de concessão, permissão, autorização de uso e locação social." (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

[483] "Art. 11. A declaração de invalidade ou cassação do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, nas hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 10 desta Lei, será feita mediante a instauração de processo administrativo documental. § 1º O objeto do processo será a verificação da hipótese de invalidação ou cassação, por meio da produção da prova necessária e respectiva análise. § 2º O interessado deverá ser intimado para o exercício do contraditório, na forma da Lei. § 3º A decisão sobre a invalidação ou cassação do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado compete à mesma autoridade competente para sua expedição. § 4º Contra a decisão será admitido um único recurso, sem efeito suspensivo, dirigido à autoridade imediatamente superior, no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da decisão recorrida no Diário Oficial da Cidade. § 5º A decisão proferida em grau de recurso encerra definitivamente a instância administrativa." (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

[484] "Art. 5º. [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;" (BRASIL, 1988).

ISBN 978-85-62288-05-0

Imagine-se que um empresário, que não cumpre os ditames da acessibilidade, consiga um Auto de Licença de Funcionamento e seja, depois, processado administrativamente. O contraditório, a instrução, o julgamento e o recurso, somados todos os prazos, bem como a possibilidade de ação judicial alargariam indefinidamente um prazo já esgotado.

O Parágrafo único do Art. 13 configura declarado descaso à questão da acessibilidade nas edificações, ao afirmar que, durante a vigência do Auto de Licença, a atividade e a edificação *poderão* ser fiscalizadas no que tange ao cumprimento de condições de higiene, segurança, estabilidade e habitabilidade.[485] (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

O fato de não exigir, apenas permitir a fiscalização vai diametralmente contra diversos dispositivos constitucionais, inclusive o princípio da eficiência, contido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.[486] Além disso, a fiscalização apenas permitida se refere a direitos fundamentais, cuja proteção por parte do Poder Público é irrenunciável.

Não bastasse, o dispositivo sequer menciona que será fiscalizada a edificação no que concerne ao cumprimento das normas relacionadas à acessibilidade, novamente ignorando os direitos fundamentais das pessoas com deficiência, em evidente desacordo em relação à Constituição, à Convenção e à legislação específica.

CONCLUSÕES

A Lei 15.499/2011 do Município de São Paulo não demonstrou qualquer preocupação significativa do Poder Público com a acessibilidade dos imóveis comerciais no que concerne às pessoas com deficiência, descumprindo diversos dispositivos constitucionais e legais de todas as esferas federativas.

Inicialmente, nenhuma norma, mesmo que voltada à regulamentação de dispositivos constitucionais que consagram direitos fundamentais, especialmente no que tange às pessoas com deficiência pode restringir referidos direitos aquém do mínimo necessário à igualdade e à inclusão.

O direito à acessibilidade, consagrados pelos artigos 227, §2º e art. 244 da Constituição da República, é um direito fundamental. A partir da regulamentação

[485] "Art. 13. Sempre que julgar conveniente ou houver notícia de irregularidade ou denúncia, o órgão competente da Prefeitura realizará vistorias com a finalidade de fiscalizar o cumprimento às disposições desta lei. Parágrafo único. Durante o período de validade do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, a atividade e a edificação poderão ser objeto de ação fiscalizatória com o objetivo de verificar o cumprimento da legislação vigente quanto às condições de higiene, segurança de uso, estabilidade e habitabilidade da edificação." (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

[486] "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:" (BRASIL, 1988).

ISBN 978-85-62288-05-0

infraconstitucional, tornam-se normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, de modo que vinculam toda a ordem jurídica.

A partir da Convenção Internacional acerca dos Direitos das Pessoas com Deficiência foi consagrada no Brasil por intermédio do procedimento do §2º do Art. 5º da Constituição, de modo que equivale a uma Emenda Constitucional. Referida Convenção aprimora a normatização constitucional acerca da acessibilidade.

Deste modo, a "constitucionalização formal" da Convenção faz com que os direitos nela trazidos estejam sujeitos à proibição de retrocesso, de modo que não podem ser restringidos ou abolidos, mesmo que por outra emenda constitucional. Além disso, têm aplicabilidade imediata.

Assim, norma alguma, constitucional ou infraconstitucional, está imune ao controle de convencionalidade a partir da Convenção, mesmo que se trate de uma Lei municipal, a exemplo do diploma sob análise, tanto no que concerne à criação de normas contrárias quanto a normas que restrinjam a aplicabilidade de suas disposições.

Além disso, no que tange à esfera federal, a Lei 10.098 e o Decreto 5.269/2004 afirmam que as edificações devem obedecer às normas sobre acessibilidade em relação às pessoas com deficiência, sendo que referida obediência será aferida antes da concessão de qualquer tipo de alvará de funcionamento, de qualquer atividade.

Disposições similares se encontram no art. 280 da Constituição do Estado de São Paulo, bem como na Lei 12.907/2008, diploma que regulamenta o referido dispositivo. São, assim, normas de eficácia plena, servindo, também, como paradigma de controle em relação às leis municipais sob sua égide.

Assim, resta evidente que os dispositivos mencionados ferem vários dispositivos constitucionais, violando-os tanto ativamente quanto por omissão, com destaque para: *a)* os arts. 5º, 37, 227 e §2 ºe 244 da Constituição Federal; *b)* arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (equivalente a uma Emenda Constitucional).

Além disso, descumpre as determinações específicas dos arts. 2º, 7º, 11 e 12 da Lei 10.098/2000 e dos arts. 2º, incisos I e II, 8º, 11 e 13 do Decreto Regulamentar 5.269/2004, concluindo-se tanto pela inconstitucionalidade/inconvencionalidade quanto pela ilegalidade da Lei 15.499/2011 do Município de São Paulo.

Não fosse suficiente para fulminar juridicamente a referida lei, deve-se destacar que ela descumpre os arts. 277 e 280 da Constituição do Estado de São Paulo, a Lei Estadual paulista número 12.907/2008 que os regulamenta (em especial seu art. 25), bem como o art. 227 da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

REFERÊNCIAS

ISBN 978-85-62288-05-0

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência.* 4. ed. Brasília: CORDE, 2011a. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/corde/protecao_const1.asp>. Acesso em: 05 out. 2011.

_____. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 911-924.

_____. *Barrados:* pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar. Petrópolis: KBR, 2011b.

_____. (Org.). *Defesa dos direitos das Pessoas com Deficiência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O direito das pessoas com deficiência e as convenções internacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 469-486.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2012.

_____. *Decreto 5.269/2004.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2012.

_____. *Decreto nº 6.949/2009.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2012.

_____. *Lei 10.048/2000a.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2012.

_____. *Lei 10.098/2000b.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2012.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direitos Humanos:* percepções da opinião pública. Brasília: Presidência da República, 2010.

CARBONELL, Miguel. La garantia de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: _____. SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo:* estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005, p. 171-203.

_____. SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo:* estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

ISBN 978-85-62288-05-0

CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada.* Brasília: CORDE, 2008.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FALARDO, Sinara Porto. *Curso de Direitos Humanos.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia. Pessoas com deficiência e direitos humanos no Brasil. In: BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direitos Humanos:* percepções da opinião pública. Brasília: Presidência da República, 2010.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos:* constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Artigo 4 - Obrigações Gerais. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada.* Brasília: Corde, 2008, p. 33-35.

MARTINS, Lilia Pinto. Artigo 2 - Definições. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada.* Brasília: Corde, 2008, p. 28-30.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista Direito e Justiça:* reflexões sociojurídicas. Ano IX. nº 12. Março, 2009, p. 235-275.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Lei Orgânica do Município de São Paulo.* 1990. Disponível em: <http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/files/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 01 dez.2011.

_____. *Lei 15.499/2011.* Disponível em: <http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/leis/L15499.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2012.

NOGUEIRA, Geraldo, Artigo 1 - Propósito. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada.* Brasília: Corde, 2008, p. 25-27.

PAULA, Ana Rita de. Artigo 3 - Princípios Gerais. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada.* Brasília: Corde, 2008, p. 31-33.

ISBN 978-85-62288-05-0

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. *Temas de direitos humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

QUARESMA, Regina. A pessoa portadora de necessidades especiais e sua inclusão social. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 925-945.

RESENDE, Ana Paula Crosara. Artigo 5 - Igualdade e não discriminação. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada.* Brasília: Corde, 2008, p. 35-37.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O acesso ao acesso. Quem é competente para as questões de direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais? In: ARAUJO, Luiz Alberto David. (Org.). *Defesa dos direitos das Pessoas com Deficiência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 311-318.

SÃO PAULO. *Constituição do Estado de São Paulo.* 1989. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2012.

_____. *Lei 12.907/2008.* Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 01 dez 2011.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional e direito interno:* sua interação na proteção dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 08 mar. 2012.

VITAL, Flavia Maria de Paiva; QUEIROZ, Marco Antonio de. Artigo 9 - Acessibilidade. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada.* Brasília: CORDE, 2008, p. 45-48.

ISBN 978-85-62288-05-0

O REFUGIADO AMBIENTAL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E COMO RESPONSABILIDADE DO ESTADO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS.

Ana Flávia DAMASCENO SILVA[487]
Patrícia Naomi ASAKURA[488]

RESUMO: Em face da multiplicação das relações entre os Estados no mundo globalizado e das recentes e frequentes catástrofes ambientais, o presente artigo se propõe a tratar dos refugiados. Mais especificamente dos refugiados ambientais, uma minoria crescente desamparada ainda de proteção na legislação internacional. Objetiva-se então a trazer esclarecimentos sobre o tema e conscientizar acerca da necessidade e urgência em se prestar ajuda a esse grupo de migrantes, tendo em vista padecerem de graves violações de direitos humanos. Espera-se com isso despertar sentimentos de solidariedade e senso de comunidade no cenário internacional, trazendo a título de ilustração o exemplo de esperança do caso dos haitianos vítimas do terremoto de 2010 que se refugiaram no Brasil. Para tanto, foram utilizados como método principal o dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

ABSTRACT:
Before the multiplication of the relations between States in the globalizationed world and the recent and frequent enviromental disasters, the present article intends to approach the refugees. More specifically the enviromental refugees, a growing minority still unrecognized in the international laws for shelter. It seeks to bring clarifications about this matter and raise awareness of the need and urgency in giving aid to this group of migrants, since they suffer from great human rights disrespects. It aspires to awaken feelings of solidarity and a sense of comunity in the international scenario, bringing a concrete example of hope with the case of the haitians, victims of the earthquake in 2010 that took refuge in Brazil. In order to accomplish those objectives, it's been used the deductive reasoning method and bibliographical research.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados. Refugiados ambientais. Direitos humanos. Solidariedade. Responsabilidade do Estado.

---

[487] Acadêmica do segundo ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus de Jacarezinho/PR.
[488] Graduanda no segundo ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus de Jacarezinho/PR.

ISBN 978-85-62288-05-0

KEYWORDS: Refugees. Enviromental refugees. Human rights. Solidarity. State responsability.

INTRODUÇÃO

Talvez seja em razão do aquecimento global (apesar de ainda haver dúvidas quanto à sua veracidade ou não), mas desastres ambientais parecem ocorrer com cada vez mais gravidade e frequência. Ano a ano crescem os números de vítimas de tais catástrofes, atestando para a humanidade sua insignificância e impotência perante a força da natureza. E elevam-se também o número de desabrigados diante dessas forças que levam tudo, até mesmo daqueles que pareciam não ter nada já desde o início. E que estando desabrigados, deixam seu país de origem e partem além-fronteiras, muitas vezes até além-mar, em busca de um novo começo.

É natural do homem se deslocar em busca de melhores condições de vida e à procura de sua felicidade. No entanto, tal deslocamento deve partir da vontade do próprio indivíduo, visto ter ele sua dignidade e liberdade como características inerentes à sua natureza humana. Desse modo, quando esse abandono de seu próprio meio se dá por pressões externas, vem o Direito a socorrer-lhe a oferecer refúgio.

O presente artigo procura mostrar que as mudanças climáticas e as catástrofes ambientais podem ser também causas que permitem o pedido de refúgio. Para tanto, divide-se em cinco partes.

Em sua primeira partição, apresenta as origens da definição do instituto do refúgio bem como seu conceito atual, buscando embasamento na legislação pátria e internacional.

A seguir, trata do refugiado ambiental em específico, tentando conceituá-lo com ensinamentos da doutrina, e fundamentar sua necessidade e existência.

Na terceira parte, busca-se compreender a proteção aos refugiados sob a luz dos direitos humanos. É a dignidade da pessoa humana que se procura preservar com esse instituto.

Depois, sob um viés mais crítico, procura-se entender se pode-se dizer que o refúgio consiste em um dever do Estado ou em um ato fruto da solidariedade humana.

E finalmente, arrematando os conceitos e propostas apresentados ao longo do artigo, traz-se um caso concreto, exemplo de esperança para a problemática que aqui se apresenta: o tratamento no Brasil dos refugiados haitianos em virtude do terremoto que atingiu seu país.

Para a discussão do tema proposto escolheu-se o método dedutivo de pesquisa, pois partindo de uma visão mais ampla, a compreensão do instituto do

ISBN 978-85-62288-05-0

refúgio, buscou-se possibilitar um maior entendimento da possibilidade do refúgio ambiental, dentro das noções de direitos humanos, dignidade da pessoa humana e responsabilidade do Estado, como guardião desses valores.

A técnica de pesquisa utilizada foi a pesquisa bibliográfica. Bebeu-se conhecimento na legislação nacional e internacional, bem como na doutrina jurídica, revistas e jornais.

1 O REFUGIADO – CONCEITO E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO NO PLANO INTERNACIONAL E NO BRASIL

O deslocamento de grupos humanos sempre acompanhou a história da humanidade. Na pré-história, dado seu estilo de vida nômade, as pessoas viviam em constante mudança à procura de alimento e abrigo. Na Antiguidade, tal movimentação perdurou, como é detalhado na Bíblia, por exemplo, em ocasião do Êxodo, quando os hebreus saíram do Antigo Egito em busca da Terra Prometida. Na Idade Média, essa caminhada continuou e um caso notório foram as Cruzadas, durante as quais milhares de pessoas desbravaram por terras desconhecidas em nome da Guerra Santa. Na Modernidade, por sua vez, os deslocamentos foram cada vez mais longe, além-mar, no movimento de colonização das Américas, em que europeus buscavam novas riquezas, e africanos e americanos se viram retirados de suas próprias terras injustamente. E essa movimentação permanece na contemporaneidade, tal como se vê diariamente, com os movimentos migratórios de mão-de-obra em níveis nacional e internacional.

Diante dessa breve análise histórica, pode-se inferir ser da natureza humana estar em constante jornada. E isso se compreende à medida que todo ser humano é livre e vive em busca de sua felicidade. Mas tal deslocamento se torna preocupante quando ele não é fruto desse livre-arbítrio e sim resultante de pressões alheias à sua vontade, como perseguições políticas ou religiosas, situações de guerra, ou perturbações ambientais, consistam elas em eventos naturais ou decorrentes de ações humanas.

Quando tais causas levam certos grupos a abandonar tudo, sua casa, família, amigos, emprego, e a partir em direção ao desconhecido e ao incerto, tendo sua dignidade gravemente afrontada desde o momento sua saída, pelas causas e condições em que se encontram sua terra de origem e que as levam a abandoná-la, até os meios por que buscam um novo lugar para viver, e a forma com que são recebidas nesse local, que é na maior parte das vezes, nada semelhante à recepção que se esperaria em um novo lar, a comunidade internacional, movida pela solidariedade, cria institutos jurídicos para socorrê-los, a saber: o asilo e o refúgio.

Dessa maneira, a proteção às pessoas perseguidas e excluídas remonta à Antiguidade, na Grécia, em Roma e no Egito, onde já era concedido asilo a

ISBN 978-85-62288-05-0

criminosos comuns. Importante ressaltar que asilo e refúgio se tratam de institutos distintos, mas que apesar das diferenças se aproximam à medida que ambos buscam assegurar os direitos de minorias que se encontram vítimas de perseguição.

Por sua vez, o auxílio aos refugiados, propriamente ditos, como forma de proteção organizada na sociedade internacional, tem então origem em 1921, ano em que foi criado o Alto Comissariado para os Refugiados Russos para prestar assistência a mais de um milhão de refugiados russos e apátridas surgidos em razão da guerra civil na região. A partir daí tal amparo se estendeu também a refugiados gregos, búlgaros e armênios, entre outros.

Um pouco mais adiante na história, perante as violências praticadas pelo Nacional-socialismo na Alemanha, em 1933, o Conselho das Sociedades da Nações criou o Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha. E logo após, diante das atrocidades advindas da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional fundou em 1943 a Administração das Nações Unidas para Auxílio e Restabelecimento (ANUAR), que buscava o repatriamento das vítimas da guerra. Finda a Segunda Grande Guerra, concebeu-se em 1946, a Organização Internacional dos Refugiados (OIR), que procurou assistir o retorno das pessoas deslocadas pelo conflito. Mas tal organização teve vida curta, e já em 1951 foi substituída pelo Alto Comissariado para os Refugiados (ACNUR), o qual é responsável pela proteção internacional dos refugiados até hoje.

A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 é considerada a Carta Magna do direito dos refugiados ao trazer em caráter universal, a definição de refugiado, bem como seus direitos e deveres. No entanto, havia problemas em seu início. Seu conceito trazia dupla limitação ao reconhecer como refugiado toda pessoa que

> Em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1º de Janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.

Apresentava assim uma limitação temporal (“antes de 1 de Janeiro de 1951”) e outra geográfica (“na Europa”), não conseguindo, portanto, abranger todos os necessitados, visto que o problema dos refugiados no mundo não se solucionaria tão logo terminasse a Segunda Guerra Mundial. Nos anos seguintes estouraram e

ISBN 978-85-62288-05-0

se alastram ainda diversos conflitos pelo mundo, que apesar de terem uma extensão mais local, feriram também os direitos de vários.

Em vista disso, no ano de 1967 foi estabelecido o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que suprimindo a restrição temporal, ampliou o conceito de refugiado a

> Toda pessoa que devido a agressões externas, ocupação, dominação estrangeira ou outros eventos que alterem gravemente a ordem pública em uma parte ou na totalidade do território do país de sua origem ou nacionalidade, se veja obrigada a fugir do lugar de onde habita ou resida.

Por sua vez, perante as violações de direitos humanos ocorridas na América Central, foi criada a Convenção de Cartagena sobre os Refugiados em 1984, que expandiu mais ainda esse conceito, considerando como refugiadas

> as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

A legislação pátria também trouxe um conceito bastante abrangente na lei 9.474 de 1997, conhecida como a lei dos refugiados:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
>
> I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
>
> II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
>
> III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Dessa maneira, vê-se que a proteção aos refugiados em nível internacional, levando-se em conta o que fornece o Estatuto do refugiado, destina-se às pessoas que sob perseguição em razão de sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo

ISBN 978-85-62288-05-0

grupo social, deixa seu país, ou se não tiver nacionalidade, tem de abandonar o lugar de residência, abarcando dessa forma grupos perseguidos que adentram outros países e os apátridas. Cabe recordar que a nacionalidade é um direito fundamental, conforme artigo XV da Declaração Universal dos direitos Humanos. Interessante também ressaltar que o ACNUR não considera deslocados internos como refugiados, pois, ainda que também se desloquem por motivos de perseguição, ainda estão sob jurisdição de seu país, e devem ser por este protegido. Mas diante da grande demanda e necessidade, a Agência vem prestando assistência e supervisionando também esse grupo de pessoas.

Como se vê diante desse breve panorama histórico, da mesma forma com que o direito como fenômeno histórico-social que é, sempre acompanha a sociedade em suas evoluções e transformações, à maneira do antigo brocardo: ubi societas, ibi jus; a proteção aos refugiados também evolui em consonância com as necessidades dos grupos oprimidos e dos indivíduos perseguidos, buscando assegurar-lhes seus direitos e sua dignidade onde quer que estejam, seja qual for a razão para tais ofensas.

2 O REFUGIADO AMBIENTAL

Como se observa nas considerações anteriormente apresentadas, apesar da notável evolução da abrangência do termo “refugiado”, ele ainda não alcança também os “refugiados ambientais”, cabe agora tentar entender o por quê de tal exclusão e a importância de sua inclusão.

Consta que o termo “refugiado ambiental” foi usado pela primeira vez por volta de 1970, por Lester Brown do Worldwatch Institute, mas talvez as contribuições mais lembradas sobre tal matéria sejam do trabalho do professor Essam El-Hinnawi, do Egyptian National Research Center em 1985, e Jordi Jacobson, em sua obra Environmental Refugees: a Yardstick of Habitability de 1988 (BLACK, 2001, p. 1).

El-Hinnawi (1985, p.4) definiu os refugiados ambientais como sendo aquelas pessoas que foram forçadas a abandonar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, por causa de uma grave perturbação ambiental (natural e/ou provocada por atividades humanas) que comprometa sua existência e/ou seriamente afete sua qualidade de vida. Importante ressaltar que por “perturbação ambiental” o professor se refere a qualquer mudança física, química, ou biológica no ecossistema (ou em seus recursos naturais) que o deixe temporária ou permanentemente inapropriado para a vida humana.

Myers e Kent (1985, p.14), por sua vez, consideram os refugiados ambientais como pessoas que não mais podem levar uma vida segura em sua terra natal por causa de fatores ambientais de alcance incomum, como as secas, a desertificação, desmatamento, erosão do solo e mudanças climáticas, e também

ISBN 978-85-62288-05-0

desastres naturais como ciclones, tsunamis e enchentes, diante dos quais, as pessoas não têm alternativa senão buscar sua sobrevivência em outro lugar, seja dentro de seu próprio país ou fora dele, ou de forma permanente ou semi-permanente.

Diante dessas definições, já pode-se compreender por que o "refugiado ambiental" não é considerado um "refugiado" propriamente dito.

Primeiramente, conforme Guilherme Assis Almeida (2001, p.162) lembra, o conceito de refugiado presente no Estatuto é *numerus clausus,* de tal maneira que não é possível uma interpretação extensiva dos motivos ocasionadores do refúgio, ou seja, refugiado será apenas aquele indivíduo que deixa seu país, vítima de perseguição.

Ainda que se pretenda imaginar que a degradação do meio ambiente seja uma forma de perseguição, que as mudanças climáticas, terremotos, furacões, erosões do solo, desertificações persigam os homens, o rol taxativo apresentado no artigo abarca perseguições "em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas", não figurando aí causas ambientais.

Além disso, é também dificultosa a comprovação da perseguição ou real temor de perseguição por tais motivos, já que é difícil se delimitar a extensão de danos causados por mudanças ambientais. E também não seria possível se delimitar o agente dessa possível perseguição, pois a natureza não é palpável e não pode ser responsabilizada por sua "ações".

Nesse sentido, explica Luciana Diniz Durães Pereira (2009, p.125-126):

> [...] para o reconhecimento do *status* de refugiados, os indivíduos devem, obrigatoriamente, comprovar a existência da perseguição ou, pelo menos, do real temor de ser perseguido. O agente desta ação tem que ser palpável e dotado de personalidade jurídica, até mesmo para lhe atribuir futuramente, se for o caso, responsabilidade internacional pelos atos praticados. [....] a ausência do agente, por si só, já impossibilita a aplicação tanto do documento tradicional de proteção aos refugiados como das declarações regionais americana e africana aos casos de deslocamentos humanos motivados por fatores ambientais.

Face a esta impossibilidade do emprego da expressão "refugiado ambiental", usa-se utilizar outros termos, como deslocados ambientais ou migrantes ambientais. Mas como é de se imaginar, apenas dar outros nomes não soluciona em nada a situação, visto que várias pessoas ainda continuam sem a proteção e direitos que merecem diante de sua frágil situação.

ISBN 978-85-62288-05-0

Convém aqui abrir um parêntesis para trazer aquilo que é assegurado ao refugiado em nosso país. Basicamente, lhes são assegurados os mesmos direitos de todo estrangeiro não naturalizado aqui regularmente residente, portanto, conforme consta na Convenção, têm direito de acesso à Justiça, direito ao ensino primário gratuito, direito à assistência pública, previdência social e direitos trabalhistas, entre outros, além do direito à não devolução (princípio do non refoulement) segundo o qual o requerente de asilo ou refúgio não pode ser devolvido ao país de que fugiu por temor ou real perseguição.

Dessa maneira, é essencial ter-se a segurança jurídica com relação à quem seja o refugiado, e quanto à real necessidade de sua acolhida, tendo em vista todas as garantias que lhes são destinadas e para impedir que sob o status de refugiado se acoberte pessoas que não merecem tal proteção, como criminosos, meros aventureiros ou migrantes em busca de melhores condições de vida.

Esclarecedor é o relatório Mudanças Climáticas, Vulnerabilidade e Mobilidade Humana (Climate Change, Vulnerability and Human Mobility: Perspectives of Refugees from the East and Horn of Africa, em inglês) elaborado pelo ACNUR (2012, p.12-13). O estudo examinou refugiados do leste e sudeste da África a fim de melhor compreender se, como e com qual extensão os impactos das mudanças climáticas e ambientais em seus países de origem influenciam seu movimento migratório. Descobriu-se que a maior parte dos entrevistados perceberam graves mudanças no clima nos últimos 10 ou 15 anos, que se diferenciam de ocasionais períodos de tempo ruim, como as ondas de calor, mas se assemelhavam mais a mudanças permanentes, descritas como por exemplo secas prolongadas e enchentes intensas. E tais mudanças acarretaram impactos severos sobre a economia local, principalmente para as famílias que viviam da agricultura e pecuária, mas envolvendo indiretamente a todos com o aumento dos preços dos alimentos e queda na sua produção. Apesar de tais condições não serem vistas como catalisador imediato de conflitos violentos, os refugiados reconheceram que a escassez de recursos como multiplicador ou agravador da conflitos já existentes. Todos os refugiados entrevistados afirmaram que abandonar sua casa seria a última opção, e apenas depois de todas as tentativas de adaptação às mudanças tivessem falhado. Tentativas estas como novas estratégias e técnicas de colheita, ou busca por outras ocupações. E ainda assim, o destino de tal mudança seria dentro do próprio país e de natureza temporária e circular apenas. Os que chegaram a cruzar as fronteiras do país o fizeram após experimentar violências políticas por parte do próprio Estado ou das autoridades de facto, e ainda assim tal destino só se cogitava por aqueles que tinham melhores condições, os grupos mais pobres se viriam presos à sua terra apesar de todas as condições adversas e seus direitos.

Interessantíssimo também a esse respeito o que ensina William B.Wood em seu artigo “Ecomigration: links between enviromental change and migration”

ISBN 978-85-62288-05-0

(Ecomigração: relações entre mudanças ambientais e migração, em português). O autor afirma (2001, p.46-47) que desde o berço da humanidade, grupos humanos chegavam a ambientes desconhecidos e os transformavam a fim de torná-los habitáveis, e a partir do momento em que o mau uso de seus recursos os tornavam novamente inabitáveis, essas pessoas partiam em busca de um novo lugar para viver, e às vezes, depois de 20 ou 40 anos até mesmo poderiam retornar àquele primeiro lugar de onde saíram. Dessa forma, ele afirma que de alguma maneira, razões ambientais influenciam a maioria dos migrantes direta ou indiretamente, não apenas os ditos refugiados ambientais. E refere-se, portanto, a esses grupos como "ecomigrantes". "Eco" que em grego significa "casa", presente também em "economia" e "ecologia", dois aspectos que influenciam os "ecomigrantes", não apenas fatores ambientais, ecológicos, mas também fatores econômicos, incluindo então não apenas aqueles que são forçados a abandonar sua casa por pressões violentas do meio ambiente, mas também aqueles que se deslocam voluntariamente em busca de melhores condições de vida, visto ser impossível se diferenciar com precisão tais motivações perante cada caso concreto.

Ainda, Wood (2001, p.47-49) traz em seu texto uma analogia bastante ilustrativa, instigante e crítica, a qual ele denominou "analogia do guarda-chuva gasto", e explica com vocação a diferença entre os migrantes voluntários e os forçados, e os efeitos que o ambiente exerce sobre ambos. Importar ressaltar que o autor afirma ser essa influência mútua, isto é, o ambiente exerce pressões sobre os migrantes, mas estes também transformam o meio, e isso é natural que assim seja. De volta à analogia, Wood afirma que cada um traz consigo um "guarda-chuva ecológico-econômico" que o acompanha onde quer que for (deslocamentos diários, esporádicos ou mesmo permanentes). Existem diversas formas e tamanhos distintos de guarda-chuvas, que refletem as condições sócio-econômicas, políticas e ambientais que que afetam cada pessoa individual e coletivamente. Uma crise humanitária atingindo uma região pode destruir vários guarda-chuvas ao mesmo tempo, e aqui pode-se imaginar uma catástrofe natural como terremotos e furacões, que deixam milhares sem abrigo, sem seus guarda-chuvas. No entanto, tais casualidades não afetam a todos da mesma forma, por exemplo, uma nação mais desenvolvida tecnologicamente e melhor servida economicamente, possuirá guarda-chuvas mais resistentes do que nações subdesenvolvidas que sofrem com a fome e a miséria. Da mesma maneira, ainda dentro desse país que passa por dificuldades, encontra-se-ão indivíduos mais abastados que conseguirão resistir às adversidades, apesar das pressões e condições gerais de seu meio. Com isso, consegue-se compreender com mais facilidade o fenômeno da migração e sua complexidade, visto ser necessário levar em conta, não apenas o evento propulsor de tal deslocamento, mas todas as condições que o envolvem e afetam o migrante. Enquanto os migrantes voluntários têm alguma liberdade e poder para partir em

ISBN 978-85-62288-05-0

busca de melhores condições, eles ainda conseguem experimentar outros tipos de guarda-chuvas, os migrantes forçados têm mínima ou nenhuma capacidade de escolha e poder de substituir seu guarda-chuva gasto e destruído. Por isso, faz-se necessária a solidariedade e amparo a esse grupos oprimidos.

Diante do exposto compreende-se a complexidade do tema dos refugiados ambientais, e talvez se compreenda em parte o motivo pelo qual o ACNUR se oponha a reformular o estatuto para incluir essa classe de refugiados, ou ao menos elaborar documento próprio para eles. Longe de ignorar a emergência e necessidades desses grupos deslocados, a agência simplesmente ainda não possui mandato ou meios para efetivamente protegê-los. Cabe lembrar que embora não figurassem no rol dos refugiados na definição do Estatuto, o ACNUR vem prestando assistência também aos deslocados internos, na medida de sua capacidade. Dessa maneira, a agência vem elaborando e promovendo diversos estudos e palestras sobre a relação entre mudanças climáticas e deslocamento humano, a fim de conscientizar a comunidade internacional para a questão dos "refugiados ambientais".

É bastante inspirador o seguinte parecer do ACNUR (2009):

> Hoje, o mundo enfrenta um acúmulo de tendências negativas: a mudança climática, uma maior incidência de desastres naturais, aumento dos preços dos alimentos e energia, turbulência do mercado financeiro e uma recessão econômica global. Embora seja impossível prever as consequências exatas desses fenômenos, é claro que se podem criar condições para um número significativo de pessoas se tornarem deslocadas ou forçadas a migrar. Em resposta a estas circunstâncias, e pelas razões discutidas acima, a agência pode convidar a comunidade internacional a adotar uma abordagem baseada no respeito pelos direitos humanos e cooperação internacional.

E dessa forma, mesmo diante da ausência de assistência de entidade internacional responsável e amparo jurídico, movida pela solidariedade, a comunidade internacional não se mostra inerte às necessidades e injustiças humanas e presta socorro a quem precisa.

Prova disso são as diversas catástrofes ambientais que ocorrem ano a ano, como por exemplo, o terremoto seguido de tsunamis no Japão em 11 de março de 2011, o terremoto que atingiu o Haiti em 12 de janeiro de 2010, e o Furacão Katrina que afetou os Estados Unidos em 29 de agosto de 2005, para citar apenas alguns dos mais recentes e que mais figuraram nas mídias. Além dos países sob risco de extinção com o aumento do nível dos mares, a saber: as ilhas Maldivas, Kiribati e Tuvalu. Apesar de não haver obrigação para tanto, particulares e Estados se unem

ISBN 978-85-62288-05-0

para prestar socorro às vítimas fazendo doações em dinheiro e em espécie, em uma corrente de solidariedade e respeito mútuo.

3 DIREITOS HUMANOS

Havendo entendido o conceito de refúgio, faz-se necessário voltar às origens desse instituto, compreendendo qual o seu fundamento inicial, o principal valor que busca proteger, o que realmente motiva a sua existência e propulsiona sua evolução, a saber: os direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos "considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo", como expressa de pronto em suas considerações iniciais, declara em seu artigo 1: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade."

E é justamente para assegurar a dignidade humana dos indivíduos perseguidos, tendo em vista sua liberdade e igualdade entre si, que existe o instituto dos refugiados.

O professor Pietro de Jesús Lora Alarcón (2009, p.22) afirma que o refúgio "funciona como um meio para defender esses outros direitos". Em outra passagem, explica (p. 16):

> No caso dos refugiados, a dignidade humana supõe que o ser humano que procura refúgio é merecedor de algo mais, de um *plus*, de um elevar aquele que está a ponto de ser abatido, cercado pelas contingências que deram lugar ao fugir, uma adversidade que ameaça sua opção existencial, sua vida, liberdade e condições mínimas de existência.

A dignidade da pessoa humana também figura em nossa Constituição, logo de início em seu artigo 1º como um dos fundamentos da República. E é ela assegurada a todos, sem exceção, conforme seu artigo 5º caput, segundo o qual "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Portanto, brasileiros e estrangeiros, nos quais se incluem os refugiados e mesmo os requerentes de tal status, têm assegurados seus direitos e dignidade humana indiscriminadamente em nosso país.

Também interessa destacar alguns princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais, e que dizem respeito ao instituo sob estudo, conforme

ISBN 978-85-62288-05-0

apresenta o artigo 4º do texto fundamental, a saber: a prevalência dos direitos humanos (II), a defesa da paz (VI), a solução pacífica dos conflitos (VII), o repúdio ao terrorismo e ao racismo (VIII), a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (IX) e a concessão de asilo político (X). Além da literal presença da concessão do asilo como um dos princípios, tem-se novamente os direitos humanos, e principalmente a valorização da paz e da solidariedade, valores essenciais que levam a comunidade internacional a oferecer proteção às vitimas de perseguição e violação de seus direitos.

Além disso, desde 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos já trazia tal direito em seu artigo 14: "1. Todo homem, vitima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum". O direito de asilo figura também na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948): "Artigo XXVII. Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais", e alguns anos mais tarde, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) (1969): "7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais".

E assim, à medida que se encontra em declarações e convenções de direitos humanos, pode-se concluir que o direito a tal proteção consista por si só em um direito humano, um direito fundamental de toda humanidade.

No entanto, todas essas definições limitam o grupo que têm direito ao status de refugiado à maneira que fez o Estatuto dos Refugiados de 1951, também excluindo a possibilidade de se dar amparo aos refugiados ambientais.

Entretanto, a partir do momento em que a lei 9.727/97 reconhece como refugiado o indivíduo que é obrigado a deixar o país de nacionalidade em virtude de "grave e generalizada violação de direitos humanos", conforme o inciso terceiro de seu primeiro artigo, poder-se-ia incluir as causas ambientais como um dos motivadores do requerimento de refúgio à medida que, segundo Àlvaro Mirra (1994, p.30), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

> É um direito fundamental da pessoa humana, como forma de preservar a 'vida e a dignidade das pessoas' – núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois ninguém contesta que o quadro da destruição ambiental no mundo compromete a possibilidade de uma existência digna para a Humanidade e põe em risco a própria vida humana.

ISBN 978-85-62288-05-0

Sendo assim, se o refúgio ampara aquele que tem seus direitos humanos violados, e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado consiste em um desses direitos fundamentais, o qual se vê constrangido perante as mudanças climáticas, pode-se concluir que a ofensa ocasionada pelos efeitos ambientais pode ocasionar também o refúgio.

Ora, se em nossa Carta Magna (1988), em seu artigo 225, caput, consta que

> 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.

E Paulo Affonso Leme Machado (2010, p.129), analisando tal dispositivo, afirma:

> *Todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência.
>
> O uso do pronome indefinido -"todos"- alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja. (grifo do autor)

Desse modo se reitera a conclusão a que se chegou acima, de que esse direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja um direito humano, e como tal, é de titularidade de toda humanidade, pertence a cada um dos indivíduos, sejam estes nacionais ou estrangeiros, o que traria legitimidade ao refúgio ambiental.

Em contrapartida a tal lógica de pensamento, importante a crítica feita por José Francisco Rezek (2008, p.221):

> Vanguardas do pensamento ocidental alargaram o horizonte desses direitos humanos societários, trazendo à mesa teses novas, como a do direito à paz, ao meio ambiente, à co-propriedade do patrimônio comum do gênero humano. O problema inerente a esses direitos de terceira geração é, como pondera Pierre Dupuy, o de identificar seus credores e devedores. Com efeito, quase todos os direitos individuais de ordem civil, política, econômica, social e cultural são operacionalmente reclamáveis, por parte do indivíduo, à administração e aos demais poderes constituídos em seu

ISBN 978-85-62288-05-0

> Estado patrial, ou em seu Estado de residência ou trânsito. As coisas se tornam menos simples quando se cuida de saber de quem exigiremos que garanta, em plano global, nosso direito a um ambiente saudável, à paz ou ao desenvolvimento.

Tal juízo é mesmo oportuno, perante a banalização dos direitos fundamentais, em uma época em que nosso país foi agraciado com uma Constituição garantista que traz diversos direitos e garantias, mas que muitos desses acabam sem serem efetivados, tentar justificar a existência de instituto tão importante no cenário internacional como o refúgio com base em um direito fundamental que nem mesmo é devidamente aceito na maior parte do mundo, realmente, não é a melhor solução.

Sendo assim, convém buscar que direitos constam da legislação internacional humanitária que dão respaldo ao refúgio como forma de proteção a qualquer estrangeiro que necessite de asilo em razão de ofensa aos seus direitos fundamentais.

O artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que "1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar." Também no que se refere ao direito de locomoção, tem-se o artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, segundo o qual:

> 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.
>
> 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
>
> 3. Os direitos supracitados não poderão em lei e no intuito de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto.
>
> 4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país.

Também a Convenção Americana de direitos humanos traz em seu artigo 22 diversos dispositivos afirmando a liberdade de locomoção, direito de asilo, princípio da não-devolução ou non-refoulement, bem como a vedação da expulsão coletiva de estrangeiros.

ISBN 978-85-62288-05-0

Essa obrigação de não devolução está presente também em outros instrumentos internacionais, como o próprio Estatuto dos Refugiados (1951):

> Artigo33
> Proibição de expulsar e de repelir
> 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçados em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.
> 2. Contudo, o benefício da presente disposição não poderá ser invocado por um refugiado que haja razões sérias para considerar perigo para a segurança do país onde se encontra, ou que, tendo sido objecto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do dito país.

Do exposto, denota-se que é garantido a toda pessoa seu direito de ir e vir, de tal modo que se assegura também dessa forma o direito do requerente de refúgio ou asilo de se deslocar livremente. Portanto, apesar de o conceito de "proteção" sob a ótica do direito internacional ainda não apresentar consenso geral, o princípio do non-refoulement presente em diversos tratados de direitos humanos poderia servir de fundamento para uma interpretação mais abrangente desse termo (MCADAM, 2007, p.22)

Nesse sentido, importante recordar os três princípios fundamentais do direito internacional (MURILLO, 2008, p.27):

> 1) o direito soberano dos Estados de adotar políticas migratórias tem limites estabelecidos por instrumentos de direitos humanos;
> 2) o Estado deve proteger todas as pessoas sob sua jurisdição, independentemente de sua condição migratória;
> 3) em caso de perseguição, a pessoa tem direito de solicitar refúgio.

Dessa forma, não obstante os Estados sejam soberanos para definir sua política migratória, têm eles responsabilidade em proteger as pessoas sob sua jurisdição, independentemente de serem elas nacionais, estrangeiros, ou qualquer que seja seu status migratório. É imprescindível que os direitos humanos funcionem como parâmetro para a atuação do Estado em qualquer área.

Afinado com essa noção, Cançado Trindade (2008, p.54-56), ao fazer uma análise dos movimentos migratórios diante do atual cenário da globalização, traz as seguintes ideias:

ISBN 978-85-62288-05-0

> Como resultado dessa tragédia contemporânea – essencialmente provocada pelo homem – perfeitamente evitável se a solidariedade humana tivesse primazia sobre o egoísmo individual – emerge e intensifica-se o novo fenômeno de fluxos massivos de migrações forçadas – nas quais milhões de indivíduos buscam fugir não mais de perseguições políticas individuais, mas predominantemente da fome, da miséria e de conflitos armados – com graves consequências e implicações para a aplicação das normas internacionais de proteção ao ser humano.
>
> [...]
>
> Tragicamente, o progresso material de alguns tem sido acompanhado pelo fechamento das fronteiras para os seres humanos e o aparecimento de novas e cruéis formas de servidão humana (tráfico clandestino de pessoas, prostituição forçada, exploração de trabalho, entre outros), das quais migrantes sem documentos são frequentes vítimas. Os crescentes controles e as atuais dificuldades impostas aos migrantes levaram alguns a caracterizar a situação contemporânea de "crise" do direito ao asilo.

Dessa forma, o ideal seria garantir-se os direitos humanos a todos os seres humanos, especialmente os migrantes, os quais apesar de serem iguais, encontram-se em situação diferenciada devido à sua condição de deslocados, e devem por isso receber tratamento também diferenciado, à maneira do que ensina o princípio da isonomia: tratando os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade.

No entanto, está ainda bastante longe o dia em que se conseguirá assegurar que todos tenham sua dignidade como pessoas humanas respeitada. Tal objetivo, no entanto, vale o esforço, e o primeiro passo é dado com o sentimento de solidariedade, como disse acima Cançado Trindade, e como se pretende apresentar a seguir.

4 SOLIDARIEDADE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Diante do atual panorama mundial, que se apresenta como uma infinita rede de relações entre os países, tendo em vista a globalização, não é de se espantar que as nações acabem por se relacionar por diversas áreas, algumas por elas desejadas, como as comerciais, outras, indesejadas, como as guerras, e ainda, outras por vezes envolvidas mesmo involuntariamente, como é o caso dos refugiados, que chegam aos países requerendo amparo, em uma situação em que não é permitido aos Estados rejeitá-los (princípio do non-refoulement), perante sua condição de ser humano com seus direitos afrontados.

Nesse sentido, ensina com muito engenho Cançado Trindade (2008, p.86):

ISBN 978-85-62288-05-0

> O problema dos fluxos de migrações forçadas deve ser tratado como uma verdadeira questão global, envolvendo a comunidade internacional como um todo. Não pode ser abordado a partir de uma desatualizada e estrita visão bilateral (focalizando apenas nos Estados acolhedores e os Estados de origem) ou uma mera perspectiva interestatal. Sendo uma questão global, traz à tona obrigações erga omnes de proteção dos migrantes vitimados. O desenvolvimento conceitual dessas obrigações – e das consequências jurídicas de sua quebra – permanece como uma alta prioridade para a ciência jurídica contemporânea.
>
> Os seres humanos não se tornam desprovidos de seus direitos em razão de seu status migratório ou de qualquer outra circunstância; podem-se prever os direitos humanos dos deslocados e – contrário àquilo que alguns tentam fazer que outros acreditem – o princípio de non-refoulement pertence ao domínio do jus cogens.

Em face disso, pode-se imaginar que a relação dos Estados com os refugiados seja de solidariedade, mas também de obrigação, uma responsabilidade a que as nações se obrigam como zeladoras do bem estar social e dignidade da pessoa humana.

Também afinadas com essa noção, encontram-se as palavras de Juan Carlos Murillo (2008, p.27):

> Isso é particularmente relevante ao se buscar fortalecer a capacidade de proteção em situações de fluxos migratórios mistos, em que migrantes, refugiados, vítimas de desastres naturais, vítimas de tráfico de pessoas, crianças desacompanhadas e até mesmo redes criminosas muitas vezes se utilizam das mesmas rotas de acesso. Trata-se de ver o cenário para além do viés de segurança nacional ou de criminalização da migração irregular, encarando como incumbência primordial do Estado sua responsabilidade de proteção às pessoas que se encontram em seu território, estejam elas documentadas ou não.

Cabe recordar que o princípio da solidariedade se encontra na Constituição de 1988, dentre as finalidades ou objetivos do Estado, logo no primeiro inciso de seu artigo terceiro.

Importante também registrar o que traz a Declaração sobre o Asilo Territorial de 1967 em seu artigo 2º:

ISBN 978-85-62288-05-0

> 2. Quando um Estado encontrar dificuldades em conceder ou continuar a conceder asilo, os Estados, individualmente ou em conjunto, ou por intermédio das Nações Unidas, considerarão, com espírito de solidariedade internacional, as medidas necessárias para aliviar a oneração desse Estado.

Dessa maneira, a solidariedade não se dá apenas perante os que buscam proteção, mas também com relação aos Estados que não conseguem dar essa proteção. Nesse caso, a transferência do refugiado para a proteção de outro Estado se dá por meio do reassentamento, que consiste em uma das soluções duradouras buscadas pelo ACNUR, sendo as outras duas soluções duradouras e possíveis para os refugiados buscadas a repatriação voluntária para seus respectivos países ou a integração nos países onde primeiro procuraram refúgio.

Ainda no que concerne ao princípio da solidariedade, relevantes são as palavras do professor Pietro Alarcón (2009, p.24):

> Na perspectiva da efetividade do principio da solidariedade, importante a superação da visão tradicional do assistencialismo, abrindo-se espaços como inclusão cultural, que combina trabalho artístico com o fomento de uma integração necessária nesse campo, acompanhado de meios aptos e suporte para que os refugiados realizem uma contribuição concreta ao bem-estar da comunidade política.

Nessa linha de pensamento, portanto, a solidariedade não se limitaria ao assistencialismo para com os refugiados, mas deveria buscar realmente assegurar-lhes a efetividade de seus direitos humanos em todas as suas dimensões, não simplesmente se contentando em livrar-lhes das perseguições e concedendo um abrigo, mas permitindo seu desenvolvimento como pessoa humana, o que se consegue principalmente pelo trabalho, que lhes dá meios de conseguir conquistar os seus direitos por si só.

Ainda buscando ensinamentos no professor Alarcón (2009, p.6):

> No campo da responsabilidade estatal, não há como negar que a via do amparo aos refugiados e migrantes em geral deu um passo em reverso no atual cenário, quando a União Europeia e os Estados Unidos, em função das variáveis econômicas, de seu mercado interno de trabalho e seu interesse nacional, criaram legislações restritivas à livre circulação de pessoas. A pesar de argumentos que partem de uma prerrogativa estatal ilimitada para legislar sobre o ponto, vale dizer que as colocações podem cair por terra se levamos em conta que esses países obtiveram benefícios

ISBN 978-85-62288-05-0

> enormes com a obtenção de mão de obra de migrantes, a custos irrisórios. Por essa via, a questão migratória é utilizada como mecanismo de crescimento econômico, para logo promover-se o descarte de seres humanos que deixam de ser de presença valiosa no território do Estado que os rejeita.

Infelizmente, essa é uma realidade no mundo atual. Por muito tempo os países exploraram e vêm explorando uns aos outros, e muitas vezes com ingratidão, apenas se desfazem as relações, sem ter havido justiça e compensação entre as partes. Isso é o que se vê com o problema do refugiado ambiental, quantos países não exploraram os recursos de suas colônias, deixando para elas um legado de atraso tecnológico, miséria e desgaste do meio, e agora quando essas recém proclamadas nações pedem por ajuda e socorro para seus cidadãos, lhes é negado o refúgio, por mero apego ao tecnicismo jurídico.

No entanto, como vem se procurando demonstrar no presente artigo, ainda há esperança. Tanto a doutrina, como a comunidade internacional, os órgãos internacionais, vários Estados e particulares não se mostram inertes às necessidades das pessoas humanas oprimidas e desamparadas, e buscam remeter-lhes ajuda, mesmo sem o devido respaldo jurídico.

A seguir, celebrando o "jeitinho brasileiro" de superar as adversidades e buscar soluções alternativas, apresenta-se um exemplo de esperança e inspiração para a problemática dos refugiados ambientais: a situação dos refugiados haitianos no Brasil em razão do terremoto de janeiro de 2010.

5 O VISTO HUMANITÁRIO E O REFUGIADO HAITIANO NO BRASIL

Em 12 de janeiro de 2010, um terremoto de magnitude 7 atingiu o Haiti, ocasionando cerca de 220 mil mortes, tamanha gravidade da catástrofe, agravada pelo fato de o país ser o mais pobre da América latina, na ocasião do acidente, posicionado em 145º lugar dos 169 países presentes na lista de Índice de Desenvolvimento Humano da ONU, conforme informa Disasters Emergency Commitee (online). Dessa maneira, o terremoto acabou intensificando problemas crônicos já recorrentes no país.

Diante da impossibilidade de continuarem nas áreas atingidas, muitos haitianos espalharam-se pelo país, e os que tinham ainda alguma condição, partiram para o exterior. Estima-se que até o ano de 2011, cerca de 4000 haitianos vieram ao Brasil, conforme noticia Bloomberg (online).

Ainda de acordo com a agência de notícias norte-americana, esses imigrantes suportam uma jornada tortuosa e difícil, partindo do Haiti, atravessam a República Dominicana, o Panamá, o Equador, seguindo daí para o Peru ou a

ISBN 978-85-62288-05-0

Bolívia, e finalmente chegando ao Brasil. É claro que muitos ficam pelo caminho, alguns conseguiram refúgio em algum desses países, e vários ainda vieram a falecer nessa viagem.

Consta que o custo de tal trajeto gira em torno de $4000,00 (quatro mil dólares), o que é uma fortuna, levando-se em conta que a maior parte da população vive com menos de $2,00 (dois dólares) por dia. E além disso, essa rota não garante segurança alguma, guiados por "coiotes", não são raros os relatos de violência, abuso e estupros.

Como já exposto no presente trabalho, ainda não há previsão de proteção para esses migrantes, que doutrinariamente se categorizariam como "refugiados ambientais", e dessa forma, não há necessidade de os Estados concederem refúgio a esses grupos, que adentram seu território de forma ilegal.

Apesar disso, o Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados, António Guterres, e a Alta Comissária das Nações Unidas para Direitos Humanos (ACNUDH), Navanethem Pillay (online), preocupados com a situação do Haiti, pediram que os Governos não obrigassem que os haitianos retornassem tão logo ao seu país, visto ele ainda estar bastante debilitado e incapaz de assegurar assistência adequada a seu povo. Além disso, pediu também que a Comunidade Internacional prestasse socorro às pessoas vulneráveis ou com deficiência, problemas de saúde ou vítimas de abuso sexual.

Frente a esse apelo, vários países se propuseram a prestar assistência, dentre eles, o Brasil. A solução aqui encontrada foi o fornecimento do chamado "visto humanitário", que se trata em verdade de um visto de permanência emitido pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg) do Ministério do Trabalho e do Emprego. Ele pode ser concedido ao estrangeiro requerente de asilo que necessitando de proteção humanitária, não se inclui nos critérios estabelecidos na lei brasileira sobre o refúgio, conforme resolução normativa nº 13 do CONARE (ACNUR, 2012, p.42), órgão incumbido de analisar e reconhecer a condição de refugiado. Esse visto permite aos haitianos obter documentos de identidade, carteira de trabalho e acesso aos serviços públicos de saúde e educação fundamental.

Com o visto humanitário, regularizou-se a situação dos milhares de haitianos que aqui entraram sem garantia alguma, e apesar de nossa capacidade de amparo já estar praticamente saturada, o país se comprometeu a emitir 100 vistos por mês, com validade de cinco anos, podendo ser renovados conquanto o refugiado consiga prova atividade laboral aqui, e com direito a trazer também sua família, conforme notícia veiculada por Bloomberg (online).

Questiona-se a capacidade do país em oferecer ajuda humanitária a estrangeiros, tendo em vista mal se conseguir assegurar o mínimo existencial de todos os seus nacionais, e se oferecer aos refugiados serviços que se destinam aos

ISBN 978-85-62288-05-0

cidadãos pátrios primeiramente, mas que nem assim são suficientes para a demanda interna.

Certamente que cada nação possui seu Estado, a fim de que este garanta a seus membros seu bem estar e felicidade. No entanto, no momento atual, o mundo se encontra em globalização, de forma que cada vez mais se faz presente e necessária a formação de uma comunidade internacional, com um real senso de comunidade e solidariedade, como belamente expressa Zygmunt Bauman (2003, p.8):

> numa comunidade podemos contar com a boa vontade dos outros. Se tropeçarmos e cairmos, os outros nos ajudarão a ficar de pé outra vez. Ninguém vai rir de nós, nem ridicularizar nossa falta de jeito e alegrar-se com nossa desgraça. Se dermos um mau passo, ainda podemos nos confessar, dar explicações e pedir desculpas, arrepender-nos se necessário; as pessoas ouvirão com simpatia e nos perdoarão, de modo que ninguém fique ressentido para sempre. E sempre haverá alguém para nos dar a mão em momentos de tristeza. Quando passarmos por momentos difíceis e por necessidades sérias, as pessoas não pedirão fiança antes de decidirem se nos ajudarão; não perguntarão como e quando retribuiremos, mas sim do que precisamos. E raramente dirão que não é seu dever ajudar-nos nem recusarão seu apoio só porque não há um contrato entre nós que as obrigue a fazê-lo, ou porque tenhamos deixado de 1er as entrelinhas. Nosso dever, pura e simplesmente, é ajudar uns aos outros e, assim, temos pura e simplesmente o direito de esperar obter a ajuda de que precisamos.

Em uma entrevista concedida em 2011, Bauman afirma ter apenas duas certezas acerca de coisas que são irreversíveis. Em primeiro lugar, no momento presente, multiplicam-se, as conexões, as relações, as interdependências espalhadas em todo o mundo. Cada um de nós depende uns dos outros. “Estamos todos no mesmo barco”. E em segundo lugar, que apesar de todos os sucessos da humanidade em tentar dominar a Terra, chegou-se a um ponto em que se atingiu os limites de suportabilidade do planeta.

E esse planeta é a morada de todos os seres humanos, de tal modo que a responsabilidade por ela, e por seus habitantes é de todos e de cada um indiscriminadamente. Bem como a responsabilidade em fornecer ajuda àqueles que necessitam, pois nunca se sabe o dia de amanhã, hoje o Brasil ajuda os refugiados haitianos, e talvez no futuro serão eles a retornar tal favor. Não que se deva agir pensando em retribuições, mas é assim que a comunidade idealizada por Bauman, e que a humanidade merece, deve ser, solidária e disposta a trabalhar em conjunto, em prol do bem estar e dignidade de todos.

ISBN 978-85-62288-05-0

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, espera-se que tenha se esclarecido e ampliado ao menos um pouco as noções acerca do instituto de direito internacional denominado refúgio, e tenha se conseguido apresentar as causas e fundamentos, bem como a urgência e necessidade de se reconhecer que as mudanças climáticas e os desastres ambientais também podem levar as pessoas a necessitarem de proteção internacional.

São notáveis e louváveis os esforços da comunidade internacional a fim de salvaguardar as minorias que se veem oprimidas e cerceadas de seus direitos mínimos como seres humanos, do seu mínimo existencial, em razão de conflitos políticos e ofensas das mais diversas à sua pessoa como indivíduo.

No entanto, ainda não se é garantido positivadamente a proteção às vítimas das pressões e opressões ecológicas. Talvez seja necessário que se atualize a legislação vigente para abarcar também mais esse grupo de vulneráveis, ou que se crie nova legislação especificamente para eles.

Mas enquanto tais mudanças não ocorrem, pode-se ficar satisfeito e tranquilo com a consciência de que ainda há esperança no mundo, e os esforços por melhorias, embora lentos, são constantes.

Exemplo disso foi o “jeitinho brasileiro”, visto na maioria das vezes de forma perjorativa, mas que certamente salvou a vida de milhares, ao contornar a ausência de normatização sobre o tema e fornecer amparo às vítimas do terremoto no Haiti.

Pode soar enfadonho e ilusório, querer se garantir os direitos fundamentais a todos os seres humanos, mas nada custa persistir nesse ideal e buscar a concretização desse sonho.

Em tempos em que a concorrência, a traição e a deslealdade dominam as relações humanas e inter-governamentais, talvez essas mudanças climáticas sejam um aviso, e um apelo da mãe natureza, para alertar-nos de que independentemente da nacionalidade, somos todos seres humanos, livres e iguais, e portanto, apesar de constituirmos diversas nações, todas juntas formamos uma só comunidade global, e é esse sentimento de união e solidariedade que deve vigorar a fim de se alcançar efetivamente o bem geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. *La situación de los refugiados en el mundo*: Cincuenta años de acción humanitaria. Barcelona: Icaria Editorial. 2000.

_____. *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano*: la perspectiva del ACNUR. 2009. Disponível em:

ISBN 978-85-62288-05-0

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ad7471b2.html>.Acesso em 20 de agosto de 2012.

_____. *Lei 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional de Refugiados e Apátridas.* Brasília. 2012. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei_947_97_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_de_Refugiados_e_Apatridas.pdf?view=1_>.Acesso em 20 de agosto de 2012.

_____. *Climate Change, Vulnerability and Human Mobility*: Perspectives of Refugees from the East and Horn of Africa. Report no1. June 2012. Disponível em: <http://www.ehs.unu.edu/file/download/9951.pdf_>.Acesso em 20 de agosto de 2012.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Direitos humanos e direitos dos refugiados: os princípios da dignidade humana, a universalidade dos direitos humanos e a solidariedade como fundamentos para superar a discricionariedade estatal na concessão do refúgio.* In: CONPEDI/2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1575.pdf>.Acesso em 20 de agosto de 2012.

ALMEIDA, Guilherme Assis. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. *In*: ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Guilherme Assis (Coords.). *O Direito Internacional dos Refugiados:* uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade:* a busca por segurança no mundo atual. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2003.

_____. *Entrevista* concedida à CPFL Energia e Fronteiras do Pensamento. Inglaterra. 23de Julho de 2011. Disponível em: <http://vimeo.com/27702137 >.Acesso em 20 de agosto de 2012.

BLACK, Richard. *Environmental Refugees: myth or reality?* Working Paper nº. 34, 2001. Disponível em: <http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3ae6a0d00.pdf>.Acesso em 20 de agosto de 2012.

HAITIAN Refugees Find Little Comfort in Brazil: The Ticker. *Bloomberg.* Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/2012-01-20/haitian-refugees-find-little-comfort-in-brazil-the-ticker.html_>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

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

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. 1948. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/americana.htm>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

*Declaração de Cartagena***.** 1984. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2

%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=118&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=0&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Buid%5D=447>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

HAITI earthquakes facts and figures. *Disasters Emmergency Commitee.* Disponível em: <http://www.dec.org.uk/haiti-earthquake-facts-and-figures_>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees***.** Nairobi: United Nations Environment Programme. 1985.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 18a ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros. 2010

MCADAM, Jane. *Complementary protection in international refugee law.* Oxford: Oxford University Press. 2007. Disponível em: <http://fds.oup.com/www.oup.com/pdf/13/9780199203062.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

MIRRA, Álvaro L. V. *Fundamentos do direito ambiental no Brasil.* RT 706/7-29. São Paulo: Ed. RT. 1994.

MYERS, Norman and Kent, J. *Environmental Exodus:* an Emergent Crisis in the Global Arena. Washington, DC: The Climate Institute. 1995.

MURILLO, Juan Carlos. A proteção internacional dos refugiados na América Latina e o tratamento dos fluxos migratórios mistos. In: ACNUR. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania,* v.3, n. 3. 2008. Brasília : Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2009/cadernos/Caderno_de_Debates_3.pdf?view=1 >. Acesso em 20 de agosto de 2012.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados.* 1951. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/refworld/legal/instrume/asylum/conv-0.html#art33_>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos***.** 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.Acesso em 20 de agosto de 2012.

_____. *Pacto de Direitos Civis e Políticos.* 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana de Direitos Humanos.* 1969. Disponível em:

<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. *O Direito Internacional dos Refugiados:* análise crítica do conceito "refugiado ambiental". Belo Horizonte: Del Rey. 2009.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público:* curso elementar. 11. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos Direitos Humanos. In: ACNUR. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania,* v.3, n. 3. 2008. Brasília : Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2009/cadernos/Caderno_de_Debates_3.pdf?view=1 >. Acesso em 20 de agosto de 2012.

UNHCR, OHCHR. *Joint Return Advisory Update on Haiti.* UNHCR-OHCHR. 9 de Junho de 2011. Disponível em: <www.unhcr.org/4e0305666.html>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

WOOD, William B. Ecomigration: linkages between environmental change and migration. In: ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter (Eds.). *Global Migrants, Global Refugees* – problems and solutions. New York: Berghahn Books. 2001. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=WLV4etjNfmwC&lpg=PP1&hl=pt-PT&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

DIREITO À PROPRIEDADE DOS INDÍGENAS NO PONTO DE VISTA DOS SISTEMAS INTERAMERICANOS CORRELACIONADOS COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Rafael Hirann Almeida KIRSCH[489]
Mayara Accorsi SANTOS[490]

RESUMO

Não há como negar a importância e contribuição dos povos indígenas para a formação da cultura brasileira. Neste âmbito incluem-se "crenças, histórias, folclores, danças e até alguns esportes" (Ribeiro, p. 106-126, 2009) os quais minam a sociedade de modo geral, mesmo que implicitamente. Com isso, é de suma importância o tratamento especial a ser dado a tais povos, visto que vulneráveis, em alguns casos, ante às aceleradas modificações de paradigmas padrões da sociedade.

É de grande importância abordar o direito à propriedade e posse dos povos indígenas e tribais traçando uma relação entre o direito doméstico e alguns tratados de direitos humanos no âmbito do sistema interamericano. Ou seja, o direito à propriedade dos povos indígenas na perspectiva constitucional relacionado a tais povos e seus territórios ancestrais bem como a administração da terra e exploração dos recursos naturais.

Nesse diapasão, a fim de se ampliar a proteção dos direitos de propriedade dos indígenas, não há que se considerar o direito internacional excludente do direito doméstico, mas sim subsidiário a este, visto que desta forma os dispositivos de direito trarão mais benefícios aos povos tribais e indígenas.

ABSTRACT

There is no denying the importance and the comtribution of indigenous people to the formation of Brazilian culture. In this context include "beliefs, stories, folklores, dances and even some sports" (Ribeiro, p.106-126, 2009) which undermine society in general, even if implicitly. Thus, it is of paramount importance the special treatment to be given to such people, as vulnerable, in some cases, compared to accelerated changes in standards paradigms of society.

It is very important to approach the right to ownership and possession of indigenous and tribal people drawing a relationship between domestic law and some human

[489] É graduando do 3 ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná(UENP), campus Jacarezinho
[490] Aluna de graduação em direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ISBN 978-85-62288-05-0

rights treaties within the Inter-American system. That is, the right to property of indigenous peoples in the constitutional perspective related to these peoples and their ancestral lands, as well as in the land administration and natural resource exploitation.

In this vein, in order to extend the protection of property rights of indigenous people, we should not consider international law excludes domestic law, but this alternative, since this way the right devices will bring more benefits to tribals and indigenous peoples.

PALAVRAS-CHAVE: subsistência cultural – propriedade comunitária – subsidiariedade

KEY WORDS: cultural subsistence – community ownership – subsidiarity

Direitos indígenas e tribais de propriedade na Constituição Federal

Ao longo do tempo, no Brasil, os povos indígenas receberam diversos tratamentos, seja na rotina do dia-a-dia, seja no plano jurídico, e mister se faz lembrar que os povos e as tribos indígenas enriquecem o Brasil, na medida em que viabilizaram a enorme diversidade cultural e étnica existente no nosso país.

Diante disso, e partindo-se da premissa de que não existe uma cultura superior à outra, torna-se extremamente necessária algumas discussões a respeito dos Direitos indígenas, acerca da justiça e do relativismo cultural.

Com a Constituição Federal de 1988, que marcou a transição para um regime democrático, foi possível marcar a histórias dos povos e tribos indígenas perante toda a população brasileira, e isso se deu através do ordenamento jurídico que passou a reconhecê-los levando em conta seus costumes, crenças, língua, alimentação, organização social e tudo mais que os caracteriza como uma minoria de enorme cultura social. Atualmente, os direitos dos povos indígenas são regulados pela Lei 6.001/73. Entretanto, com a Constituição Federal de1988, a maioria dos dispositivos previstos no Estatuto do Índio é considerada anacrônica.

Porém, no plano prático é de extrema importância que seja reavaliada e reanalisada a legislação brasileira vigente, bem como sejam realizados maiores debates, pesquisas e discussões acerca dos Direitos dos Indígenas, visto que existe enorme divergência entre aquilo que é garantido pela Constituição Federal de 1988 e o Estatuto do Índio.

É notório que o conteúdo de uma Constituição representa todos os anseios vividos pela população em determinado momento histórico, e ficam claras as aspirações da Constituição Federal de 1988 de tentar garantir maiores mudanças e

ISBN 978-85-62288-05-0

com isso garantir maiores direitos à população, abrangendo também os povos indígenas.

Com todas essas características presentes na Constituição Federal de 1988, ressalta-se a observação e o estudo a respeito da organização social e do direito sobre as terras das tribos e dos povos indígenas, e o artigo que dispõe sobre essa matéria é o artigo 231 da CF:

Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no Art. 174, §§ 3º e 4º.

ISBN 978-85-62288-05-0

Segundo Ives Gandra Martins:

"Todas as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios lhes pertencem e a mais ninguém, desde que os índios lá estejam em caráter permanente. À evidência, como os índios primitivos não saíram de seus lugares de nascimento, por não terem descoberto nenhum dos meios de transporte e ainda vivem- é desses índios que o constituinte fala- no seu estado primitivo, todas as terras por eles habitada hoje lhes servem de habitação permanente." (1998, p. 1048-1049)

Ressalta-se que o que restou assegurado por meio do capitulado no artigo 231 da Constituição Federal, foi a permanência dos índios na terra já ocupada por eles, não sendo permitida a devolução e terras que há tempos foram abandonadas pelos indígenas e que hoje se encontra na titularidade de particulares.

- **A especial relação existente entre os indígenas e as tribos com seus territórios e o direito à propriedade territorial indígena segundo os instrumentos interamericanos de direitos humanos**

A relação existente entre os povos indígenas e seus territórios foi amplamente reconhecida na Declaração Internacional de Direitos Humanos. O artigo 21 da Convenção Americana comenta sobre o Direito à propriedade privada. Em consonância com tal dispositivo:

"Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social; 2) Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei; 3) Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei".

Já o artigo 23 da Declaração Americana que afirma que "*Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar*", é através do que está capitulado neste artigo que é possível afirmar que se protege este estreito vínculo com a terra e com os recursos naturais dos territórios ancestrais existentes, vínculo este de estrema importância para o gozo de direitos humanos para os povos indígenas e suas tribos.

A Corte Interamericana afirmou que os Estados devem respeitar a relação especial existente entre os membros indígenas e seu território de uma maneira que garanta sua sobrevivência social, cultural e econômica. A relação especial existente entre os povos tribais e o seu território significa que o uso e o aproveitamento da terra e de seus recursos, são componentes necessários à sobrevivência cultural das comunidades indígenas, assim como da ampla realização dos seus direitos humanos.

Esta relação especial é fundamental para a subsistência material como também da integridade cultural dos povos indígenas. Afinal, a terra para os povos

ISBN 978-85-62288-05-0

indígenas é uma condição para a segurança individual e de ligação entre o grupo, portanto a recuperação, o reconhecimento, a demarcação e o registro das terras representam direitos essenciais à sobrevivência cultural e para manter integra a comunidade.

A Corte Interamericana aponta também que para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma relação de posse e produção, mas sim uma relação material e espiritual que eles realmente desfrutam, mesmo para preservar o seu legado cultural e transmiti-los para futuras gerações e acrescentam que a cultura dos membros da comunidade indígena relatam uma maneira especial e específica de ser, ver e agir no mundo, desenvolvidos nas bases da sua relação com seus territórios tradicionais, não só porque eles são o único meio de sobrevivência, mas também, porque é parte da forma como eles veem o mundo, a sua religiosidade, e, portanto, a sua identidade cultural. Para garantir os direitos dos indígenas sobre as propriedades comunais, é necessário levar em conta que a terra está intimamente ligada à sua expressão oral e tradição, seus costumes e linguagens, suas artes e rituais, seus conhecimentos e praticas em conexão com a natureza, arte culinária, com as leis de costume, as vestimentas, filosofias e valores. Em conexão com o seu meio, sua integração com a natureza e a sua história, os membros da comunidade indígena transmitem esse patrimônio cultural imaterial de uma geração para a outra, e isso é constantemente recriado pelos membros dos grupos e comunidades indígenas.

A falta de acesso a terra e aos recursos naturais podem produzir condições de extrema pobreza às comunidades indígenas afetadas, e a falta de posse e acesso a seus territórios, impede o uso e o desfrute de dos recursos naturais que necessitam para o estoque de bens necessários para sua subsistência, como também para desenvolver suas atividades tradicionais de cultivo, caça, pesca, acesso aos meios de saúde, e outras funções socioculturais. Para tanto, a falta de acesso aos territórios ancestrais, a inação do Estado a respeito, expõem os povos indígenas e tribais a condições de vidas precárias subumanas em matéria de acesso à alimentação, água, habitação digna, serviços básicos e saúde, e consequentemente repercutem sobre, entre outros, maiores índices de mortalidade e desnutrição infantil, como também, maior vulnerabilidade a enfermidades e epidemia.

Sobre esta medida, a falta de garantia, pelo Estado, dos Direitos dos povos Indígenas e Tribais de viver em seus territórios ancestrais pode implicar na submissão a situações de desproteções extremas que conduzem à violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, à existência digna, a alimentação, a água, à saúde, à educação e aos direitos das crianças, entre outros.

Adicionalmente, o desconhecimento dos direitos dos membros da comunidade indígena sobre seus territórios ancestrais pode afetar, pelas mesmas

ISBN 978-85-62288-05-0

causas, outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural, o direito coletivo à integridade cultural, o direito à sobrevivência coletiva das comunidades e seus membros.

As extremas condições de vida suportadas pelos os membros das comunidades indígenas que não tem acesso ao seu território ancestral, lhes ocasionam sofrimento e prejudicam a preservação de sua forma de vida , costumes e idioma.

Apesar de nem a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem nem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagrarem expressamente os direitos dos povos indígenas sobre seus territórios, os órgãos do sistema interamericano de proteção tem interpretado que estes direitos se encontram amparados pelo direito à propriedade dos artigos 23 da Declaração e 21 da Convenção.

Aplicando sua interpretação evolutiva acerca das garantias de direitos humanos dos instrumentos interamericanos, a CIDH afirmou que o artigo 21 da Convenção Americana reconhece o direito de propriedade dos povos indígenas como uma propriedade comunitária. Além disso, o direito à propriedade, em consonância com o artigo 23 da Declaração Americana deve ser interpretado e aplicado de acordo com o contexto das comunidades indígenas e com a devida consideração aos princípios que se relacionam com a proteção das formas tradicionais de propriedade e superveniência cultural e consideração aos direitos à terra, aos territórios e aos recursos.

Os termos de um tratado de direitos humanos possuem sentido autônomo, já que não podem ser comparados com o sentido dado pelo direito interno. Em consequência, o direito à propriedade pode abarcar interesses de propriedade a mais que aqueles reconhecidos pelos Estados e definidos por sua legislação interna. A Corte Interamericana ressaltou neste sentido que tanto a propriedade privada dos particulares como a propriedade comunitária dos membros das comunidades indígenas tem a proteção convencional que lhes outorga o artigo 21 da Convenção Americana.

Os direitos de propriedade dos povos indígenas e tribais sobre seus territórios são juridicamente equivalentes aos direitos à propriedade privada indígena, aspecto que se deriva do dever de não discriminação estabelecido na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Os direitos de igualdade ante a lei, a igualdade de tratamento e a não discriminação implicam que os Estados devem estabelecer os mecanismos legais necessários para proteger o direito a propriedade comunitária dos povos indígenas e tribais, da mesma forma como se protegem os direitos de propriedade de forma geral de acordo com o sistema jurídico doméstico. Os Estados violam os direitos à igualdade ante a lei, a igualdade de proteção da lei e de não

ISBN 978-85-62288-05-0

discriminação, a partir do momento em que não outorgam aos povos indígenas as proteções necessárias para exercerem seus direitos de propriedade plena igualmente aos demais membros da população.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos caracterizou reiteradamente o direito a propriedade territorial como um direito cujos titulares são as pessoas individuais que formam os povos indígenas ou tribais, cujo exercício se desenvolve em sistemas de propriedade coletiva. Esta dimensão coletiva coexiste com a dimensão individual do direito. Para os órgãos do sistema interamericano não existe contradição entre a proteção das dimensões individual e coletiva dos direitos à propriedade territorial dos povos indígenas e seus membros.

A dimensão coletiva se refere à conexão particular entre as comunidades de povos indígenas e os recursos que estas vêm ocupando e utilizando tradicionalmente, cuja preservação é fundamental para a realização efetiva dos direitos humanos dos povos indígenas em termos mais gerais e, portanto, merece medidas especiais de proteção. Os direitos e liberdades indígenas frequentemente se exercem em forma coletiva, no sentido de que somente podem ser assegurados através de sua garantia a uma comunidade indígena como um todo. Assim, estão protegidos pela Convenção Americana, por exemplo, modalidades de propriedade indígena segundo as quais o território global de uma comunidade é possuído coletivamente e os indivíduos e famílias gozam de um direito subsidiário de uso e ocupação. O regime jurídico relativo à distribuição e uso das terras comunitárias deve ser conforme ao próprio direito consuetudinário, valores, usos e costumes dos povos e comunidades indígenas.

Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que ela não se centra em um só indivíduo e sim no grupo. Esta noção de domínio e posse sobre a terra não corresponde necessariamente à concepção clássica de propriedade, pois merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dados pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que somente existe uma forma de usar e dispor dos bens.

O respeito aos direito coletivos à propriedade e posse dos povos indígenas sobre suas terras e territórios ancestrais é uma obrigação dos Estados membros da OEA. O descumprimento a esta obrigação compromete a responsabilidade internacional do Estado. O direito coletivo de propriedade sobre as terras indígenas implica também o reconhecimento de um título coletivo sobre essas terras.

As pessoas que formam os povos indígenas e tribais são titulares da totalidade dos direitos humanos protegidos pelo direito internacional e, como consequência, também podem exercer seu próprio direito á propriedade individual,

ISBN 978-85-62288-05-0

procurando, ao máximo, não entrar em conflito com os direitos coletivos de seus povos.

Natureza do direito à propriedade territorial

A propriedade territorial indígena não se fundamenta no reconhecimento oficial do Estado, e sim no uso e posse tradicional das terras e recursos, ou seja, os territórios dos povos indígenas lhes pertencem em virtude do uso e ocupação ancestral. Nesse sentido, o direito à propriedade indígena fundamenta-se nas culturas jurídicas indígenas e seus sistemas ancestrais de propriedade, independente do reconhecimento estatal. A origem dos direitos de propriedade dos povos indígenas encontra-se também no sistema consuetudinário de mandato da terra que existe tradicionalmente entre as comunidades.

Como produto do costume, a posse da terra deveria bastar para as comunidades indígenas que carecem de título real sobre a propriedade da terra, obtendo, assim, o reconhecimento oficial da dita propriedade e, consequentemente, seu registro. Infere-se de tal premissa que, os povos indígenas que tenham perdido a posse de seu território que vinha ocupando ancestralmente mantêm seus direitos de propriedade, e são titulares do direito a recuperação de suas terras.

Dado que o fundamento da propriedade territorial é o uso e ocupação históricos oriundos do sistema consuetudinário de posse da terra, os direitos territoriais dos povos indígenas e tribais subsistem sem qualquer ato estatal ou qualquer título formal de propriedade. As ações de reconhecimento oficiais devem ser consideradas não como meras transferências, mas sim como processos de outorgamento de provas para que as comunidades pudessem credenciar seu domínio, e não como outorgamento de novos direitos. Neste sentido, a titulação e a demarcação territorial são meros reconhecimentos e garantias dos direitos pertencentes aos povos indígenas por razão de seu uso consuetudinário. Diante o exposto, não se pode ter a ideia de que as terras indígenas, por carecer de título formal de domínio e não estarem registradas, são consideradas estatais.

Não é idôneo, a fim de se considerar efetivo o direito à propriedade dos membros de comunidades indígenas, prever um sistema jurídico que sujeita seu exercício e defesa à existência de um título de propriedade privada, pessoal ou real, sobre os territórios ancestrais. Todavia, não se pode negar a influência de um título aos povos indígenas no sentido positivo, visto que, seguindo esta orientação, o Estado fortaleceria o papel das populações indígenas, de acordo com o que já fora debatido na Agenda 21 da ONU/1993, que ocorreu no Rio de Janeiro.

Apesar do caso dos direitos dos povos indígenas e tribais fazer jus sobre as terras e recursos naturais, a legitimidade tradicional está ligada a uma continuidade histórica, e não necessariamente a um só lugar ou uma só conformação social. Portanto, a demarcação específica dos assentamentos dentro do território ancestral

ISBN 978-85-62288-05-0

não é determinante para a existência do direito. Pode haver movimentação nos lugares do assentamento no decurso da história. Sendo assim, a história dos povos indígenas e suas adaptações culturais ao longo do tempo não são óbice para que se mantenha uma relação fundamental com o território e os direitos que dali derivam.

Os direitos à propriedade indígena baseados no uso e posse consuetudinários independentemente do reconhecimento estatal, existem não somente em casos de pretensões de propriedade por parte do Estado, mas também em relação com terceiros que pretendam ostentar títulos reais de propriedade sobre as mesmas áreas. O reconhecimento do valor normativo do direito consuetudinário indígena como fundamento do direito à propriedade também implica que as reclamações e pretensões acerca da propriedade por parte de comunidades indígenas que careçam de um título real sobre suas terras devem ser tomados como plenos, no que diz respeito a todos os efeitos jurídicos e, notavelmente, em relação com o cumprimento dos deveres estatais relativos aos projetos de investimentos, desenvolvimento e extração dos recursos naturais.

A gestão da terra e os direitos sobre os recursos naturais

Os povos indígenas tem o direito de ter o reconhecimento jurídico de suas formas, modalidades diversas e específicas de controle, propriedade, uso e gozo de seus territórios.

Sua relação única com o território tradicional pode ser expressada de distintas maneiras, dependendo de cada grupo indígena em particular envolvido e suas circunstancias específicas. Isso inclui as formas tradicionais de uso, seja através de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos, coleta sazonal ou nômade de caça e pesca; o uso de recursos naturais associados com os costumes indígenas e os demais elementos caracterizando a sua cultura.

É importante lembrar que esse modelo de utilização do território é protegido pelo direito de propriedade. Por essas razões, os Estados devem reconhecer e proteger os sistemas de produção baseados no uso extensivo do território, uso temporário de culturas, ou seja, proteção que prevê juntamente a rotação de culturas e de campo.

Desconsiderando esses sistemas, ou considerando que eles são equivalentes ao abandono da terra, priva as comunidades de se efetivarem com segurança e com estabilidade legal em desrespeito com seus direitos de propriedade.

Os sistemas tradicionais de controle e uso dos territórios são em muitas instancias essenciais para o bem estar individual e coletivo, e na verdade, a sobrevivência dos povos indígenas, oferecendo assim, controle sobre a terra, referindo-se às capacidades para fornecer os recursos que sustentam a vida, como

ISBN 978-85-62288-05-0

também, fornece os espações geográficos necessários para a reprodução cultural e social dos grupos.

O sistema Interamericano de jurisprudência é baseado em termos de outros instrumentos internacionais. A convenção da OIT (nº 169) estabelece o dever do Estado de salvaguardar o direito das pessoas concernentes a utilizar as terras não exclusivamente ocupada por eles, mas para a qual eles tem tradicionalmente tido acesso para a sua subsistência e atividades tradicionais. Atenção particular deve ser dada para a situação de povos nômades e a agricultores itinerantes a este respeito.

O artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos similarmente estabelece o direito de pessoas que pertencem às minorias étnicas, religiosas ou linguísticas para aproveitar da sua própria cultura juntos e com outros membros do grupo.

O direito à cultura inclui distintivas formas e modalidades de utilização de territórios como tradição de pesca, caça e coleta como elementos essenciais da cultura indígena.

Essa noção complexa dos direitos indígenas de propriedade também é refletida na Declaração das Nações Unidas nos Direitos dos Povos Indígenas através da qual os povos indígenas tem o direito de possuir, usar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que eles possuem por razões de tradição de propriedade, como também outra ocupação tradicional ou uso, assim como aqueles que tem adquirido de outra forma.

Distintas modalidades de relacionamento com o território ancestral geram, por sua vez, sistema consuetudinário de posse de terra que devem ser reconhecidos e protegidos pelo Estado, como o próprio fundamento dos povos indígenas e tribais sobre os direitos territoriais. O reconhecimento do direito consuetudinário indígena pelas autoridades e particularmente pelos tribunais, são necessários para as tribos e para os povos indígenas para que sejam capazes de reivindicar e obter respeito para seus direitos sobre o seu território e recursos naturais.

Os tribunais têm reiterado que o direitos dos povos indígenas de administrar, distribuir e controlar efetivamente seus territórios ancestrais, de acordo com seus direitos consuetudinários e sistema comunal de propriedade faz parte do escopo dos direitos de propriedade o qual é englobado pelo artigo 21 da Convenção Americana.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal relacionada aos instrumentos interamericanos

De acordo com o artigo 231 da CF, o que restou assegurado foi a permanência dos índios nas terras já ocupadas por eles, não podendo ser admitidas hipóteses de devolução de terras que já há tempos foram supostamente abandonadas pelos indígenas e que hoje se encontram na titularidade de particulares. Todavia, segundo os instrumentos de proteção interamericanos a

ISBN 978-85-62288-05-0

legitimidade sobre a terra está ligada a uma perspectiva histórica, e não a um só lugar. Nesse contexto, a delimitação dos assentamentos dentro do território ancestral não é o principal aspecto para a determinação da existência do direito. Sendo assim, a história dos povos indígenas e suas adaptações culturais não excluem a sua relação fundamental com o território e os recursos nele existentes, ou seja, os povos indígenas que tenham perdido a posse de seu território que vinham o ocupando historicamente, mantêm seus direitos e podem invocar a jurisdição interamericana para a recuperação de suas terras.

Para José Afonso da Silva quatro são as condições necessárias inserida no artigo 231, §1º, da CF para a caracterização de uma terra indígena:

"serem por eles habitadas em caráter permanente; serem por eles utilizadas para atividades produtivas; serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar; serem necessárias a sua produção física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições". (2010, p. 859)

A interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, entretanto, nos fornece outro prisma. O fato dos indígenas desocuparem seus territórios em virtude de adaptação natural, não exclui a sua relação com a terra ancestral habitada de acordo com o conceito consuetudinário de posse e propriedade dos povos indígenas. Seguindo esse parâmetro, não há necessidade de incidência do primeiro requisito ora abordado pela doutrina pátria e pela Constituição Federal, já que mesmo com o fato dos povos indígenas não habitarem suas terras em caráter permanente, estes ainda possuem seus direitos inerentes à terra. Insta salientar que tal requisito pode ser dispensado desde que a relação "terra ancestral" e "comunidade indígena" seja indispensável.

Infere-se da exposição de Roberto Lemos dos Santos Filho a necessidade de integração normativa entre os regimentos constitucionais americanos, no sentido de que a própria CF/88 foi "reconhecida como marco no direito constitucional indígena por ter influenciado a concepção de várias Constituições americanas" (2008, p. 45)

Ademais, segundo Marcia Altvater Vilas Boas, "... a nossa Constituição não esgotou todo o conteúdo dos direitos a que fazer jus os povos indígenas..." (p. 71, 2012). Aí se encontra a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em caráter subsidiário, de forma a ampliar a previsão dos direitos de propriedade dos indígenas no ordenamento doméstico.

Doutrinas

CRISTINA ALTVATER VILAS BOAS, Marcia. *Os povos indígenas brasileiros e a transição pragmática:* da integração à interação. Núria Fabris Editora. Porto Alegre/RS, 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34º edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIBEIRO, Berta, 1924-1997. *O índio na história do Brasil*. 12º Edição. São Paulo: Global, 2009.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista.* Curitiba: Juruá, 2008.

Documentos jurídicos nacionais e internacionais

Convenção Americana de Direitos Humanos. São José da Costa Rica. 22 de novembro de 1969.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. IX Conferência Internacional Americana. Bogotá, Abril de 1948.

Agenda 21. Eco-92. Rio de janeiro, 1992.

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasilia/DF, Senado, 1988.

Estatuto do Índio. Lei 6.001/73. Brasília/DF, 19 de dezembro de 1973.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Resolução 2200A da Assembleia Geral da Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966.

ISBN 978-85-62288-05-0

O PAGAMENTO DE TRIBUTOS E A JUSTIÇA FISCAL

Raquel de Naday DI CREDDO[491]
Gabriela Bonini PAGLIONE[492]

RESUMO

O trabalho teve por objeto a importância social de pagar tributos e a justiça fiscal na contraprestação do dinheiro arrecadado. De natureza explanatória, pautada no funcionalismo e no estruturalismo, centra-se na análise dos direitos fundamentais e sua relação com a tributação, cuja contraprestação é medida de justa imposição. Tem por objetivo justificar o caráter necessário do pagamento de tributos em prol da coletividade, baseando-se no princípio da solidariedade, no intuito de proporcionar a todos vivência digna, pautado em políticas públicas para garantir sua efetividade, materializando direitos à sociedade. Para que essas políticas tenham possibilidade de realização é imprescindível lastro monetário junto aos cofres públicos, que são angariados através da tributação por parte do Estado, cuja aplicação evidencia a medida da solidariedade.

ABSTRACT

This work aimed the social importance we must pay taxes and the financial tax justice in consideration of the collected money. With an explanatory nature, guided by functionalism and structuralism, focuses on analysis of human rights and its relation to taxation, in which consideration is a fair imposition procedure. Aims to justify the necessary character of tax payment on behalf of the community, based on the principle of solidarity, in order to provide decent living to everyone, based on public policies to ensure its effectiveness, materializing rights to society. For those policies have chances of achievement is essential the ballast to the public coffers which are raised through taxation imposed by state, which application evidenced the solidarity management.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Tributos. Justiça Fiscal

KEYWORDS: Fundamental Rights; Public policy; Taxes

---

[491] Aluna especial do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas – UENP
[492] Mestranda no Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas - UENP

ISBN 978-85-62288-05-0

INTRODUÇÃO

Os tributos consistem na medida compulsória de arrecadação de verbas públicas cujo objetivo originário é custear as políticas públicas. Tais atividades da Administração consistem em meios pelo qual esta realiza os Direitos garantidos pela Carta Magna aos cidadãos. Sendo imprescindíveis atividades de fiscalização e defesa dos interesses do Estado na arrecadação

Não existe brasileiro que nunca tenha questionado, ainda que a si mesmo, a necessidade do pagamento de tributos, sua destinação, sua efetiva aplicação e sobre ele não tenha apresentado críticas severas e até mesmo preconceituosas.

Questionamentos e críticas são práticas naturais do ser humano, que traduzem sua forma mais tradicional de adquirir conhecimento e aprimorar aquilo que traz pré-concebido do conhecimento ordinário.

Diante de tantos questionamentos e críticas sente-se a importância em aprofundar os estudos referentes à relação existente entre o Estado de Direito, a Administração Pública e a efetivação dos direitos constitucionais do cidadão, em razão dos tributos pagos pela sociedade.

Quanto à forma de governo eleita, adota o Brasil o formato republicano, que compreende um tipo de governo fulcrado na igualdade formal dos cidadãos, de modo que os detentores do poder político exerçam-no em caráter eletivo, representativo, transitório e de maneira responsável.

Neste viés, ocorre a outorga de uma parcela de liberdade individual, para que o Estado, por meio de seu representante possa atuar na defesa dos interesses dos Homens em prol da coletividade.

Essa ideia de disposição de parcela da liberdade vem formatada nos moldes objetivos da denominada “Teoria do Contrato Social” que ganha seu expoente com Jean Jacques Rousseau na obra intitulada com o mesmo nome da teoria abordada, dentro do qual se observam as primeiras manifestações coletivas voltadas à solidariedade.

No momento em que a sociedade clama pela efetivação dos direitos cidadãos, ou mesmo chamados de humanos, vislumbra-se a ocorrência de prestações estatais, hoje consubstanciadas nas políticas públicas, em que o Estado concede ao indivíduo condições de ter vida autônoma e digna.

Obviamente que tal prestação não poderia ser simplesmente iniciada pelo Estado sem qualquer lastro monetário, uma vez que, a atuação estatal em prol da sociedade exige recursos financeiros. Ora, se a exigência é de efetivação dos direitos fundamentais, os quais tem por alcance toda a sociedade, que recebe seus efeitos tanto no campo individual quanto coletivo, resta evidenciado a essencialidade da participação de todos para que adquiram a força necessária à viabilização.

ISBN 978-85-62288-05-0

Imprescindível que houvesse “contribuição” por parte de todos os membros da sociedade, a medida de sua capacidade para equilíbrio e igualdade na busca do bem comum.

O Estado passa a ter como uma de suas fontes de renda para efetivação das políticas públicas, e consequentemente garantia dos direitos fundamentais, a tributação.

A Justiça Fiscal se insere nesse contexto em razão da realização pela Administração Pública da distribuição de renda e mais, da promoção de políticas públicas que realizem os interesses sociais.

Sua participação está presente tanto nas despesas – atendimento das necessidades básicas dos cidadãos – quanto na receita - realização de uma tributação justa.

A problemática se insere na seguinte situação: o Estado tem o dever de contraprestação, mas se perde no momento da aplicação efetiva do dinheiro arrecadado, não se consubstanciando a Justiça Fiscal, então como fazer?

Diante da realidade fiscal do país a arrecadação não equivale à devolutividade e provoca diversas inquietações no corpo social que passa a descreditar o Estado em seu papel de centralizador das tarefas para a concreção do bem comum e desacreditar no próprio bem comum.

Nesse ínterim do estudo da Justiça Fiscal se faz necessário entender sua importância, as dificuldades encontradas e os meandros para sua realização, de modo a denotar a relevância do contribuinte e a atuação do Estado na realização do interesse coletivo, no contexto da atividade tributária em participação conjunta, sem a qual as deficiências geram sacrifícios a ambos: contribuinte e arrecadante.

A intenção é fomentar a discussão sobre o tema e buscar medidas que contribuam tanto na arrecadação como na aplicação das verbas públicas pelas atividades estatais fundamentais.

É preciso retirar da atividade tributária o estigma de “leão devorador” e compreendê-lo como o meio capaz de satisfazer os interesses sociais desde que devidamente empregado. Se é dever do contribuinte pagar, é dever do Estado aplicar esse dinheiro como preestabelecido na Constituição Federal, sendo a Carta o meio diretivo das atividades financeiras em prol da Justiça Fiscal.

A Justiça Fiscal será concreta a medida que sejam empregados esforços no gasto eficiente, abandonando a herança colonial deixada há tempos.

Estudada e discutida, encontra seus entraves na corrupção, nos desvios, na má aplicação do dinheiro público, na carga desmedida e na omissão do corpo social quanto à exigibilidade de ação.

Em contrapartida os críticos apontam a solução na redução da carga tributária com o aumento de sua progressividade, aumento da participação nos

ISBN 978-85-62288-05-0

tributos diretos e redução dos indiretos, o que promove o fortalecimento da economia com produtos mais competitivos no mercado e aumento da capacidade de consumo, gerando riqueza e crescimento social e econômico.

Como órgão responsável pela centralização dos interesses públicos e realização dos direitos constitucionais, é dever do Estado sua reestruturação fiscal possibilitando a modificação positiva da situação econômica e social do país, cumprindo as garantias constitucionais no alcance de seu objetivo-mor, qual seja, o bem comum.

O trabalho não pretende esgotar o assunto, muito menos determinar posição irretocável, mas sim expor uma pesquisa simples, utilizando das perspectivas do funcionalismo e do estruturalismo, pois parte da ideia de que a lógica das ações e reações dos indivíduos é regida pela lógica das ações e reações institucionais, a sociedade regida como um todo que se comporta como um mecanismo em operação, evidenciando a necessidade social do pagamento de tributos, contribuição solidária, e busca de melhores realidades sociais por meio da justiça fiscal.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS CONJUGADOS À REALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ASPECTO TRIBUTÁRIO DA RELAÇÃO.

Entende-se por Direitos Fundamentais aqueles que são indispensáveis à sobrevivência digna, ou seja, a expressão “Direitos Fundamentais” traduz e demonstra que todos os cidadãos possuem direitos que são importantes para a existência da vida humana, que revelam a moral a ser preservada na garantia de uma sociedade igualitária, justa e digna.

Consoante formula Brega Filho “[...] os direitos fundamentais seriam interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas às pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana”. (BREGA FILHO, 2002, p.66)

Nas palavras de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano:

> Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. [...] possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade [...], nas suas necessidades [...] e na sua preservação. (ARAÚJO; SERRANO, 2006, p.110-111)

Norberto Bobbio, por sua vez, teoriza que os direitos fundamentais são compostos pelos direitos de primeira, segunda e terceira gerações bem como suas demais variações, e traduzem respectivamente as liberdades individuais, os direitos

ISBN 978-85-62288-05-0

sociais, e os direitos da coletividade. Tais composições de direitos fundamentais traduzem todos aqueles que foram firmados e efetivados paulatinamente nas cartas constitucionais em garantia da sobrevivência digna dos membros da sociedade.

Deste modo, falar de direitos fundamentais significa abordar tudo aquilo que é mais caro à sociedade para que esta possa se desenvolver tanto no campo social, como no campo econômico e cultural, aperfeiçoando-se com o surgimento de novas necessidades humanas, de acordo com as modificações estruturais da sociedade.

Os direitos fundamentais então são determinados com base em princípios advindos daquilo que a sociedade almeja ver assegurado. Esses são traduzidos nos termos dos princípios de interpretação constitucional, como arrolam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano (2006, p.83-90), por exemplo, da igualdade, legalidade, direito à vida, à honra, à imagem, limites à retroatividade da lei, do devido processo legal, presunção de inocência, dentre muitos outros.

Nesse aspecto se observa que todos os princípios norteadores de direitos específicos se voltam para a dignidade da pessoa humana, ou seja, buscam proporcionar uma melhor condição de vida em sociedade, retomando o princípio da dignidade humana e o respeito entre os seres conviventes.

As garantias fundamentais por sua vez consistem em disposições assecuratórias em defesa dos direitos e limitam o poder, como explica Alexandre de Moraes (2007, p.28-29), as garantias traduzem o caráter instrumental de proteção aos direitos, de modo que os cidadãos tenham condições de exigir dos poderes públicos a proteção dos direitos previstos.

É no aspecto da exigibilidade dos poderes públicos, na realização dos direitos fundamentais, que estão inseridas as políticas públicas, pois são medidas estatais para a efetivação desses direitos.

As políticas públicas perfazem uma ação positiva do Estado na realização dos fundamentos e objetivos da unidade federativa, garantindo a sua soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais e pluralismo político.

Como ensina Frischeisen é por meio da implementação das políticas públicas, visando à consecução dos direitos previstos na Constituição, que se tem os instrumentos de consolidação da cidadania e construção da igualdade, “de fato são as políticas públicas que representam a eficácia social do direito do cidadão a obter prestações positivas do Estado”. (FRISCHEISEN, 2000, p.76)

À realização de políticas públicas por parte do Estado com vistas à efetivação dos direitos fundamentais constitucionais é necessário o lastro monetário, quer dizer, para qualquer atividade do Estado em prol do cidadão é preciso que possua recursos financeiros para custear as obras e medidas adotadas no fim a que se propõe. Por sua vez o Estado obtém recursos para elaboração e estabelecimento de políticas públicas principalmente através arrecadação em tributos.

ISBN 978-85-62288-05-0

Em trânsito pela órbita dos tributos, tem-se a definição apresentada pelo art. 3º do Código Tributário Nacional como sendo: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

No contexto do dispositivo de lei acima apresentado o tributo é realizado por meio coercitivo, sendo a medida que o Estado encontra para que todos contribuam com a arrecadação e ajuntamento de recursos que serão destinados a projetos que garantam a promoção das tutelas constitucionais. Tal medida arrecadatória por sua vez deve ter cobrança mediante previsão de lei, para garantir a lisura desta ação.

Usando dos ensinamentos de Scaff (2007, p.11-12) verifica-se que não existe nenhum direito que independa de custos, e altos custos devem ser sustentados por todos. A manutenção do aparelho judiciário e do sistema de segurança pública, por exemplo, possui um alto preço e precisa ser financiada através de um sistema tributário forte e ágil.

Ao que se vê, portanto, é que a relação entre direitos fundamentais, políticas públicas e pagamento de tributos é indissociável, uma vez que os direitos fundamentais são realizados por meio das políticas promovidas pela Administração na busca de uma sociedade igualitária e justa e estas por sua vez só podem ser realizadas quando o órgão público possui recursos financeiros para tanto, o que, via de regra se obtém por meio da atividade de tributação do Estado.

2 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NO CONTEXTO DA TRIBUTAÇÃO

No sentido denotativo do termo "solidariedade" (HOUAISS, 2004, p.2602, c) é explicado como o "caráter, condição ou estado daquele que é solidário", enquanto que "solidário" é definido como "em que há responsabilidade recíproca ou interesse comum". Assim, em uma fusão de conceitos é possível determinar que solidariedade é o caráter, condição ou estado daquele que contribui, juntamente com seus companheiros em prol de um interesse comum.

Ora, a solidariedade se traduz em todos os âmbitos do relacionamento humano, seja ele familiar, na vizinhança, na comunidade ou ainda na área jurídica e esboça muitas vezes uma característica pessoal que expandida atinge toda a sociedade, como evidencia Rosso (2008, p.15), é o amor em ares de subjetividade que se disfarça no vocábulo "solidariedade".

É no interesse comum da sociedade que se aplica o princípio da solidariedade, pois visa a ação da coletividade em prol de um propósito maior, o propósito que traduz o bem comum em igualdade e dignidade a todos os membros sociais.

ISBN 978-85-62288-05-0

No âmbito jurídico, mais precisamente no Direito Tributário, o embasamento da aplicação do princípio da solidariedade encontra-se na filosofia, demonstrando que o ser humano sente um dever inato em colaborar com o meio em que vive, aprimorando-o, haja vista a característica e o instinto gregário que o direciona, de modo que, mesmo em seu egoísmo o homem colabora com o todo para receber algum benefício.

Diante das disparidades entre as realidades fáticas dos Homens, principalmente no que tange ao acesso aos direitos fundamentais foi indispensável que se buscasse um ponto equilíbrio entre os seres, que se traduz nas características humanas, em que as necessidades físicas, morais e psicológicas são iguais para todos.

Rosso em sua dissertação afirma que "o sistema tributário brasileiro tem bases calcadas neste princípio, visto que aquele que paga seus tributos não tem uma compensação direta e imediata por aquilo que despendeu [...]" (Rosso, 2008, p.94)

Portanto, é pelo dever de solidariedade, elemento motivador dos legitimados sociais, a aplicação positiva de tal princípio, e que se compulsiona o pagamento dos tributos. São as atividades *pro-societati* que exigem uma contraprestação de todos os beneficiados para ocorrerem.

Esse dever de colaborar envolve tanto de um cidadão para com o outro como o Estado para com a coletividade, porque a solidariedade permeia relações que não se restringem a interpessoalidade, alcançando também os organismos estruturais do Estado.

Na relação Estado x Contribuinte, a significação individual do tributo sucumbe à significação geral, pois a consciência individual tende a se basear em motivos egoísticos, dispersos do bem estar comum. A partir do momento em que a idéia da norma tributária é assimilada como uma necessidade de sobrevivência chega-se à certeza de que a significação dos tributos está acima dos interesses meramente individualistas, pois a tributação é primordial ao arcabouço social. (CARDOSO, *A função...,* 2010, p.6)

Visualiza-se o pagamento de tributos como dever social, encarando a atividade contributiva "como a 'outra face' dos direitos fundamentais" (ROSSO, 2008, p.94) fulcrado no princípio da solidariedade, ou seja, torna-se um dever pagar tributos para que o Estado possa fomentar suas atividades na materialização dos direitos fundamentais.

Não basta existir uma Carta de direitos, que reconheça tudo aquilo que é fundamental ao Homem, se ela for inefetiva. É pela efetividade dos direitos constitucionais, que o ente estatal exige a contribuição de todos, é a responsabilidade recíproca de uns para com os outros, tanto da ação do Estado

ISBN 978-85-62288-05-0

para a sociedade, como também a recíproca da sociedade para o organismo-mor, e ainda ao conjunto de obter uma sobrevivência equilibrada.

> O problema agudo que enfrentamos é o da eficácia das normas de Declaração de Direitos, principalmente quando se trata de Declaração Universal, por não se poder contar com um conjunto de elementos materiais e formais específicos, de que se lance mão para viabilizar todo o poder e dever das normas expressas, isto é, não existe um aparato próprio que possa valer. O que importa não é a simples inscrição dos direitos fundamentais, mas a realização efetiva e eficaz desses direitos. (BARBOSA, 2005, P.64).

Por meio das políticas públicas a Administração trilha seus fundamentos e atinge seus objetivos, e essas políticas para serem realizadas consistem em despesas para o corpo administrativo que as promove.

No contexto apresentado por Albuquerque (2007, p.41) a atividade arrecadatória do Estado não se faz tendo em vista o enriquecimento dos representantes investidos em cargos da Administração Pública, em que pese o mau uso das funções nisso acarretar, mas sim, aumentar o lastro de dinheiro público para custear as atividades estatais, tanto em suas obras, como no pagamento de executores dessas atividades.

Assim, se existe uma ação em prol da arrecadação por parte do Estado, esta tem seu fundamento na concretização do bem comum, na disseminação da igualdade para todos os membros sociais, realizando os direitos dos cidadãos.

O Estado por meio de seus representantes atua como gestor dos interesses sociais, cujas atividades são elaboradas no âmbito da Administração Públicas, que estuda, analisa, e determina as políticas de atuação e salvaguarda dos interesses da população, bem como gerencia o dinheiro a ser aplicado na efetivação das políticas determinadas.

É pelo princípio da solidariedade que se firmou o entendimento da necessidade da contribuição compulsória pelos membros que compõem a sociedade de acordo com a sua capacidade monetária. É o dinheiro auferido pela arrecadação tributária devidamente empregado que satisfaz as necessidades sociais, por meio de medidas estruturadas em políticas organizadas pela própria administração.

O tributo deve atender a uma função tipicamente social, pois ele é criação do povo para atender ao povo. Por outro lado, a arrecadação tributária também serve para abastecer os cofres públicos do Estado, de forma a permitir que este último realize os gastos necessários às exigências públicas. (CARDOSO, *A função..., 2010,* p.3)

ISBN 978-85-62288-05-0

Como ensina Scaff (2007, p.33 - 35) não é necessário que se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para sua implementação, mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos bastantes e suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e progressiva no tempo, sanando as deficiências para o exercício das liberdades jurídicas através do pleno exercício das liberdades reais, ou, por outras palavras, para o exercício pleno das capacidades de cada indivíduo ou coletividade de indivíduos.

Por tal óptica os recursos obtidos podem ser empregados para atender necessidades diversas, mas tem seu fundamento de existência na realização dos Direitos Fundamentais do Homem, no caráter de humanidade de uns indivíduos para com os outros.

Em atividade sintética, visualiza-se que ao Estado, cujos representantes foram legitimados através da escolha dos populares, cabe a realização de medidas que vertam no sentido de promover a vida em sociedade, dada a natureza gregária do ser humano. Porém, é necessário o envolvimento direto dos legitimadores para que vejam suas necessidades supridas.

Se todos concedem a administração coletiva da vida em sociedade ao ente estatal, admitem, ainda que tacitamente a necessidade de colaborar para que o escopo de tal sistema seja atingido, qual seja, uma sociedade igualitária, livre e justa.

Nesse contexto é que se verifica a relação íntima entre o princípio da solidariedade e direitos fundamentais, uma vez que aquele se traduz no dever que a sociedade e os organismos estatais têm em colaborar para que se vejam aplicados estes mencionados direitos, os quais abrangem genericamente as necessidades humanas para sobrevivência digna.

É o planejamento administrativo das atividades sociais (para as quais foram legitimados seus representantes) que viabiliza a realização dos direitos fundamentais, após ter ao seu alcance o orçamento necessário, conclui atividades positivas e concretiza seu escopo.

3 A JUSTIÇA FISCAL

Na órbita da execução dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas é que a Justiça Fiscal mostra sua força.

Consubstanciada na receita e na despesa, compreende a arrecadação suficiente e aplicação eficiente do arrecadado, encontrando aí o seu maior problema: baixa contraprestação e alta incidência direta e indireta da tributação.

Tal problemática no Brasil tem ares históricos ante a situação colonialista em que o Brasil vivia “regando” a Metrópole com seus produtos primários e sem ver qualquer contraprestação positiva. A situação exclusivamente exploratória e

ISBN 978-85-62288-05-0

desmedida criou raízes com os novos habitantes portugueses cujo perfil era dos chamados degregados, ou, punidos de banimento muitas vezes por crimes como a sonegação de impostos.

Segundo levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) a arrecadação tributária no Brasil cresce ano a ano, batendo novos recordes em arrecadação.

> O estudo compara a voracidade tributária de 30 países com o nível de bem-estar dos cidadãos, medido pelo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). E conclui: "Entre os 30 países com a maior carga tributária, o Brasil continua sendo o que proporciona o pior retorno dos valores arrecadados em prol do bem-estar da sociedade." (IBPT; 2012, *on line)*

A coletividade é sufocada com demasiada arrecadação e o cidadão não recebe a contraprestação das garantias constitucionais (saúde, educação, segurança).

Os reflexos históricos são sentidos até hoje em razão da formação estrutural que foi dada ao país e assim administradores e contribuintes se envolvem em um jogo de corrupção em que todos escondem seus “níqueis” e tentam manter o equilíbrio de suas contas.

Ives Gandra Martins, nas obras Exercício da Cidadania e Sistema Tributário na Constituição de 1988, critica duramente a corrupção e a má aplicação do dinheiro público, a situação confiscatória em que se visualiza a atividade tributária atualmente, causando uma revolta silente em toda sociedade. Pela óptica fiscal os recursos deveriam ter origem e destino identificados para diminuir as ocorrências de crime contra a ordem tributária.

Na teoria da carga desmedida formulada pelo mesmo autor fica claro que há a tendência do homem exigir da sociedade sempre mais do que seria desejável, somando aos interesses sociais o favorecimento dos detentores do poder. Os valores arrecadados com a tributação não se restringem a atender os interesses da coletividade, mais ainda, interesses privados, o que culmina com a rejeição social.

Alguns aspectos que determinam a carga desmedida: “objetivos e necessidades mal colocados; gastos supérfluos; contribuintes apenados, porque privilégios e incentivos são mal distribuídos; sonegação e tratamento prático diferencial; fiscalização com baixa moralidade exatora e sonegação e aumento de receita, que se traduz pelo princípio de que a tributação seria mais elevada para compensar a receita não arrecadada dos sonegadores” (MARTINS, 1989, p.8 - 10).

ISBN 978-85-62288-05-0

De maneira eminentemente pioneira Alberto Carlos Almeida apresenta em sua obra os resultados das pesquisas de opinião realizadas junto às diversas camadas sociais em todo o território nacional através do Instituto Análise e evidencia que a população, ao contrário do que se previa tem conhecimento de que paga impostos, quais são os objetivos dessa arrecadação e o desejo por redução de impostos atrelada à possibilidade de aumento no consumo.

Conforme evidencia Almeida (2010, p.72) sistemática da relação entre a população e seus representantes delineia-se da seguinte forma: as conquistas sociais são protegidas por uma ideia de retrocesso, ganhos irreversíveis, afinal, a interferência nessas conquistas não prejudica somente a população mas também os representantes do povo com o seu objetivo de poder.

Nessa circunstância é preciso pensar para frente, inserindo-se a pesquisa de Alice Barbosa em relação às bases da cidadania fiscal sob a perspectiva do contribuinte, posto que deve ser esclarecido sobre o que paga e de que forma o Estado lhe contrapresta o dinheiro destinado. Analisa o princípio da publicidade e a participação do cidadão.

Nos dizeres de Dávio Zarzana todos sentem a mão pesada do Estado; existem muitos tributos que determinam não só o gasto líquido (dinheiro), mas também o bruto atinente à mão de obra em horas. O Estado existe para o povo, tem limites e deve respeitar a capacidade contributiva, organizar as necessidades do grupo social sendo imprescindível a reforma nos parâmetros tributários praticados na atualidade, adequando-se aos princípios constitucionais e real interesse público.

A teoria da justiça fiscal se contextualiza no inverso da teoria da carga desmedida envolta na cidadania fiscal incluindo a população na tarefa de contribuir, dirigir e fiscalizar a aplicação do dinheiro arrecadado, caminhando para um maior equilíbrio econômico e financeiro.

Alberto Nogueira, em sua obra A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação evidencia três caminhos para a tal reconstrução. O primeiro deles é a "efetiva, direta e ativa participação de todos os segmentos da sociedade na elaboração, fiscalização e controle das regras tributárias" (NOGUEIRA, 1997, p 411), isso tende a eliminar os excessos e as injustiças da carga tributária. O segundo se dá pelas vias judiciais e por último a primazia da Constituição.

A participação dos segmentos sociais na elaboração, fiscalização e controle das regras tributárias faz com que a coletividade se aproxime de seus representantes, se faça sentir e mais, sente-se como integrante do Estado, na ideia já mencionada acima, de que o Estado existe para o povo.

"Falar de impostos é a maneira mais efetiva de obter apoio social contra o aumento de gastos e a favor de uma gestão eficiente" (ALMEIDA, 2010, p.78), e

ISBN 978-85-62288-05-0

nessa medida da participação cidadã será possível visualizar a alteração das bases tributárias.

É interessante ressaltar que medidas de fiscalização da contribuição são tomadas, como a integração das Receitas Federal e Previdenciária formando a Super-Receita e programa Nota Fiscal Paulista no Estado de São Paulo, restando indispensável a conscientização do cidadão quanto à participação na fiscalização dos gastos governamentais, excluindo da política os candidatos com histórico de desvio do dinheiro público ou de mal gasto.

4 A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA JUSTA

Como já exposto, é imperioso ao Estado garantir os direitos fundamentais, e por meio das atividades da Administração desenvolve políticas públicas, movimentando todo o aparelho administrativo e judiciário na arrecadação de finanças para tal intento.

Assevera Cardoso: “no Brasil, em que sua Lei Fundamental busca a propiciar desenvolvimento social e econômico ao mesmo tempo, é inquestionável que tributação e políticas públicas caminham juntas.” (CARDOSO, *A tributação...,* 2010, p.6).

Pautando-se pelas ideias do doutrinador retromencionado (CARDOSO, *A tributação...,* 2010, p.7), quando o Estado elabora políticas públicas e interfere na economia através da cobrança de tributos, devidamente respaldado pela Constituição Federal, cuida para que o desenvolvimento pátrio não siga sem qualquer direção, mas em caminhos específicos almejando um fim.

Humberto Ávila (2006, p.21-23), menciona que a Constituição instituiu as limitações com a intenção de especializar o objeto da fiscalização das relações tributárias, não deixando ao arbítrio das legislações ordinárias a ânsia arrecadatória desmedida que poderia resultar a quantidade excessiva de objetos a serem fiscalizados

Não se quer dizer com isso que todas as atividades que advém da Administração Pública estão dotadas absolutamente de bondade visando o bem comum (CARDOSO, *A função...,* 2010, p.3). Veem-se diariamente nos meios de comunicação casos de desrespeito ao dinheiro público, pois estas atitudes advem de seres comuns, passíveis de erros e dotados de distorções de caráter.

Analisando particularmente alguns problemas do país, conjugado aos ensinamentos dos autores até então estudados, verifica-se que o retardo na concretude dos objetivos do Estado e alcance do bem comum está diretamente relacionado ao aspecto corruptivo e a gama de programas sociais (utilizados como

ISBN 978-85-62288-05-0

meio de desvio de dinheiro público e locupletamento indevido), considerando os mais cotados pontos que inflam o sistema tributário e impedem o desenvolvimento.

O artigo publicado por João Mellão Neto, trazido na obra de Santi (2008, p.17), narra astuciosamente a "lei do morcego inteligente":

> Segundo ela, os morcegos prudentes sabem a exata quantidade de sangue que podem sugar de um boi a cada dia. Esse volume seria o máximo suficiente para suprir as suas necessidades de alimentação e o mínimo possível para que o boi possa recompô-la até a sugada seguinte. Morcegos gulosos, segundo a lei, sugam sangue demais, matam o boi de fraqueza e acabam morrendo depois de inanição. (MELLÃO NETO, 2005, in SANTI, p.11-12)

Interpretando essa teoria observa-se que o aumento das alíquotas dos impostos é determinante para o aumento da arrecadação total. Quando se atinge o máximo da cobrança dos impostos menor se revela a arrecadação, pois a capacidade contributiva da sociedade não é compatível, e assim, os homens optam pela dívida ou pela sonegação, o que não refletiria uma falha moral, mas uma característica de sobrevivência, aplicando em si mesmas o princípio do não-confisco.

Na conclusão da "lei do morcego inteligente", Mellão Neto apresenta a ideia de que na vida real, o boi não morre, mas se esconde do morcego.

Por conseguinte, se os cidadãos deixam de honrar com seu compromisso contributivo, a atividade de contraprestação do ente estatal para efetivação dos direitos fundamentais fica prejudicada

Uma sociedade construída com bases em um conceito de justiça tributária que produza justiça social rende benefício a todos porque promove a coesão social e gera vínculos de segurança, diminuindo a marginalidade e a violência. É um modelo que também estimula o dinamismo econômico porque amplia mercado interno. Assim, possibilitará uma vida mais rica e mais plena para todos. (ANANIAS, 2008, única página)

O Estado arrecada para satisfação dos direitos fundamentais previstos inicialmente e já aí se configura seu caráter social, visto que é determinado em prol de toda coletividade para satisfação dos interesses comuns. Se tal contribuição é determinada ao gozo do interesse coletivo, vê-se a imperatividade do princípio da solidariedade, uma vez que em prol do todo se despende valores. Porém tais despesas não devem ser tão incisivas a ponto de onerar aqueles que pouco conseguem para o seu próprio sustento, estando em condição de receber e não de

ISBN 978-85-62288-05-0

participar, fazendo prevalecer aqui a individualidade sob a óptica do princípio da capacidade contributiva.

Portanto, havendo capacidade de contribuir sem prejuízo da sobrevivência digna, nada mais cabível do que a participação para a concreção dos objetivos do Estado determinados desde o início de sua formação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se vê atividades isoladas do Estado, por meio de seus órgãos e agentes, principalmente da Administração Pública e pouco se considera quanto aos seus objetivos.

Toda atividade prestada tem uma razão de ser, e influencia na cadeia das atividades garantistas de sociedade justa, igualitária e digna. Não se defende aqui, em momento algum, que esta é a realidade atual da sociedade, mas sim aponta e defende suas bases teóricas na busca da maior lisura na atuação funcional das atividades públicas.

Para que seja possível a efetivação de todas as medidas, imperioso se faz a separação dos setores públicos especializados nas atividades garantistas dos direitos do cidadão. Assim ocorre quando se atribui funções de tributação, elaboração de políticas públicas, administração do tesouro etc.

No momento da divisão por especialidades se quebra a figura objetiva da função primordial do Estado, gerando assim uma “miopia” quanto à figura do Estado, da Administração e de seus representantes.

Acredita-se que atentar para o cerne da questão que envolve o motivo pelo qual os cidadãos pagam impostos, torna possível a promoção à conscientização quanto a solidariedade que atinge a todos, bem como fomentar a cobrança de investimentos efetivos na garantia dos direitos do cidadão.

Isso é que se busca quando se traça um paralelo entre direitos fundamentais, políticas públicas e tributação, defendendo que o Estado não pode deixar de arrecadar, do contrário não teria condições materiais de por em prática o que garante a Lei.

A evidenciação da imprescindibilidade do princípio da solidariedade encontra fundamento à medida que aguça os sentidos da responsabilidade que cada ser humano tem em participar do coletivo, em ver que, em qualquer posição social que esteja contribui para a construção das políticas públicas e no fortalecimento da assistência social a medida de sua capacidade contributiva. Em face da solidariedade, portanto, é que os tributos são coercitivos, visando a contribuição de todos para o aperfeiçoamento da sociedade. São as políticas públicas a união entre a tributação e direitos fundamentais. É a Justiça Fiscal a base para formulação das políticas e da cidadania.

ISBN 978-85-62288-05-0

A coercitividade do pagamento dos tributos ocorre pelo fato do ser humano ainda não ser capaz de superar sozinho o individualismo interno. A formação social do mundo moderno tende ao individualismo e a acumulação de riquezas, em face às opressões sofridas e do desenvolvimento do pensamento capitalista. É necessário que uma "mão forte" mantenha a opção inicial feita nos primórdios do agrupamento humano, para que esse sentimento de proteção não se perca ante os devaneios egoístas.

Não se defende aqui o sistema socialista de governo, porque até mesmo ele tem em si a concentração de poder na mão de poucos, enriquecimento da classe dominante e estagnação econômica da classe dominada. O que se pretende é a colaboração com a melhoria moral, social e econômica uns dos outros, não sendo necessário que para tanto as pessoas se privem de buscar melhores condições nestas esferas.

Restou evidente que as atividades do Estado tem suas bases teóricas no bem comum, que para ser alcançado necessitou de positivação de direitos e garantias fundamentais, os quais são realizados e materializados pelas políticas públicas. Estas por sua vez são dispendiosas aos cofres públicos, e para tanto necessita de investimentos de toda comunidade que vai ser beneficiada, o que se determina o princípio da solidariedade em movimento. E para conjugação de todos os objetivos é fundamental a presença de agentes que atuem nessa tarefa como agentes sociais e políticos.

Em última menção é preciso reconhecer que há muito a ser modificado na defesa dos interesses do cidadão, principalmente naquilo que diz respeito ao desvio de verbas e aplicação destas aos interesses particulares e de particulares, é necessário antes de tudo educação social e incessante fiscalização, para que as contribuições não sejam obrigações vazias de fundamentos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marconi Costa. *Direitos Fundamentais e Tributação*- a Norma de Abertura do §2º, do art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988. IN SCAFF, Fernando Facury. (org.). *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 7ªed. atual. – Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *O dedo na ferida*: menos imposto, mais consumo. – Rio de Janeiro: Record, 2010.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*.12ª Ed.rev.atual. – São Paulo: Saraiva, 2006

ISBN 978-85-62288-05-0

ANANIAS, Patrus. *Os Impostos e o Princípio da Solidariedade.* Postado em 06.06.2008. <http://www.mds.gov.br/noticias/artigo-os-impostos-e-o-principio-da-solidariedade-ministro-patrus-ananias> (último acesso em 01.11.2010)

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional.* 12ª ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário:* de acordo com a Emenda Constitucional n.51 de 14.02.2006. 2ªed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro.* Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 11ªed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARBOSA, Alice Mouzinho. *Cidadania Fiscal.* Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas:* Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6ªed.atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos;* tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13ªed. – Rio de Janeiro: Campus, 1992

BRASIL oferece o pior retorno em benefícios em comparação à alta carga tributária. *Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT.* http://ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=14205&pagina=70. Último acesso em 20.02.2012.

BRASIL. *Código Tributário Nacional.* http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm. Último acesso 19.05.2010

_____. *Constituição Federal*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiçao.htm. Último acesso em 19.05.2010

_____. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm> (último acesso em 30.10.2010)

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões.1ªed. – São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos.* IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; et all (coord). *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. São Paulo, Pólis, 2001 (Caderno Pólis, 2). http://www.comitepaz.org.br/download/Direitos Humanos e Políticas Públicas.pdf (último acesso em 15.10.2010)

_____. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ISBN 978-85-62288-05-0

CAMARGO, Daniel Marques de. *Os direitos fundamentais.* www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2678/OS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS; último acesso em 17.05.2010.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *A tributação em prol do desenvolvimento.* Sem data de elaboração. http://www.principiodasolidariedade.com.br/artigos_pdf/a_tributacao_em_prol_do_desenvolvimento.pdf (último acesso em 12.09.2010)

_____. *A Função Social do Tributo.* Sem data de belaboração. http://www.principiodasolidariedade.com.br/artigos_pdf/a_funcao_social_do_tributo.pdf (último acesso em 12.09.2010)

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 25ª ed.rev.ampl.- São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; SILVA JÚNIOR, João Gomes da. *Direito Tributário:* teoria, jurisprudência e questões. 2ª ed. - Salvador: Jus Podium, 2008.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. *A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado.* Elaborado em 10.2000. http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527; último acesso em 18.05.2010

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do Administrador e o Ministério Público.* – São Paulo: Max Limonad, 2000.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 18ªed. – São Paulo: Atlas, 2009.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa; e*laborado no instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 83ª ed. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2004

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Método, março/2007.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado.* 26ªed. atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto; 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública:* em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7347/85 e legislação complementar. 10ªed.rev.atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

MARTINS, Ives Gandra. *Sistema Tributário na Constituição de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Exercício da Cidadania.* São Paulo: Lex Editora, 2007

MELLÃO NETO, João. *MP 232 – Chegou a hora do basta.* 2005. In: SANTI, Eurico Marques Diniz de.(coord.). *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas*: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico. 1ªed., 2ª tiragem – São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ISBN 978-85-62288-05-0

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de pagar impostos.* – Coimbra: Almedina, 2004.

NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação.* Rio de Janeiro, Renovar, 1997

QUADROS, Marivete Bassetto de. *Monografias, Dissertações & Cia:* caminhos metodológicos e normativos. 2ªed. rev. – Curitiba: Tecnodata Educacional, 2009.

ROSSO, Paulo Sérgio. *O princípio da solidariedade e o Sistema Tributário.*2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho-PR, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf. Último acesso em 19.05.2010.

SANTI, Eurico Marques Diniz de; CANADO, Vanessa Cahal. *Direito Tributário e Direito Financeiro:* reconstruindo o conceito de tributo e resgatando o controle da destinação. In:

SANTI, Eurico Marques Diniz de.(coord.). *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas*: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico. 1ªed., 2ª tiragem – São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 2º ed.rev.atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. (org.). *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos.* – Rio de Janeiro: Renovar, 2007

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário: A Função Fiscal.* 2ªed. 4ª tiragem. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 4ª ed. rev. Atual. – São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 25ª Ed, rev.atual. – São Paulo: Malheiros, 08-2005.

SILVA, Cléber Demétrio Oliveira da. *O Princípio da Solidariedade.* Elaborado em 10/2006. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/9315/o-principio-da-solidariedade/1 (último acesso em 01.11.2010)

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade.* Disponível em http://www.aatr.org.br/site/uploads/publicacoes/o_papel_das_politicas_publicas_no_desenvolvimento_local.pdf (último acesso em 04.08.2010)

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário.* 15ªed.atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos na Realidade Latino Americana:* reflexões filosóficas sob a perspectiva da Ética da Libertação. 1ªed.- Curitiba: Juruá, 2010.

ISBN 978-85-62288-05-0

ZARZANA, Dávio Antonio Prado. *O país dos impostos.* São Paulo: Saraiva, 2010.

ISBN 978-85-62288-05-0

RESPONSABILIDADES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE DO CONTEXTO BRASILEIRO.

Douglas Rocha Paixão[493]
Lucas Alessandro Silva[494]

RESUMO

O Estado Democrático de Direito, instituído a partir da relação entre os conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático, projeta uma gama de valores e sentidos intrínsecos ao modelo estatal brasileiro, bem como se faz consoante aos padrões normativos do século XXI, de proteção a princípios básicos, como da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da justiça social, da participação política, dentre outros, principalmente relacionados às garantias de vida digna. Portanto, a República Federativa do Brasil, constituída a partir de 1988, possui em sua carta magna a legitimação de tais valores, tornando-os fundamentais. Contudo, o trajeto percorrido para a constituição de tal modelo de estado passou por diversas transições e empecilhos, possibilitando a construção do atual sistema legal à duras penas. Nesse sentido, cabe inferir que diversos elementos que caracterizam o Estado Brasileiro, como a soberania, a liberdade, a divisão dos poderes, já passaram por estudos e pesquisas no intuito de delimitar seus conceitos e analisar suas aplicações práticas. No rol destes elementos de estudo, um dos que mais se destaca é o da responsabilidade do Estado, uma vez que é necessário compreende-lo segundo os parâmetros políticos, econômicos e sociais, de um Estado que se configura tanto social quanto liberal. Assim, diversos questionamentos são propostos sobre a responsabilidade estatal em face de um estudo de caso do estado brasileiro, como exemplo, e talvez, o principal questionamento: a República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, tem sido capaz de cumprir e garantir o exercício de suas responsabilidades?

ABSTRACT

The Democratic Rule of Law, established from the relationship between the concepts of rule of law and democratic state, projects a range of meanings and values intrinsic to Brazilian state model, as well, is done according to the normative standards of the XXI century, of basic principles protection, as the dignity of the human being, citizenship, social justice, political participation, among others, mainly related to

[493] Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: paixaodouglas@hotmail.com
[494] Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: lucas_ales@hotmail.com

ISBN 978-85-62288-05-0

guarantees of decent living. Therefore, the Federative Republic of Brazil, constituted since 1988, has in its Magna Carta the legitimacy of such values, making them essential. However, the route taken for the establishment of such a state model went through several transitions and obstacles, allowing the construction of the current legal system by a hard way. In this sense, can be inferred that the various elements that characterize the Brazilian State, such sovereignty, freedom, division of powers, have gone through studies and surveys in order to define it's concepts and analyze their practical applications. In the role of these elements of study, one that more stands out is the responsibility of the State, since it is necessary to understand it according to the political, economic and social parameters, of a State which configures both socially and liberal. So many questions are proposed about the state responsibility in reason of a study case of the Brazilian State, for example, and perhaps the main question: the Federative Republic of Brazil, while Democratic State of Law, has been able to fulfill and guarantee the exercise of his responsibilities?

PALAVRAS-CHAVES: Democracia; Estado de Direito; Responsabilidade.

KEYWORDS: Democracy; Rule of Law; Responsibility.

INTRODUÇÃO

O conceito e a realidade político-social de um Estado Democrático de Direito são problematizados desde as primeiras considerações acerca da democracia enquanto forma de Governo, das formas de Estado, e do próprio conceito de Direito. Tais questões são objetivadas como fundamentais ao estudo da constituição de um Estado de Direito.

Contudo, seria por deveras presunçoso objetivar neste estudo a análise de um tema com tal amplitude, sem que diversas lacunas ou omissões fossem constituídas. Assim, cabe delimitar tal objeto de estudo em face de outro elemento essencial ao Estado Democrático de Direito: a responsabilidade estatal.

A responsabilidade em si, é tema e elemento de estudos em diversas áreas, mas que no campo jurídico, em especial no campo da Teoria Geral do Direito, possui destaque em razão de discussões acerca da legitimidade de determinadas prestações obrigacionais por parte do Estado, assim questionando, quando o Estado possui a obrigação de agir ou de responder por determinadas situações e fatos.

A argumentação sobre as responsabilidades de um Estado Democrático de Direito presume considerações prévias e basilares ao tema, viabilizando o entendimento do contexto e da realidade político-social em que tais estados se constituem.

ISBN 978-85-62288-05-0

Se faz funcional a esta exposição, portanto, apresentar preliminarmente o conceito e os significados da expressão Estado Democrático de Direito, para assim, determinar suas principais responsabilidades e, por fim, analisar o contexto do Estado Brasileiro e quais as responsabilidades constituídas a partir de sua Constituição Federal de 1988.

DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

O estudo acerca do conceito e da ideia de um Estado Democrático de Direito, deve permitir a imposição de determinados preceitos e questionamentos fundamentais ao entendimento de tal tema. Assim, se faz necessário analisar, por exemplo, o conceito de "Estado" e de "Democracia", como requisitos permissivos ao estudo central.

A palavra estado teria sua origem etimológica do latim *status*, e estaria atrelada ao significado de condição, ordem, "trata-se de uma realidade complexa, presente na vida de todas as pessoas, as quais, ao nascerem, já possuem vínculos" (FACHIN, 2008, p.163). Nesse sentido, pode-se fazer referência às disposições iniciais do livro **Do contrato social ou princípios do direito político** de Jean-Jacques Rousseau, na qual se tem que o "o homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros" (ROUSSEAU, 1999, p.53).

O Estado seria assim, essa realidade complexa, presente em uma sociedade de forma que todos os indivíduos possuam vínculos com ele, direta ou indiretamente, por tempo e condições determinados por ele.

No entanto, existem diversas correntes de pensamento e teorias que abordam o conceito e o surgimento do Estado, tais quais as teorias críticas, positivas, naturais. Há a possibilidade de se retratar o referido tema a partir de diversas óticas, e este estudo partirá de uma fundamentação jusnaturalista, uma vez que se pretende analisar o conceito de Estado a partir da hipótese clássica do contratualismo.

Assim, certos nomes surgem como expoentes de tal corrente de pensamento, como Thomas Hobbes, John Locke e, o já citado, Jean-Jacques Rousseau.

O destaque em tal corrente de pensamento, se fundamenta na proposta de surgimento de um Estado, através de um Contrato Social, de forma que em determinado momento, o direito, que era advindo da natureza juntamente com o homem, necessitou ser regulamentado e legitimado, seja para o bom convívio entre os homens, ou até mesmo para a sobrevivência destes.

Hobbes é, dentre os autores jusnaturalistas, o mais pontual em afirmar a intrínseca necessidade de constituir um Estado em razão da própria sobrevivência

ISBN 978-85-62288-05-0

dos homens, que poderia ser assegurada mediante a transmissão de uma parte de seus direitos, até então naturais, para a constituição de um poder soberano.

Dentre os múltiplos conceitos de Estado que podem insurgir, talvez o mais funcional a este trabalho é a consideração de que o Estado é uma condição, que através de diversas características e imposições, reflete uma realidade complexa, podendo vir a ser institucionalizada, seja através de um pacto, ou um contrato social como preferem os contratualistas.

No mesmo sentido percebe-se certas delimitações no conceito de Estado, de modo que se possa diferenciar proposições e limites nas constituições dos estados. Portanto, há de se considerar a existência das delimitações em formas e modelos de Estado, estando respectivamente, ligadas à distribuição do poder em âmbito do território nacional, e ligadas à intensidade com que um Estado intervém em seu meio de atuação.

As principais formas de estado a serem citadas, são: Estado Unitário; Estado Regional; Estado Autônomo; e Estado Federal. Já os principais modelos de Estado são: Estado Totalitário; Estado Liberal; e Estado Social. Há ainda, como afirma Zulmar Fachin, a possibilidade de se inferir um novo modelo de Estado, surgido em face das relações econômicas, políticas e sociais, na atualidade, sendo o Estado Privado.

O Estado Brasileiro estaria, portanto, delimitado segundo a forma federal e o modelo privado, já que este último se daria em razão de uma união entre o modelo social e o liberal.

A distinção entre as formas e modelos de Estado é essencial no tocante à fundamentação de uma análise constituinte, bem como, é necessária ao entendimento do conteúdo subsequente: formas de governo e sistemas de governo.

As formas de governo mais conhecidas, são: Monarquia; República; e Despotismo. E os sistemas de governo: Presidencialista; Parlamentarista; e Diretorial.

Assim, o Estado Brasileiro, constituído na forma federal e no modelo privado, possui uma forma de governo republicana e um sistema presidencialista. Essa sistematização do Estado brasileiro se faz fundamental à análise do Estado Democrático de Direito, uma vez que, além de estarmos realizando um estudo de caso de um estado em particular, também é necessário compreender como um estado pode ser constituído em Democrático de Direito.

No que tange ao conceito de democracia é essencial destacar sua forma clássica que deve ser retratada segundo seu surgimento na Grécia Antiga. Assim, a democracia, associação das palavras *demos* e *kratos*, deriva da ideia de se legitimar o “poder” soberano nas mãos do “povo”, contudo, nos parâmetros atenienses em questão, leva-se em conta que o “povo" seria um grupo seleto: dos homens com

ISBN 978-85-62288-05-0

mais de dezoito anos que fossem cidadãos de Atenas; e que, o poder, no caso sendo o "governo", seria em si a própria assembleia já constituída sem intermédio dos cidadãos e de suas vontades.

Portanto, a democracia poderia ser vista como uma forma de governo, do mesmo modo que a monarquia e a república, por exemplo, e como apresenta Paulo Bonavides "esse entendimento milenar assim se conservou entre os publicistas romanos e os teólogos da Idade Média" (BONAVIDES, 2004, p.297).

O conceito de democracia, no entanto, passou por diversas diversificações e desusos, de forma que ao longo de diversos regimes governamentais, as propostas democráticas foram abandonas ou ignoradas.

Pode-se destacar uma volta da democracia através de pensadores como Rousseau e Montesquieu, mas foi através de movimentos revolucionários do século XVIII, principalmente com a Revolução Francesa de 1789, que a democracia passa a tomar um novo sentido e uma nova forma política. A democracia passa então a ser objeto da luta por direitos.

Já no século XIX, como afirma o auto Paulo Bonavides, o marxismo teria agido no processo de descaracterização da democracia como forma de governo: "o socialismo marxista rebaixou, portanto, a democracia, desvalorizando-a como forma de governo da sociedade burguesa. Reduzida a uma ideologia" (BONAVIDES, 2004. p.297).

Assim, a democracia passaria a ser entendida como uma ideologia e não mais como uma forma de governo concreta. Sua função estaria compreendida na de superestrutura, com objetivo de proteger os interesses das classes dominantes, e, portanto, perdendo seu sentido clássico de poder do povo, para o povo e pelo povo.

Já no século XX deve-se destacar outro rumo no conceito de democracia, consequente do longo período de guerras mundiais e das transformações que estas geraram no pensamento moderno. Frente aos horrores e atrocidades cometidas contra a humanidade, a democracia, que antes era forma de governo, depois ideologia, agora seria considerada como princípio de direito. A democracia ultrapassaria os valores ideológicos e políticos, e ingressaria em um rol de princípios básicos de direito, norteadores de tantos outros princípios e posicionamentos políticos.

Nesse sentido, cabe destacar, que a expressão Estado Democrático, não revela apenas a forma de governo de um estado, mas uma gama de valores intrínsecos ao seu modelo político, fundamentados no princípio da dignidade humana, garantido, portanto ideais como a liberdade, a igualdade, a sobrevivência, a participação política, etc.

Da mesma forma, se faz necessário o entendimento sobre a expressão Estado de Direito. Segundo o constitucionalista português Canotilho "o estado de

ISBN 978-85-62288-05-0

direito é um estado constitucional" (CANOTILHO, 2000, p.245), e partindo-se dessa premissa, a Constituição seria funcional à existência de um Estado, legitimando-o. O estado de direito projeta, assim, a ampla relação de garantias e respeito ao direito, ou seja, instituído o Estado de Direito, todos cidadãos são incluídos, direta ou indiretamente, na ótica jurídica instituída estatalmente.

De tal modo, cabe ressaltar que tal instituto de direito é estabelecido através de normas, que se distinguem hierarquicamente, com a Constituição do Estado possuindo supremacia frente as outras.

A partir das duas propostas conceituais apresentadas, de Estado de Direito e Estado Democrático, se faz possível estabelecer a conexão entre ambas, conceituando assim, o Estado Democrático de Direito.

O estado democrático de direito seria a conjugação entre os dois referidos conceitos, permitindo a proposta de um estado que garanta os princípios democráticos, bem como as derivações deste, através do modelo de instituição de direitos, permissivo da relação de subordinação de todos ao instituto legal, assentado em uma Constituição.

No caso do estado brasileiro, é possível observar e compreender tal relação através de uma análise sobre a Constituição Federal de 1988. Assim assinala o preâmbulo desta:

> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, Constituição,1988)."

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil objetiva a instituição de um Estado Democrático, por meio de um Estado de Direito.

A RESPONSABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO

A República Federativa do Brasil consagrada na carta magna de 1988 adota como modelo a ser posto na Federação o Estado democrático de direito, muito bem influenciado pelos anseios do povo. Pois de acordo com o contexto vivenciado nas décadas anteriores de um totalitarismo, recusa de diversos direitos, caos, a sociedade brasileira clamava, gritava a plenos pulmões para quem pudesse e

ISBN 978-85-62288-05-0

quisesse ouvir que estava exausta de tanta desordem, que o país necessitava de princípios, de garantias.

Destarte, a carta magna de 1988 vem carregada de princípios democráticos. Fora observado os três grandes movimentos que fortaleceram a teoria de Estado democrático, a Revolução inglesa, a americana e francesa. Ainda com grande ênfase em ideais suscitados anteriormente na Revolução francesa como liberdade, igualdade e fraternidade que são bases na Declaração de Direitos do Homem e Do Cidadão em 1789. Assim, a Constituição abarca princípios fundamentais para a democracia que são a supremacia da vontade do povo, a tutela da liberdade e igualdade de direitos.

Podemos afirmar que esta adoção do Estado Democrático de Direito pelo Estado brasileiro automaticamente implica através da carta magna a Responsabilidade deste Estado em tutelar tudo que fora garantido no pacto de outubro de 1988, ou seja, uma vez que é outorgado o pacto/Constituição entre o povo brasileiro e a figura do Estado, este último se declara representante e protetor de toda população, é firmado uma série de responsabilidades para com o povo, bem como ainda vale ressaltar que o povo é o Estado, se faz Estado na democracia.

Observando o que já foi explanado no corpo do trabalho, pode-se afirmar que este povo que se faz Estado por via da democracia, proporciona a legitimação do Estado Democrático de direito. É a democracia que faz a República Federativa do Brasil ser legítima, com a união do povo, pensamentos, reflexões conectadas por meio da representação devidamente fiscalizada, de acordo com uma base discursiva racional da população, ou seja, a democracia suscitada na magna carta tem como foco que o povo através de um consenso comum racional que vise o bem comum sem demagogias, nepotismos, corrupção legitime o Estado de direito, pois este processo racional gera legitimação quando o próprio povo se torna Estado e legisla para si mesmo através da democracia. O filósofo alemão Jurgen Habermas discorre sobre o tema em sua obra intitulada **Direito e Democracia entre facticidade e validade:**

> "[...] autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da auto legislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. [...] condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume a figura jurídica."(HABERMAS, 2003, p. 139).

Vejamos o artigo 1º da magna carta onde é exposto o Estado Democrático de direito e seus fundamentos:

ISBN 978-85-62288-05-0

> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." (BRASIL, Constituição,1988).

E ainda o artigo 3º, onde é posto os objetivos fundamentais da magna carta de 1988 onde há uma inserção de responsabilidades do Estado.

> "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;II - garantir o desenvolvimento nacional;III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."(BRASIL, Constituição,1988).

Agora ficando claro que o próprio povo é autor de seus direitos no Estado brasileiro vamos analisar quais as responsabilidades principais que povo tem para com si mesmo de acordo com o pacto de 1988. São claros que temos preliminarmente três primeiras responsabilidades que são a tutela de princípios democráticos já suscitados anteriormente, são a supremacia da vontade do povo, a tutela da liberdade e igualdade de direitos e ainda de acordo com os fundamentos e objetivos fundamentais apresentados nos respectivos artigos 1º e 3º da magna carta.

No que tange respeito á supremacia da vontade do povo, logo remetemos nossos pensamentos aos ideias explanados pelo filosofo iluminista Jean Jacques Rousseau que no "século das luzes", esbanjava o ideal do governo da vontade geral, ou seja, que o povo deveria governar, a vontade da maioria deveria ser fonte de legitimação do Estado. O Estado brasileiro tutela a soberania popular via o sufrágio universal, ou seja, o voto. Através do voto o povo se faz representado, se faz Estado e legitima a democracia nacional.

Norteia-se na liberdade e na igualdade a base de uma democracia sólida, assim estas são indispensáveis em nossa Constituição. Busca-se na liberdade e igualdade a justiça, são estas os maiores anseios do povo, por via destas o povo vive com dignidade, tem honra e são respeitados. Quando estas atingem seus índices mais elevados a população enxerga a justiça, portanto sendo tão importantes para a legitimação da democracia vamos observar uma reflexão a

ISBN 978-85-62288-05-0

respeito da importância da liberdade e igualdade para a democracia do mestre Zulmar Fachin na obra intitulada **Curso de Direito Constitucional:**

> "Esses dois valores – liberdade e igualdade – constituem-se os pilares da Democracia, visto caracterizarem um tipo de sociedade de livres e iguais, mas regulada de tal modo que seus cidadãos que ali vivem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência." (FACHIN, 2008, p.42).

De forma grosseira podemos conceituar liberdade como o valor tutelado à população onde se proporciona a esta o direito de ser livre para buscar sua felicidade, sem restrições de direitos como ocorrera nas décadas anteriores a 1988, e a igualdade é o valor tutelado a população onde se proporciona meios para que no livre exercício da liberdade os indivíduos tenham as mesmas condições de liberdade, de direitos, sejam iguais sem qualquer distinção. Liberdade e igualdade são de tal forma tão íntimos que se confundem em alguns momentos, no entanto devemos compreender que são distintas e que uma completa a outra, pois para termos igualdade necessitamos da liberdade e vice versa.

Percebemos que a liberdade está acoplada nas características do indivíduo, ou seja, observamos a liberdade em cada individuo da população, cada um exerce a liberdade de maneira distinta, por isso observamos várias liberdades em nossa Constituição como liberdade de locomoção, liberdade de reunião, liberdade de manifestação de pensamento, liberdade religiosa em outras tantas. Enquanto que a igualdade está associada diretamente ao todo, em toda população, não verificamos a igualdade em uma análise nas características do indivíduo como ocorre na liberdade, pois para se analisar a igualdade precisamos estabelecer a quem determinado individuo é igual, a igualdade é uma relação entre os indivíduos. Observamos está distinção e proximidade ao mesmo tempo em uma reflexão do brilhante Norberto Bobbio em sua obra denominada **Igualdade e Liberdade**:

> "[...] liberdade e igualdade se dá nos casos em que a liberdade é considerada como aquilo em que os homens - ou melhor, os membros de um determinado grupo social - são ou devem ser iguais, do que resulta a característica dos membros desse grupo de serem *igualmente livres ou iguais na liberdade:* essa é melhor prova de que a liberdade é a qualidade de um ente, enquanto a igualdade é um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade, mesmo quando a única característica comum desses entes seja o fato de serem livres." (BOBBIO, 1998, p.13).

ISBN 978-85-62288-05-0

Cabe salientar que em nosso Estado Democrático de Direito a igualdade se divide em formal e material, ou seja, sem duas espécies de igualdade para proporcionar junto da liberdade a justiça. A igualdade formal consiste na responsabilidade tutelada pelo Estado em relação a letra da lei, que todos são iguais perante a lei. No entanto somente esta igualdade não basta para o povo, pois ao longo de décadas de degradação de direitos a desigualdade aumentou muito no país, deste modo necessitava-se de algo a mais, assim temos a igualdade material tutelada na magna carta hodierna. Material porque não é formal, não fica abarcada na letra da lei, a igualdade material consiste em dar oportunidade aos desiguais, visa proporcionar aos que se em encontram em vulnerabilidade social, econômica serem iguais aos demais, mesmo que para isso seja necessário ferir a igualdade formal, ferir a letra da lei proporcionando uma desigualdade na lei para possibilitar uma igualdade material, no entanto assim se faz justiça.

O Estado Democrático de Direito pátrio tem como fundamentos a soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Estes estão elencados ao lado dos princípios democráticos como os pilares deste Estado e assim é de responsabilidade estatal a tutela.

Falando-se em soberania, entendemos que este Estado, que a República Federativa do Brasil se faz soberana, tem o poder, não reconhece qualquer outro poder acima de si, ou seja, já que somos uma nação democrata, que temos na figura do Presidente da República o Estado, e este Presidente escolhido pelo povo é representante dos mesmos, proporciona ao povo a qualidade de soberano. Sim, nenhuma outra nação pode afrontar o povo brasileiro, pois é garantido a este o status de soberano. No entanto, vale salientar que não se permite nenhuma afronta interna ao Estado brasileiro, ou seja, não se permite que o próprio povo afronte a soberania da Republica Federativa do Brasil. Por exemplo: no suscitado artigo 1º da Constituição Federal de 1988 temos a afirmação de que este Estado é formado pela união indissolúvel dos Estados entes, municípios e o Distrito Federal, assim sendo, o povo jamais pode afrontar a soberania da União pleiteando a dissolução de Estados membros, pois estaria dissolvendo a si mesmo.

A Cidadania está acoplada em toda Constituição brasileira, pois esta é tida como a "Constituição Cidadã", insere ao indivíduo o caráter de cidadão, por adotar um Estado democrático de direito ela garante ao povo um leque de direitos gerando para o Estado responsabilidades de tutela, por isso é cidadã. Ainda cidadã quando busca através da educação tornar os indivíduos capazes de praticar a cidadania, serem cidadãos. De acordo com a magna carta por via da educação busca-se o preparo do indivíduo para o exercício da cidadania: "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a

ISBN 978-85-62288-05-0

colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho." Portanto a cidadania é de suma importância para a população, é a cara da Constituição e deve ser tutelada constantemente para o bom andamento da democracia.

A dignidade da pessoa humana é um dos maiores valores resguardados hodiernamente em nossa carta constitucional, não fora um valor criado pelos legisladores em 1988, mas um valor que está inerente na humanidade e foi devidamente abarcado em nossa Constituição. O mestre Zulmar Fachin descreve a respeito na obra denominada **Curso de Direito Constitucional**:

> "O constituinte de 1988 erigiu a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico. A escolha refletiu a prevalência da concepção humanista, que permeia todo o texto constitucional. A dignidade da pessoa humana é um valor fundante do Estado brasileiro e inspirador na atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa." (FACHIN, 2008, p. 185)

Afirma-se então, que a dignidade da pessoa humana não é somente uma responsabilidade do Estado brasileiro, mas sim mundial, podemos dizer que seria um valor que vai além de qualquer legislação, tem cunho natural.

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa estão atrelados a valorização do trabalho, pois a população por via do trabalho e da livre iniciativa no mercado, garante sua subsistência e faz com que o país se desenvolva economicamente. Deste modo o Estado se responsabiliza em manter um índice de empregos e viabilizar meios para com que a economia do país cresça, mas vale ressaltar que o Estado democrático brasileiro carrega alguns aspectos liberais, no entanto continua sendo a "mão invisível" na economia alertada por Adam Smith. Em regras gerais o Estado tutela o trabalho o emprego, visa não deixar com que empresas façam o que bem entender, como demissões em massa, procura estabelecer acordos para que sempre seja tutelado o emprego.

O pluralismo político está relacionado diretamente com a democracia, é o meio pelo qual o Estado proporciona via o pluralismo partidário as diversas possibilidades de representações, assim havendo várias e distintas possíveis representações, cabe ao povo decidir através do sufrágio universal qual seria a melhor. Há uma diversidade de opiniões contrariando qualquer tipo de sociedade monista e esculpindo e garantindo mais uma vez a "liberdade".

Outras responsabilidades que a República Federativa do Brasil possuí estão relacionadas aos objetivos que são expostos no artigo 3º da magna carta. Tais objetivos são normas programáticas que visam com que o Estado possa agir

ISBN 978-85-62288-05-0

efetuando normas que possibilitam o desenvolvimento do país. Os objetivos são deveres deste Estado e a população via procedimentos democráticos deve exigir sempre que estes sejam cumpridos.

De acordo com o exposto a República Federativa do Brasil atrelada a um Estado Democrático de Direito, para que assim possa ser responsabiliza-se de acordo com algumas tutelas indispensáveis para o bom fluir da sociedade brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com fulcro em toda teoria exposta no presente trabalho percebe-se que a República Federativa do Brasil que está atrelada a um Estado Democrático de Direito consolidada na Constituição de 5 de outubro de 1988 traz consigo diversos aspectos já suscitados e adotados em vários povos, como princípios revolucionários da França, Inglaterra e Estados Unidos da América, fundamentos e objetivos para este Estado democrático de Direito percebemos as diversas e complexas responsabilidades que este Estado adquiriu para si visando o desenvolvimento deste povo.

Tais responsabilidades são extremamente complexas para um país de tamanha proporção, no entanto o Brasil deu um grande passo no momento que fora prolatada determinada Constituição. Com duas décadas completadas após outorgada a Constituição Cidadã vem a pergunta: a República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, tem sido capaz de cumprir garantir o exercício de suas responsabilidades? Fica evidente que aconteceu, acontece e infelizmente vai acontecer certo esquecimento, desleixo do Estado para com tais responsabilidades, no entanto percebe-se que com duas décadas o país evoluiu muito, a democracia tem amadurecido, a população aumentou seus índices de escolaridade, logo fortaleceu a prática de cidadania suscitada nos fundamentos da magna carta.

É claro que a democracia no país sofre com inúmeros golpes ao longo dessas décadas, por desleixo daqueles que se fazem representantes do povo no meio estatal, muitas vezes ao estar no posto de representante de um todo, ter o cargo de "figurar como Estado", estar com poder em mãos, muitos indivíduos acabam por ferir este Estado Democrático de Direito com ações completamente inversas aos princípios inerentes a carta constitucional.

No entanto, não se pode deixar de destacar, que toda e qualquer disposição acerca do Estado Democrático de Direito Brasileiro deve levar em conta o processo de construção, e constituição, de pensamento e aprofundamento dos princípios democráticos, uma vez que, como já exposto, além da Magna Carta possuir pouco mais que vinte anos, ainda deve-se considerar que ela se estabelece e vivencia o

ISBN 978-85-62288-05-0

início do século XXI, e de todas as diversas transformações políticas, econômicas e sociais que ainda virão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade.* 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: A filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsiever, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

FACHIN, Zulmar. *Teoria Geral do Direito Constitucional.* 2. ed. Londrina: IDCC, 2006.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

ROUSSEAU, J. J. *Do Contrato Social*. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ISBN 978-85-62288-05-0

EM BUSCA DO ESPAÇO DO POLÍTICO NA ESTRUTURA DO ESTADO

Thiago Freitas HANSEN•

RESUMO:
O direito contemporâneo, preso às noções de soberania e estado, acaba por despolitizar o debate público, transformando a política em processos de legalidade e legitimidade. Investigando esse problema a partir de Carl Schmitt, o trabalho busca contrapor às concepções de soberania clássica os estudos de antropologia política desenvolvidos por Pierre Clastres e Eduardo Viveiros de Castro com o intuito de demonstrar que há espaço para o político em uma sociedade sem ou contra o Estado. Por fim, a partir deste exercício de alteridade, o texto encaminha uma discussão sobre as fronteiras do direito contemporâneo e a factibilidade da construção de um direito que não conduza o político dentro de seus mecanismos.

ABSTRACT:
The contemporary law, stuck to the notions of sovereignty and State, ends to depoliticize the public debate, transforming the concept of political in a process of legality and legitimacy. Investigating this issue from Carl Schmitt, the work seeks to counter the classical conceptions of sovereignty with the studies in political anthropology developed by Pierre Clastres and Eduardo Viveiros de Castro with the intent to demonstrate that still room to the political in a society without or against the State. Finally, from this otherness exercise, the text directs to a discussions about the boundaries of the contemporary law and the feasibility of building a law which doesn't conduct the political inside its mechanisms.

PALAVRAS-CHAVE: Político – Estado – Carl Schmitt – Pierre Clastres

KEYWORDS: Political – State – Carl Schmitt – Pierre Clastres

Introdução

O Direito contemporâneo vive o denominado paradigma da soberania. A íntima relação construída, tanto historicamente quanto teoricamente, entre Direito e Estado, Direito e Poder e, por fim, Direito e violência regulada pelo poder, vem encontrando em autores hodiernos diversas críticas que precisam ser relevadas e questionadas.

• Possui graduação em História (2010) e Direito (2011) pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. É mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2012).

ISBN 978-85-62288-05-0

Carl Schmitt é um dos autores que fundamentou o paradigma da soberania em sua versão do século XX, em especial nas obras *Teologia política* (1922) e *O conceito do político* (1931). É sua a ideia de que o direito se funda de uma suprema decisão do soberano, que é aquele quem tem o poder de decidir sobre a exceção, e por via transversa, definir o que é o normal, o *nómos* da lei e seu âmbito de aplicação.

Na História do Direito são comuns os estudos[495] que buscam demonstrar a existência de um Direito pré-moderno e, portanto, desvinculado de uma lógica soberana que firma a relação violência-poder. A teoria do direito vem pensando nos últimos anos como se daria o momento de fundação do direito em que não corresponderia um supremo, único e uno ato de violência fundadora, buscando assim pensar um Direito novo e livre do paradoxo da soberania. É neste seio que se mostra de suma importância a reflexão acerca da formação do paradigma soberano, utilizando, para tanto seu grande mestre do século XX, Carl Schmitt, bem como as versões críticas de Giorgio Agamben, estudos estes influenciados por Walter Benjamin e Jacques Derrida.

O presente texto tem o objetivo de se constituir em um ensaio reflexivo que busque dar indicações de possíveis novos âmbitos do pensamento jurídico que não se prendam ao paradigma da soberania hoje posto, bem como pensar quais são as conseqüências em se desvincular o direito de uma lógica -soberana. Para tanto, elencou-se um diálogo possível entre o texto *O conceito do político* de Carl Schmitt com os estudos de antropologia política de Pierre Clastres e Eduardo Viveiros de Castro.

Pensar o momento pré-fundacional da ordem jurídica, contemporaneamente confundida com o Poder Constituinte Originário, como fez Walter Benjamin, Carl Schmitt e Jacques Derrida parece ganhar maior amplitude e complexidade quando se insere, como possibilidade de comparação, a lógica do poder nas sociedades ameríndias, ditas sociedades primitivas, que longe de constituirem um direito fundado na soberania e na violência, formavam antes um direito contra o poder coercitivo, filho de uma sociedade contra o estado, portanto, contra a unidade, o uno e o um.

É preciso deixar claro desde já que este texto não se propõe a dar respostas prontas, mas sim exercitar um pensamento reflexivo que poderá contribuir para a metodologia e a teoria de um direito que será discutido na pesquisa final do curso de pós-graduação do autor, pesquisa essa que não é futura, mas é uma pesquisa do por-vir, sem conclusões prévias, sem preconceitos, nem retornos a um passado idílico e perdido.

---

[495] Vide autores como: Grossi, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis, Fundações Boiteux, 2009.; Costa. Pietro. *Soberania, representação, democracia*. Curitiba: Juruá, 2011; entre outros.

ISBN 978-85-62288-05-0

1 A política entre o amigo e o inimigo

É no *Conceito do Político*, obra lançada dez anos após a *Teologia Política*, que Carl Schmitt parece cuidar com maior atenção do momento político que incide na formação do ordenamento jurídico. É na delimitação do conceito do político, em suas definições e limites fundamentais, que se procura entender quais são as relações existentes entre o político e o soberano.

Já no prefácio de Hans Georg Flickinger à obra, se lê que Schmitt tinha em mente a necessidade de se compreender o mito da soberania, mito secularizado modernamente, processo este que "não transforma, senão esconde apenas o que o mundo não suporta e – o que não pode suportar o qualifica"[496], demonstrando então que, tencionado ao limite, a lógica da soberania moderna aponta "à impossibilidade de encontrar um último fundamento de legitimação dentro da racionalidade política moderna"[497]. O autor nos leva a crer, no decorrer do texto, que o conceito do político pode trazer elucidações importantes sobre a formação do soberano.

Não obstante ao imbróglio que a soberania está inserida desde sua constituição, Schmitt inicia seu texto com uma frase polêmica, potente e profunda, que permeará em abstrato todo o livro: "o conceito do Estado pressupõe o conceito do político". Neste momento o autor realiza dois movimentos reflexivos importantes que suscitam questionamentos: primeiro, se o conceito do político é anterior ao conceito do Estado; e um segundo, mais polêmico e complexo, se modernamente o conceito do político contém ou está contido no Estado.

Para responder essas indagações iniciais é preciso recorrer aos elementos fundamentais do texto ora analisado. A grande preocupação de Schmitt é definir o âmbito de incidência bem como um critério que possa separar o conceito do político dos demais conceitos que costumeiramente a filosofia procura submetê-lo, a rigor, a economia, a estética, a religião, a moral etc. Só a partir do isolamento daquilo que constitui o político é que será possível compreender seus desdobramentos e seu funcionamento, e portanto, enxergá-lo como pressuposto do Estado.

Ao se buscar separar o político das demais incidências que constituem o social, é preciso que se construa um critério que o isole. Afinal,

> "Admitamos que as distinções últimas no âmbito moral sejam bom e mau; no estético, belo e feio; no econômico, útil e prejudicial ou, por exemplo, rentável e não rentável. A questão, então, é se também existe uma distinção peculiar [...] como critério simples do político.[498]

[496] Schmitt, Carl. *O conceito do político.* Petrópolis: Vozes Editora, 1992, pág. 20.
[497] Schmitt, Carl. Op cit. pág. 18.
[498] Schmitt, Carl. Op cit. pág. 51.

ISBN 978-85-62288-05-0

Antecipando as conclusões que se constituem no desdobramento de todo o livro, Schmitt em seguida esclarece: "A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre *amigo* e *inimigo*"[499]. A relação fundamental que pode ser compreendida como *critério* de avaliação do político, é, em última instância, a lógica em que se separam grupos de pessoas, *in concreto*, entre amigos e inimigos. Ressalte-se, tal relação não é um conceito acabado, mas um *critério* para se avaliar em que local o político está, já que este conceito, no entender do autor, não pode ser avaliado de forma universal e abstrata, mas sempre na contingência.

A potencialidade de um pensamento político consegue ser eficaz quando ele pode efetivamente trazer às claras esta separação e demonstrar que a sociedade está radicalmente dividida em função desta motivação *política*. Schmitt esclarece também que o inimigo em tela não é um inimigo privado, pessoal ou familiar, mas um inimigo público, capaz de coletivamente dividir as pessoas entre seus aliados e seus inimigos.

O conceito do político, nesta perspectiva, requer a possibilidade de existência de um conflito que se desdobre da relação amigo-inimigo. Um mundo esvaziado de conflitos seria, em última análise, um mundo esvaziado de política.. A necessidade da possibilidade do conflito demonstra a forte influência da filosofia de Hobbes no pensamento schmittiano, e, portanto, a presença da guerra se torna essencial.

A possibilidade da ocorrência da guerra é a materialização da força de determinado movimento político. Quando a força política se coloca de tamanha monta a ponto de não apenas dividir a sociedade a partir dos grupos amigo-inimigo, mas também de prepará-los para um conflito real, determinado e que não é possível se normatizar genericamente, ou seja, em última instância, quando o político é capaz de fazer com que o amigo disponha de sua própria vida em um campo de batalha e esteja preparado para matar a vida do outro (inimigo), é que se tem o ápice da força do político. Schmitt adverte que é preciso manter sempre à mão a possibilidade real de um conflito para que se consiga extrair a efetiva força do político[500]. Aqui o autor tem em mente a construção teórica feita por Clausewitz, para quem "a guerra é a continuação da política por outros meios".

---

[499] Schmitt, Carl. Op cit. pág. 51, grifos do autor.

[500] Sobre este ponto, ensina Goméz, Enrique Serrano. *Consenso y conflicto*, México: Centro de Estudios de Político Comparada, 1999, pág 43: "El enemigo político es aquel con quien el conflicto puede desembocar en una guerra, entendida como la lucha armada entre unidades sociales organizadas que buscan exterminarse mutuamente (aunque no siempre se llegue a este extremo), es decir, la lucha que tiene como fin 'la negacíon óntica de un ser distinto'. Esto no quiere decir que Schmitt reduzca la política a la guerra. Su tesis es que la guerra, en tanto posibilidad real, representa el presupuesto fundamental de la accíon política. Para que lãs relaciones entre dos grupos cobren un sentido político, el enfrentamiento armado entre ellos tiene que ser una alternativa siempre presente.

ISBN 978-85-62288-05-0

Assim, a guerra, como última possibilidade concreta, é aquilo que define com perfeição o âmbito do político. Concorrentes econômicos não necessariamente precisam fazer a guerra, mas, se o fizerem, estes não são apenas concorrentes, mas inimigos políticos; religiosos de doutrinas diversas não precisam efetivamente guerrar pela fé, mas se o realmente fizerem são inimigos, e portanto, sua religiosidade ganhou uma força autônoma e efetivamente política.

O conflito, a guerra, a possibilidade de dispor da própria vida, lembra Schmitt, pode se dar tanto no âmbito externo, entre dois Estados autônomos e soberanos, ou mesmo em uma luta político-partidária interna ao próprio Estado, levando assim à Guerra Civil. Esclarece o autor:

> Quando no interior do Estado os antagonismos político-partidários transformam-se completamente 'nos' antagonismos políticos, alcança-se o grau extremo na escala da 'política interna', ou seja, agrupamentos amigo-inimigo intra-estatais, não de política externa, são os decisivos para o confronto armado. A possibilidade real de luta que sempre deve estar presente para que se possa falar de política refere-se, por conseguinte, em tal 'primado da política interna' não mais à guerra entre povos organizados em unidades políticas (Estados e Impérios), mas à guerra civil.[501]

A formação dos agrupamentos amigo-inimigos ocupam um espaço fundamental na estruturação do poder soberano, e, por conseguinte, do Estado. Pois, pelo fato do político residir num comportamento em que há possibilidade real de guerra, ela (a guerra) se forma como agrupamento humano determinante da unidade política estatal, "portanto, se estiver presente, será sempre a unidade normativa e 'soberana', no sentindo de que a ela [ao agrupamento por via da guerra] caberá sempre, por definição, resolver o caso decisivo, mesmo que seja um caso excepcional"[502].

É preciso destacar a postura dúplice de Schmitt com relação à guerra civil: para o autor, o soberano deve interferir com medidas excepcionais à luta interna no espaço estatal, pois cabe a ele, em última instância, manter a coesão política que define sua nação. A separação amigo-inimigo só é compreendida como não-anômica por Schmitt quando se trata de relações externas, entre Estado Soberanos diversos. Internamente, não é aceitável o pluralismo político.

Estruturada a unidade política fundamental, têm-se o gérmen da soberania, e o poder não pertence mais aos indivíduos singularmente – ainda que não sejam

[501] Schmitt, pág. 58.
[502] Schmitt, Carl. Op cit. pág 64-65.

ISBN 978-85-62288-05-0

absolutamente esvaziados dele –, mas são contabilizados para constituir um conjunto coletivo que dá significado às relações política. Assim,

> A palavra 'soberania' tem aqui um bom sentindo, da mesma forma que 'unidade'. (...) Seja como for: como conseqüência da orientação segundo o possível caso extremo da luta efetiva contra um inimigo efetivo, a unidade política, necessariamente, ou é a unidade decisiva para o agrupamento amigo-inimigo e, nesse sentido (não em algum sentido absolutista) soberana, ou ela simplesmente inexiste.[503]

Com a soberania e a figura do soberano configura-se a relação visceral entre o poder do soberano e a vida dos súditos. Na aglutinação amigo-inimigo, como é necessário que se tenha sempre em mente a possibilidade real de conflito, é preciso que o soberano possua também a prerrogativa de dispor da vida biológica de seus súditos, afim de que a guerra se concretize. É em nome do Estado e da guerra que a vida biológica é disponível ao soberano: "O estado como unidade política decisiva, concentrou um enorme poder: a possibilidade de fazer guerra e de com isso dispor abertamente sobre a vida dos homens"[504].

A este fenômeno de disponibilidade da vida ao soberano, que Giorgio Agamben denomina "captura", é que se reporta o poder constituinte originário, capaz de fundar o direito e, consequentemente, a normalidade em contraposição à exceção que é a guerra.

Evidentemente, o soberano não se preocupa apenas com o conflito e com a guerra, pois é necessário que ele gere também a condição de paz e normalidade, para que tendo ela como parâmetro, seja possível que as normas jurídicas sejam válidas "porque cada norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter validade para uma situação que frente a ela é totalmente anormal"[505].

É neste tom que ao se resgatar a *Teologia Política*, compreende-se mais a fundo o papel do Soberano, como aquele que decide sobre a exceção. Acerca disto Vera Karam de Chueiri[506] esclarece que "Schmitt entende que o soberano é quem decide sobre o Estado de Exceção, estado no qual se faz necessário o desvio da regra e da normalidade, suspendendo-se o ordenamento jurídico, a fim de manter a unidade e a coesão política". Perpetua-se, portanto, dentro do ordenamento jurídico, camuflado de direitos e com uma maquiagem neutra, a violência política que gerou a soberania e fundou o ordenamento jurídico. O Direito não surge então como

[503] Schmitt, Carl. Op cit. pág. 65.
[504] Schmitt, Carl. Op cit. pág. 72.
[505] Schmitt, Carl. Op cit. pág. 72.
[506] Chueiri, Vera Karam. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia (radical). In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). *Repensando a Teoria do Estado.* 1ed .Belo Horizonte: Forúm, 2004, pág. 368.

ISBN 978-85-62288-05-0

mecanismo pacificador, mas como perpetuador de uma relação política anterior de amigo-inimigo, em que sob a égide do soberano, é concentrado e regulado a partir de um poder mitológico advindo do Estado.

Um autor que percebeu essa íntima relação entre Direito e Violência foi o alemão Walter Benjamin em um texto enigmático denominado *Para uma crítica da violência* de 1921 que atinge sua maturação última nas *Teses sobre o conceito de História* de 1940, em especial na reiteradamente citada Tese número oito.

Em apertada síntese, o texto do jovem Benjamin de 1921 traz em seu bojo uma consideração que ainda se mostra frutífera: todo o poder/violência – o autor usa o termo alemão *Gewalt* – que instaura o Direito é o poder/violência que, através dos poderes constituintes derivados, estrutura instituições a fim de conservar este mesmo Direito. Tem-se assim que a lógica do Poder Constituinte Originário que funda a nova ordem constitucional torna-se Poder Constituinte Derivado que perpetua a violência inicial em um ciclo vicioso, que o autor denominará de violência mítica que instaura e, posteriormente, mantém o direito[507]. Novamente Vera Karam de Chueiri pontua:

> A força que está na origem da soberania (que é lhe constitutiva) não é simplesmente força, mas violência. Violência esta que o Estado de Direito pretende expurgar com a racionalização da força (pelo direito), mas que em última análise permanece e dá significado ao próprio direito. (...) Tem-se aí o sentido originário da violência fundadora da ordem e da violência mantenedora (que é a própria ordem). (...) A fundação de todos os Estados advém de uma situação que se pode dizer revolucionária. Assim, inaugura um novo direito e sempre se dá num contexto de violência, ainda que essas situações revolucionárias não sejam genocídios espetaculares, expulsões ou deportações que, via de regra, acompanham a fundação dos Estados.[508]

O político torna-se poder/violência que constitui o soberano, este por sua vez funda o Direito. O Direito objetiva, mais do que cessar a violência, perpetuá-la em seus mecanismos para garantir a força da ordem política fundadora, ou seja, a relação amigo-inimigo original. Cristaliza-se assim determinada ordem e questioná-la torna-se motivo de opressão pelo Estado. O conteúdo político é esvaziado e retirado das mãos da sociedade para se concentrar autonomamente no Estado[509].

---

[508] Chueiri, Vera Karam de. Op cit., pág. 369.

[509] A este fenômeno final, Paolo Grossi com a maestria que lhe é costumeira, denomina de Absolutismo Jurídico a absorção completa da jurisdição (dizer o direito) para as estâncias políticas do Estado.

ISBN 978-85-62288-05-0

O que se observa então é uma equalização entre político e estado, uma absorção por via da burocracia estatal e dos mecanismos representativos de poder, de todo o potencial político da sociedade. É reduzido o poder social de determinação do critério amigo-inimigo para o poder do Estado, que através de sua estrutura jurídica regula, condiciona e enfraquece o conteúdo político. Carl Schmitt estava atento a este fenômeno, que ele chamou de despolitização, quando escreveu seu *O conceito do político*.

> Enquanto um povo existe na esfera do político, ele precisa ainda que somente para o caso mais extremo – mas sobre cuja ocorrência é ele mesmo quem decide – determinar por si mesmo a diferenciação de amigo e inimigo. Aí se encontra a essência de sua existência política. Se ele não tem mais a capacidade ou a vontade para esta diferenciação, ele cessa de existir politicamente.[510]

É no liberalismo que ele observa o principal responsável pela despolitização da sociedade. Nesta doutrina é pregada a privatização do público e a proteção do individualismo a ponto de todo o político ficar contido nos mecanismos legalistas e legitimadores propostos na Constituição do Estado.

Ademais, no liberalismo o conflito entre os Estados deve ser sempre regulado em busca da "paz perpétua", regulamentando-o internamente ao direito. Logo há a despolitização por via jurídica, já que a possibilidade de conflito armado é sempre rechaçada.

O soberano, aquele traz consigo a coesão política, é no liberalismo amplamente reduzido e controlado. Schmitt ataca esta postura como falsa e traiçoeira, e Serrano Goméz[511] explica que este ataque deriva da crença de que "la desaparición de la soberanía estatal no es un camino hacia la liberación, sino que representa el surgimiento de um nuevo tipo de servidumbre com um rostro mecánico y um apetito insaciable".

É na ideologia econômica burguesa e nos ideais de universalidade ética que Schmitt encontra o perigo. Escreve ele sobre isso:

> O liberalismo decerto não negou radicalmente o Estado, mas por outro lado também não encontrou nenhuma teoria positiva do Estado e nenhuma reforma própria do Estado, mas procurou, isto sim, prender o político ao ético e subordiná-lo ao econômico; ele criou uma doutrina da divisão e do equilíbrio dos 'poderes', isto é, um sistema de obstáculos e controles do Estado que

[510] Schmitt, Carl. Op cit. pág. 76,
[511] Goméz, Enrique Serrano, Op cit. pág. 26.

ISBN 978-85-62288-05-0

> não se pode designar como teoria do Estado ou princípio de construção político.[512]

Isto tudo porque Schmitt vê na ideologia liberal o fim do político pela eliminação do pluralismo de ideias. O liberalismo tem como fundamento a noção de que o Estado tem o único dever de garantir a ordem social para o "agir político racional", não possuindo o poder de ser o centro da política e, consequentemente, criador da distinção entre amigo e inimigo. O conflito, no pensamento liberal, é sempre visto como uma anomia, devendo o Estado interferir para garantir que ele não ocorra, ou então, seja reduzido sempre ao mínimo. Portanto, enquanto no decisionismo de Schmitt o conflito é base existencial do humano, no liberalismo ele é sempre visto como acidente a ser eliminado. O pluralismo político fica então em maus lençóis, pois qualquer ideia que vá de encontro aos princípios liberais pode sofrer uma "escalada de violência" enorme, por ser considerada um "inimigo absoluto", aquele que não tem direito de existir e deve ser eliminado. De outro lado, no pensamento schmittiano o inimigo é sempre "real", ou seja, possuidor dos direitos de decretar a guerra e de firmar tratados de paz, e, nesse sentido, é um outro ente político levado realmente à sério.

O contrassenso encontrado no pensamento de Schmitt se dá nas diferenciações que ele faz dos conflitos externos e dos conflitos intraestatais. Este é sempre visto como anomia e desagregador da política, enquanto àquele é garantidor da pluralidade e da política. Observado na prática, o século XX mostrou que a distinção entre inimigo absoluto e inimigo real deixou de existir durante a Segunda Guerra Mundial, quando no bojo da Guerra Total civis e militares foram submetidos ao conflito armado forçado. O pluralismo externo *versus* o unitarismo intraestatal não se sustenta dentro dos próprios conceitos Schmttianos, como aponta Serrano Goméz[513]. Aliás, sobre a diferenciação entre inimigo absoluto e inimigo real, cabe esclarecer a crítica:

> Schimitt no percibe que la diferenciación entre estos dos tipos de enemistad, que él mismo propone para conceptualizar las condiciones 'morales' que conducen a la escalación de la violencia, presupone uma distinción entre dos concepciones de la 'universalidade'. Em el primer caso se piensa a la universalidad como sinónimo de homogeneidad; en el segundo, como un principio donde se enmarca la existencia de la pluralidad. Para dicirlo de otra manera, la enemistad absoluta es resultado de considerar a la humanidad como una entidad que supera las diferencias, debido, generalmente, a que se identifica con una forma de vida y una organización social particulares. Por el

[512] Schmitt, Carl. Op cit. pág. 88.
[513] Gómez, Enrique Serrano, Op cit. pág 73.

ISBN 978-85-62288-05-0

> contrario, la enemistad real supone a la humanidad como uma realidad plural, desgarrada y conflictiva que, sin embargo, implica que todos sus miembros tiene el derecho a tener derechos.[514]

Giorgio Agamben aponta em seus estudos sobre a soberania e a política[515], que contemporaneamente se mostra mais indiscernível as reais diferenças entre liberalismo e totalitarismo, tendo os dois regimes um ponto comum que se espalha para todas as esferas do político[516]: a relação entre o soberano e a vida nua dos súditos. A captura da vida nua dos súditos pelo soberano via Direito enreda as relações políticas, submetendo-as às regras de legitimidades previstas nas Constituições modernas. Questionar o atual estado de coisas por vias que não estejam expressas na constituição (documento que perpetua a violência originária) é ilegítimo, e portanto, punível pela decretação do Estado de Exceção.

Assim é possível se chegar às duas respostas das perguntas iniciais propostas no texto: sim, o político precede o Estado, como está claro desde a primeira frase do livro do Schmitt; quanto a segunda questão, devido a formação do soberano por via do agrupamento político original e sua perpetuação por meio do Direito, o político acaba contido no Estado, preso a ele e incapaz de agir efetivamente. É preciso, como tarefa de uma teoria do direito, se pensar uma escapatória a este ciclo vicioso imposto pela violência jurídica. O objetivo do jurista é conceber um Direito que se furte à violência coercitiva e possa garantir a possibilidade de justiça ao invés de fins jurídicos. É preciso reativar o conceito de violência divina de Walter Benjamin, aquela violência não-sangrenta, oposta à mítica e que tem como objetivo depor o Estado ao invés de tomar seu aparato. Esta operação é um ato contra o Estado e não uma ação retroativa a um suposto tempo em que não havia Estado, é um agir positivamente contra a aglutinação única externa à sociedade, contra o um teológico, contra o universal escatológico e em prol do múltiplo. É o que se pretende delinear nos próximos pontos.

2 Político sem soberano ou o poder contra o estado

Há uma crença, hoje ainda muito forte, de que as sociedades evoluem naturalmente e progressivamente de um formato sem estado para um formato com estado. As sociedades sem estado são denominadas pela antropologia da primeira metade do século XX de sociedades primitivas, em um sentido majoritariamente

[514] Gómez, Enrique Serrano, Op cit. pág. 72-73.
[515] Agamben, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
[516] Há que se destacar que parece que Giorgio Agamben acaba por reduzir à rés do solo democracia e totalitarismo como um todo único, o que vem gerando importantes críticas. Entretanto, não parece ao autor que esta seja a vontade final de Agamben. O filósofo italiano apenas busca encontrar um ponto em comum a estes regimes a fim de aclarar o mito da soberania moderna.

ISBN 978-85-62288-05-0

pejorativo. As sociedades com Estado seriam, na outra ponta da evolução, as sociedades evoluídas.

Esta perspectiva evolucionista, progressista e triunfante rumo ao Estado é uma forma de narrativa histórica fortemente imbuída pela lógica do desenvolvimento científico, técnico e "moral" típico do Esclarecimento. É no interior deste formato de narrativa que se compreende termos como "Idade das Trevas" em contraposição a "Idade das Luzes", "Antiguidade Clássica" como monumento saudosista, "República Velha" versus "Estado Novo" etc. São termos que hierarquizam a História como se esta fosse uma escada, em que se inicia de um degrau mais baixo, portanto inferior, e ruma ao topo do progresso, que pode ser confundido com a sociedade industrial capitalista ou com o comunismo marxista, entre outras formas escatológicas de se compreender a História.

Longe de efetivamente compreender e explicar a lógica das sociedades primitivas, este formato de narração histórica contribui para uma compreensão do próprio ocidente, já que revela mitos e crenças de sua forma de pensar.

Na década de 60, o etnólogo francês Pierre Clastres iniciou reflexões importantes sobre o poder e a política no campo em transformação da Antropologia Política. O autor tinha como fundamento inicial a quebra do etnocentrismo, tentativa viciada de se buscar compreender sociedades tradicionais, primitivas, indígenas etc., como atrasadas ou involuídas. Dirigindo-se ao problema da relação entre poder e violência nas sociedades primitivas, Clastres levantou o paradigma ocidental a fim de, por meio de um exercício de comparação, derrubá-lo de sua posição de universalidade:

> 'O poder se realiza numa relação social característica: comando-obediência.' Daí resulta de saída que as sociedades onde não se observa essa relação essencial são sociedades sem poder. (...) O que convém ressaltar primeiramente é o tradicionalismo dessa concepção que exprime com bastante fidelidade o espírito da pesquisa etnológica: a saber, a certeza jamais posta em dúvida de que o poder político se dá somente em uma relação que se resolve, definitivamente, numa relação de coerção. De sorte que sobre esse ponto, entre Nietzsche, Max Weber (...) ou a etnologia contemporânea, o parentesco é o mais próximo do que parece e as linguagens pouco se diferem a partir de um mesmo fundo: a verdade e o ser do poder consistem na violência e não se pode pensar no poder sem o seu predicado, a violência.[517]

[517] Clastres, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac Naify, 2012. pág. 29.

ISBN 978-85-62288-05-0

A relação entre violência e poder torna-se então um verdadeiro mito ocidental, e, à maneira do que Carl Schmitt enunciara: aquilo que uma sociedade não pode explicar é justamente o que a define. Pensar o poder por sua relação com a violência, aposta Clastres, é uma forma de pensá-lo, mas não a única.

Está no íntimo da reflexão política ocidental a relação entre poder e violência, como enunciada acima nas temáticas de Carl Schmitt e Walter Benjamin. O resultado contemporâneo desta perspectiva também já foi enunciado: despolitização e aprisionamento do político no jurídico. Entretanto, ao operar seu olhar antropológico, Clastres inicia um procedimento de relativização desta perspectiva por via da alteridade e da comparação do funcionamento do poder nas sociedades primitivas, a fim de levá-las a sério.

Sua relativização parte da etnologia e de vasta experiência junto às populações ameríndias do Sul, em especial nas regiões da Amazônia brasileira e do Chaco paraguaio, e pode ser iniciada a partir de uma frase: "não nos é evidente que coerção e subordinação constituem a essência do poder político *sempre e em qualquer lugar*"[518].

É famoso o juízo dos missionários jesuítas sobre os indígenas brasileiros, ainda no século XVI, de serem povos "sem rei, sem lei, sem fé" na medida em que o tronco lingüístico tupi efetivamente não possui os fonemas "r", "l" e "f". Não obstante esta observação parecer hoje jocosa, ela possui grande fundo de verdade. A sociedade primitiva indígena é uma sociedade que se define como sendo "contra-estado". Isto não significa que os povos indígenas não tem Estado porque não atingiram o momento evolucionista fundamental (para os marxistas, o excedente de produção), mas porque a sociedade se coloca de forma positiva e voluntária contra a formação de um Estado. Contra a formação de uma concentração única, una e externa do poder, que em nossa sociedade se cristaliza no Estado[519].

Há espaço específico para o político nas sociedades ameríndias, mas este espaço não se transforma em soberania e, por fim, não necessariamente objetiva a criação de um Estado. Assim como no ocidente, o político na sociedade indígena também pode ser observado pelo critério do amigo-inimigo. A ocasião de ameaça externa, que gera possibilidade real de guerra, concede poderes ao chefe da tribo indígena, mas estes poderes não podem ser usurpados por ele.

Mas então, questiona-se, o que é o chefe das tribos indígenas? Não seria ele um soberano? Não teria ele o poder de decidir sobre a exceção? O líder indígena é, acima de tudo, aquele que detém a palavra. É aquele que a tribo elege como

[518] Clastres, Pierre. Op cit. pág. 31 – grifos no original.

[519] Sobre estes missionários, escreve Clastres, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac Naify, 2011. Pág 138: "Constatando que os 'chefes' não possuíam nenhum poder sobre as tribos, que ninguém mandava e ninguém obedecia, eles disseram que esses povos não eram *policiados*, que não eram verdadeiras sociedades: selvagens 'sem fé, sem lei, sem rei'."

ISBN 978-85-62288-05-0

responsável por expressar a vontade da coletividade social aos inimigos externos. Não tem ele o poder de decidir conforme sua vontade o que a tribo deverá fazer, mas, ao contrário, buscar compreender e interpretar a vontade de toda a sociedade. Caso o líder extravase esse limite, ele será abandonado ou mesmo morto. É que "na verdade, ele dispõe apenas de um direito, ou melhor, de um dever de porta-voz: dizer aos outros o desejo e a vontade da sociedade"[520], sua condição como líder é limitada a este dever bastante restrito.

Além de ser o porta-voz, agindo como um "Ministro de Relações Exteriores", o chefe indígena também é o "fazedor da paz; ele é a instância moderadora do grupo, tal como é atestado pela divisão freqüente do poder em civil e militar"[521], de tal sorte que ele possui funções jurídicas, que, entretanto, não possuem cogência. Explica Clastres:

> Mais que um juiz que sanciona, ele é um árbitro que busca reconciliar. Não é pois surpreendente constatar que as funções judiciárias da chefia sejam tão raras: se o chefe fracassa em reconciliar as partes adversas, não pode impedir que a desavença se transforme em *feud*. E isso demonstra bem a disjunção entre o poder e a coerção.[522]

Mas, afinal, por qual mecanismo é possível a contenção do poder do chefe nas sociedades indígenas? Qual estrutura social permite com que o chefe mantenha-se limitado a dizer e não a mandar?

É na noção de troca e dívida que se encontra a resposta para essa lógica do poder. O chefe indígena ao assumir sua condição deve abrir mão de um rol de direitos e se submeter a uma lógica interna da sociedade que faz dele um refém desta, sendo possível sua remoção a qualquer momento caso extrapole sua condição. Ser chefe não é, necessariamente, uma vantagem. O fardo a ser carregado é pesado, e sua posição social, ainda que baseada no prestígio, não consegue se transformar em fonte de um poder permanente, como apresenta o autor:

> O líder está em situação de dívida para com a sociedade na medida, justamente, em que é o líder. E essa dívida ele não pode jamais quitar, ao menos enquanto quiser continuar sendo o líder: se ele deixa de sê-lo, a dívida é imediatamente abolida, pois ela marca uma relação exclusiva que une chefia e sociedade. *No núcleo da relação de poder se estabelece a relação de dívida*. (...) se as sociedades primitivas são sociedades sem órgão

[520] Clastres, Pierre. Op cit., pág 140.
[521] Clastres, Pierre. Sociedade contra o Estado..., pág 48.
[522] Clastres, Pierre. Op cit..., Pág. 49.

ISBN 978-85-62288-05-0

> separado do poder, isso não significa porém que sejam sociedades sem poder, sociedades nas quais não se coloca a questão do político. Ao contrário, é ao se recusar a separação do poder em relação à sociedade que a tribo mantém com seu chefe uma relação de dívida, pois *é ela, de fato que permanece detentora do poder e o exerce sobre o chefe*.[523]

O chefe, ao assumir sua posição, perde o domínio sobre seus pertences, tem de trabalhar mais tempo por dia que os outros e não é de bom alvitre recusar dar seus bens restantes em tributo aos outros membros da tribo, se assim estes desejarem. Ou seja, sua base material é praticamente esvaziada e sua moral é testada a todo tempo para garantir que a sociedade mantenha-se no controle do chefe.

O bom líder é aquele que consegue manter a paz, assumir o discurso do desejo da sociedade como um todo, e agir de tal sorte que seu prestígio jamais seja dominado por uma vontade de poder. O chefe, lembra Clastres, "não possui qualquer poder decisório; ele nunca está seguro de que suas 'ordens' serão executadas"[524], e é justamente esta instabilidade do poder em prol da sociedade que faz de sua função uma eterna troca já que ele "depende da boa vontade do grupo"[525]. A capacidade do chefe de convencer e persuadir é fundamental. Matéria-prima da juridicidade indígena, o diálogo e o convencimento se tornam mais importantes que a regra geral de direito. Não cabe ao líder decidir de forma definitiva, "pois a palavra do chefe não tem força de lei"[526].

Neste sentido, compreende-se que nas sociedades primitivas o chefe é um instrumento do coletivo, e não o coletivo torna-se o instrumento do político que o chefe representa. Não há captura da vida nua dos indígenas por um poder soberano do chefe. O movimento é inverso. O líder é desejado e aceito pela sociedade enquanto cumpre suas funções técnicas, "dons oratórios, habilidade como caçador, capacidade de coordenar as atividades guerreiras, ofensivas ou defensivas"[527], para além deste limite ele é excluído e rejeitado. Há político, há poder, há separação amigo-inimigo, mas não há soberano pois não há quem decida, singularmente, sobre a exceção.

A possibilidade real de guerra constitui-se como critério de análise do político, inclusive nas sociedades indígenas, contudo, sua função é muito diversa da atribuída pela filosofia ocidental. Questionado em uma entrevista sobre a guerra e seus motivos nas sociedades indígenas, Pierre Clastres dá uma resposta bastante

---

[523] Clastres, Pierre. Arqueologia da Violência..., pág. 178-179. Grifos no original.
[524] Clastres, Pierre. Sociedade Contra o Estado..., pág. 56.
[525] Clastres, Pierre. Op cit., pág 56.
[526] Clastres, Pierre. Op cit., pág. 219.
[527] Clastres, Pierre. Op cit., Pág. 219.

ISBN 978-85-62288-05-0

próxima das ideias de Carl Schmitt, ainda que o entrevistado aponte as diferenças necessárias:

> Quais são os efeitos da guerra? Os efeitos da guerra são manter constantemente a separação entre as comunidades. De fato, com inimigos pode-se ter apenas relações de hostilidade, isto é, de separação: essa relação de separação, de hostilidade culmina na guerra efetiva, mas o efeito da guerra, o estado de guerra é manter a separação entre as comunidades, isto é, a divisão. O efeito principal da guerra é criar o tempo todo o múltiplo. Com isso, a possibilidade de haver o contrário do múltiplo não existe. Enquanto as comunidades estiverem, por meio da guerra, num estado de separação, de frieza, ou de hostilidade entre si, enquanto cada comunidade assim se mantiver na autossuficiência – quase se poderia dizer, na autogestão –, não pode haver Estado. A guerra nas sociedades primitivas consiste antes de tudo em impedir o uno; o uno é primeiramente a unificação, ou seja, o Estado.

Opor-se todo momento à formação do Uno, a fundação do Estado, e a vinculação do político a este Estado por meio do jurídico, buscar e preservar o múltiplo: eis a filosofia política fundamental dos ameríndios. A aglutinação amigo-inimigo na sociedade indígena não tem o objetivo de se tornar uma unidade soberana, mas antes, de evitar irrupção dela. Em termos schmittianos, é como se não houvesse a separação entre unidade política externa e a guerra civil. O pensamento de Schmitt que nega a validade do conflito intraestatal é justamente o oposto do pensamento político indígena que não apenas compreende o conflito interno bem como não possui mecanismos de poder suficientes para coibi-lo.

Mas então, quais são os limites do pensamento indígena? Quais são suas condições de factibilidade? Reconhecidamente, a demografia é o limite da prática política do pensamento indígena. Pensar numa sociedade que se coloca todo momento contra o Estado e que pode ter na figura do chefe o porta-voz da vontade social é pensar em uma sociedade de população pequena. Do contrário teríamos a formação do soberano schmittiano, notadamente a figura de um Führer, que seria aclamado como porta-voz da sociedade, mas ao mesmo tempo iria dispor da prerrogativa da coerção e do "uso legítimo da violência". Sobre a demografia, Clastres[528] pontua:

> Há contudo um campo que, parece, escapa, ao menos em parte, ao controle da sociedade; é um 'fluxo' ao qual ela só parece poder impor uma

[528] Clastres, Pierre. Op cit., Pág. 225.

ISBN 978-85-62288-05-0

> 'codificação' imperfeita: trata-se do domínio demográfico, domínio regido por regras culturais, mas também por leis naturais, espaço de desdobramento de uma vida enraizada tanto no social quanto no biológico, lugar de uma 'máquina' que funciona talvez segundo uma mecânica própria e que estaria, em seguida, fora do alcance da empresa social.

É neste bojo que se compreende os fenômenos recorrentes do infantício e aborto indígena, como forma de resistência à "máquina demográfica" que põe em risco o sistema político da sociedade.

Se Clastres sofre corretas críticas à sua interpretação etnográfica por defender uma excessiva positividade da ação política dos indígenas, Eduardo Viveiros de Castro[529] parece reformar o pensamento "contra o estado" em termos etnográficos mais consistentes a partir da metáfora de Padre Antonio Vieira sobre o "mármore e a murta".

Resgatando fontes históricas dos missionários jesuítas e suas experiências com a catequese indígena no século XVI, Viveiros de Castro observa que em contraposição à catequese oriental – chamada de mármore na metáfora por se assimilar a construção de uma estátua de mármore, em que há necessidade de muito trabalho e esforço, mas uma vez pronta não se exige retoques – a catequese indígena era como uma estátua de murta, em que é muito fácil sua confecção, mas pouquíssimo tempo depois se deforma e não tem durabilidade. Essa característica, que os missionários denominavam "problema de memória", constitui parte fundamental da cosmologia indígena e é denominada de "inconstância da alma selvagem".

A questão da cosmologia das sociedades indígenas se dá numa radical diferença que estas sociedades mantêm com as noções de crença e identidade. Não é possível afirmar que as populações indígenas brasileiras, em especial os Tupinambá, possuem uma estrutura social e de autorreconhecimento como a ocidental. A forma de relação para com o outro e com sua própria constituição antropológica é bastante diversa desde a raiz. Na tentativa de se catequizar os indígenas, buscou-se incutir nos selvagens a lógica de identidades substanciais das sociedades ocidentais, baseadas no "temor e obediência", como dizia o Padre Anchieta. Ora, Viveiros de Castro esclarece que na verdade a identidade indígena possuía outra lógica:

> Afinidade relacional, portanto, não identidade substancial, era o valor a ser afirmado. Recordemos aqui que a 'teologia' de alguns povos tupi formula-se

[529] Viveiros de Castro, Eduardo. *A inconstância da alma selvagem*: e outros ensaios de antropologia. São Paulo: Cosac Naify, 2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

> diretamente nos termos de uma sociologia da troca: a diferença entre deuses e homens se diz na linguagem da aliança de casamento, aquela mesma linguagem que os Tupinambá usavam para pensar e incorporar seus inimigos. Os europeus vieram compartilhar um espaço que já estava povoado pelas figuras tupi da alteridade: deuses, afins, inimigos, cujos predicados se intercomunicavam. É a partir daí que se podem interpretar as diversas observações sobre a 'grande honra' almejada pelos índios ao entregarem suas filhas e irmãs em casamento aos europeus.[530]

A identidade relacional indígena não se afixava em uma centralidade focada em uma única resposta, em uma única formulação, enfim, em um único Deus. É a honra, movida pelas constantes trocas de identidades e agremiações de alteridades diversas que gerava a lógica social interna da sociedade indígena[531].

A cultura indígena, portanto, não se fechava em um sistema de crenças, mas antes em um "conjunto de estruturações potenciais da experiência, capaz de suportar conteúdos tradicionais variados e de absorver novos: ela é um dispositivo culturante ou constituinte de processamento de crenças"[532]. Essa capacidade de manter o tradicional mantendo sempre aberto a possibilidade de assimilação do novo é a grande dificuldade que os missionários jesuítas encontraram ao tentar catequizar os indígenas brasileiros. Destaca-se passagens de cartas do século XVI sobre o tema, a primeira de José Anchieta, a segunda do fundador da Companhia de Jesus no Brasil, Manoel da Nóbrega[533]:

> Não estão sujeitos a nenhum rei ou chefe e só têm nalguma estima aqueles que fizeram algum feito digno de homem forte. Por isso frequentemente, quando os julgamos ganhos, recalcitram, porque não há quem os obrigue pela força a obedecer...
>
> Se tiveram rei, poderão-se converter, ou se adoráram alguma cousa; mas, como nam sabem que cousa hé crêr nem adorar, não podem entender ha pregação do Evangelho, pois ella se funda em fazer crer e adorar a hum soo Deus, e a esse só servir; e como este gentio nam adora nada, nem cree nada, todo o que lhe dizeis se fiqua nada.

A impossibilidade de conversão total dos indígenas, que levará ao giro rumo à linha dura por parte dos jesuítas, quando se inicia o escancarado massacre de

[530] Viveiros de Castro, Eduardo. Op cit. Pág. 206.
[531] Viveiros de Castro, Eduardo. Op cit. pág. 207.
[532] Viveiros de Castro, Eduardo. Op cit. pág. 209.
[533] Viveiros de Castro, Eduardo. Op cit. pág. 216.

ISBN 978-85-62288-05-0

indígenas sob o pretexto de "guerra justa", é uma dificuldade que traz traços fundamentais da própria cultura política destes. "No modo de crer dos tupinambá não havia lugar para a entrega total à palavra alheia: 'como no tiene[n] ídolos por quien mueran', não podiam ter religião e fé, que exigem a disposição em morrer por alguma coisa"[534]. A captura da vida nua não é compreensível nas sociedades indígenas, o soberano não pode surgir porque a relação fundamental de bando não captura a vida nua, ao contrário do que advoga Agamben no caso ocidental, e nesse sentido não é possível o surgimento permanente de um Estado sem que haja uma radical negação da própria estrutura cosmológica destes povos.

Retornando à Clastres, Viveiros de Castro lembra que se o poder não é necessariamente conectado à coerção, a religião também não é necessariamente conectada à normatividade de crença. Explicando a fundo a problematização do sujeito indígena, o etnólogo brasileiro explica em uma importante passagem que:

> O nó da questão está na ideia de que 'o religioso' é a via real que conduz à essência última de uma cultura. Por trás disso ergue-se o ídolo durkheimiano da totalidade: impulso de contemplação e constituição do todo, a Crença da tribo é a crença na Tribo, é o Ser e o perseverar do Ser da tribo. Duvidar que tal ídolo seja adorado pelos selvagens é suspeitar da ideia de sociedade enquanto totalidade reflexiva e identitária que se institui pelo gesto fundacional de exclusão de um exterior. E não é preciso ser pós-moderno (Deus nos livre) para duvidar disso. A religião tupinambá, radicada no complexo do exocanibalismo guerreiro, projetava uma forma onde o *socius* constituía-se na relação ao outro, onde a incorporação do outro dependia de um sair de si – o exterior estava em processo incessante de interiorização, e o interior não era mais que o movimento para fora. Essa topologia não conhecia totalidade, não supunha nenhuma mônada ou bolha identitária a investir obsessivamente em suas fronteiras e usar o exterior como espelho diacrítico de uma coincidência consigo mesma. A sociedade era ali, literalmente, um 'limite inferior da predação', o resíduo indigerível; o que a movia era a relação ao fora. O outro não era um espelho, mas um destino.[535]

E completa, para encerrar a questão:

> O que estou dizendo é que a filosofia tupinambá afirmava uma incompletude ontológica essencial: incompletude da socialidade e, em geral, da humanidade. Tratava-se, em suma, de uma ordem onde o interior e a

[534] Viveiros de Castro, Eduardo. Op cit. Pág 217.
[535] Viveiros de Castro, Eduardo. Op cit. Pág 220.

ISBN 978-85-62288-05-0

> identidade estavam hierarquicamente subordinados à exterioridade e à diferença, onde o devir e a relação prevaleciam sobre o ser e a substância. (...) A murta tem razões que o mármore desconhece.[536]

Em frente a esta radical diferença política entre a filosofia e a teoria do direito ocidental e as sociedades indígenas brasileiras, é possível se depreender alguma coisa? Que tipos de relações e possibilidades se tornam possíveis de pensar a partir de uma experiência tão complexa e diversa como a ameríndia? É o que se pretende discutir no último ponto do trabalho.

3 Pistas para se repensar o direito e considerações finais

Uma das lições de ouro da antropologia é aquela que define que os primitivos não cá estão para resolver os problemas do ocidente. Imaginar a aplicação da filosofia do poder indígena na sociedade ocidental se constitui em erro grosseiro que desconsidera todas as especificidades dos povos, e contribui, de forma reflexa, para a criação do Uno tão evitado pelo próprio cerne do pensamento ameríndio. Então, afinal, para que serve estudar a antropologia política e qual sua "utilidade" para a teoria do direito?

Certamente, ao se mostrar que a História não segue um caminho único, não se constitui como uma *Rua de mão única*, como dizia Walter Benjamin, é que se torna possível relativizar o formato do poder bem como a lógica da soberania estatal presente hoje em nossas sociedades. Alternativas são possíveis. Estas não devem ser imitadas, mas sim criadas, abertas ao diálogo e a real possibilidade de mudança.

Quais são então as possibilidades de se pensar um direito que não despolitize a sociedade e ao mesmo tempo não permita o *feud*, como no caso indígena? O que há entre a despolitização e coerção do soberano e a poética da palavra do chefe indígena que não possui força de lei? É possível se pensar o "regresso do político" sem o "excesso do estado"? Há espaço para democracia neste novo direito?

Em uma entrevista, Eduardo Viveiros de Castro, questionado sobre o funcionamento da antropologia em face das ditas "sociedades complexas", acabou por tocar levemente no tema do Direito, mas o suficiente para levantar bons questionamentos:

> Boa parte do que se fez em antropologia das sociedades complexas limitava-se a projetar para o contexto urbano os conceitos e o tipo de objeto característico da antropologia clássica. Isso não foi muito longe, pois, para fazer uma verdadeira projeção, teria que ser uma projeção no sentido geométrico da palavra: o que se deve preservar são as relações, não os

[536] Viveiros de Castro, Eduardo. Op cit. Pág 220-221.

ISBN 978-85-62288-05-0

> termos. Então, o 'equivalente' do xamanismo ameríndio não é o neo-xamanismo californiano, ou mesmo o candomblé baiano. O equivalente funcional do xamanismo indígena é a ciência. É o cientista, é o laboratório de física de altas energias, é o acelerador de partículas. O chocalho do xamã é o acelerador de partículas de lá. (...) uma verdadeira tradução da antropologia das sociedades ocidentais deveria preservar certas relações funcionais internas, e não apenas, ou mesmo principalmente, certas continuidades temáticas e históricas. (...) O que estou dizendo é que uma antropologia urbana que 'fizesse a mesma coisa' que faz a etnologia indígena (...) estaria ou está estudando os laboratórios de física, (...) as grandes correntes de pensamento nas universidades, *a produção do discurso jurídico, político etc.*[537]

Pensar a criação do discurso jurídico, seja por meio de uma filosofia da ciência ou filosofia do discurso como Michel Foucault, seja por uma antropologia simétrica da ciência como Bruno Latour, tem potencial de se tornar um importante meio de se discutir um direito que escape das amarras do moderno e não se prenda ao paraíso idílico do passado.

Giorgio Agamben parece ser um dos autores de Filosofia do Direito que vem questionando a possibilidade de se pensar um Direito depreendido da lógica dominante-dominante, coerção-obediência. Em seu texto *Estado de Exceção*, ele afirma que "ainda há, portanto, uma figura possível do direito depois da deposição de seu vínculo com a violência e o poder;", mas já adverte logo em seguida "porém, trata-se de um direito que não tem mais força nem aplicação, como aquele em cujo estudo mergulha o 'novo advogado' folheando 'os nossos velhos códigos'"[538].

Este novo Direito, advogado por Agamben, deve ser combinado com as perspectivas de Chantal Mouffe[539] sobre democracia radical, por mais paradoxal que podem parecer os autores a um primeiro exame. Isto porque o direito sem força de lei, como advogado pelo italiano, corresponde a um direito múltiplo e plural que promove críticas ao racionalismo, universalismo e individualismos modernos. Ora, é justamente uma democracia radical *pluralista* que Mouffe advoga, resgatando Carl Schmitt e mostrando que o conflito entre amigo-inimigo deve ser trazido para a arena democrática sob a ótica do conflito de adversários, figura parecida com o inimigo real de Schmitt.

Por fim, é preciso que se tenha em mente as noções de decisão justa e suas aporias de Jacques Derrida[540]. Se a justiça exige a força, a força por si não pode ser

---

[537] Viveiros de Castro, Eduardo. Op. Cit. Pág. 489-490. (grifo nosso)
[538] Agamben, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, pág. 98.
[539] Mouffe, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Verso, 1993.
[540] Derrida, Jacques. *Força de Lei*: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Editora WMF

ISBN 978-85-62288-05-0

justa *presentemente*, e um direito que utilize da força nunca será justo *presentemente*. Entretanto, é possível que se pense a utilização de uma força diversa, uma *violência divina* a partir de Derrida: uma violência divina que decida presentemente contra o estado, contra a criação do uno e contra a formação do soberano. É esta violência que impede a criação da relação de coerção-obediência, dominante-dominado, mas mantém a relação amigo-inimigo no cenário político democrático radical.

As pistas para um novo direito parecem flutuar entre várias tradições e vários autores, não se pretende aprofundar esta ideia neste pequeno espaço, algo que se poderá acontecer em trabalhos vindouros. Constituindo-se apenas de pistas, o campo para investigação continua aberto, afim de que seja possível, quem sabe, recuperar a validade do canto Guayaki que diz: "retire a *força de lei* da palavra de um chefe, e ele imediatamente torna-se um poeta".

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

CHUEIRI, Vera Karam. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia (radical). In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). *Repensando a Teoria do Estado.* 1ed .Belo Horizonte: Forúm, 2004.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac Naify, 2011

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GOMÉZ, Enrique Serrano. *Consenso y conflicto*, México: Centro de Estudios de Político Comparada, 1999.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Verso, 1993.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político.* Petrópolis: Vozes Editora, 1992.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *A inconstância da alma selvagem*: e outros ensaios de antropologia. São Paulo: Cosac Naify, 2011.

Martins Fontes, 2010.

ISBN 978-85-62288-05-0

ACESSO, PERMANÊNCIA E RESULTADOS DOS SABATISTAS NO SISTEMA DE ENSINO

Fabiana Polican CIENA[541]

RESUMO

Este trabalho apresenta uma breve análise sobre a guarda do sábado como expressão religiosa dos sabatistas e a problemática em relação à praticabilidade dessa expressão religiosa frente ao Direito à Educação. Guardadores do sábado devotam as horas desse dia, que começa no pôr-do-sol de sexta-feira e se finda no pôr-do-sol de sábado, para dedicação e culto a Deus, não praticando nenhuma atividade secular, seja, dentre elas, estudo, trabalho, provas, compras ou pagamentos. Analisa os problemas enfrentados pelos adventistas quanto a não efetivação de seu direito fundamental a professar uma religião, transformando valores a serem protegidos e os fins a serem buscados, quando exteriorizados e formalizados em uma questão jurídica. Utilizou como referencial teórico as contribuições de autores que estabelecem a necessidade de reconhecimento da diversidade nas instituições, numa democracia cognitiva para alcançar democracia participativa. Concluindo que apesar de existirem formas de proteção, constitucional e internacional, para a expressão religiosa das minorias, o fato da observância do sábado como dia sagrado, ainda é motivo de grande discussão no campo jurídico, em decorrência de envolver conflitos de direitos fundamentais, tais como direito à liberdade religiosa e direito à educação, sendo ainda grande a divergência de posicionamento nos próprios tribunais.

ABSTRACT

This paper presents a brief analysis of keeping the Sabbath as a religious expression of the Sabbatarians and the issue regarding the feasibility of religious expression against the right to education. Sabbath keepers to devote hours of the day, which begins at sundown sundown Friday and ends at sundown Saturday sunset, for dedication and service to God, not practicing any secular activity, that is, among them, study, work, events, purchases and payments. It analyzes the problems faced by Adventists and non-realization of their fundamental right to profess a religion, transforming values to be protected and the purposes to be pursued, when

[541] Mestre em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná em 2008. Especialista em Direito do Estado com ênfase em Direito Constitucional pela UEL em 2005. Graduada em Direito pela FUNDINOPI - Fundação Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – PR em 2002. Advogada e Ouvidora da UENP. Aluna Especial do Programa de Doutorado em Direitos Humanos da USP – Largo São Francisco. fabianaciena@gmail.com.

ISBN 978-85-62288-05-0

externalized and formalized in a legal matter. Used as a theoretical contributions of authors to establish the need to recognize diversity in institutions in a cognitive democracy to achieve participatory democracy. Conclusion that although there are forms of protection, constitutional and international, for the religious expression of minorities, the fact of the observance of the Sabbath as a holy day, is still subject of much discussion in the legal field, due to involve conflicts of fundamental rights, such as a right to religious freedom and right to education, being a great divergence of positioning themselves in the courts.

PALAVRAS-CHAVES: Sabatistas. Liberdade e expressão religiosa. Educação.

KEYWORDS: Sabbatarians. Freedom and religious expression. Education.

INTRODUÇÃO

A educação pode ser uma das formas de reduzir as desigualdades em determinada localidade. Para isso é preciso transformar o pensamento hegemônico ocidental, capitalista e elitista, avançando para uma transformação do paradigma do localismo globalizado para um projeto cosmopolita, analisando os discursos mundiais contrahegemônicos.

Nesta intenção, a presente pesquisa tem por objetivo analisar determinado grupo que, pelo pensamento dominante excludente da estrutura de ensino, não tem garantidos acesso, permanência e resultados no direito à educação, impedindo um sistema de ensino pluralista.

1. PLURALISMO NO SISTEMA DE ENSINO

Para Amartya Sen[542] a qualidade de vida de um povo não pode ser medida por sua riqueza, mas sim, por sua liberdade. Esta depende das disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas).

A quebra da hegemonia no sistema de ensino é fundamental para que ocorra esta liberdade através do pluralismo nas instâncias de poder decisório.

Uma solução pode ser o estudo do multiculturalismo, clamando por políticas de reconhecimento da diversidade na sociedade contemporânea, aceitando e afirmando a multiplicidade de práticas, a pluralidade de diversidades étnica e religiosa, sem redução dos grupos a categorias raciais[543]. Boaventura de Sousa

[542] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
[543] MODOOD, Tariq and MEER, Nasar. *Migration, identity and citizenship. Approaches for addressing cultural diversity in 21st Century Britain.*

ISBN 978-85-62288-05-0

Santos[544] destaca as tensões da modernidade com relação à concepção dos direitos humanos:

> Ora, falar de cultura e de religião é falar de diferença, de fronteiras, de particularismos. Como poderão os direitos humanos ser uma política simultaneamente cultural e global?

Santos[545] prossegue conceituando globalização e o multiculturalismo como opção contrahegemônica:

> Globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival (...)Multiculturalismo é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de Direitos Humanos no nosso tempo.

Para Boaventura de Sousa Santos[546], essa mudança paradigmática abrange a identificação de preocupações isomórficas através do diálogo intercultural, assumindo a incompletude de todas as culturas e suas diferentes significações para a concepção de dignidade humana. Compete à hermenêutica diatópica transformar a linguagem cotidiana dos direitos humanos numa política cosmopolita que ligue em rede línguas nativas de emancipação[547].

A criação de mecanismos legais de compreensão das vulnerabilidades de cada minoria que se apresente ao longo dos tempos pode amenizar o sofrimento da exclusão nas instituições que tradicionamente reproduzem a desigualdade e desrespeito à diversidade. Porém, a compreensão de que os direitos humanos declarados são universais, ou seja, que servem nos mesmos moldes a todos, é discurso falacioso, hegemônico, que afasta qualquer atuação de compreensão das vulnerabilidades, optando por excluir as minorias.

Este entendimento apresenta vigília e ataque à “globalização perversa” em que nos encontramos, onde

> A competitividade, sugerida pela produção e pelo consumo, é a fonte de

[544] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*. p. 2.
[545] Idem, p. 2 e 5.
[546] Ibidem, p. 6.
[547] Ibidem, p. 11.

ISBN 978-85-62288-05-0

> novos totalitarismos, mais facilmente aceitos graças à confusão dos espíritos que se instala. Tem as mesmas origens a produção, na base mesma da vida social, de uma violência estrutural, facilmente visível nas formas de agir dos Estados, das empresas e dos indivíduos. A perversidade sistêmica é um dos seus corolários[548].

Coloca-se a política pública educacional em importância tal que possa movimentar os outros eixos responsáveis pelo bem viver de um povo, povo cansado da incerteza da vida, cujo rumo está nas mãos de quem direciona as políticas públicas efetivadas:

> A estratégia de tornar as pessoas mais felizes aumentando suas rendas aparentemente não funciona. Por outro lado, um indicador social que até agora parece estar crescendo de modo espetacular paralelamente ao nível de riqueza – na verdade, tão rapidamente quanto se prometia e esperava que aumentasse o bem-estar subjetivo – é a taxa de criminalidade: roubos a residência e de automóveis, tráfico de drogas, suborno e corrupção no mundo dos negócios. E cresce também uma incômoda e desconfortável sensação de incerteza difícil de suportar, e com a qual é ainda mais difícil conviver permanentemente. Uma incerteza difusa e "ambiente", ubíqua mas aparentemente desarraigada, indefinida e por isso mesmo ainda mais perturbadora e exasperante...
>
> Essas descobertas parecem profundamente decepcionantes, considerando-se que precisamente o aumento do volume total de felicidade "do maior número de pessoas"- um aumento provocado pelo crescimento econômico e por uma ampliação do volume de dinheiro e crédito disponíveis – foi declarado, durante as últimas décadas, o propósito principal a orientar as políticas estabelecidas por nossos governos, assim como as estratégias de "política de vida" colocadas em prática por nós mesmos, seus súditos."[549]

Estas políticas públicas devem fugir ao padrão eurocêntrico, de forma a legitimar a identidade latina:

> O que está em jogo hoje é a reconquista da democracia contra a tecnocracia: é preciso acabar com a tirania dos 'especialistas', estilo Banco Mundial ou FMI, que impõem sem discussão os vereditos do novo Leviatã,

[548]SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011. p. 37.
[549] BAUMAN, Zygmunt. *A arte da vida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2009.p. 9.

ISBN 978-85-62288-05-0

> 'os mercados financeiros', e que não querem negociar, mas 'explicar'; é preciso romper com a nova fé na inevitabilidade histórica que professam os teóricos do liberalismo; é preciso inventar as novas formas de um trabalho político coletivo capaz de levar em conta necessidades, principalmente econômicas (isso pode ser tarefa dos especialistas), mas para combatê-las e, se for o caso, neutralizá-la[550].

Torna-se importante regulamentar a proteção e garantia de participação das diferentes vozes, através de estudos culturais sociais, desconstruindo paradigmas atuais de políticas públicas que não proporcionem voz aos silenciados pelo sistema de ensino. É esta prática hegemônica que deve ser combatida nos discursos, nas normativas seguidas, que apenas mantêm um sistema de ensino autoritário, excludente, impedindo a participação democrática, multicultural:

> For many scholars, law's hegemonic power is located in it forms of discourse, with narrative being recognized as one of its most powerful (…) We might consider that the law's greatest cultural impact may be felt where it is least evident, that the law is working not only when it is encountered in its most authoritative spaces, but also when it is consciously and unconsciously apprehended[551]

O direito pode ser lugar de transformação social, ou lugar de ratificação do poder hegemônico instituído[552]. Importante destacar que para a teoria do sistema de ensino como violência simbólica o sistema escolar reproduz a desigualdade social:

> A ação pedagógica é objetivamente uma violência simbólica, num primeiro sentido, enquanto que as relações de força entre os grupos ou as classes constitutivas de uma formação social estão na base do poder arbitrário que é a condição da instauração de uma relação de comunicação pedagógica, isto é, da imposição e da inculcação de um arbitrário cultural segundo um modo arbitrário de imposição e de inculcação (educação). (...) 2.1.3. Numa formação social determinada, a ação pedagógica legítima, isto é, dotada da legitimidade dominante, não é outra coisa que a imposição arbitrária do arbitrário cultural dominante, na medida em que ela é desconhecida em sua verdade objetiva de ação pedagógica dominante e de imposição do

[550] BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 39.
[551] COOMBE, Rosemary. *Is there a Cultural Studies of Law?* IN: Miller, Toby (ed.) **A companion to Cultural Studies**. Blackwell. Publishers, 2001.p. 45 e 56.
[552] PAREKH, Bhikhu. *Rethinking Multiculturalism*. Cultural Diversity and Political theory. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 100.

ISBN 978-85-62288-05-0

arbitrário cultural dominante[553].

Não há resposta pronta por muito tempo no direito porque os movimentos sociais, as demandas, a sociedade, se modificam a todo momento, havendo uma defasagem regulatória. O sistema de ensino deve estar aberto a estas mudanças, às diversas práticas e culturas, para ser efetivamente espaço democrático. A injustiça estrutural deve ser atacada com soluções estruturais e até conceituais, não meramente pontuais, de forma a dar oportunidade de expressão da diversidade:

> Persons suffer specifically culture-based injustice when they are not free to express themselves as they wish, associate with others with whom they share forms of expression and practices, or to socialize their children in the cultural ways they value.[554]

Na estrutura de ensino, como em outras estruturas que podem reproduzir a sociedade excludente, observa-se um discurso hegemônico do que seria moderno, eficiente, impondo um 'regime da verdade'[555], pelo que as minorias não teriam voz nem vez. Para atacar essas injustiças estruturais, torna-se necessário compensar as desvantagens advindas até então pelo sistema opressor, tomando medidas especiais em relação às necessidades locais, capacitando e, com isto, empoderando, os membros do grupo deixado em desvantagem.[556]

Neste sentido Gislene Aparecida Santos[557] questiona: "Quando as próprias instituições são discriminatórias e excludentes, como crer que a partir delas, advirá qualquer valorização da dignidade de todos?". Talvez a melhor regulamentação de um sistema aberto a observar e afirmar a diversidade atual e vindoura seja a solução.

2. ACESSO, PERMANÊNCIA E RESULTADO DA GARANTIA CONVENCIONAL E CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO

Através do princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola expresso no artigo 205, inciso I da Constituição Federal, a compreensão deve ser no sentido de que todos devem ter a mesma chance de ingresso e

---

[553] BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino.* Tradução de Reynaldo Bairão. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.p. 27; 43.
[554] YOUNG, Iris Marion. *Structural Injustice and the Politics of Difference*. In: LENZ, Günter H. & DALLMANN, Antje (*orgs*). Justice, Governance, Cosmopolitanism, and the Politics of Difference. Reconfigurations in a Transnational World. Berlin: Humboldt-Universität, 2007. p. 82.
[555] HALL, Stuart. *The West and the rest: discourse and power*. p.186, 203, 205.
[556] YOUNG, Iris Marion. Op. cit. P. 84.
[557] SANTOS, Gislene Aparecida dos Santos. *Reconhecimento, utopia, distopia. Os sentidos da política de cotas raciais*. São Paulo. Annablume/FAPESP, 2012. p. 172.

ISBN 978-85-62288-05-0

frequência no ambiente escolar. Dessa forma, questionam-se aspectos de exames seletivos, programas de auxílio ao estudante, até mesmo a necessidade de mudanças estruturais e conceituais, não somente pontuais, ao vislumbrar determinados grupos que não estão no sistema de ensino.

Podemos encontrar atualmente alguns grupos que possuem dificuldades no acesso, permanência e resultado no sistema de ensino. No presente estudo a negação do direito de expressão religiosa aos sabatistas será analisada dentro da estrutura educacional.

Dessa forma as políticas públicas de ensino devem observar grupos com dificuldades no acesso, permanência e resultado do direito à educação. O mesmo agente (servidor dentro da estrutura de ensino ou fora dela) tem poderes que podem reproduzir a desigualdade e exclusão, mantendo o status de dificuldade de acesso à educação para o grupo mencionado, todavia, pode romper com este paradigma e agir na transformação da realidade opressora do desenvolvimento local.

A idéia de justiça está na desconstrução do discurso, abrindo voz para os que foram silenciados[558]. É inerente à linguagem dos direitos humanos a luta por dar voz aos interesses vitais, necessidades fundamentais e aspirações basicas de determinado grupo[559]. A formulação da cidadania deve ocorrer a partir da fala, das necessidades dos alunos, do jurisdicionado, do povo. Nina Ranieri[560] aponta a necessidade da população conseguir avaliar a educação, numa verdadeira democracia cognitiva para efetiva democracia participativa:

> Aumentar o acesso à escola e dar instrumentos para que a população saiba avaliar e exigir educação de qualidade é uma forma de consolidar a democracia do país. É um avanço muito grande chegarmos ao STF com exigências relativas ao direito à educação. A manutenção do estado democrático se dá quando as pessoas têm acesso à escola e ao entendimento desse direito.

Para Gislene Aparecida dos Santos[561], a igualdade, no pensamento do multiculturalismo em face da constatação da diferença posicional, seria consolidada pela igualdade de acesso às oportunidades:

---

[558] COOMBE. Rosemary. *Is there a Cultural Studies of Law?* IN: Miller, Toby (ed.) **A companion to Cultural Studies**. Blackwell. Publishers, 2001.
[559] KISS, Elizabeth. *Is nationalism compatible with human rights? Reflection on East-central Europe.* In: Sarat e Kearns, Identities, Politics, and Rights. Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000. p. 375.
[560] *In A Educação nos tribunais. Revista Educação. Ed. 152. Por Meire Cavalcante e Cristiane Marangon.* Disponível em http://revistaeducacao.uol.com.br/textos.asp?codigo=12814
[561] Idem.p. 123.

ISBN 978-85-62288-05-0

> O que importará será considerar em que medida as sociedades cegas às diferenças mantêm e reafirmam a desigualdade no acesso às oportunidades para aqueles que se encontram em posições subalternas, ou mais vulneráveis, em razão de sua diferença.

Considerando as práticas de um grupo, podemos considerá-lo grupo cultural e, à medida que estas práticas impedem o acesso à educação, bens, posições de paridade participativa na sociedade, poderíamos chamá-los de grupos sociais[562]:

> Os grupos sociais incluem, mas não se limitam a grupos culturais. Essa identificação ocorreria baseada "em gênero, raça e etnicidades (além de cultura e religião) (...) formam suas identidades a partir de práticas comuns de vida, pelo reconhecimento de uma história comum e do mesmo status social. A identidade é construída com base na partilha de um destino comum. (...) sua identificação é dada pelo modo como é visto pelos outros grupos sociais.

Young e Paul Kelly analisam a igualdade de oportunidades e de resultados para os grupos sociais como:

> a defesa da proporcionalidade na distribuição das oportunidades de acesso aos bens e posições sociais está intimamente ligada a conhecer, enxergar e reconhecer a história e o *status* que a sociedade dá a cada grupo. (...) Sem que se observe uma igualdade nos resultados (o final do processo) não se pode verificar se houve ou não houve opressão do grupo e/ou uma justa distribuição. É preciso verificar se há proporcionalidade dos grupos na distribuição dos recursos. Os resultados iguais oferecem o parâmetro a partir dos quais os pontos de partida devem ser julgados (...) O ideal seria defender um igualitarismo que unisse igualdade de resultados e igualdade de oportunidades. (...) medidas de inclusão devem ser tomadas para que não se sustente a ideia de que os indivíduos devem ser responsáveis por sua própria sorte[563].

Finalmente, Gislene Santos[564] analisa que a diferença cultural está atrelada à expressão de liberdade, enquanto a diferença posicional é marcada por problemas estruturais:

---

[562] Idem, p. 104.
[563] Ibidem, p. 124-126.
[564] Ibidem, p. 127.

ISBN 978-85-62288-05-0

> A diferença cultural se refere à ausência de liberdade para que os membros das comunidades culturais se expressem e pratiquem suas crenças como queiram, partilhem seus valores, eduquem e socializem seus filhos dentro desses valores, obrigando-os a buscar uma outra forma de vida pela qual consigam sobreviver: a assimilação (...) Grupos sociais podem sofrer dificuldades para alcançar o bem-estar em virtude da forma como as instituições operam, limitando suas oportunidades e não entendendo que aspectos como raça, cor, gênero, etnia poderiam influir na limitação dessas oportunidades.

Neste sentido, Young[565]:

> Persons suffer injustice by virtue of structural inequality when their group social positioning means that the operation of diverse institutions and practices conspire to limit their opportunities to achieve well being. Persons suffer specifically culture-based injustice when they are not free to express themselves as they wish, associate with others with whom they share forms of expression and practices, or to socialize their children in the cultural ways they value, or when their group situation is such that they bear significant economic or political cost in trying to pursue a distinctive way of life.

Apontadas as considerações sobre o direito de acesso, permanência e resultado de grupos, serão a seguir analisadas as dificuldades dos sabatistas na estrutura atual de ensino.

3. SABATISTAS

A religião esteve presente em toda a história da humanidade e não há como se negar que ela é um dos pilares dos direitos humanos e da democracia, sendo permitida sua negação, recusa à sua prática, mas jamais o desconhecimento, em razão do dever de respeito ao direito de expressão religiosa[566]. Nesse sentido torna-se fundante a manifestação de Jorge Miranda[567]:

---

[565] YOUNG, Iris Marion. Structural Injustice and the Politics of Difference. In: LENZ, Günter H. & DALLMANN, Antje (*orgs*). *Justice, Governance, Cosmopolitanism, and the Politics of Difference*. Reconfigurations in a Transnational World. Berlin: Humboldt-Universität, 2007. p. 82.

[566] NALINI, José Renato. *Liberdade religiosa na experiência brasileira*. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à liberdade Religiosa:** desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 50.

[567] MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, (*apud,* NALINI, José Renato. *Liberdade religiosa na experiência brasileira*. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à liberdade Religiosa:** desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 50.

ISBN 978-85-62288-05-0

> Como fenômeno que penetra nas esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, se manifesta em grandes movimentos coletivos, o fenômeno religioso tem tido, sempre, importantíssima projeção política e jurídico-política. Tem influído constantemente não só na história cultural, mas também na história política. Nenhuma constituição deixa de o considerar e repercute-se fortemente no Direito Internacional.

A religiosidade não é exclusivamente jurídica por guardar pertinência com o mais íntimo da natureza humana:

> A religião é algo imanente à condição humana. Impregnou a consciência coletiva e, ainda que o Estado se auto-proclame leigo, ele atenderá a diretrizes religiosas em inúmeros campos. Se a religião em nada influísse na vida civil, o Natal não poderia ser dia feriado, assim como a Sexta-feira da Paixão, a festa de Corpus Christi e o Dia da Padroeira, festas eminentemente católicas[568].

No Brasil, na atualidade, analisando "a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, os observadores do sábado são os que, com frequência, recorrem ao judiciário em busca de tutela jurisdicional[569]", fato a terem como dia de guarda o sábado e não o domingo, pois "como se sabe, alguns separam o dia de domingo e outros o sábado[570]", como dia de descanso religioso, existindo ainda aqueles que observam a sexta-feira, posição esta dos mulçumanos. "O direito de observar dias de descanso religioso garante ao cidadão o direito de guardar um dia da semana para adoração e culto, conforme sua consciência[571]", tratando-se "de necessidade física, espiritual e social[572]".

São inúmeras as religiões que observam o sábado como dia sagrado, separando-o para a dedicação e culto a Deus, chegando a um número aproximadamente de 210 denominações diferentes. Como exemplo de religião que tem como um de seus princípios o sábado como dia sagrado de descanso, podemos citar a Igreja Adventista do Sétimo Dia, onde seus membros diariamente enfrentam dificuldades quanto a efetiva observância do sábado e o direito a prestações alternativas em relação a estudar, prestar vestibulares e concursos públicos, em dias que não sejam o sábado.

---

[568] *Ibidem*, p. 40.
[569] SORIANO, Aldir Guedes. *Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal*. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à liberdade Religiosa:** desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 187.
[570] *Ibidem,* p. 187.
[571] *Ibidem,* p. 187.
[572] *Ibidem,* p. 187.

ISBN 978-85-62288-05-0

3.1 Surgimento da Igreja Adventista do Sétimo Dia

A Igreja Adventista do Sétimo Dia (IASD) surgiu entre as décadas de 1850 e 1860 concomitantemente nos Estados Unidos (movimento Milerita) e na Europa. Movimento que pregava uma segunda volta de Jesus Cristo ao mundo, o advento, palavra que deu origem ao nome Adventista. Pelo aprofundamento dos estudos da Bíblia, surgiu para seus seguidores a compreensão do dia de repouso bíblico, ou seja, o sábado como dia sagrado, descrito no quarto mandamento do Décalogo[573] e confirmado no novo testamento. Assim a observância do quarto mandamento, como uma homenagem a Deus na criação do mundo, bem como a Jesus que irá voltar a Terra, caracterizaram a Igreja Adventista do Sétimo Dia, que tomou forma legal em 1863.

Adventista do Sétimo Dia é na "descrição exata da denominação – os que observam o sábado do sétimo dia e aguardam anciosamente a breve vinda de Jesus[574]". A base da fé adventista é estabelecida em vinte e oito princípios e normas, descritos como "Crenças Fundamentais", estando o sábado inserido na 20ª doutrina.

3. 2 Significado do sábado

A adoração para os sabatistas não é uma questão de fazer algo, é o deixar de lado os afazeres cotidianos na confiança de que Deus está a operar na vida do indivíduo, de modo a não faltar nada:

> Na Bíblia, porém, somos instruídos a adorar deixando de lado nossos afazeres. Devemos pôr à parte nossos esforços e lutas, cessar nosso labor e descansar na serena confiança de que o trabalho em nosso benefício está feito. O quarto mandamento declara: "O sétimo dia é o sábado." A palavra sábado significa, literalmente, "descanso". O sétimo dia é o descanso apontado pelo próprio Deus. É o dia durante o qual o Criador nos convida a participar com Ele do Seu descanso. Por isso, lemos: "não farás nenhum trabalho[575]

É certo que esse não fazer nenhum trabalho, não significa passar o dia de sábado ocioso, mas deixar de lado os próprios interesses, as ambições, a natureza egocêntrica do homem em pensar somente em lucros, em realização profissional e

[573] Êxodo 20, In: *Bíblia Sagrada*, 1993, p. 54.
[574]SEAMAM, John. ***Quem são os adventistas do sétimo dia:*** *um breve exame de sua história, crenças, povo, igreja e missão.* 4. ed. Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira, 2008, p. 15.
[575] WADE, Loron. *Os dez mandamentos: Princípios divinos para melhorar seus relacionamentos*. Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira, 2006, p. 36

ISBN 978-85-62288-05-0

pessoal acima de qualquer coisa, devotando as horas do Sábado para louvar e adorar a Deus, com estudo e meditação, quer em seu lar ou coletivamente com os demais membros da Igreja Adventista do Sétimo Dia, sempre procurando fazer ou contribuir para o bem estar do próximo. Para os sabatistas, a guarda do sábado é uma ruptura com a rotina tumultuada de compromissos e atividades, com as preocupações em relação a bens materiais e intelectuais, é um refúgio para o encontro com o Criador.

No mesmo sentido de tomar o sábado como um dia de descanso Bíblico, no Livro de Êxodo, mais precisamente no Décalogo, quarto mandamento, observa-se o seguinte texto:

> Lembra-te do dia do Sábado, para o santificar. Seis dias trabalharás e farás toda a tua obra. Mas o sétimo dia é o sábado do Senhor, teu Deus; não farás nenhuma trabalho, nem tu, nem o teu filho, nem a tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o forasteiro das tuas portas para dentro; porque, em seis dias, fez o SENHOR os céus e a terra, o mar e tudo que neles há e, ao sétimo dia descansou; por isso, o SENHOR abençoou o dia do sábado e o santificou[576].

Para os Adventistas, o sábado natural começa ao pôr do sol de sexta-feira e termina ao pôr do sol de sábado, pois recebem a maneira bíblica de computar os dias tomando-os de pôr do sol a pôr do sol, conforme descrito na criação do mundo, em Gêneses[577]: "Quando o sol se põe, findou um dia e um novo dia começa. O anoitecer é o começo do dia. E foi tarde e a manhã o dia primeiro". Isto é, a noite, ou a parte escura do dia, vem primeiro, e é seguida pela manhã ou parte clara[578]". Quando o Sol se põe na tarde do sexto dia da semana (sexta-feira) inicia-se o sábado. O pôr-do-sol é a linha divisória entre o tempo secular e o tempo sagrado instituído por Deus.

Toma-se o exemplo dos sabatistas como exemplo da dificuldade de acesso, permanência, e, portanto, resultados advindos do direito à educação, em face do desejo de expressão religiosa não ser respeitado no sistema de ensino. Em tempos de globalização, não só os guardadores do sábado, mas tantas outras práticas religiosas acabam sendo obstadas pelo sistema de ensino, desrespeitando garantia convencional e constitucional de liberdade religiosa.

A Constituição Federal de 1988 prevê que a liberdade religiosa é direito fundamental, universalmente consagrado e protegido, conforme artigo 5º, inciso VI e

---

[576] Êxodo 20:8-11, In: *Bíblia Sagrada*, 1993, p. 54.
[577] BÍBLIA SAGRADA, 1993, p. 3.
[578] HAYNES, Carlyle Boynton. *Do sábado para o domingo***.** 10. ed. Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira, 2004, p. 16.

ISBN 978-85-62288-05-0

VIII, ao dispor que:

> VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;
>
> VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei[579];

O direito de observar dia de descanso religioso foi devidamente reconhecido pela Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base em Religião ou Crença, proclamada pela Resolução 36/55, da Assembléia das Nações Unidas, de 25 de novembro de 1981, em seu artigo 6º, alínea 'h', que traz o seguinte texto:

> Conforme o "artigo 1º" da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no "§3 do artigo 1º", o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades:
>
> h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção.

De maneira implícita, esse mesmo direito já se encontrava na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 18; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) em seu artigo 12.2 e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) em seus artigos 18, 25 e 26 que asseguram a liberdade de consciência e de crença e o direito de não ser privado de direitos por motivo destas crenças.

3.3 Julgados a respeito da observância do sábado

Os Tribunais Regionais brasileiros não tem um entendimento pacífico, posto que sua normalidade marginaliza as minorias que discordam do entendimento excludente das arenas institucionalizadas de argumentação[580]. Alguns julgados

[579] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil***.** Brasília: DF, 1988.
[580] FRASER, Nancy. *Abnormal Justice*. In: LENZ, Günter H. & DALLMANN, Antje (*orgs*). **Justice, Governance, Cosmopolitanism, and the Politics of Difference**. Reconfigurations in a Transnational World. Berlin: Humboldt-Universität, 2007. p- 117- 147.

ISBN 978-85-62288-05-0

como no caso do Apelação Cível[581] nº 2010.35.00.001891-0/GO - TRF-1º Região, denegam o direito a estudantes, que tem o sábado como dia de guarda, em estudar em horários alternativos e de ter suas faltas abonadas. Neste caso, a Advocacia Geral da União (AGU), argumentou em Juízo, que o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Góias (IFG) não poderia ser obrigado a oferecer aulas em horários alternativos e abonar as faltas de dois estudantes adventistas que não frequentavam as aulas ministradas às sexta-feiras à noite e aos sábados, pelo fato de que a liberdade religiosa não possui atribuição para dispensar as pessoas de cumprir com as obrigações, incluindo os deveres cívicos e funcionais. Nesse diapasão a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, acolheu os argumentos da AGU, denegando o pedido dos alunos, sob o argumento de que:

> Embora a Constituição proteja a liberdade de crença e de consciência e o princípio de livre exercício dos cultos religiosos (CF, artigo 5.º-VI), não prescreve, em nenhum momento, o dever estatal de facilitar, propiciar, promover o exercício ou o acesso às prescrições, ritos e rituais de cada religião. Estabelece apenas o dever do Estado no sentido de proteger os locais de culto e suas liturgias (CF, artigo 5.º-VI, final), sob a condição de que não ofenda o interesse público. A jurisprudência desta Corte entende que a Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, VIII) assegura a liberdade de crença como direito individual do cidadão, sob a condição de que não ofenda o interesse público, ou seja, que não seja ele invocado para a isenção de obrigação legal a todos imposta e a recusa de cumprir prestação alternativa prevista em lei.[582].

Por outro lado, também há julgados que concedem provimento ao pleito de prestação alternativa nos casos onde há colisão entre os direitos fundamentais à educação e à liberdade religiosa. Na Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.70.00.017703-1, foi concedido o direito ao impetrante, em frequentar em turno distinto as disciplinas que colidissem com o respeito ao seu credo, bem como o abono de faltas em virtude de alguma impossibilidade, com a seguinte ementa[583]:

> LIBERDADE DE CRENÇA. DIREITO À EDUCAÇÃO. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IGUALDADE. 1. Não há falar em separação radical de Estado/religião, permitindo a Constituição um âmbito de cooperação, mas

[581] Disponível em: http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=GO&tipoCon=1&proc=53659420104013500#. Acesso em: 2 outubro 2011.
[582] Disponível em: http://do.arquivohistorico.com/br/diarios-dos-tribunais-regionais-federais-trf/1-regiao-trf1/2011-03-25/284-pg.285/swf. Acesso em: 2 outubro 2011.
[583] Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=191997&hash=61c70c453db8224df0a7d75c1e6d3f2a. Acesso em: 2 outubro 2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

> não de sujeição a credo nem imposição de religião nacional. (...) 2. Havendo colisão entre distintos direitos fundamentais, não se pode conceber o sacrifício cabal de qualquer dos bens jurídicos postos em questão, devendo-se proceder à concordância prática entre eles, de forma que, estabelecendo limites aos direitos envolvidos, possam ser estes, ao mesmo tempo, chegarem a uma "eficácia ótima". Conseqüência das modernas teorias constitucionais, desde Konrad Hesse e a força normativa da Constituição. 3. O princípio da igualdade supõe, ao lado de uma "proibição de diferenciação", também uma "obrigação de diferenciação", ajustando-se às desigualdades fáticas existentes, decorrente, no caso das convicções religiosas, de as instituições políticas e sociais incorporarem as necessidades e interesses da confissão majoritária. (...) 4. Não há como entender-se a prevalência dos princípios da legalidade e da igualdade com o sacrifício, no caso concreto, do direito à educação de aluno adepto de credo minoritário. Necessidade de respeito ao "núcleo essencial" da liberdade de crença: liberdade de ter, não ter e deixar de ter religião e a liberdade de livre escolha da crença, de mudar e de abandonar a própria crença religiosa. Moderna doutrina de "liberdade religiosa", compatível com o pluralismo de idéias, o princípio da não-confessionalidade, a tolerância e a diversidade de culturas, crenças e idéias. Reconhecimento, como âmbito de proteção do direito, a "união indissociável entre crença e conduta". 5. Direito reconhecido ao impetrante tanto de freqüentar disciplinas que colidam com o respeito ao seu credo- no caso, do pôr-do-sol de sexta-feira ao pôr-do-sol de sábado- em turno distinto, bem como, na impossibilidade em virtude de problemas da universidade ou pessoais justificados, de abono de faltas. Critérios que não são avessos à legislação federal e que se encontram reconhecidos para casos de problemas de saúde, alunas gestantes e alunos convocados para o serviço militar obrigatório.

No mesmo sentido há entendimento dos Tribunais em ser concedida prestação alternativa em concursos públicos e vestibulares, tanto propiciando outro dia diferente do sábado, como permitindo que o interessado permaneça em sala reservada, sob fiscalização, para iniciar o exame após o pôr-do-sol, facultando a qualquer interessado o acompanhamento da realização da prova[584].

A atual estrutura de ensino deveria ser espaço de incentivo ao aprendizado, espaço destinado ao conhecimento, onde seus alunos deveriam aprender sobre o respeito e tolerância a todo tipo de diversidade. No entanto, nesse lugar em que se

584 Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&Documento=62585&hash=57474106fda0f24cdff4127682faa24c. Acesso em 3.10.2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

devia primar pelo ensino ao respeito ao direito à liberdade das minorias, atualmente vislumbram-se atitudes totalmente opostas. Agem cerceando e reprimindo a direitos que se deveriam ensinar e defender. Exemplo disso é atitude do MEC (Ministério de Educação e Cultura) que, por sua vez, manifestou-se em seu Parecer CNE/CES nº. 224/2006, aprovado em 20.09.2006, no "sentido de que não há amparo legal ou normativo para o abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aulas por motivos religiosos[585]".

Ora, se o sábado como dia de guarda é a expressão religiosa dos sabatistas, se há proteção constitucional, e há proteção internacional expressa, ou seja, convencional, porque o MEC e a LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação não fazem a mesma proteção? O que há é um preconceito pelo padrão hegemônico. Os sabatistas são minoria no idealismo majoritário, dominante, por isso muitas ações não os respeitam, e logicamente desrespeitam o ordenamento internacional e nacional de respeito à expressão religiosa.

Tomando o regramento constitucional e de acordo com o parecer da Procuradoria Regional da República da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº. 2006.70.00.028870-0[586], quando houver conflito relacionado ao direito à liberdade religiosa e o sábado, passível de ser resolvido com a prestação alternativa, devendo o sistema de ensino estar aberto a estas alternativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo ora analisado, o qual teve como foco principal a apreciação da efetividade da garantia de acesso, permanência e resultado do direito fundamental à educação, verificou-se que apesar de existirem formas de proteção, constitucional e internacional, muitos são os conflitos que surgem na negação da diversidade, por conta do pensamento hegemônico, acarretando por vezes a necessidade da intervenção dos órgãos jurisdicionais como forma de solução e pacificação dos conflitos na estrutura de ensino.

A demanda judicial pode pacificar o caso específico, porém sem efeito a todas as pessoas que possam passar pelo mesmo entrave ao direito à educação quando sua cultur, por suas práticas, não for aceita. Por diversas vezes, ainda, a estrutura judiciária mantêm a posição excludente do sistema atual de ensino.

Cumpre salientar ainda que, dentro de um contexto evolutivo de sociedade, é preciso estabelecer regras abertas às diversas práticas, sendo estas aceitas pelo sistema de ensino, para democratizar o conhecimento, numa paridade participativa da sociedade, rumo à democracia participativa.

---

[585] Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pces224_06.pdf. Acesso 6.10.2011.
[586] Disponível em: http://www.prr4.mpf.gov.br/site/index.php?option=com_consultaprocessual&task=pesquisa_avancada. Acesso em 6.10.2011.

ISBN 978-85-62288-05-0

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *A arte da vida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino.* Tradução de Reynaldo Bairão. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.

_____. Ministério da Educação. Consulta sobre abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aulas devido a convicções religiosas. Parecer CNE/CES nº: 224/2006 – Colegiado CES - aprovado em: 20.9.2006. Relatora: Marilena de Souza Chaui. Brasília: DF, 2006. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pces224_06.pdf. Acesso 06.10.2011.

_____. Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Parecer em Apelação em Mandado de Segurança nº. 2006.70.00.028870-0. Desembargadora Federal Relatora: Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre: Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: http://www.prr4.mpf.gov.br/site/index.php?option=com_consultaprocessual&task=pesquisa_avancada. Acesso em 06.10.2011.

COOMBE, Rosemary. *Is there a Cultural Studies of Law?* IN: Miller, Toby (ed.) A companion to Cultural Studies. Blackwell. Publishers, 2001.

FRASER, Nancy. *Abnormal Justice*. In: LENZ, Günter H. & DALLMANN, Antje (*orgs*). *Justice, Governance, Cosmopolitanism, and the Politics of Difference*. Reconfigurations in a Transnational World. Berlin: Humboldt-Universität, 2007. p-117- 147.

GÓIAS. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ensino superior. Aluno adventista do sétimo dia. Exigência de frequência de aulas às sextas-feira à noite e aos sábados. Inexistência de ofensa a direito constitucional. APELAÇÃO CÍVEL nº. 2010.35.00.001891-0/GO. Desembargadora Relatora SELENE DE ALMEIDA. Disponível em: http://do.arquivohistorico.com/br/diarios-dos-tribunais-regionais-federais-trf/1-regiao-trf1/2011-03-25/284-pg.285/swf. Acesso em: 02.10.2011.

HALL, Stuart. *The West and the rest: discourse and power*.

HAYNES, Carlyle Boynton. *Do sábado para o domingo*. 10. ed. Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira, 2004.

IGREJA Adventista do Sétimo Dia. Portal Oficial. Disponível em: http://www.portaladventista.org/portal/quem-somos/. Acesso em: 14 junho 2011.

KISS, Elizabeth. *Is nationalism compatible with human rights? Reflection on East-central Europe.* In: Sarat e Kearns, Identities, Politics, and Rights. Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000.

ISBN 978-85-62288-05-0

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MODOOD, Tariq and MEER, Nasar. *Migration, identity and citizenship. Approaches for addressing cultural diversity in 21st Century Britain*.

PARANÁ. Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Liberdade de crença. Direito à educação. Princípios da legalidade e da igualdade. Apelação em mandado de segurança nº 2003.70.00.017703-1. Desembargadora Relatora. Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=191997&hash=61c70c453db8224df0a7d75c1e6d3f2a. Acesso em: 02.10.2011.

PAREKH, Bhikhu. *Rethinking Multiculturalism*. Cultural Diversity and Political theory. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *In A Educação nos tribunais. Revista Educação. Ed. 152. Por Meire Cavalcante e Cristiane Marangon.* Disponível em http://revistaeducacao.uol.com.br/textos.asp?codigo=12814. Acesso aos 28 de junho de 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*.

SANTOS, Gislene Aparecida dos Santos. *Reconhecimento, utopia, distopia. Os sentidos da política de cotas raciais.* São Paulo. Annablume/FAPESP, 2012.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.* 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011.

SEAMAM, John. *Quem são os adventistas do sétimo dia: um breve exame de sua história, crenças, povo, igreja e missão*. 4. ed. Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira, 2008.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WADE, Loron. *Os dez mandamentos: Princípios divinos para melhorar seus relacionamentos.* Tatuí, SP: Casa Publicadora Brasileira, 2006.

YOUNG, Iris Marion. *Structural Injustice and the Politics of Difference*. In: LENZ, Günter H. & DALLMANN, Antje (*orgs*). *Justice, Governance, Cosmopolitanism, and the Politics of Difference.* Reconfigurations in a Transnational World. Berlin: Humboldt-Universität, 2007. p- 79-116.

ISBN 978-85-62288-05-0

FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO

ISBN 978-85-62288-05-0

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO MEIO DE CONCRETIZAR O DIREITO SUBJETIVO A UM GOVERNO HONESTO E A DEVIDA FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO

Sérgio MASTELLINI*

Guilherme Sampieri SANTINHO**

RESUMO:

O texto aponta aspectos relevantes da lei de improbidade administrativa. Inicialmente indica a corrupção como um dos fatores da ausência de políticas públicas voltadas ao resgate dos excluídos. Após, o texto estabelece a diferença entre imoralidade administrativa e improbidade administrativa (imoralidade qualificada), aprofundando-se no estudo dos atos de improbidade administrativa. Aborda, ainda, os sujeitos dos atos de improbidade administrativa com a observação de que a identificação do sujeito passivo deve anteceder à verificação da condição do sujeito ativo, tendo em vista que somente haverá ato de improbidade se praticado contra as pessoas apontadas no art. 1º da Lei nº 8.429/92. Quanto ao elemento subjetivo da conduta de improbidade impõe-se que haja uma prévia conduta pensada e exercida, de tal modo que o elemento dolo é essencial à sua caracterização. Portanto, não tem qualquer fundamento ou razoabilidade se entender que por ação meramente culposa (negligência, imperícia ou imprudência) possa haver a prática de atos de improbidade, salvo se ocorrer condutas que possam ser qualificadas como culpa grave ou gravíssima, equiparável ao próprio dolo, a teor do art. 10 da Lei nº 8.429/92. Defende-se a tese da desnecessidade da ocorrência do dano para que haja a responsabilização do agente público, considerando que basta o início da prática desonesta para que exsurja o direito de punir do Estado. Por fim, defende que todos os atos de improbidade deverão necessariamente ser penalizados, considerando a gravidade da conduta na fixação da penalidade, e que não se deve deixar de aplicar as sanções sob o argumento da insignificância do resultado, pois não existe “meia-verdade” ou “meia-mentira”, assim como inexiste indivíduo “quase honesto”. Ou se é honesto ou desonesto; honrado ou desonrado; probo ou improbo. Por menor potencial ofensivo, a prática do ato de improbidade impõe a necessária consequência em relação ao sujeito ativo, de modo

*Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direitos Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista – FADAP – Tupã/SP. Professor na Faculdade de Direito da Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE.

**Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direitos Constitucional pela PUC-CAMPINAS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-CAMPINAS. Especialista em Direito Tributário pela PUC-CAMPINAS. Advogado.

ISBN 978-85-62288-05-0

que a moralidade administrativa seja devidamente tutelada. Caso contrário, não haveria a efetividade do processo afastando a concretização do anseio social e político.

ABSTRACT: The text points out important aspects of administrative misconduct Law . Initially indicates corruption as a factor of lack of public policy towards the rescue the minorities. Later, it establishes the difference between administrative immorality and administrative misconduct (immorality qualified), deepening in to the study of the acts of administrative misconduct. It also discusses the people involved in acts of administrative misconduct, with the carefully note of first of all identify the aspects of suspect before verify the aspects of victim entities, given that there will only be a misconduct administrative act if committed against the victims entities mentioned in the first article of the law No. 8.429/92. With regard to the subjective element of improper conduit requires that there is a previous action designed and carried out, so that the element intent is essential for its characterization. Therefore has no legal basis or reasonableness understand that by merely careless action (negligence, incompetence or carelessness) might be the misconduct acts, except if there are acts that could be classified as serious or very serious fault, comparable to the actual intent, the content of art. 10 of Law No. 8.429/92. To support the thesis of the administrative damage to liable the public server, since just enough the beginning of dishonest practice to come up with the State right of punishment. Finally, it argues that all administrative misconduct acts should necessarily be penalized, considering the seriousness of its action in the fixation of the sanction, and that should not be allowed to not apply any sanctions on the grounds of meaningless result, because there is no "half-truth "or" half-lie", as well as there´s no "almost honest" person. Or if it is honest or dishonest; honored or dishonored; upright or unrighteous. For lower offensive potential, practicing acts of misconduct requires the necessary consequence for the subject asset, so that the administrative morality is truly safe. Otherwise, there wouldn´t be the effectiveness of the process, and getting away from the achievement of social and political fulfillment.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção; Combate; Exclusão social; Improbidade administrativa; Sanções; Princípio da insignificância.

KEYWORDS: Corruption; Fighting; Social exclusion; Administrative improbity; Penalties; Principle of insignificance.

ISBN 978-85-62288-05-0

INTRODUÇÃO

São consabidos os problemas sociais desse País. A desigualdade social, a ausência de serviços públicos adequados, a alta carga tributária e baseada nos rendimentos do trabalho, entre outros.

Há diversas razões, sejam elas culturais ou econômicas, dentre tantas, uma se destaca que é a corrupção, pois retira do Estado recursos que poderiam ser investidos no combate a miséria e no fomento à empregos.

A corrupção é uma das formas mais insidiosas de desvio de recursos do poder público para os bolsos privados, dada à torpeza da conduta e os sujeitos que a praticam.

Óbvio que educação, conscientização política e cultura da população seriam os melhores meios de se combater a corrupção, na medida quanto mais elevado o grau de conhecimento, menor o índice de corrupção em um País[587].

Não obstante, tem-se um instrumento legal de combate a corrupção e todos os demais atos de improbidade, que é a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, a qual será analisada como um instrumento para garantir o direito subjetivo dos indivíduos a um governo honesto.

A Lei de Improbidade é o fio condutor para concretizar um governo honesto, porém não basta ter somente o processo, cujo rito ali se apresenta, pois instrumentalidade do processo não significa um fim em si mesmo[588], é necessário uma atuação ativa do juiz para que realize a função política do processo, na concretização do direito material,atendendo sempre as proteções do Estado Democrático de Direito.

É importante destacar que o ato de improbidade administrativa é o ato danoso ao erário, praticado pelo agente público com o fito de beneficiar a si ou outra pessoa. Por óbvio que o ato de improbidade é um ato imoral, mas uma imoralidade qualificada, pois é um ato que se qualifica pela desonestidade da conduta do agente público, que pretende enriquecer-se ou a outrem de forma ilícita ou provocar lesão ao erário, por outros motivos.

1 Corrupção: uma chaga social

Nas entranhas do corpo da sociedade brasileira, duas grandes chagas se instalaram há muitos anos: a corrupção e a sonegação fiscal.

Desde os mais recônditos primórdios ambas condutas foram praticadas e se

[587] ALMEIDA, Alberto Carlos. A ética no Brasil: **a cabeça dos brasileiros** In: CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA-ESCOLA – CIEE, 2008. P. 54 (Coleção CIEE; 105) Disponível em - <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/ciee_-_a_etica_no_brasil_-_a_cabeca_dos_brasileiros.pdf> acesso em 29 janeiro 2012.

[588] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 8 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

espraiaram para diversos segmentos, a ponto da população, infelizmente, em dado período, entender que tais condutas eram “normais” ou “comuns”, inseridas dentro do que se poderia esperar de um administrador público.

Tanto a corrupção quanto a sonegação fiscal tem um traço comum, desviam recursos públicos para bolsos privados, de modo que cerceiam o desenvolvimento de políticas públicas de resgate de indivíduos da marginalidade.

O corrupto e o sonegador tiram do Estado fontes de custeio necessárias de modo que o Estado não atinja sua finalidade essencial: o bem comum.

Não obstante o traço comum de referidas condutas, o objeto do presente trabalho versa sobre a corrupção.

Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, por corrupção entende-se:

> Sob o prisma léxico, múltiplos são os significados do termo corrupção. Tanto pode indicar a ideia de destruição como a de mera degradação, ocasião em que assumirá uma perspectiva natural, como acontecimento efetivamente verificado na realidade fenomênica, ou meramente valorativa.
>
> Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.[589]

Como se vê a expressão corrupção externa o significado de degradação, desonestidade, desvio de conduta esperada, em razão da prática de atos por quem ocupa determinada posição que visa à indevida satisfação de interesse próprio ou de terceiros em detrimento do legítimo interesse social.

No mais das vezes, o corrupto não pratica o ato de forma solitária, é necessário o corruptor.

Não existiria o corrupto se não houvesse o corruptor, assim, ambos devem sofrer as mesmas consequências pelos atos desonestos que praticaram.

Em razão dessa realidade, em especial no ambiente da alta Administração Pública, sem se esquecer de que tal descalabro atinge não apenas o Poder Executivo, mas todos os demais, torna-se necessário o combate a essa chaga, para que, aos poucos, se não houver a completa extirpação, ao menos sua diminuição. No mínimo, o combate à corrupção é uma resposta à sociedade.

A pior consequência do não combate a corrupção ou a ausência de

[589] GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 7 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

respostas adequadas esse combate, além de gerar o perdimento de recursos públicos, acarreta a degradação dos valores morais de toda uma sociedade que passa a crer na impunidade dos crimes do "colarinho branco".

Assim, é necessária a aplicação dos instrumentos de combate a essa prática para, com o tempo, alcançar uma sociedade livre dessa infeliz conduta.

Por óbvio, que uma das formas mais eficazes no combate à corrupção é a conscientização política e a participação popular nos desígnios do Estado, pois haverá uma maior dificuldade de que indivíduos desonestos ingressem ou permaneçam como agentes do Estado.

Porém, enquanto referido desenvolvimento da sociedade não se apresenta, o combate à corrupção acaba se restringindo aos estatutos legais, ao menos para a correção de atos que violem a moralidade administrativa.

Um importante instrumento de combate à corrupção é a Lei nº 8.429/92, a conhecida Lei de Improbidade Administrativa.

Em referido ato normativo, a corrupção é apenas uma das condutas do ato de improbidade, o qual tem uma maior dimensão, abrangendo condutas que não poderiam ser emolduradas como atos de corrupção.

A Improbidade e a corrupção relacionam-se como gênero e espécie, sendo a corrupção absorvida pela improbidade.

2 Distinção entre imoralidade administrativa e improbidade administrativa

A Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, "dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional", e foi criada com a finalidade de concretizar o mandamento constitucional previsto no art. 37, § 4º, que tem a seguinte regra: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

A mera leitura da norma constitucional aponta que o conceito de "improbidade administrativa" não se confunde com o conceito de "imoralidade administrativa", expressão, *a contrario sensu*, disposta no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Os atos administrativos que venham a destoar do princípio da legalidade, também atingirão a moralidade administrativa, considerando como regras internas da administração, porém, a reciproca não é verdadeira, pois um ato poderá estar em conformidade com a lei, no entanto apresentar-se em discordância com a moralidade administrativa, isto é, vale dizer, com os primados da justiça, honestidade, boa-fé, lealdade que devem ser observados na atividade estatal.

ISBN 978-85-62288-05-0

Portanto, mesmo que o ato administrativo esteja em conformidade com a lei, é necessário para sua validade que haja boa fé do administrador público. Não basta que o ato administrativo seja legal, é necessário que seja moral.

A lealdade e a boa fé são consequências do princípio da moralidade administrativa, porquanto estabelecem que o administrador público deva atuar com o fito de fazer uma administração adequada, sem fugir das normas relativas à função pública, pois deve agir de forma zelosa, decidindo do melhor modo para atender ao interesse público, não se esquecendo das normas legais e constitucionais que vinculam sua conduta.

Por sua vez, a probidade administrativa exige que o agente público tenha uma conduta honesta ou reta, que atua fincado na lei e nos princípios administrativos. Probo é o agente público que serve a Administração com honestidade, desenvolvendo seu trabalho sem se valer dos poderes e prerrogativas do cargo, em proveito próprio ou de outrem a quem queira beneficiar.

Assim, o que qualifica a improbidade administrativa é o ato danoso ao erário, praticado pelo agente público com o fito de beneficiar a si ou outra pessoa. Por óbvio que o ato de improbidade é um ato imoral, mas uma imoralidade qualificada.

Essa é a lição de José Afonso da Silva:

> A probidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem que queira favorecer". Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.[590]

Conforme acima transcrito, verifica-se que a improbidade administrativa qualifica-se pela desonestidade da conduta do agente público, pretendendo enriquecer-se ou a outrem de forma ilícita ou provocar lesão ao erário, por outros motivos.

Não obstante, nem sempre um ato imoral, que venha ou não a causar prejuízo ao erário, será improbo, pois existe a possibilidade da ausência da conduta desonesta.

É importante destacar que é impossível excluir o dolo do elemento desonestidade, consequentemente, do conceito de improbidade administrativa. Não

[590] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 616 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

existe desonestidade culposa, ou seja, a oriunda de negligencia, imperícia ou imprudência.

3 Improbidade administrativa

A Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992, conhecida como "Lei de Improbidade Administrativa" foi editada para no intuito de concretizar o mandamento apontado no art. 37, §4º da Constituição Federal, criando um microssistema de enfrentamento à improbidade administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa versou sobre os sujeitos dos atos de improbidade nos três primeiros artigos, estabelecendo que o ato de improbidade seja basicamente praticado por um agente público. Apesar disso, estabelece sua incidência na esfera jurídica de terceiros quando estes de algum modo induzem ou concorram para a prática de atos de improbidade ou, então, se beneficiem de algum modo.

É fundamental o estudo dos sujeitos do ato de improbidade, para se saber a extensão do pólo passivo e ativo de eventual ação por improbidade administrativa. Pois, somente sob a ótica de concretização dos direitos e efetivação do processo se chega à sua função social efetiva.

3.1 Sujeitos dos atos de improbidade administrativa

3.1.1 Sujeito passivo

O sujeito passivo é o titular do bem jurídico ameaçado ou ofendido pela prática do ilícito. Está apontado no art. 1º da Lei nº 8.429/92, *verbis*:

> Art. 1° Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.
>
> Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

ISBN 978-85-62288-05-0

A identificação do sujeito passivo deve anteceder à verificação da condição do sujeito ativo, na medida em que somente haverá ato de improbidade se praticado contra as pessoas apontadas no art. 1º da Lei nº 8.429/92.

É importante destacar que o substantivo "*administração"* utilizado no art. 1º da Lei de Improbidade contempla o conjunto de pessoas jurídicas que exerçam uma atividade de natureza pública, direta ou indireta, seja no Legislativo, Executivo e Judiciário, abrangendo todos os entes federados.

Em relação às entidades previstas no *caput* do art. 1º, mesmo que o ato improbo não tenha causado lesão ao erário, existindo enriquecimento ilícito do agente ou transgressão aos princípios da administração pública, serão aplicadas as penalidades estabelecidas no art. 12 da Lei nº 8.429/92. Não obstante, em relação às entidades previstas no parágrafo único do art. 1º, somente haverá o enquadramento da prática como ato de improbidade se houver dano ao patrimônio de referidas entidades.

3.1.2 Sujeito ativo

A teor do que estabelece a Lei nº 8.429/92, os atos de improbidade podem ser perpetrados unicamente por agentes públicos, com ou sem assistência de terceiros, conforme prevê o art. 2º do referido diploma legal, *verbis*:

> Art. 2° Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

O conceito de agente público não se baseou apenas em um aspecto simplesmente funcional, mas parte da identificação do sujeito passivo para se apontar o sujeito passivo dos atos de improbidade, de modo que resta evidente a relação de dependência entre os dois conceitos.

Além dos tradicionais servidores públicos, abrangendo os membros de todos os Poderes, bem como aqueles que por alguma razão exerçam atividades perante a administração direta ou indireta, aplicando-se a todos os entes federados, a parte final do art. 2º combinado com o parágrafo único do art. 1º aponta que igualmente poderão perpetrar atos de improbidade pessoas que possuam vínculo com as entidades que recebam qualquer montante do erário, entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público ou daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

ISBN 978-85-62288-05-0

Assim, as expressões contidas no art. 2º da Lei nº 8.429/92 estabelecem um conceito vasto do que vem a ser "agente público" para o fim de aplicação de referido ato normativo, pois as atividades do agente podem ser transitórias ou permanentes; voluntárias ou remuneradas; a relação pode ser oriunda de eleição, nomeação, designação, contratação ou outra maneira de investidura ou vínculo*;* e, por fim, dar-se em razão de mandato, cargo, emprego ou função.

3.1.3 Terceiro

Tal qual como ocorreu com o alargamento do conceito de agente público, o "terceiro" que de algum modo induzir ou concorrer para a prática de atos de improbidade ou, então, se beneficiar de algum modo, será chamado à responsabilidade, se submetendo as penalidades da lei de improbidade, conforme estabelece o art. 3º do referido diploma legal, *verbis*:

> Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Por óbvio que as sanções aplicáveis ao terceiro serão aquelas compatíveis com sua situação, de modo que não seria possível a imposição da perda da função pública, na medida em que não desempenha referido mister.

Não obstante, caso o "terceiro" também seja agente público e tenha colaborado para o ato de improbidade perpetrado por outro[591], a imposição das penalidades deverá ser integral, pois, do mesmo modo que o praticante do ato, ele está sujeito aos princípios da probidade administrativa, ficando subordinado por inteiro às penalidades da Lei nº 8.429/92.

É importante destacar que deve restar caracterizado que o terceiro detinha conhecimento da procedência ilegítima benefício recebido, ou seja, necessária a presença do elemento dolo na conduta.

Necessário que se apure a efetiva participação e conduta do terceiro para melhor definição da dosimetria da penalidade a ser aplicada.

Novamente, cumpre ressaltar que somente haverá punição de terceiro, caso o ato de improbidade tenha sido praticado por um agente público, elemento necessário à aplicação da Lei nº 8.429/92. Caso não haja participação de agente público, estará o terceiro submetido a outras penalidades, mas não aquelas estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa.

---

[591] Por exemplo: Investigador da Polícia Civil que extorque servidores públicos federais participantes de quadrilha de crimes contra a Previdência Social (INSS).

ISBN 978-85-62288-05-0

3.2 Elemento subjetivo da improbidade administrativa

O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal estabelece que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

Por sua vez, a Lei n.º 8.429/92 estabelece três espécies de atos de improbidade administrativa: a) atos que importam em enriquecimento ilícito; b) atos que causam prejuízo ao erário; c) atos atentatórios aos princípios da Administração Pública, conforme estabelecem os artigos 9º, 10 e 11 do referido diploma legal, *verbis*:

> Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:
>
> I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;
>
> II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1° por preço superior ao valor de mercado;
>
> III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;
>
> IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;
>
> V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;
>
> VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta,

ISBN 978-85-62288-05-0

para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

ISBN 978-85-62288-05-0

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das

ISBN 978-85-62288-05-0

> atribuições e que deva permanecer em segredo;
>
> IV - negar publicidade aos atos oficiais;
>
> V - frustrar a licitude de concurso público;
>
> VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
>
> VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

O art. 9º não apresenta grandes dificuldades no seu entendimento, pois a sociedade, infelizmente, conhece muito bem o que vem a ser "enriquecimento ilícito". Os sinais da ocorrência da prática se tornam perceptíveis quando o agente público passa a ostentar signos presuntivos de riqueza incompatíveis com a remuneração auferida.

Por sua vez, o art. 10 também não ostenta maiores dificuldades quanto ao tipo descrito. Porém, prevê a possibilidade da penalização de condutas culposas.

Ora! Conforme apontado no início deste trabalho, a improbidade é elemento essencial para a tipificação das condutas previstas na Lei nº 8.429/92. Para a ocorrência da transgressão impõe-se que haja uma prévia conduta pensada e exercida, de tal modo que o elemento dolo é essencial a sua caracterização.

Assim, não tem qualquer fundamento ou razoabilidade se entender que por ação meramente culposa (negligência, imperícia ou imprudência) haja a pratica de atos de improbidade, a despeito da regra legal.

Essa é a lição de Ivan Barbosa Rigolin:

> Improbidade administrativa quer dizer desonestidade, imoralidade, prática de ato ou atos ímprobos, com vista à vantagem pessoal ou de correlato do autor, sempre com interesse para o agente. A improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido. Não existe improbidade culposa, que seria aquela praticada apenas com imprudência, negligência, ou imperícia, porque ninguém é ímprobo, desonesto, só por ter sido imprudente, imperito, ou mesmo negligente. Improbidade é conduta com efeitos necessariamente assumidos pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral, corrupto.[592]

Desse modo, a única interpretação possível quanto a esse aspecto do art. 10 é considerar que a culpa lá prevista é a grave ou gravíssima, equiparável ao próprio dolo, só assim é admissível, constitucionalmente, referida previsão.

[592] RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 229-230 p.

ISBN 978-85-62288-05-0

Por fim, o tipo previsto no art. 11 para sua ocorrência deve restar caracterizado o dolo de ofender aos princípios da administração pública, haja vista que se trata de um tipo aberto e que se não balizado em critérios claros e rígidos quanto à culpabilidade do agente em casos concretos pode levar ao arbítrio, o que não é intenção da Constituição Federal.

3.3 Desnecessária concretização do dano

Não se pode perder de vista que o bem jurídico tutelado pela Lei n.º 8.429/92 é a probidade administrativa, de modo que pouco importa que o sujeito passivo tenha sofrido efetivamente prejuízo patrimonial para que haja a responsabilização dos autores.

E não se esqueça que probidade e honestidade são expressões sinônimas, de modo que basta ocorrer a pratica de um ato de desonestidade contra a Administração Pública para que o sujeito responda pela conduta.

Basta que tenha havido o início da prática desonesta para que exsurja o direito de punir do Estado, isto é, não há necessidade que o ato de improbidade tenha sido exaurido para que ocorra responsabilização dos autores.

3.4 A improbidade não implica em gradação econômica

Existem conceitos que não comportam elasticidade no seu entendimento. Por isso não existem “meia-verdade” ou “meia-mentira”, assim como não existe o “meio honesto”.

Assim, há a verdade ou a mentira; o honesto ou o desonesto; o honrado e ou desonrado; o probo e o improbo.

Por menor potencial ofensivo que tenha sido a prática do ato de improbidade, é necessário que haja alguma consequência em relação ao agente público.

O agente público além de ser honesto deve revestir-se da aura de honestidade, como bem aponta o Supremo Tribunal Federal no julgado abaixo:

> “[...]
> Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral.

ISBN 978-85-62288-05-0

> [...]
> O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César."[593]

Portanto, caso o agente público pratique ato de improbidade, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade deve ser penalizado.

Não resta dúvida que o grande infrator começou pequeno, certamente se tornou deste tamanho, pela falta de punição de seus atos, provavelmente o corretivo apropriado não foi aplicado com base no princípio da insignificância.

Isso não significa que o agente público deva sofrer a máxima punição por um ato de menor dano, mas é necessário que haja efetivamente consequências. Até porque o art. 12 da Lei nº 8.429/92 consagra que as penalidades serão graduadas de forma isolada ou cumulativamente, conforme a gravidade do fato.

A improbidade sempre será séria violação dos deveres funcionais, sendo irrelevante a dimensão do dano causado para que haja a responsabilização do agente, por mínimo que seja o aspecto monetário, o operador do direito deverá buscar a dimensão subjetiva do comportamento do sujeito ativo, pois o objeto jurídico tutelado é a moralidade administrativa, não o aspecto econômico do ato praticado.

Além disso, no sistema jurídico brasileiro vigora o princípio da indisponibilidade do interesse público, a que todos os poderes da república estão jungidos.

Apesar do exposto, é importante destacar que há corrente doutrinaria em sentido oposto, que sustenta ser aceitável a aplicação por analogia com o Direito Penal do princípio da insignificância, considerando o aspecto meramente econômico da ofensa ao bem jurídico tutelado.

Porém, repita-se, não tem cabimento a não aplicação das penalidades insertas na Lei nº 8.429/92, sob o argumento da bagatela do prejuízo financeiro causado, pois o que se tutela é o direito de toda a sociedade a um governo honesto ou uma Administração Pública proba e não apenas o aspecto financeiro ou monetário. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DISTINÇÃO ENTRE JUÍZO DE IMPROBIDADE DA

[593] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 160.381-SP, Relator Ministro Marco Aurélio de Melo, Segunda Turma, julgado em 29.03.1994, publicação 12.08.1994; RTJ 153/1.030.

ISBN 978-85-62288-05-0

CONDUTA E JUÍZO DE DOSIMETRIA DA SANÇÃO.

1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública contra o Chefe de Gabinete do Município de Vacaria/RS, por ter utilizado veículo de propriedade municipal e força de trabalho de três membros da Guarda Municipal para transportar utensílios e bens particulares.

2. Não se deve trivializar a Lei da Improbidade Administrativa, seja porque a severidade das punições nela previstas recomenda cautela e equilíbrio na sua aplicação, seja porque os remédios jurídicos para as desconformidades entre o ideal e o real da Administração brasileira não se resumem às sanções impostas ao administrador, tanto mais quando nosso ordenamento atribui ao juiz, pela ferramenta da Ação Civil Pública, amplos e genéricos poderes de editar provimentos mandamentais de regularização do funcionamento das atividades do Estado.

3. A implementação judicial da Lei da Improbidade Administrativa segue uma espécie de silogismo – concretizado em dois momentos, distintos e consecutivos, da sentença ou acórdão – que deságua no dispositivo final de condenação: o juízo de improbidade da conduta (= premissa maior) e o juízo de dosimetria da sanção (= premissa menor).

4. Para que o defeito de uma conduta seja considerado mera irregularidade administrativa, exige-se valoração nos planos quantitativo e qualitativo, com atenção especial para os bens jurídicos tutelados pela Constituição, pela Lei da Improbidade Administrativa, pela Lei das Licitações, pela Lei da Responsabilidade Fiscal e por outras normas aplicáveis à espécie.

Trata-se de exame que deve ser minucioso, sob pena de transmudar-se a irregularidade administrativa banal ou trivial, noção que legitimamente suaviza a severidade da Lei da Improbidade Administrativa, em senha para a impunidade, *business as usual*.

5. Nem toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade, nem se confunde o administrador inábil com o administrador ímprobo.

Contudo, se o juiz, mesmo que implicitamente, declara ou insinua ser ímproba a conduta do agente, ou reconhece violação aos bens e valores protegidos pela Lei da Improbidade Administrativa (= juízo de improbidade da conduta), já não lhe é facultado – sob o influxo do princípio da insignificância, mormente se por "insignificância" se entender somente o impacto monetário direto da conduta nos cofres públicos – evitar o juízo de dosimetria da sanção, pois seria o mesmo que, por inteiro, excluir (e não apenas dosar) as penas legalmente previstas.

6. Iniqüidade é tanto punir como improbidade, quando desnecessário (por

ISBN 978-85-62288-05-0

atipicidade, p. ex.) ou além do necessário (= iniqüidade individual), como absolver comportamento social e legalmente reprovado (= iniqüidade coletiva), incompatível com o marco constitucional e a legislação que consagram e garantem os princípios estruturantes da boa administração.

7. O juiz, na medida da reprimenda (= juízo de dosimetria da sanção), deve levar em conta a gravidade, ou não, da conduta do agente, sob o manto dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que têm necessária e ampla incidência no campo da Lei da Improbidade Administrativa.

8. Como o seu próprio nomen iuris indica, a Lei 8.429/92 tem na moralidade administrativa o bem jurídico protegido por excelência, valor abstrato e intangível, nem sempre reduzido ou reduzível à moeda corrente.

9. A conduta ímproba não é apenas aquela que causa dano financeiro ao Erário. Se assim fosse, a Lei da Improbidade Administrativa se resumiria ao art. 10, emparedados e esvaziados de sentido, por essa ótica, os arts. 9 e 11. Logo, sobretudo no campo dos princípios administrativos, não há como aplicar a lei com calculadora na mão, tudo expressando, ou querendo expressar, na forma de reais e centavos.

10. A insatisfação dos eminentes julgadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o resultado do juízo de dosimetria da sanção, efetuado pela sentença, levou-os, em momento inoportuno (isto é, após eles mesmos reconhecerem implicitamente a improbidade), a invalidar ou tornar sem efeito o próprio juízo de improbidade da conduta, um equívoco nos planos técnico, lógico e jurídico.

11. A Quinta Turma do STJ, em relação a crime de responsabilidade, já se pronunciou no sentido de que "deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância, não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral." (REsp 769317/AL, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 27/3/2006).

Ora, se é assim no campo penal, com maior razão no universo da Lei de Improbidade Administrativa, que tem caráter civil.

12. Recurso Especial provido, somente para restabelecer a multa civil de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), afastadas as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público, pretendidas originalmente pelo Ministério Público.[594]

[594] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010).

ISBN 978-85-62288-05-0

Desse modo não há como avaliar o dano pelo seu lado exclusivamente patrimonial e sim, sobretudo, sob a sua égide social e moral, uma vez que na maioria das vezes os atos imorais que não possuem repercussão econômica são mais danosos que aqueles que lesionam economicamente a Administração Pública.

Assim, não há como relativizar a moralidade administrativa, pois não há como uma conduta ser imoral a ponto de se amoldar aos tipos descritos na Lei de Improbidade Administrativa e ser irrelevante perante o ordenamento jurídico.

Portanto, qualificando-se o ato como improbo, impõe-se a aplicação das penalidades previstas na legislação.

CONCLUSÃO

Conforme restou patenteado, a corrupção é um mal que assola esse País, de modo que recursos públicos são desviados para bolsos privados, quando deveriam ser aplicados em políticas públicas de resgate de excluídos.

Tal situação atinge todos os níveis da Administração Pública, bem como não apenas o Poder Executivo, mas todos os demais, de modo que se torna fundamental o combate a essa chaga social, para que, aos poucos, se não houver a completa extirpação, ao menos sua diminuição.

De modo que a sociedade tenha respostas aos seus anseios, e passe a crer que a finalidade do Estado é o bem comum, e não um elemento de opressão e de locupletamento de alguns.

A mais nefasta conseqüência do não combate a corrupção ou a ausência de respostas adequadas a seu combate, além de gerar o perdimento de recursos públicos, acarreta a degradação dos valores morais de toda uma sociedade que passa a crer na impunidade dos crimes do “colarinho branco”, acreditando ser “regra” que a classe política seja composta por “bandidos”, de modo a afastar grande parte das pessoas da política e da busca pelo poder.

Nesse contexto de combate a corrupção, um dos mais eficientes instrumentos é a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que não reprime apenas a corrupção, mas uma série de outras condutas lesivas ao erário e aos princípios administrativos.

A probidade administrativa exige que o agente público tenha uma conduta honesta ou reta, que atua fincado na lei e nos princípios administrativos. Probo é o agente público que serve a Administração com honestidade, desenvolvendo seu trabalho sem se valer dos poderes e prerrogativas do cargo, em proveito próprio ou de outrem a quem queira beneficiar.

Assim, ausente tais predicados a conduta se qualifica como de improbidade administrativa, de modo que pouco importa que o sujeito passivo tenha sofrido efetivamente prejuízo patrimonial ou que o ato tenha sido exaurido para que haja a

ISBN 978-85-62288-05-0

responsabilização dos autores.

Somente a atuação eficiente e diligente de todos os atores envolvidos no combate a corrupção, sem esmorecimento, é que se poderá diminuir o flagelo da corrupção em nosso País.

Deve haver compromisso de todos os Poderes da República no combate a corrupção, o Poder Executivo adotando critérios técnicos e transparentes quanto à nomeação de pessoas para cargos na alta administração; o Poder Legislativo criando instrumentos normativos de tutela do interesse público e o Poder Judiciário aplicando tais instrumentos com rigor, assegurados os direitos constitucionais aos acusados.

Punindo-se todos aqueles que praticarem atos de improbidade, quer os mais escabrosos, quer os mais singelos. De modo que o agente tenha certeza que não ficara impune caso pratique atos de improbidade administrativa.

É necessário que haja resposta estatal de modo a afastar da Administração Pública aqueles que não têm respeito pelo Estado e sociedade. Somente com decisões rigorosas, tutelando o erário, e que haverá respeito à cidadania, sem isso a sociedade permanecerá desprotegida.

Portanto, somente com atitudes firmes e rigorosas de todos os órgãos estatais e da sociedade contra a corrupção e os demais atos de improbidade é que se pode vislumbrar uma sociedade justa, igualitária e soberana.

Referências.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A ética no Brasil: a cabeça dos brasileiros* In: Centro de Integração Empresa Escola CIEE – CIEE, 2008. (Coleção CIEE; 105) Disponível em - <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/ciee_-_a_etica_no_brasil_-_a_cabeca_dos_brasileiros.pdf> Acesso em 29 janeiro 2012

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça***.** 2. Ed Florianópolis: Editora OAB/SC, 2006.

BUGALHO, Gustavo Russignoli. *Improbidade Administrativa: Comentário à Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992***.** Leme: J. H. Mizuno, 2009.

COSTA, José Armando da. *Contornos Jurídicos da Improbidade Administrativa.* 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição.* São Paulo : Malheiros Editores, 1999.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa.* 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001.

ISBN 978-85-62288-05-0

_____. *Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: São Paulo, 2004.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa: Comentários e Anotações Jurisprudenciais.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade Administrativa:* Estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar. 2. ed. Niteroi: Impetus, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa: *Aspectos de proteção ao patrimônio público.* 3ª ed. São Paulo : Atlas, 1998.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ISBN 978-85-62288-05-0

SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO E ACESSO À JUSTIÇA

Levi Rosa TOMÉ *
Nathan Barros Osipe**

RESUMO:

Este trabalho aborda a questão do acesso à ordem jurídica justa pelo viés da simplificação do processo. A despeito do grande desenvolvimento do Direito Processual, como ramo autônomo da ciência jurídica, o que se pretende demonstrar aqui é que a sua supervalorização produziu o indesejável efeito colateral do formalismo exacerbado, o tecnicismo elevado à condição de dogma, que muito tem contribuído para a demora na prestação jurisdicional. A par disso, é objetivo deste trabalho demonstrar que esse desvirtuamento pode ser solucionado com mecanismos que já estão à disposição do operador do direito, quer no plano teórico, quer no plano legislativo, e que a sua utilização em prol das necessidades de pacificação social com justiça está autorizada por princípios constitucionais que a validam, independentemente da alteração das regras processuais em vigor. Para tanto, valer-se-á neste trabalho dos métodos dedutivo e histórico, com pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais a respeito das causas da morosidade da Justiça, e em especial modo a sua superação pela simplificação do processo.

ABSTRACT:

This paper addresses the issue of access to fair legal system by simplifying the process. Despite the great development of Procedural Law as autonomous branch of legal science, what is intended here is to demonstrate that its overvaluation produced the unwanted side effect of exaggerated formalism, the technicality elevated to the status of dogma, which has greatly contributed to the delay in the judgments. In addition, objective of this paper is to demonstrate that this distortion can be solved by mechanisms that are already available to the operator of the law, either theoretically or in law, and that its use in favor of the need of social pacification is authorized by constitutional principles that validate, regardless of changes in procedural rules in force. To this end, it will be worth in this paper deductive and historical methods with doctrinal and jurisprudential research about

* Mestrando do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Processual Civil, pelas Faculdades Integradas de Ourinhos. Juiz do trabalho. E-mail de contato: levitome@uol.com.br.
** Mestrando do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Servidor da Justiça Federal. E-mail de contato: nathanosipe@yahoo.com.br.

ISBN 978-85-62288-05-0

the causes of the slowness of justice, and in particular so as to overcome them by simplifying the process.

PALAVRAS-CHAVE: Formalismo. Simplificação processual. Acesso à Justiça. Princípios constituconais.

KEYWORDS: Formalism. Procedural simplification. Access to Justice. Constitutional principles.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, muito se tem discutido a respeito do endêmico problema da morosidade do sistema judicial. Esse estigma - "justiça morosa" -, tem sido tema de inúmeras reportagens e inúmeros comentários levados a público nos diversos meios de comunicação, como dão conta, por exemplo, os periódicos "Valor Econômico", de 31/05/10 ("Justiça lenta impede a volta de US$ 3 bi ao país"), "O Estado de São Paulo", de 06/10/10 (Clipping – "Sou juíza que teme precisar da Justiça, diz nova Corregedora Nacional de Justiça"), "Isto É Dinheiro", na sua versão digital de 17/09/10[595] ("Justiça lenta é parte do custo Brasil"), "Tribuna da Imprensa", na sua edição digital de 30/03/12[596] ("Morosidade do Supremo é revoltante e sem solução"), "Jornal do Brasil", na sua edição digital de 23/07/12[597] ("Morosidade Favorece Criminosos").

A perniciosidade desse tipo de visão a respeito de um dos Poderes da República é evidente e avassaladora. Basta ter em conta que o próprio Estado Democrático de Direito, consagrado no artigo 1º da Constituição Federal, tem como um de seus "eixos" o princípio da separação dos poderes[598] - o que, obviamente, a par da independência e da harmonia que lhes devem permear (artigo 2º da Constituição), também pressupõem a igual respeitabilidade.

Porém, pior do que ver desprestigiado um dos Poderes da República, é perceber que as críticas que lhe são desferidas têm pertinência.

O último levantamento elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, relacionado ao ano de 2010, o "Justiça em Números",[599] revela que a "taxa de congestionamento" de processos no primeiro grau de jurisdição é preocupante – 61,6% na fase de conhecimento e 87,6% na fase de execução, isso sem considerar problemas de mesma ordem também detectados no segundo grau de jurisdição (taxa de congestionamento de 50,3%).

---

[595] Disponível em: <*www.istoedinheiro.com.br*>. Acesso em: 03/08/2012.
[596] Disponível em: <*www.tribunadaimpensa.com.br*>. Acesso em: 23/07/2012.
[597] Disponível em: <*www.jb.com.br*>. Acesso em: 23/07/2012.
[598] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 557.
[599] Disponível em: <*www.cnj.jus.br*>. Acesso em: 23.07.2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

Nesse mesmo contexto, recente pesquisa de satisfação, realizada entre os dias 1º e 30/09/2011, feita perante os usuários do sistema judicial brasileiro, parece reverberar exatamente esses números. Note-se que, diante da pergunta "Os processos são concluídos no prazo previsto na forma da Legislação?", para 30,3% dos entrevistados "poucas vezes" esse fato acontece, e para 56,7% desses entrevistados "nunca" se verifica esse tipo de situação, ou seja, nunca se empreende prestação jurisdicional tempestiva[600].

É dizer: para a esmagadora maioria dos usuários do sistema judicial, isto é, para 87,0% deles, os serviços prestados pelo Judiciário Brasileiro, ao menos no que se refere à sua tempestividade, são, simplesmente, insatisfatórios ou inadequados.

A causa desse elevado índice de processos que não alcançam solução tempestiva tem diversos matizes, que vão desde a falta de estrutura do Poder Judiciário, até a necessidade ingente de modernização das próprias regras processuais.

Neste trabalho, procurou-se demonstrar que uma das faces dessa morosidade na entrega da prestação jurisdicional é o formalismo exacerbado, a ontologização do processo que supervaloriza o meio em detrimento do fim.

O objetivo aqui, portanto, foi detectar de que maneira esse formalismo se apresenta e como é possível suplantá-lo, ainda que as regras processuais o consagrem e muitas vezes o estimulem.

Para tanto, foram utilizados os métodos dedutivo e histórico, além de pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, com especial destaque para a aplicação dos princípios constitucionais, capazes de validar posicionamentos que, à primeira vista, estejam em desconformidade com regras processuais infraconstitucionais.

Este artigo foi estruturado em cinco tópicos. O primeiro deles tratou da morosidade da justiça como óbice ao acesso à Justiça, sendo certo que no segundo tópico pretendeu-se evidenciar que o formalismo é uma das causas dessa lentidão. Já na terceira parte deste arrazoado, o objetivo foi demonstrar a possibilidade de se superar esse formalismo exacerbado por uma visão instrumentalista do processo, como meio e não como finalidade última. O item "4" deste trabalho tratou dos mecanismos já existentes, capazes de suplantar esse formalismo, enquanto o quinto tópico trouxe as bases constitucionais que corroboram a tese aqui defendida. Ao final, foram expostas as conclusões a que se chegou neste trabalho.

1 A MOROSIDADE COMO ÓBICE AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

É fora de dúvida que qualquer sistema ou qualquer máquina desenvolvida pela inteligência humana, destinada a cumprir determinado objetivo ou a produzir certo resultado, haverá de atender às razoáveis expectativas que nela se depositam,

[600] Idem. Acesso em: 23/07/2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

no sentido de este objetivo ou este resultado projetado se aflorar a tempo e modo satisfatórios.

O processo, como instrumento ético de solução de conflitos, como "conjunto de princípios e normas destinados a reger a solução de conflitos mediante o exercício do poder estatal[601]", haverá de cumprir exatamente este seu objetivo, ou seja, solucionar conflitos de modo satisfatório e adequado, sob pena de cair em descrédito.

Aliás, o grande problema do sistema judicial é exatamente este – o descrédito perante o comum dos cidadãos, conforme já se disse nas linhas passadas, em função do defeito apresentado por essa "máquina estatal", que como se tem visto não soluciona conflitos a contento.

Boaventura de Sousa Santos, no seu "Para uma Revolução Democrática da Justiça", depois de dizer da existência hoje de uma maior consciência do cidadão comum, quanto aos seus direitos, reconhece a existência não de uma "demanda reprimida", como se costumou dizer em face dos novos direitos preconizados na Constituição Federal de 1988, mas sim de uma "procura suprimida", relacionada àqueles cidadãos "que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados", na medida em que se apresentam "totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial, sempre que contactam com as autoridades, que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias, etc." [602]

E essa dura crítica formulada pelo sociólogo português haverá de ser levada em consideração, não só pela respeitabilidade de quem a formulou, mas também e principalmente porque extraída do seio da sociedade, razão de ser do próprio sistema judicial.

Aliás, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, analisando o problema do acesso à Justiça, dão conta dessa "invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito" por estudiosos de outras áreas, como a sociologia, a antropologia, a economia; e destacam o efeito benéfico dessa "invasão", afirmando que:

> Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras ciências sociais podem, na realidade, ser

[601] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 6. ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. I. p. 39.
[602] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 31.

ISBN 978-85-62288-05-0

nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica – a luta pelo 'acesso à Justiça'[603].

Com efeito, não há mesmo como negar a existência de uma barreira entre o cidadão comum, geralmente o mais humilde deles, e o sistema judicial instituído. Os números acima citados emitem claríssimos sinais nessa direção. Aliás, nos dias atuais avultam-se as críticas ao sistema judiciário, o que se materializa não só nos noticiários especializados, mas até mesmo nos comentários banais do dia-a-dia. Caminhe-se pelas ruas e será difícil, ou mesmo impossível, não se deparar com comentários nada elogiosos em relação ao sistema judicial.

Essa barreira não é visível e nem se personifica em um vilão específico, mas numa série de obstáculos. Os mesmos Cappelletti e Garth citam alguns desses obstáculos: custas judiciais; desigualdade entre os litigantes, não só material, mas até cultural; desagregação ou desorganização dos titulares de interesses difusos; e até mesmo a própria inter-relação entre esses obstáculos[604].

Luiz Guilherme Marinoni estrutura esse questionamento abordando dois pontos básicos: o "custo do processo" e a "demora processual", destacando a especial malignidade desta última, que prejudica o autor com razão, em benefício do réu sem razão[605].

E aqui vêm à tona as candentes palavras de Rui Barbosa: "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta[606]".

Antoine Garapon, no seu "O Guardador de Promessas", é enfático ao inferir que "um Estado moderno, um executivo credível – assim como uma economia forte – precisam, hoje, de uma justiça que se faça respeitar[607]", e esse respeito está intimamente ligado à própria efetividade da prestação jurisdicional, expedita e adequada.

O ponto a partir do qual se pretende desenvolver este trabalho diz respeito à morosidade como barreira à ordem jurídica justa e como causa do descrédito do sistema judiciário como um todo - o que será analisado neste trabalho, dentre muitos aspectos possíveis, pelo flanco do formalismo exacerbado, capaz de esvair o processo de toda a efetividade que dele se espera.

---

[603] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 8-9.
[604] Idem p. 15.
[605] MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. 1. p. 187.
[606] **Oração aos Moços**
[607] GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas –** Justiça e Democracia**.** Tradução de ARAGÃO, Francisco. Lisboa: Instituo Piaget, 1996. p. 30.

ISBN 978-85-62288-05-0

2 O FORMALISMO COMO CONCAUSA DA MOROSIDADE

Antes de tudo, é preciso dizer que quando se fala em "formalismo" como óbice à efetividade do processo, decerto que não se está a pretender que o processo se desenvolva livremente, sem que os procedimentos pelos quais se deva empreender a prestação jurisdicional contenham um mínimo de forma, necessário à própria segurança dos jurisdicionados.

José Frederico Marques, depois de explicar que "a forma do ato processual constitui o traço que imprime juridicidade às operações que nele se cristalizam, visto que só em função da forma adquirem os atos processuais existência e relevância jurídica[608]", detecta a presença de dois princípios antinômicos a reger a questão dos atos processuais – o princípio da liberdade das formas e o princípio da legalidade das formas -, reconhecendo que o primeiro desses princípios, o da liberdade das formas, não é de aplicação correntia, na medida em que a sua implementação "conduziria ao arbítrio e à incerteza, quando não à preponderância da vontade instável e flutuante dos sujeitos do processo e seus auxiliares[609]" – o que significa dizer que a forma do ato processual, prevista e regulamentada, é elemento indispensável à materialização das próprias garantias constitucionais processuais, bem assim o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa.

É nesse sentido que o mesmo autor empreende uma visão didática à questão, quando diz que pelo princípio da legalidade das formas se concebe não uma "fotografia do ato" (o ato já realizado), mas sim um "modelo", uma descrição prévia de como o ato deve ser realizado[610].

Aliás, Fredie Didier Júnior, quando discorre a respeito de um "direito fundamental a um processo sem dilações indevidas", faz menção ao moderno princípio da razoável duração do processo, tal como previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, mas a ele faz um importante contraponto, no sentido da existência, talvez com a mesma intensidade, de um "direito à demora na solução dos conflitos[611]", com isso pretendendo dizer da necessidade de serem respeitadas certas formalidades processuais - imprescindíveis à preservação dessas garantias processuais constitucionais – e com isso respeitar também o tempo necessário à sua materialização.

Essa é também a lição de Cândido Rangel Dinamarco, ao dizer que o direito processual é eminentemente formal, porque as formas são uma imposição de segurança, destinadas a dar efetividade aos poderes e faculdades inerentes ao sistema processual. Segundo este autor, "o que se renega no direito formal é o

---

[608]MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil.** 1. ed., rev., atual. e compl. por SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Campinas: Millennium, 2000. vol. II. p. 295.
[609]Idem, p. 296.
[610]Ibidem.
[611]DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Podivm, 2007. vol. 1. p. 41.

ISBN 978-85-62288-05-0

formalismo, entendido como culto irracional da forma, como se fora esta um objetivo em si mesma[612]".

Nesse contexto, o formalismo que aqui se elege como concausa da morosidade da prestação jurisdicional, portanto, diz respeito ao desvirtuamento da forma, que de elemento de segurança propiciado aos jurisdicionados, destinado a cumprir o princípio do devido processo legal e a dar acesso às garantias processuais que dele decorrem, passa a servir como válvula de escape àquele que no processo não tem razão, e que se utiliza das formas processuais como um jogo de cartas, onde mais valha a astúcia do "jogador" do que a verdade dos fatos; ou ainda quando utilizada a forma ou o formalismo de modo a retardar a definitiva solução da demanda, ainda que involuntariamente, muitas vezes até mesmo por aquele que é considerado o reitor do processo - o próprio juiz da causa.

Enrico Tullio Liebman, um dos influenciadores do processo civil brasileiro, já teve oportunidade de manifestar-se a respeito deste tema, dizendo da necessidade de as formas processuais serem reconhecidas como importante instrumento de reguardo das partes envolvidas na demanda processual, garantindo-lhes "regular e leal desenvolvimento do processo", o que, entretanto, não deve significar o sacrifício do próprio direito material que pelo processo se pretenda tutelar. Há que conciliar, o quanto possível, a substância do direito material envolvido e a segurança processual dos jurisdicionados em conflito. Confira-se:

> Le forme processuali rispondono a una necessità di ordine, di certezza, di efficienza e la loro scrupolosa osservanza rappresenta una garanzia di regolare e leale svolgimento del processo e di rispetto dei diritti delle parti. Il formalismo è necessario nel processo molto più che nelle altre attività giuridiche. D'altra parte occorre evitare, per quanto possibile, che le forme siano un ingombro e un ostacolo al pieno conseguimento dello scopo del processo; occorre impedire che la cieca osservanza della forma soffochi la sostanza del dirrito. Bisogna perciò che il legislatore, nel regolare le forme, che sono in gran parte il risultato di una tradizionale esperienza che si accumula da secoli, provveda ad adattarle alla necessità e ai costumi del suo tempo, eliminando il troppo e l´inutile; e bisogna ancora che l´interprete non dimentichi che esse sono dei mezzi e no dei fini. A questi criteri è, come vedremo (avanti, nn. 104, 117), informata la legge vigente, che si è sforzata di contemperare le diverse esigenze, dettando un regolamento delle forme ispirato a salvare in ogni caso, nella misura massima possibilie, tanto la sostanza del diritto quanto la certezza delle situazioni processuali.[613]

[612]DINAMARCO, op. cit. ("Instituições"), p. 40.
[613]As formas processuais respondem a uma necessidade de ordem, de certeza, de eficiência e a sua escrupulosa observância representa uma garantia de regular e leal desenvolvimento do processo e

ISBN 978-85-62288-05-0

De outra parte, não pode haver qualquer perplexidade em reconhecer que o "formalismo", esse desvirtuamento das formas processuais, se constitui em entrave à própria efetividade do processo, como instrumento de pacificação social. Humberto Theodoro Júnior, em tese de doutoramento defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, fala das "formalidades essenciais do procedimento", e de como essas formalidades devem ser flexibilizadas, em prol de um processo mais célere[614]. Aliás, nessa mesma obra o autor reconhece que a "causa mais comum da lentidão processual é, todos o sabem, o apego injustificado ao formalismo exagerado, que, infelizmente, teima em permanecer enraizado no núcleo dos sistemas processuais latinos[615]". No mesmo sentido são as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, ao alertar sobre a possibilidade de a parte, mesmo se valendo de formalidades previstas na lei, ou seja, legalmente permitidas, utilizá-las de modo abusivo, aviltando a parte contrária e obrigando-a a acordos judiciais que lhe sejam maléficos, exatamente pelo retardamento na solução da lide. Confira-se:

> Não raro se ouve alguém argumentando que o autor deve fazer um acordo em razão de que ainda terá de aguardar muito o desfecho do processo. Réus mais cínicos chegam a dizer que, na falta de acordo, vão se valer de todas as manobras possíveis para que o processo dure o maior tempo possível. Tal acordo, como é óbvio, terá de dar algo ao réu em troco da demora, admitindo que o tempo do processo é um problema do autor, ou deve necessariamente ser por ele suportado. Essa questão já foi objeto de preocupação da doutrina italiana, que advertiu, ao tratar das ações de ressarcimento propostas contra as seguradoras, que a demora do processo serve para desencorajar os acidentados a propor demandas e a induzi-los a aceitar transações não vantajosas[616].

---

de respeito dos direitos das partes. O formalismo é necessário no processo muito mais que nas outras atividades jurídicas. De outra parte convém evitar, o quanto possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo; convém impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito. Necessário por isso que o legislador, no regular as formas, que são em grande parte o resultado de uma tradicional experiência que se acumula dos séculos, proveja adaptar-lhes às necessidades e aos costumes de seu tempo, eliminando o excessivo e o inútil; e necessário ainda que o intérprete não esqueça que esses são os meios e não os fins. Por esses critérios está, como veremos (adiante, ns. 104, 117), informada a lei vigente, que se vê constrangida a harmonizar as diversas exigências, ditando um regulamento de formas inspirado a salvar, em cada caso, na medida máxima possível, tanto a substância do direito quanto a certeza das situações processuais. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. A cura di COLESANTI, Vittorio, MERLIN, Elena e RICCI, Edoardo F.. Settima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 209-210. (tradução livre do autor)

[614] THEODORO JR., Huberto. **O Cumprimento da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 75.

[615] Idem, p. 76.

[616] MARINONI, op. cit., p. 188.

ISBN 978-85-62288-05-0

O que se pretende neste trabalho, portanto, é demonstrar que a forma dos atos processuais, como um "modelo" previamente estabelecido pela lei, como necessário à segurança dos jurisdicionados, nunca será descartada, porque na verdade imbricada com o próprio princípio do devido processo legal - o que não pode significar, entretanto, que a sua essencialidade seja levada às últimas consequências, a partir disso privando o próprio processo da efetividade que dele se espera, pelo endeusamento do formalismo.

3 A SUPERAÇÃO DO FORMALISMO E A SUA SUBSTITUIÇÃO PELO INSTRUMENTALISMO

Dos tempos do célebre debate entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther, que detectaram a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional, em 1856, e de Oskar Von Bülow, que concebeu a existência de uma relação jurídica processual desvinculada da relação jurídica material, em 1868, até os dias atuais, muito se desenvolveu o Direito Processual, como ciência autônoma, graças a essa nítida separação ontológica entre direito e processo.

Com efeito, para que se aflorasse esse ramo da ciência jurídica, com seus princípios próprios, com sua autonomia científica, didática e jurisprudencial, buscou-se, à exaustão, distanciar-se o direito de ação, ou seja, o direito de invocar a proteção estatal, do direito material que por ela, pela ação, se pretendia tutelar.

Vem daí a evolução das teorias relacionadas à natureza jurídica do direito de ação e sua tendência à completa autonomia: a teoria imanentista ou civilista, que via na ação o próprio direito substancial em estado de reação ou de defesa; a teoria concretista, que embora concebesse a ação como direito autônomo, apenas a vislumbrava em relação ao sujeito cujo direito material fosse reconhecido em Juízo; a teoria abstracionista, que pretendia a ação como direito absolutamente autônomo em relação ao direito material tutelado; a teoria "eclética", adotada no Brasil, por influência de Liebman, que infere por existente um direito subjetivo público e autônomo de se invocar a tutela jurisdicional, mas ainda assim condicionado a elementos de referibilidade no próprio direito material postulado, bem assim possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual, como se colhe do contido no artigo 267, inciso VI do CPC.

Entretanto, esse distanciamento entre direito e processo, essa necessidade de se separar e de se desassemelhar o direito de ação do direito material pretendido, progressivamente alcançado pela própria evolução das teorias relacionadas à natureza jurídica da ação, como acima visto, trouxe consigo um perverso efeito colateral – o da ontologização do processo, como se este fosse um fim em si mesmo, como se o que interessasse fosse o alto nível de tecnicismo que nele se encerra, e não o direito material que por ele deveria ser tutelado, muito menos a sociedade que por ele busca apaziguar-se.

ISBN 978-85-62288-05-0

Nesse contexto, José Roberto dos Santos Bedaque fala da necessidade de se revisitarem os institutos do direito processual, que se no passado foram concebidos e delineados graças a essa completa separação entre direito e processo, hoje não precisam mais ser vistos com tamanho distanciamento, e sim com os olhos voltados à instrumentalidade que deve norteá-los. Confira-se:

> A partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a essa nova visão. Isso porque toda a construção científica desse ramo do direito deu-se na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, valorizou-se demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, cuja identificação é feita à luz de elementos externos ao processo. Seu escopo é a eliminação da crise de direito material, formulando e atuando a regra jurídica ao caso concreto. A técnica adotada pelo legislador, visando ao adequado desenvolvimento do método por ele criado para solução dos litígios (processo équo e justo), é simples meio. Em nenhum instante pode o processualista esquecer-se de que as questões internas do processo devem ser solucionadas de modo a favorecer resultados pretendidos, que são exteriores a ele[617].

Cândido Rangel Dinamarco foca a sua análise por aspectos semelhantes, ao detectar os escopos do processo civil - jurídico, social e político -, e ao constatar que o escopo jurídico, ou seja, o de fazer cumprir-se o ordenamento jurídico pela "justa composição da lide", não exerce e não pode exercer papel proeminente sobre os demais escopos. A partir disso, o autor aponta a necessidade de se afastar o "dogma da natureza técnica do processo", para que este se insira nos contextos social e político sobre os quais haverá de atuar. Para Dinamarco avulta-se em importância o escopo social do processo, pois "pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade[618]".

Aliás, em outra obra sobre tema semelhante ao aqui tratado, o mesmo autor fala da necessidade de se compreender o processo diante das escolhas feitas pela sociedade como sendo os objetivos a serem alcançados. Há necessidade de equilíbrio entre exigências em muitos pontos conflitantes, mas que como escolhas feitas pela sociedade, como escopos do processo, haverão de ser conciliadas. E

[617] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo.** Influência do Direito Material sobre o Processo. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 18.
[618] DINAMARCO, op. cit. ("Instituições"), p. 132.

ISBN 978-85-62288-05-0

nesse escaninho inserem-se o ideal de certeza (compreendido no escopo jurídico), que muitas vezes se contrapõe ao de celeridade processual (inserto no contexto do escopo social).

> Do ponto-de-vista estritamente jurídico dessa polaridade processo-direito, o ideal seria, portanto, o conhecimento ilimitado no tempo e aplicação de meios, sem ressalvas quanto ao custo individual ou social de que dependa a busca da perfeição.
>
> É aqui que surgem motivos para transigências. A busca da verdade, que é busca da fidelidade ao direito objetivo a ser declarado e atuado, tem a ver com o escopo jurídico do exercício da jurisdição. Mas acima deste situa-se o escopo social de pacificar e a pacificação, para ser eficiente, precisa chegar logo; além disso, a participação no processo, que é sagrada garantia dispensada constitucionalmente às partes, por outro lado constitui também ônus que às vezes pode ser até bastante pesado [619].

E é nesse contexto que a questão do formalismo e de sua superação haverá ser analisada. Considerado que não há proeminência do escopo jurídico do processo, em detrimento de suas demais finalidades, e compreendendo-se que o objetivo primordial do processo é a pacificação social, não pode haver qualquer dificuldade em reconhecer que tanto o legislador, quanto o próprio intérprete da lei processual, em diversas ocasiões serão obrigados a escolher a celeridade, como forma de empreender pacificação social, ainda que com certo sacrifício à segurança jurídica e à busca da verdade inquestionável[620].

Com efeito, e como também o diz Dinamarco, a ciência processual parece ter alcançado uma fase de "maturidade", de forma que para firmar-se como tal, não precisa mais desse grande distanciamento em relação ao direito material. Passadas as fases imanentista e autonomista, "chegou o terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções[621]".

Mauro Cappelletti chega a conclusões parecidas em face do direito italiano, ao fazer menção acerca do redescobrimento, por parte dos juristas italianos, do

---

[619]DINAMARCO, Cândido Rangel, **A Instrumentalidade do Processo.** 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 276-277.

[620]É manifestamente impossível satisfazer a todos – e a própria estrutura dialética dos conflitos mostra que a plena satisfação de um dos sujeitos implica contrariedade ao outro. Mas a experiência mostra também que, apesar de contrariado, o litigante vencido tende a aceitar a solução de seus conflitos com sofrimento menor que o decorrente das instabilidades inerentes à indefinição. De todo modo, das angústias de dois resta somente a possível decepção de um, satisfeito o seu adversário. (DINAMARCO, in: "Instituições", p. 131-132).

[621] DINAMARCO, op. cit. ("Instrumentalidade"), p. 22.

ISBN 978-85-62288-05-0

"nexo entre processo e direito substancial", que por longo tempo fora desconsiderado, em função do que chama Vittorio Denti de "excessivamente aclamada autonomia da ação e da relação processual[622]".

Em linha de conclusão para este tópico, é possível sustentar que a superação do formalismo e o consequente prestígio à própria efetividade do processo, devem partir da compreensão de que, passadas as fases primitivas do processo, como mero desdobramento do direito material ou como complexo de institutos jurídicos completamente desvinculados dele, atinge-se agora a sua fase madura, na qual se sabe da plena autonomia do direito processual, mas não se necessita dela, senão que da consciência da sua natureza instrumental, como meio de fazer atuar a vontade concreta da lei, mas também e principalmente de pacificar conflitos sociais.

4 MECANISMOS SUPERADORES DO FORMALISMO E PROPICIADORES DO INSTRUMENTALISMO

Como se tem dito ao longo deste trabalho, a morosidade do sistema é um dado concreto, assim como o é o formalismo exacerbado, como uma das causas dessa morosidade.

A superação teórica desse formalismo, como também já se disse nas linhas anteriores, passa pela compreensão de que o direito processual atingiu tal estágio de maturidade, a partir do qual não se vislumbra qualquer utilidade na completa e absoluta dicotomia entre direito e processo, muito menos na supervalorização da forma, como elemento de segurança e certeza.

Nesse contexto, é preciso procurar mecanismos que façam com que esse novo olhar a respeito do processo, esse instrumentalismo que o deve permear, se materialize na prática e nesse âmbito surta os seus efeitos mais benéficos, dentre eles o de contribuir para a própria otimização da prestação jurisdicional.

Simplificação e adaptabilidade do sistema processual, destaca Bruno Vinícius da Rós Bodart[623], são conceitos contemplados no projeto do novo Código de Processo Civil, gestado no Congresso Nacional (Projeto de Lei 166/10), que pretende a extinção ou a modificação de vários institutos processuais (extinção da reconvenção e generalização do pedido contraposto, por exemplo), com vistas à simplificação do processo, assim como a criação de uma fase de adequação do procedimento às especificidades do caso concreto (art. 151, § 1º do Projeto[624]).

---

[622]CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, 1999. p. 13.

[623]BODART, Bruno Vinícius da Rós et al. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** Direito em Expectativa. Coordenação de FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 71-72.

[624]§1°. Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

ISBN 978-85-62288-05-0

A despeito dessa proposta legislativa, auspiciosa, é verdade, afigura-se possível sustentar que, para que o processo se simplifique e para que o formalismo se mitigue, não há necessidade sequer de transformações legislativas. Aliás, o endeusamento da lei como pedra de toque para tudo que diga respeito ao processo, é justamente o formalismo que se quer abolir...

Luiz Guilherme Marinoni destaca o fato de as normas processuais mais modernas, inclusive aquelas trazidas com o Código de Defesa do Consumidor e com a reforma processual de 1994, já trazerem em si a abertura necessária a que o operador do direito faça as adaptações necessárias no procedimento, com vistas ao atendimento do caso concreto, sem que nenhuma outra alteração legislativa se faça necessária. Nas palavras deste autor:

> As novas regras processuais, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo[625].

E essa conclusão, de fato, como leciona Marinoni, se extrai da interpretação lógico-sistemática da redação do artigo 461 do CPC, por exemplo, que prioriza a tutela específica da obrigação, cujo adimplemento se pretende, atribuindo ao juiz os poderes necessários para torná-la efetiva, inclusive lhe facultando agir *ex officio* (§ 5º), o que autoriza a inferência de que o juiz brasileiro pode, de fato, "construir" a ação adequada ao caso concreto[626].

Mas afora previsões legais dessa natureza, ou seja, afora o fato da existência de uma norma de natureza aberta atribuindo poderes ao juiz quanto ao manejo do procedimento segundo as necessidades da causa, a verdade é que, bem pensadas as coisas, sequer seria necessário chegar a essa profundidade interpretativa para se concluir pela possibilidade, diante do sistema processual vigente, de as formas processuais se adequarem às necessidades do caso concreto.

Afinal, uma das vigas-mestras do direito processual moderno é o princípio da oralidade, que segundo Giuseppe Chiovenda se divide em vários subprincípios, bem assim a prevalência da palavra como meio de expressão, a imediação do juiz em relação às partes, a identidade física do juiz em relação ao conjunto probatório

[625] MARINONI, op. cit., p. 292.
[626] Idem, p. 291.

ISBN 978-85-62288-05-0

produzido, a concentração dos atos processuais e a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias[627].

Para o mestre italiano, o tal princípio da oralidade, mais do que dar ênfase à prevalência da palavra como meio de expressão, pretende "exprimir por uma fórmula simples e representativa um complexo de ideias e de caracteres", que tende a imprimir ao processo oral o "seu aspecto peculiar[628]".

E por aspectos peculiares do processo oral, parece razoável entender tratarem-se da sua simplicidade e do seu pragmatismo, cujo símbolo maior se materializa na figura da audiência, onde grande parte das questões processuais são resolvidas de modo aformal[629].

Além disso, e até como decorrência da aplicação do próprio princípio da oralidade, é possível sustentar que mesmo o disciplinamento das nulidades processuais favorece a tese que se esposa aqui, no sentido da relativização das formas processuais, que não podem ter maior importância do que o próprio direito substancial vindicado no processo.

Afinal, se como dita o artigo 154 do CPC, "os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir", e se mesmo assim serão reputados válidos "os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial", como empreender à forma dos atos processuais magnitude tal que a faça impedir ou retardar a prestação jurisdicional? Como entender que a forma do ato processual é algo absoluto e imutável?

O próprio disciplinamento das nulidades processuais, estruturado a partir do artigo 243 do CPC, contempla essa ideia-força, pois inspirado na teoria da instrumentalidade dos atos processuais[630], só reconhece nulidade quando o ato processual viciado não alcançar a finalidade almejada (art. 244), prejudicar a parte contrária (art. 249, § 1º) ou impedir que a causa seja decidida, meritoriamente, a favor de quem o reconhecimento da nulidade aproveitaria (art. 249, § 2º).

Pontes de Miranda já dizia que o disciplinamento das nulidades processuais, no Código atual, muita mais impede o reconhecimento de nulidades, do que, propriamente, as contempla. Confira-se:

---

[627] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Tradução de CAPITANIO, Paolo. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 1998, vol. 3. p. 61-67.

[628] Idem, p. 61.

[629] Para Humberto Theodoro Júnior, "a discussão oral da causa em audiência é tida como fator importantíssimo para concentrar a instrução e julgamento no menor número possível de atos processuais" (in, THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I. p. 35).

[630] O princípio que inspirou o Código, nesse passo, foi o que a doutrina chama de *princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais*, segundo o qual o ato só se considera nulo e sem efeito se, além de inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade.

ISBN 978-85-62288-05-0

> O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua declaração. O legislador traduziu bem o seu propósito político de salvar os processos. A vida a roer os restos do medievalismo, a despeito dos conteúdos da consciência do momento[631].

Como se vê, nada justifica o apego às formas processuais, como se estas fossem imprescindíveis ao empreendimento da prestação jurisdicional. Muito ao contrário disso, é possível identificar no próprio ordenamento jurídico vigente os mecanismos capazes de colocá-las, as formas processuais, no seu devido lugar, como coadjuvantes que são na tutela do bem da vida lesado ou ameaçado de lesão, e não como objetivos a serem alcançados.

5 A BASE CONSTITUCIONAL

Nos tópicos antecedentes, buscou-se demonstrar a existência de consistente base teórica, estruturada na própria evolução doutrinária a respeito da natureza jurídica da ação, capaz de autorizar o entendimento de que o formalismo que permeia o processo, a sua "ontologização", pode e deve ser substituído pelo instrumentalismo, que compreende o direito processual a partir da finalidade do próprio processo, como meio de que se utiliza o Estado para cumprir com seus objetivos primordiais (escopos jurídico, social e político).

Também nas linhas precedentes pretendeu-se demonstrar que o próprio ordenamento vigente contempla normas já editadas, capazes de empreender estofo jurídico a essa tese.

Neste tópico, o objetivo é demonstrar que tanto o embasamento teórico, quanto o embasamento normativo, hoje, mais do que nunca, encontram lastro na própria Constituição Federal.

Afinal, o artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna é expresso ao consagrar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecendo que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ao ameaça a direito", sendo certo que tal princípio hoje vem complementado pelo princípio da "razoável duração do processo", previsto no inciso LXXVIII do mesmo dispositivo constitucional, acrescido pela Emenda Constituição 45/2004, estatuindo 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".

Em relação ao primeiro dos princípios constitucionais acima enunciados, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, Nelson Nery Júnior explica que "embora o

[631]MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 3. ed., ver. e atual por BERMUDES, Sérgio. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo III. p. 353.

ISBN 978-85-62288-05-0

destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão[632]".

A respeito do segundo princípio, o da razoável duração do processo, Gilmar Ferreira Mendes assevera que tal princípio, já consagrado em convenções internacionais sobre direitos humanos e de certa forma intuído do primeiro postulado acima mencionado (inafastabilidade da jurisdição), reconhece na duração indefinida ou ilimitada do processo judicial elemento comprometedor da própria proteção à dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais[633]".

Ora, a partir da conjugação desses dois princípios constitucionais – o da inafastabilidade da jurisdição e o da duração razoável do processo -, ninguém mais se poderá sentir em boa sombra para interpretar os regramentos processuais de modo a impedir ou a retardar o acesso à ordem jurídica justa. Qualquer interpretação das regras processuais haverá de ter nesses dois princípios o seu balizamento máximo.

Com efeito, se como leciona Luís Roberto Barroso, "a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma pré-existente -, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam", e se é o direito constitucional que "define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá a sua criatividade e seu senso de justiça[634]", o querer do juiz, ou de qualquer outro aplicador da lei processual, nunca poderá ser no sentido do endeusamento das formalidades e em detrimento da efetividade do processo.

É disso que trata Eduardo Cambi, quando fala na existência de um direito "à organização e procedimentos" capazes de garantir os direitos fundamentais proclamados, e sobre a necessidade de esse "garantismo" se estruturar não só diante de leis aptas a provê-lo, mas também em face de interpretações legislativas que atinjam esse mesmo objetivo. Confira-se:

> Propõe que, para os direitos serem garantidos e satisfeitos concretamente, é necessário formular técnicas idôneas para garantir o máximo grau de efetividade dos direitos fundamentais. Isso implica concluir que, no plano da jurisdição constitucional, os juízes não estão apenas sujeitos às leis, mas também a análise crítica de seu significado, como meio de controle da

[632]NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 87.
[633]MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 545.
[634]BARROSO, Luís Roberto et al. **A nova interpretação Constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. e rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 9.

ISBN 978-85-62288-05-0

> legitimidade constitucional. Na formulação de técnicas idôneas, é indispensável compreender, no contexto dos direitos fundamentais, aqueles de organização e de procedimentos. Tais direitos podem ser entendidos tanto como direitos ao estabelecimento de determinados institutos processuais ou a certos procedimentos quanto a uma determinada interpretação ou aplicação concreta das regras e dos princípios processuais. Com efeito, vinculam, simultaneamente, os legisladores e os juízes[635].

E aqui valem as lições de Paulo Bonavides, para quem "as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais[636]", e de Vladimir Brega Filho, que percebe a existência de um desnível hierárquico entre regras e princípios, inferindo que tal hierarquia "determinará que os princípios tenham maior peso, maior influência, maior importância, na interpretação das normas constitucionais[637]".

Numa palavra: se teoricamente é possível sustentar a desnecessidade da completa desvinculação entre direito e processo; se a partir disso é possível inferir que doutrinariamente é factível relativizar as formalidades processuais; e se a própria sistemática processual já contempla o princípio da oralidade e toda uma cultura que dele dimana, inclusive em termos de relativização das nulidades processuais, tudo isso se intensifica e se avulta, quando escudado nos próprios princípios constitucionais.

CONCLUSÕES

Quando das primeiras linhas deste trabalho, foi dito que a morosidade na entrega da prestação jurisdicional é um fato, detectado estatisticamente e sentido pelos que necessitam dos serviços judiciários.

Também foi dito, logo ao início deste arrazoado, que essa morosidade é extremamente perniciosa ao próprio Estado Democrático de Direito, porque desprestigia um dos Poderes da República e desacredita o próprio Estado, perante o cidadão.

O formalismo, ou seja, o desvirtuamento da forma dos atos processuais, como visto nos articulados que se desenvolveram, é uma das causas dessa morosidade na entrega da prestação jurisdicional.

---

[635]CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 219.

[636]BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 264.

[637]BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988:** conteúdo jurídico das expressões**.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 51.

ISBN 978-85-62288-05-0

A superação desse formalismo desafia revisitar as teorias relacionadas à natureza jurídica da ação, de modo a superar o tecnicismo que envolve o direito processual e assim conseguir enxergar o processo na exata dimensão que este deve ter – a de instrumento a serviço da pacificação social, nada mais.

A própria estrutura processual vigente, seus institutos e suas normas, já propiciam a superação do formalismo exacerbado, bastando que o intérprete desses mecanismos processuais compreenda a exata finalidade do processo e abandone o endeusamento das formas processuais.

O momento constitucional vivido autoriza e mais do que isso, obriga o operador processual a abandonar antigas práticas formalistas, com vistas a obedecer aos primados constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da razoável duração do processo.

Para que se alcance maior rapidez e efetividade da prestação jurisdicional, nenhuma outra lei é preciso editar – apenas aplicar a legislação vigente com os olhos postos na própria Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto et al. *A Nova Interpretação Constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**.** 3. ed. e rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo.* Influência do Direito Material sobre o Processo**.** 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BODART, Bruno Vinícius da Rós et al. *O Novo Processo Civil Brasileiro.* Direito em Expectativa**.** Coordenação de FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 26. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988:* conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Tradução de CAPITANIO, Paolo. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 1998.vol. 3.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Podivm, 2007. vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo.* 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas* – justiça e democracia**.** Tradução de ARAGÃO, Francisco. Lisboa: Instituo Piaget, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. 1.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil.* 1. ed., rev, atual. e compl. por SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Campinas: Millennium, 2000. vol. II.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3. ed., rev. e atual. por BERMUDES, Sérgio. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo III.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 2. ed., ver. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça.* 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I.

THEODORO JR., Humberto. *O Cumprimento da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal.* 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

ISBN 978-85-62288-05-0

A ATUAL CONCEPÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A FUNÇÃO JURISDICIONAL COMO LEGITIMADORA DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO ESTADO-JUIZ

Natacha Ferreira Nagao PIRES[638]
Gabriel Lino De Paula PIRES[639]

RESUMO:
O trabalho, por meio dos métodos histórico dialético, comparativo e hipotético dedutivo, aborda a efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário. A pesquisa possui como foco analisar a evolução dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito e concomitantemente a evolução da atividade jurisdicional até chegar a atual função do Estado-juiz na implementação de políticas publicas. O estudo passa pelo surgimento dos direitos sociais ainda no Estado de Direito e analisa a forma como a jurisdição foi exercida dentro deste contexto histórico até chegar ao movimento de constitucionalização do direito e o reconhecimento da força normativa da constituição para, a partir de então analisar a necessidade de adequação da função jurisdicional como mecanismo de justiça social e efetivação dos direitos.

ABSTRACT: The work, by the methods dialectic historical, comparative and hypothetical deductive approaches the realization of social rights by the judiciary. The research has focused on analyzing the evolution of social rights in a democratic state and the concomitant evolution of judicial activity until the current function of the State courts in the implementation of public policies. The study passes by the appearance of social rights still in the *rule of law* state and analyzes how the jurisdiction was exercised within this historical context until the movement of constitutionalization of law and recognition of the normative force to the constitution, from then examine the need adequacy of the judicial function as a mechanism for social justice and enforcing rights.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais. Jurisdição. Políticas públicas

KEYWORDS: Social rights. Jurisdiction. Public policies

[638] Aluna do programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Norte do Paraná (UENP).
[639] Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

ISBN 978-85-62288-05-0

Introdução

Mencionado texto consubstancia-se na análise dos direitos sociais sob o prisma da efetividade e na demonstração de que o Poder Judiciário representa o protagonista desta efetivação quando os demais poderes do Estado quedam-se inertes diante da implementação dos direitos por meio das políticas públicas.

O objetivo principal foi verificar através dos métodos histórico dialético, comparativo e hipotético dedutivo que as transformações sociais exigiram do interprete e operador do direito a superação do dogma da legalidade estrita para encarar a constituição como fenômeno político e social.

A partir deste paradigma é possível afirmar que os direitos sociais, como direitos fundamentais são normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Assim, a jurisdição como função e poder do Estado evoluiu para abarcar não só o escopo jurídico, mas também os escopos sociais que o Estado Democrático de Direito impõe.

Para tanto, o juiz deve superar a aplicação exclusiva da técnica de subsunção do fato à norma para funcionar como verdadeiro interprete da norma a partir da constituição, pois somente assim poderá proporcionar, por meio da efetivação dos direitos sociais, dignidade e justiça social.

No estudo do tema foi utilizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, esta, especialmente, demonstra verdadeira a tendência do crescimento do protagonismo do judiciário, o chamado ativismo judicial.

1 – A finalidade e a efetividade dos direitos sociais

O estudo da efetividade dos "direitos sociais" passa necessariamente pelo entendimento do sentido dessa expressão e da finalidade da construção de tal categoria jurídica. Aliás, a efetividade é componente intrínseco e inseparável dos direitos sociais em uma concepção finalística. Em outras palavras, os direitos sociais somente têm sua existência justificada pela sua efetividade.

No campo da ciência do direito, a existência dos direitos sociais pode ser estudada sob o enfoque da geração a que esses direitos pertencem[640]. Assim é que

[640] Sobre a evolução ou progressão histórica de reconhecimento de direitos do homem, veja-se a célebre e sempre válida observação de Norberto Bobbio: *"ora, a Declaração Universal dos Direitos do Homem – que é certamente, com relação ao processo de proteção global dos direitos do homem, um ponto de partida para uma meta progressiva, como dissemos até aqui – representa, ao contrário, com relação ao conteúdo, isto é, com relação aos direitos proclamados, um ponto de parada num processo de modo algum concluído. Os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética. Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem*

ISBN 978-85-62288-05-0

a doutrina insere e classifica os direitos sociais, na linha evolutiva dos direitos humanos, como direitos de segunda geração ou direitos de segunda dimensão:

> Esses direitos foram chamados de direitos fundamentais de segunda geração e 'caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas[641].

Note-se que o surgimento dos direitos sociais coincide com o período histórico de consolidação do movimento de industrialização dos países europeus.

Nessa fase, as mazelas sociais já constatadas em outros períodos históricos intensificaram-se e tornaram imprescindível certa revisão dos papéis do estado e do direito na sociedade. No Brasil, os direitos sociais marcaram presença inicialmente na Constituição de 1934, na esteira da tendência que se iniciou na Constituição mexicana de 1917 e que teve como sua maior representante a Constituição alemã de 1919.

O pensamento liberal que conduziu a humanidade às revoluções e rupturas do século XVIII propagava a ideia do estado como mínimo interventor na sociedade e relegava ao direito o papel de proteção dos direitos individuais contra o arbítrio estatal, impondo, pois, ao estado obrigações de abstenção.

Contudo, o panorama social que se seguiu às revoluções liberais trouxe à evidência a insuficiência do papel até então desempenhado pelo estado e os resultados sociais nefastos da aplicação de um pensamento estritamente liberal[642].

No âmbito do direito, a ideia de igualdade formal inerente ao princípio da legalidade cede espaço às necessidades de igualdade material, real, entre as pessoas[643].

Manoel Gonçalves Ferreira Filho dá o tom filosófico da mudança de paradigma que ocorreu do estado liberal para o estado social, demonstrando, porém, desde logo, que o estado social sempre teve defensores e críticos:

---

ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes" (*A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52-53).

[641] BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das* expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 23.

[642] Veja-se a lição de Paulo Bonavides, em obra clássica sobre o tema: *"O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise"* (*Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.188).

[643] Osvaldo Canela Junior assevera: *"Em plena crise do liberalismo, o século XX foi marcado pelo surgimento de Constituições inspiradas em ideais sociais. A Constituição mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, passaram a regular, ao lado de direitos e garantias individuais, direitos de alcance nitidamente social"* (*Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52).

ISBN 978-85-62288-05-0

> Quando, por influência dos socialistas e cristãos-sociais, se veio a entender o Estado como providência dos malsucedidos, começou-se a abandonar a fórmula setecentista do Estado de Direito. O Estado-Providência, preocupado em dar a todos condições adequadas de vida, intervém no domínio econômico e social. Tendo, por isso, a reduzir a autonomia individual e, tomado de racionalismo (no que é digno herdeiro do pensamento setecentista), quer ordenar os mais diferentes setores da vida social. Continua a agir por meio de lei, mas a concebe como um meio, tão-somente. O seu conteúdo é o que convém, ou parece convir, em dado momento, para alcançar-se determinado objetivo[644].

Os direitos sociais são concebidos, portanto, como instrumentos de promoção de bem-estar aos cidadãos[645], de modo a reduzir as desigualdades existentes no mundo real, aproximando-se assim o direito do ideal corrente de justiça. São idealizados para alteração de uma realidade fática que se marcava pela desigualdade entre as pessoas, pela marginalização de grupos e indivíduos, pela incapacidade dos cidadãos de, por si, acessarem bens e serviços que lhe garantissem mínimas e dignas condições.

Em consequência, se aos direitos sociais é dirigida a missão de modificação da realidade, logo se observa que a existência de tais direitos somente se justifica em caso de sua efetiva implementação.

A falta de efetividade de tais direitos torna sua enunciação inútil, esvazia sua existência e confere ao instituto um de dois possíveis trágicos desfechos: o de se resumir a mais uma frustrada tentativa de modificação social pelo direito; o de constituir engodo, falsa promessa formulada pelo estado aos cidadãos.

Maria Paula Dallari Bucci também impõe crítica à inefetividade dos direitos sociais, ressaltando a análise jurídica de tal patologia:

> Por essa razão, seria absolutamente frustrante, do ponto de vista político, aceitar a inexequibilidade dos direitos sociais. Do ponto de vista jurídico, isso representaria tornar inócuo o qualificativo de 'Estado social de direito" afirmado no art. 1º da Constituição. Partindo da conhecida máxima de interpretação de que a lei não contém palavras inúteis, não se pode tomar tal locução como sinônimo de "Estado de Direito", omitindo a carga finalística do adjetivo 'social' num Estado em que as tarefas sociais ainda estão por ser

[644] *Estado de direito e Constituição*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.
[645] Daí a expressão designativa daqueles estados em que ocorrida a tendência de previsão dos direitos sociais: *welfare state*.

ISBN 978-85-62288-05-0

feitas[646].

É bem verdade que, após a enunciação dos direitos sociais nas diversas Constituições do mundo ocidental, seguiu-se um período de ceticismo em relação à sua efetiva implementação.

Pela aplicação de conceitos e teorias impregnadas da formação positivista dominante, os juristas se apressaram a relativizar as disposições enunciadoras de direitos sociais, mitigando, assim, sua eficácia e frustrando expectativas dos destinatários dos direitos enunciados.

Contribuíram para a inefetividade dos direitos sociais: a concepção da Constituição como documento político, não como norma jurídica; a mistificação da lei formal e o forte poder político e jurídico atribuído ao Legislativo; a formação positivista e formalista dos juristas.

Porém, com a evolução do panorama constitucional a partir do reconhecimento do Estado Democrático de Direito ou Estado Social houve uma quebra desses paradigmas.

2 – A evolução do pensamento constitucionalista e a força normativa da Constituição

A Constituição, fenômeno verificado em um sem número de países desde sua origem europeia, pode ser posta como objeto de estudo em diferentes ramos do conhecimento humano, sob diferentes perspectivas e métodos.

Dessa forma, os documentos constitucionais, a despeito da predominância jurídica das análises formuladas, podem ser, como de fato já foram, analisados sob métodos e princípios da sociologia, da filosofia, da economia e de outras ciências humanas ou sociais.

Dentre as mais célebres análises destacou-se a ideia de que a Constituição jurídica, normativa, somente teria valor se guardasse conformidade com as condições fáticas de poder existentes na realidade.[647]

A teoria mencionada prosperou exatamente no período de difusão dos ideais liberais, em especial ao longo do século XIX.

Superada a fase de predominância do pensamento liberal, entretanto, não tardaram os juristas a notarem que referida tese representava um *capitis diminutio* à

---

[646] *O conceito de política pública em direito*. I*n Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

[647] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 27. O autor menciona referido entendimento consubstanciado no estudo de Ferdinand Lassale, segundo o qual, ausente a correspondência entre as disposições constitucionais e a realidade das relações de poder, sucumbe a Constituição jurídica, que se resume, pois, a um "pedaço de papel" (*ein Stück Papier)*, expressão esta que se tornou por demais conhecida e criticada.

ISBN 978-85-62288-05-0

Constituição, ao Direito Constitucional e ao próprio direito, enquanto sistema ou enquanto ciência.

A análise da Constituição como fenômeno político e social, a despeito de ser também relevante, não poderia subtrair da lei fundamental o seu caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade.[648]

Assim, o pensamento jurídico do século XX avançou na direção do reconhecimento do caráter imperativo da Constituição, ainda que de modo gradativo.

Obra marcante sobre o tema foi a de Konrad Hesse. Nela o jurista alemão rejeita a tese de que a Constituição representaria mera promessa destituída de força normativa, expressando:

> [...] o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais devem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)[649].

Muitos foram os estudos e teorias desenvolvidos acerca da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, sendo traço comum entre as teorias o estabelecimento de gradações para efetiva incidência das normas.

Desse modo, ainda que reconhecida a juridicidade da Constituição, as formulações teóricas eram em sua maioria no sentido de que nem todas as normas constitucionais reuniam condições técnicas, redacionais, lógicas e práticas para sua imediata e integral incidência na realidade.

José Afonso da Silva ordenou as normas constitucionais de maneira a classifica-las em: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada. Para o autor, a expressão eficácia deve ser tomada em dois sentidos.

> A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma, refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; [...]. É o que tecnicamente se chama de efetividade da norma. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. [...]. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos ao regular, desde logo as

[648] Vale mencionar que "o direito constitucional constitui o poder político e vice-versa". CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.211.
[649] Op. cit., p. 27

ISBN 978-85-62288-05-0

situações, relações e comportamentos de que cogita.[650]

É a classificação mais difundida e celebrada no direito constitucional brasileiro.

Em sucinta definição, as normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que produzem todos os seus efeitos, pois dotadas de plena normatividade pelo próprio legislador constituinte. Já as normas de eficácia contida são aquelas que, a despeito de incidirem imediatamente sobre as situações que regulam, preveem formas que podem conter sua eficácia em certos limites ou circunstâncias. Por fim, as normas de eficácia limitada dependem do legislador ordinário para produzir efeitos, vale dizer, o constituinte não a conferiu normatividade bastante.[651]

Portanto, dentre as normas constitucionais haveria certa parcela de normas que, a despeito de conterem disposições expressas sobre determinados temas, não reuniriam as condições que propiciassem sua imediata produção de efeitos.

Muitas das normas instituidoras dos direitos sociais foram consideradas pela doutrina constitucionalista brasileira como integrantes dessa categoria.

Contudo, o pensamento jurídico constitucional brasileiro avança atualmente em sentido oposto, seja pela apreciação da doutrina, seja na jurisprudência que se forma nos quadros dos tribunais brasileiros, pois a despeito de sua eficácia, as normas constitucionais, sejam princípios ou regras geram efeitos imediatos aos cidadãos.

É nesse sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Todas as normas constitucionais atinentes à Justiça Social – tenham a estrutura tipológica que tiverem – surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotadas pelos preceitos relativos à Justiça Social. Assim, tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir situações contenciosas, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à Justiça Social.[652]

Note-se que não se trata de desprezar os relevantes estudos sobre a eficácia das normas constitucionais até aqui realizados, mas sim ter em conta que a análise acurada de tais aspectos serve ao rigor técnico relevante do ponto de vista científico, mas não pode constituir óbice intransponível ao exercício de direitos expressamente reconhecidos no texto constitucional.

---

[650] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 6 ed., 2002, p. 66.
[651] *Idem, ibidem*, p. 82-83.
[652] *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 56.

ISBN 978-85-62288-05-0

3 – Do poder de resolução dos conflitos de interesses mediante a aplicação da lei ao ativismo judicial em matéria de políticas públicas

Analisar a jurisdição sob a perspectiva tradicional prevalente no início do século XX significa atribuir a ela um escopo eminentemente jurídico, qual seja a justa composição da lide por meio da aplicação (e atuação) da vontade concreta da lei.

Em linha evolutiva, esta concepção justifica-se e decorre dos ideais positivistas propagados no Estado de direito ainda no século XIX, conforme já afirmado no item 1, e coloca o Poder Judiciário como o titular da função de reafirmação do império da lei e da supremacia do princípio da legalidade.[653]

Num primeiro momento histórico, a teoria acerca da jurisdição e do processo foi desenvolvida sob o prisma da proteção dos direitos subjetivos individuais (privados), diante da necessidade de defesa dos cidadãos contra a interferência do Estado. A jurisdição seria algo posto a serviço dos particulares como garantia de seus direitos.

Depois, por meio dos estudos que culminam com a verificação da natureza publicista da jurisdição é possível constatar que ela, embora configure proteção dos direitos individuais, seja também a própria atuação da vontade da lei. É o poder através do qual se exprime a autoridade do Estado, na medida em que se substitui a vontade das partes (e de todos os cidadãos) pela afirmação do juiz sobre a existência ou não da "vontade da lei" em relação às partes.

Ainda dentro do ideal positivista, mas já avançando para a ideia de jurisdição dentro dos parâmetros de função do Estado na concepção da tripartição dos poderes, a jurisdição passa a ser encarada sob o prisma da finalidade pacificadora. Há jurisdição quando surge o conflito de interesses, pois ela é vista como forma de composição do conflito mediante a adequação da lei ao caso concreto, numa típica atividade de subsunção e, portanto, ainda dentro da moldura da legalidade.[654]

Todas estas teorias contribuíram para a autonomia do processo como instrumento da jurisdição, bem como para o desenvolvimento das características e princípios a ela inerentes, o que influência sobremaneira a própria atuação do Estado enquanto poder.

Porém, as transformações sociais e o desenvolvimento do

[653] A paz social (garantida pela solução dos conflitos de interesses) é, muito mais que um escopo inerente ao poder jurisdicional, finalidade do próprio Estado também na sua função legislativa e administrativa, pois confunde-se com o ideal de bem comum a ser perseguido em todas as esferas de poder.

[654] Estas constatações verificam-se por meio da análise da teoria unitária e teoria dualista, que explicam a relação entre direito e processo e a finalidade da atividade do juiz no processo. Cf Candido Rangel Dinamarco, A instrumentalidade do processo, 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.222/230.

ISBN 978-85-62288-05-0

constitucionalismo passaram a exigir do Estado-juiz não só a aplicação mecânica da lei, mas também a valoração do caso concreto e colocaram a atividade jurisdicional no centro de uma nova discussão: o protagonismo do Poder Judiciário na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.[655]

Não se quer dizer com isso que a atividade jurisdicional deixa de ser uma atividade de conformação da lei, mas que vai além disso, para culminar na reconstrução axiológica do texto legal diante do caso em concreto e em função da Constituição Federal.

Note-se que ao juiz, na perspectiva pós-positivista, é dada a incumbência de proteção dos direitos, individuais, coletivos e sociais, pela interpretação do direito vigente, sempre em conformidade com a vontade constitucional.

Isso implica a adoção de novos métodos de julgamento, novas formas de aplicação do direito e uma nova concepção do próprio direito.

Sobre métodos de julgamento e formas de aplicação do direito, tem-se que a subsunção, tida anteriormente como método precípuo de aplicação da lei e consequente solução de conflitos, não mais atende às necessidades dos conflitos que atualmente se põem à apreciação do Judiciário.

A subsunção, como mecânica verificação de tipicidade entre fatos e descrições legais, perde sentido e efetividade quando a simples investigação do conteúdo dos textos legais depende de um valorativo exercício mental do juiz, que deve analisar as palavras da lei sempre à luz das disposições constitucionais e dos próprios fatos integrantes do caso concreto julgado, que demanda solução justa.

Não por outra razão, ganharam relevância nos últimos anos técnicas como a de ponderação entre interesses, princípios e valores e a de interpretação conforme a constituição.

De maneira geral, aliás, a figura do intérprete se encontra cada vez mais valorizada e a doutrina jurídica se apressa em formular uma hermenêutica que confira mínimo regramento à atividade interpretativa.

Essas tendências apresentam relações íntimas com a nova concepção do direito acima mencionada: o chamado pós-positivismo.

É bem verdade que o pensamento assim denominado tem recebido severas críticas de parte da doutrina jurídica brasileira.[656]

No entanto, não se pode desprezar certa mudança ocorrida no paradigma tradicional do direito, pela influência de uma nova doutrina jurídica, atenta ao aspecto material da lei e à efetiva implementação dos valores de justiça e igualdade.

A começar pelo reconhecimento de que o direito, seja no aspecto de sua

[655] Neste trabalho especificamente dos direitos **sociais.**
[656] Por todos ver RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ISBN 978-85-62288-05-0

aplicação, seja no que se refere à ciência que o estuda, não pode ser entendido como realidade hermeticamente fechada, isolada de outros ramos do conhecimento humano ou mesmo da valoração moral que sempre esteve na base do fenômeno jurídico.

Ademais, a lei, na visão estritamente positivista entendida como paradigma indiscutível de definição do direito, perdeu grande parte de sua mística, especialmente pelo entendimento de que o direito é distinto e não se resume à lei[657].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe:

> Na terceira fase do Estado de Direito – Estado de Direito Democrático –, duas ideias fundamentais foram introduzidas: a de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública (democracia participativa) e a da legalidade vista sob o aspecto material, e não apenas formal.[658]

Nessa perspectiva, torna-se imprescindível a análise do conteúdo da lei e seu cotejo com as disposições constitucionais e as exigências sociais, deixando de figurar a lei como instrumento privilegiado tão somente por sua forma.

É nesse sentido que se põe a expressão 'desmistificação da lei', utilizada por Jacques Chevallier, em referência à tendência de desmistificação da vontade geral contida na lei, dogma fundante dos Estados de Direito, concebido inicialmente por Jean Jacques Rousseau[659].

Pois bem, o fenômeno de alteração dos contornos da legalidade contemporânea está, intimamente ligado a outras tendências, tais como as de constitucionalização do direito, de incremento da força normativa dos princípios, de utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais e de superação da concepção estritamente positivista do direito.

Por certo, essas tendências, à primeira vista ligadas ao direito material,

---

[657] A distinção mencionada tem grande importância para a formação do pensamento jurídico contemporâneo e tem a origem afirmada na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: "Artigo 20 [...] (3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem **à lei e ao direito**" (destacamos).

[658] *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 179.

[659] A nosso ver, existe certa tendência no pensamento dos juristas adeptos do movimento pós-positivista de aproximação em relação à realidade. Muitas das ficções outrora concebidas para estruturação dos sistemas jurídicos são hoje contestadas ou rejeitadas, por não atenderem aos anseios sociais e políticos a que o direito está inegavelmente vinculado. A teoria rousseauniana que concebe a lei como instrumento que resulta da vontade geral se apresenta como uma das ficções que podem, em determinados casos, estar em confronto com a realidade. Não são raros os casos em que se verifica o total descompasso da lei em relação à vontade predominante na sociedade, como também são numerosas as leis editadas sem a observância do regramento constitucional respectivo, em flagrante afronta às disposições da Constituição Federal. Em um ou outro caso, o sistema jurídico resta abalado, já que seu instrumento historicamente precípuo, a lei, deixa de cumprir sua função material de distribuir de maneira justa direitos e deveres.

ISBN 978-85-62288-05-0

trazem sérias consequências à jurisdição e ao processo, meio e modo pelo qual se exerce a jurisdição.

O panorama geral é este: valorização da Constituição e de seu intérprete, instrumentos mais flexíveis para solução dos conflitos (princípios e cláusulas gerais) e concepção não positivista do direito.

> É inaceitável a posição do Judiciário de não intervir no assunto, sob os argumentos da discricionariedade administrativa e da independência entre os poderes, obstáculos à ação e às medidas judiciais adequadas, em afronta ao Estado Democrático de Direito. A postura restritiva de ação pelo próprio Judiciário soa como verdadeira omissão na sua atividade, do tipo 'não-tenho-nada-com-isso', com nefasto resultado social e perda de legitimidade da função judicante.[660]

Segundo nos parece, o quadro apresentado resultaria inevitavelmente, como de fato resultou, naquilo que se convenciona chamar ativismo judicial.

A expressão *ativismo judicial* é aqui utilizada em sentido amplo, "que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações [...] em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados [...]"[661].

O ativismo, na acepção ampla que se adota, portanto, representa postura interpretativa dinâmica, que permite ao Judiciário evoluir de uma condição de passividade em face das disposições legais para uma atuação de permanente valoração e crítica da legislação, à vista do interesse de solução justa dos conflitos e aplicação adequada do direito (fenômeno, como já afirmado, distinto e mais abrangente do que a lei formal).

No tocante aos direitos sociais, este fenômeno denominado ativismo revela a função (ou escopo) política(o) do processo, pois o Poder Judiciário está vinculado à concretização dos direitos fundamentais sociais. É dizer, a jurisdição deve, quando necessário, garantir que o Estado oferte aos cidadãos as mínimas condições de sociabilidade e dignidade.

> Hoje, que o direito público é conscientemente voltado à organização social e não à distribuição de bens, é mister ver no processo, ramo do direito público, alguma destinação que vá além da inspiração individual à satisfação de

[660] SANTIN, Valter Foleto. *Controle Judicial da Segurança Pública*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2004, p. 222.
[661] RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 110.

ISBN 978-85-62288-05-0

> interesses e (agora, mais do que está naquela fórmula insuficiente) além da realização fragmentária de cada preceito jurídico concreto. O próprio direito tem inegavelmente um fim político, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei.

A jurisprudência brasileira vem se posicionando de maneira sensível aos fins sociais e políticos do próprio direito e essa tendência faz com que se superem dogmas outrora tidos por indiscutíveis e imutáveis.

Veja-se, a título de exemplo, o que decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 712. A Corte alterou entendimento anteriormente prevalente, para considerar, a partir do final da última década, a possibilidade de se dar concretude ao mandado de injunção, instrumento judicial até então considerado como de mero controle político dos outros poderes.

No julgamento do MI 712, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a absurda mora do Congresso Nacional, que se omitiu por quase 20 anos no dever de regulamentar por lei o direito de greve dos servidores públicos. A Corte não só declarou a mora do Legislativo, como também expôs a norma que deveria ser aplicada ao caso, propiciando diretamente o exercício do direito constitucional de greve pelos impetrantes.

No que se refere aos direitos sociais, em geral de índole coletiva, é sabido que seu atendimento demanda a adoção de complexas e custosas políticas públicas, definidas em regra após um intrincado processo de decisões político-administrativas que enfrentam questões como.

Maria Paula Dallari Bucci define as políticas públicas como programas ou quadros de ação governamental, porque consistem “num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”[662].

A despeito de não ser o Poder Judiciário o órgão estatal que deve precipuamente planejar e executar políticas públicas para o atendimento dos direitos sociais dos cidadãos, tal Poder atualmente não se furta à apreciação de matérias e soluções de casos concretos em que se discutem as políticas públicas, seja para repreender e fazer cessar omissões estatais, seja para corrigir os rumos de políticas equivocadas segundo a avaliação do Judiciário.

Observem-se, *exempli gratia*, os seguintes arestos, em que se decidiu acerca de políticas públicas, pela sua instituição ou mesmo correção, superando-se

[662] Op. Cit., p. 14.

ISBN 978-85-62288-05-0

antigos paradigmas do direito constitucional e administrativo, tais como a separação de poderes, o mérito e a discricionariedade da ação administrativa:

> **TRANSPORTE GRATUITO PARA ESTUDANTE. DEFICIENTE FÍSICO PORTADOR DE PARALISIA CEREBRAL. LOCOMOÇÃO EM CADEIRA DE RODAS. PODER PÚBLICO MUNICIPAL. FREQUÊNCIA À ESCOLA. GARANTIA CONSTITUCIONAL**. A educação é direito de todos e dever do estado, visando garantir o pleno desenvolvimento da pessoa e preparo para o exercício da cidadania. No caso de portadores de deficiência é assegurado atendimento especializado, preferencialmente em rede de ensino público, conforme estipulado nos artigos 205, 208, III e VII da Constituição Federal. Compete ao Poder Público a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, assim como fornecer os meios necessários para a inclusão no sistema educacional, garantindo-lhes não só a matrícula em estabelecimento especial de ensino como também o acesso para frequentar as aulas, incluindo-se o transporte escolar gratuito, conforme proclamado nos arts. 227, parágrafos 1º, II, e 2º da Constituição Federal, e no artigo 2º da Lei nº 7.853/89 (TJ-PR – Proc. 0001648-28.2008.8.19.0067 (2009.009.00412) – Reexame necessário – Des. Roberto de Abreu e Silva. 09/06/2009).

> **EDUCAÇÃO – ENSINO FUNDAMENTAL – ESCOLA PÚBLICA E GRATUITA – MATRÍCULA – DIREITO CONSTITUCIONAL – DEVER DO ESTADO**. 1. A matrícula em escola pública e gratuita de ensino fundamental é direito constitucionalmente assegurado à criança e ao adolescente, que dele não pode ser privado por não ter sido inscrito no cadastro escolar. Consectariamente é dever do Estado assegurá-lo. 2. Inobservado esse dever, a determinação judicial do seu cumprimento não encerra suposta ingerência judiciária na esfera da Administração Pública, pois não há discricionariedade do administrador frente aos deveres consagrados. Nesse campo a atividade é vinculada. 3. Em reexame necessário, sentença confirmada, prejudicado o recurso voluntário (TJMG – Processo nº 1.0024.06.988207-4/001 – Rel. Des. Nilson Reis – Publicação: 01/04/2008).

É sintomática a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47 – Pernambuco, caso em que o Tribunal deixou evidente a necessidade de influência do Judiciário em matéria de políticas públicas, quando se constata a violação de direitos sociais e/ou fundamentais.

ISBN 978-85-62288-05-0

Note-se que a demanda tratava da obrigatoriedade de tratamento de saúde por meio de métodos não previstos nas normas administrativas vigentes sobre determinada patologia. Na ocasião, assentou o Ministro Gilmar Mendes:

> [...] há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial. [...] Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar[663].

Ao lado das decisões acima citadas, outras dezenas são proferidas diuturnamente pelos Tribunais brasileiros na atualidade, não havendo dúvida quanto à facticidade da intervenção e decisão judicial sobre políticas públicas.

Essa tendência, por certo, tem relação com o pensamento que concebe os direitos sociais como plenamente exercitáveis, raciocínio estruturado sobre as teorias de força normativa da Constituição e de seus princípios (conforme menção já feita neste trabalho).

Considerações Finais

Duas grandes questões se põem ao cabo da análise aqui realizada:

- se o Poder Judiciário determina e conforma políticas públicas, como se equacionam as questões que deveriam fazer parte da construção das políticas e que circunstancialmente não se submetem à apreciação judicial (por exemplo, a questão da eventual insuficiência orçamentária, a decisão político-administrativa de alocação de recursos, a necessidade de tratamento isonômico dos cidadãos – não propiciado especialmente quando o Judiciário resolve ações individuais);

- se o Poder Judiciário pode intervir, como de fato intervém, nas políticas públicas e em outras diversas questões administrativas, quais os limites e o regramento de tal intervenção.

As duas questões mencionadas devem ser equacionadas, segundo entendemos, pela reta e parcimoniosa atuação do Juiz.

[663] MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo *et all. Direito Sanitário*. São Paulo: Ministério Público, 2012, p. 126.

ISBN 978-85-62288-05-0

A primeira delas tem de ver mais intimamente com a questão relativa à prova.

As decisões em que se determina a formulação, execução ou correção de políticas públicas devem se fundar em prova segura e robusta, sob todos os aspectos.

O que se quer dizer é que: se o juiz declara a omissão estatal, deve haver segura prova nesse sentido; se determina a prestação de determinado tratamento médico, deve ter condições de reconhecer técnica e processualmente a mínima seriedade e eficiência do tratamento determinado; se reconhece a incorreção de determinada política pública, deve ter também sérios fundamentos probatórios que indiquem sua ineficiência.

Somente com a reta atuação do juiz em tais ações, especialmente na determinação e controle das provas produzidas, poder-se-á imaginar um resultado satisfatório em termos de tutela de direitos e não danoso no que se refere ao planejamento estatal.

Evidente que reflexos serão sentidos, especialmente no aspecto orçamentário. Incumbe, porém, ao Poder Executivo equacionar a questão orçamentária, tendo em conta as decisões judiciais que, por vezes, lhe ditam os rumos.

A segunda questão que se põe, não menos complexa, diz respeito aos limites que eventualmente se pretendem definir para a interferência judicial em matéria de políticas públicas, a fim de se evitar uma indevida e inconstitucional ingerência, que transforme o Juiz em um irresponsável substituto do administrador.

O problema posto, a nosso ver, não pode ter outra solução que não aquela que se obtém do próprio direito vigente. O limite dado ao juiz é o da razoável e possível interpretação do sistema constitucional brasileiro.

Impor limite aquém ou de maneira mais rígida equivaleria, a nosso ver, a afrontar a própria Constituição Federal, em especial o disposto no art. 5º, XXXV, que garante a consagrada inafastabilidade da jurisdição.

Poder-se-ia dizer que a razoável interpretação do sistema constitucional vigente é limite por demais vago, fluido[664].

Mas o que fazer se o direito, como produzido, visto e pensado na atualidade, é, portanto, vago e fluido[665].

Mais do que uma questão estritamente jurídica, está-se diante de uma decisão de índole política: proceder a certa mitigação do dogma da lei posta, legislada, na medida em que se valoriza a proteção judicial de direitos.

---

[664] Esse é um fato.

[665] Se os princípios ganharam relevância, se a técnica legislativa utilizada é a das cláusulas gerais ou abertas, se a sociedade é dinâmica e pede dinamismo ao direito, incumbe ao Juiz, o último intérprete, dizer o direito, de maneira efetiva e definitiva.

ISBN 978-85-62288-05-0

Afastar o sistema, ainda que a duras penas, do valor da segurança, para aproximá-lo o quanto possível do ideal de justiça.

Há que se ter, contudo, certa visão crítica que considere a possibilidade e até mesmo a ocorrência frequente de decisões e procedimentos qualitativamente inadequados no âmbito judicial. Há que se considerar todas as dificuldades que afligem o Judiciário brasileiro e o efeito prejudicial que trazem à sua eficiência.

A solução ou mitigação desses problemas deve passar pelo desenvolvimento do próprio direito processual e de uma teoria da jurisdição que considere e imponha a observância pelo Judiciário dos postulados normativos que devem nortear sua ação.

É imperativo, pois, que a jurisdição seja exercida e o processo desenvolvido, com estrita obediência aos postulados de razoabilidade, proporcionalidade, proteção à confiança, devido processo legal, impessoalidade, moralidade, ou seja, dos princípios que norteiam o modelo constitucional de processso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BANDEIRA DE MELLO. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais.* São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES. Paulo. *Do Estado Social ao Estado Liberal*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

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

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora RT, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas.* São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DALLARI BUCCI, Maria Paula (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* 1ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo *et all. Direito Sanitário*. São Paulo: Ministério Público, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (org.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SANTIN, Valter Foleto. Controle Judicial da Segurança Pública. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 6 ed., 2002

ISBN 978-85-62288-05-0

A (IN) COMPATIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DE SENTEÇA E A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Gisele Caversan Beltrami MARCATO[666]
Daniele Caversan Beltrami COLNAGO[667]

RESUMO:
O presente artigo abordará a possibilidade ou não de incidência do rito do cumprimento de sentença, disciplinado no artigo 475-J do Código de Processo Civil com a execução de alimentos. O rito do cumprimento de sentença foi uma inovação processual, que visa à celeridade e efetividade do processo, onde entra em cena o processo sincrético. Foi introduzido pela Lei 11.232/05. No entanto, na seara da execução de alimentos não houve revogação dos artigos 732 e 735 do Código de Processo Civil que disciplinava a execução de alimentos, como também nenhuma remissão ao cumprimento e sentença. Nesse sentido, será analisado se essa omissão legislativa é o bastante para afastas da execução de alimentos o rito do cumprimento de sentença, responsável pela celeridade e efetividade processual.

ABSTRACT: This article will address whether or not the incidence of the rite of compliance with judgment, governed by Article 475-J of the Code of Civil Procedure with the implementation of food. The rite of the completion of the sentence was a procedural innovation, which aims to speed and effectiveness of the process, which comes in the syncretic process. It was introduced by Law 11.232/05. However, in the area of implementation of food no repeal of Articles 732 and 735 of the Civil Procedure Code that regulated the implementation of food, as well as any reference to compliance and sentence. Accordingly, it will be analyzed whether this legislative omission is enough to stray from performing the rite of food compliance with judgment, responsible for the speed and effectiveness of procedure.

PALAVRAS-CHAVE: Processo sincrético. Execução de alimentos. Cumprimento de sentença. Celeridade e efetividade processual. Compatibilidade. Lei 11.232/2005.

---

[666] Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela mesma Instituição. É bolsista da CAPES.
667 Pós Graduanda em Direito Civil e Processo Civil pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Advogada. Militante na área de direito de família.

ISBN 978-85-62288-05-0

KEYWORDS: syncretic process. Implementation of food. Compliance with judgment. Procedural speed and effectiveness. Compatibility. Law 11.232/2005.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pautou-se na análise processual acerca da execução de alimentos e sua compatibilidade com a lei 11.232/2005.

A análise girou em torno do novo modelo atual de processo: o processo sincrético. O novo paradigma rompeu com o perfil processual anterior que separava radicalmente as atividades cognitiva e executiva. Modelo que pecava pela falta de celeridade e efetividade.

Sendo assim, restou bem demarcado a intenção do legislador quando da realização das referidas alterações no Diploma Processual Civil.

A nova onda processualista preocupa-se com a função social do processo, principalmente no que diz respeito a efetividade e garantia de direitos. E, foi exatamente, esta a intenção do presente estudo.

Com o advento da Lei 11.232/2005, que introduziu na sistemática processual brasileira o chamado “cumprimento de sentença”, o processo se tornou único, mesclando atividade cognitiva e executiva em um mesmo conjunto concatenado de atos processuais.

Ocorre que, o legislador não revogou expressamente os artigos 732 e 735 do Código de Processo Civil, que disciplinava a execução de alimentos (o qual remete a cobrança de alimentos para a execução por quantia certa contra devedor solvente, prevista nos artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil), e, sequer fez menção da aplicação do “cumprimento de sentença” na execução de alimentos.

Essa omissão deu margem para o surgimento de uma celeuma jurídica, que dividiu doutrinadores de renomes, partindo também a jurisprudência pátria.

Procurou-se elencar as consequências da aplicação do rito do “cumprimento de sentença” na execução de alimentos. Fazendo, dessa forma, uma ligação com a finalidade buscada pelo novo modelo processual e atendendo a função social do processo. Já que é impossível deixar de considerar a natureza da obrigação que se está pretendendo satisfazer, que por via direta tem correspondência com o próprio direito à vida, fundamentalmente previsto na Constituição Federal.

2 NOTAS INTRODUTÓRIAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A necessidade alimentar, inerente a condição humana, apresenta-se como fato incontroverso. Referida afirmativa, apresenta-se muito mais inserida no campo das ciências biológicas, do que das ciências jurídicas, esta última, na qual se insere

ISBN 978-85-62288-05-0

o presente trabalho.

No entanto, transborda para a seara jurídica a partir do momento em que se constata que, o ser humano é incapaz, por excelência, de sustentar-se, e, assim, manter-se vivo nas primeiras fases de sua vida. Daí a necessidade de ser nutrido pelo responsável por sua concepção.

Adentra-se, nesse instante, na seara jurídica, mais propriamente no campo das obrigações, ou seja, na obrigação de alimentar que é face oposta do direito de ser alimentado.

Ultrapassada a delicada fase de incapacidade de manter-se vivo por si só, o ser humano, agora adulto, completa o ciclo da vida, assumindo a responsabilidade de subsistência de outrem; Daquele que, agora, concebeu.

Em princípio, essa obrigação alimentar, antes de tomar para si contornos jurídicos, apresentava-se como imperativo apenas de ordem moral pautado na solidariedade e caridade com o próximo. Na lei divina, que consagra que todos nós somos irmãos.

Nesse sentido, havendo descumprimento da referida obrigação, uma consequente sanção restaria prejudicada, isso porque, conforme assinala Cahali (2009, p. 31) “se mostra inviável uma sanção legal dos deveres de caridade, considerada a dificuldade na determinação da pessoa do credor e do objeto da obrigação”.

O dever de caridade, de solidariedade, que nos primórdios embasou a obrigação alimentar, é genérico por demais, restando assim, a necessidade de se limitar os sujeitos, o objeto e a obrigação, propriamente dita.

Restou consignado, portanto, que o agrupamento mais limitado possível, na qual haveria o dever de prestar alimentos, seria o agrupamento familiar, núcleo envolto por vínculos afetivos e interesses mútuos.

Como escreve CAHALI (2009, p. 31):

> É fácil compreender-se essa primeira e definitiva inserção do encargo alimentar no contexto das relações familiares, à medida que o dever moral de prestação de socorro foi se transformando em obrigação jurídica de assistência.

Desse modo, institucionalizou-se a obrigação alimentar, sem contudo, desprezar sua gênese: a solidariedade – transportada para o agrupamento familiar -, sendo assim: a solidariedade familiar.

E isso, é justamente, o que distingue a obrigação alimentar das demais, dando-lhe tratamento jurídico distinto.

Não difere somente no regime jurídico a ela atribuída. A obrigação alimentar

ISBN 978-85-62288-05-0

apresenta também caráter publicístico, uma vez que há latente interesse social na manutenção da vida, direito tutelado pelo Estado.

E mais uma vez leciona CAHALI (2009, p. 33):

> Sendo o direito à vida uma emanação do direito da personalidade, que interessa precipuamente ao indivíduo, não se descarta uma estrutura jurídica inspirada no interesse social com vistas à preservação da vida humana e ao seu regular desenvolvimento; daí a identificação também do interesse do Estado na disciplina da sua regulamentação.

Desse entendimento resulta o caráter publicístico das normas reguladoras da obrigação alimentar. São, pois verdadeiras normas de ordem pública. E isso significa que, sempre deverá por meio delas, salvaguardar a vida. Essa é a única e principal intenção do legislador na feitura de tais normas. E assim também devem ser interpretadas.

3 A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

3.1.O Processo Sincrético

Antes da reforma processual que instituiu o chamado “cumprimento de sentença” a efetiva prestação jurisdicional dependia de dois processos distintos: o processo de conhecimento, composto por uma fase cognitiva, na qual o magistrado colhe os elementos necessários para formar sua convicção, para, então, decidir a lide. Trata-se de um conjunto de atos complexos, formados pela pretensão do autor, a defesa do réu e se findava com a sentença do magistrado.

Tem alta carga probatória, justamente, pelo fato de se assentar, nessa fase processual, a elucidação dos fatos controvertidos, fator necessário para formação da cognição do magistrado sobre a lide, o que lhe dará respaldo para decidir.

Clara é a elucidação de OVÍDIO BAPTISTA (1997, p. 115):

> O programa principal" do processo de conhecimento é a ambiciosa busca da verdade, no que resumiu, certamente, o entendimento geral da ciência processual moderna. Esta proposição, que soa perfeitamente natural a nossos ouvidos, representou, como vimos, a partir de Descartes e dos demais filósofos racionalistas do século XVII, o abandono da retórica forense e a recusa em reconhecer ao direito, enquanto ciência da cultura, a natureza de uma disciplina hermenêutica, preferindo submetê-lo às epistemologias das ciências explicativas, ou ciências de descoberta, quando a disciplina jurídica há de ser entendida como ciência da compreensão, como deverão

ISBN 978-85-62288-05-0

sê-lo as ciências do espírito e particularmente a História.

O fim desse concatenar de atos (pretensão – defesa – conhecimento) é justamente a sentença de mérito prolatada pelo juiz da causa.

No entanto, esse "fim" não satisfazia a pretensão do autor, que antes da reforma processual civil, deveria ainda se valer do processo de execução, a fim de ter satisfeita sua pretensão.

A sentença condenatória, que colocava fim ao processo de conhecimento, não satisfazia a pretensão do autor, que para tanto deveria ingressar com uma nova ação, agora de execução.

Veja que, o devedor ficava em uma confortável situação, pois se o autor ingressasse com essa nova ação, nada o acarretaria.

No processo de execução, tinha-se todos os atos voltados para a satisfação do crédito, da pretensão já constituída no processo de conhecimento.

Assim o autor, após percorrer o árduo e detalhado caminho do processo de conhecimento, demandando, provando, constituindo a convicção do magistrado, com a sentença deste não tinha ainda satisfeito a sua pretensão. Vivia-se o dito popular "ganhou, mas não levou", pois para levar era preciso instaurar o processo de execução.

Havia uma separação radical entre atividade cognitiva e atividade executiva.

E esse modelo, pecava pela falta de celeridade e efetividade.

Esse lapso entre a constituição do direito material e sua satisfação não tinha razão de existir, e com a reforma foi derrubada.

Referida sistemática era criticada pela comunidade jurídica, assim como pela sociedade, onde o discurso por uma tutela jurisdicional efetiva (leia-se célere e de qualidade) se tornou frequente.

A legislação deve corresponder a realidade da sociedade que regulamento, nesse sentido, deve atender as necessidades e seus reclames.

A par desse anseio o legislador brasileiro pontuou algumas alterações do Código de Processo Civil e na Constituição Federal. Uma das alterações mais significativas foi a inclusão do artigo 5º, LXXVII, que cria o "princípio da duração razoável do processo".

Sendo assim, práticas processuais meramente formais devem ser abolidas do ordenamento jurídico, por irem de encontro com o referido artigo, sendo, portanto, inconstitucionais.

NOVELINO (2009, p.454) a cerca de tais alterações comenta:

A simples garantia formal do dever do Estado de presta a Justiça não é

ISBN 978-85-62288-05-0

> suficiente, sendo necessária uma prestação estatal rápida, efetiva e adequada. Com esse intuito, a EC 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º, objetivando assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (...) Ainda que a consagração deste princípio não seja propriamente uma inovação, uma vez que o direito a uma prestação jurisdicional tempestiva, justa e adequada já estava implícito na cláusula do "devido processo legal substantivo" (CF, art. 5º, LIV), é certo que ela contribui para reforçar a preocupação com o conteúdo e a qualidade da prestação jurisdicional.

E conclui NOVELINO (2009, p. 455):

> Esse princípio, apesar de dirigido ao juiz, tem como principal destinatário o legislador, impondo-lhe a tarefa de aperfeiçoar a legislação processual com o escopo de assegurar uma razoável duração ao processo. A reforma de estatutos com esta finalidade representa um fenômeno universal.

Assim, o advento da Lei 11.232/05 se coaduna com essa onda reformadora que visa à efetiva prestação jurisdicional.

Nesse sentido, cita-se, como bem salienta a Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº. 11.232 de 22 de dezembro de 2005[668]:

> (...) a dicotomia atualmente existente, adverte a doutrina, importa na paralisação da prestação jurisdicional logo após a sentença e na complicada instauração de um novo procedimento, para que o vencedor finalmente tente impor ao vencido o comando soberano contido no decisório judicial. Há, destarte, um longo intervalo entre a definição do direito subjetivo lesado e sua necessária restauração, isso por pura imposição do sistema procedimental, sem nenhuma justificativa, quer que de ordem lógica, quer teórica, quer de ordem prática.

Assim, com a lei 11.232/05 o legislador procedeu a tão desejada reforma processual civil, tornando o processo uno e sincrético. Não se fala mais em espécies de processo, mas tão somente em fases processuais.

Agora, em um único processo teremos a "mistura" da atividade cognitiva e

[668] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n. 940.274. Relator. Min. Humberto de Gomes Barros. Publicado em: 31. maio. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 9.ago.2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

executiva. Daí a expressão “sincrético”, que significa “mistura”. Mistura de duas atividades em um único processo.

Nesse sentido o douto jurista DONIZETTI (2007, p. 343):

> Anteriormente ao regime instituído pela Lei nº11.232/2005, somente as obrigações de fazer, não fazer, e dar coisa eram cumpridas, de imediato, ou seja, efetivadas sem que houvesse necessidade de instauração de processo de execução. Com a alteração promovida por essa lei, tanto a liquidação quanto o cumprimento da sentença passaram a constituir mera fase do processo de conhecimento(...). Em virtude da alteração, também a obrigação de pagar quantia será cumprida na mesma relação processual, o que implica dizer que desnecessária é a instauração de processo executivo para alcançar o bem da vida(...). O sincretismo processual, ou seja, a fusão de atos de cognição e de execução, antes previsto somente para as tutelas das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, agora foi estendido às obrigações de pagar quantia.

Agora, na mesma relação processual em que foram realizados os atos cognitivos, onde se acolheu a pretensão do autor, haverá atos de satisfação do direito material já definido. Haverá o cumprimento da sentença, sem ser necessária a instauração de um novo processo, e a consequente formação de uma nova relação processual.

Cumpre ressaltar que, no novo procedimento não há mais que se falar em processo de execução, no entanto, as atividades executórias ainda permanecem presente no processo civil, porém passam a ser realizadas no mesmo processo em que se definiu o direito material (processo de conhecimento).

As referidas alterações aparecem como forma de garantir a efetiva prestação jurisdicional, o acesso à justiça que vai muito além da mera garantia de propositura da demanda, e se constituiu em uma prestação jurisdicional célere e de qualidade.

3.2 O Cumprimento de Sentença e o antigo Sistema Dual em Relação à Obrigação Alimentar

O “cumprimento de sentença” foi introduzido no Código de Processo Civil, por meio de alterações trazidas pela Lei 11.232/2005.

Antes, o Código de Processo Civil trazia a separação radical entre as atividades cognitiva e executiva.

Como já visto, tratava-se de um modelo que pecava pela falta de celeridade e efetividade.

ISBN 978-85-62288-05-0

Por meio dessa lei entra em vigor o processo sincrético, que agrega as duas atividades em um único processo.

3.3. O Perfil da Atividade Executiva no Código de Processo Civil

Após o advento da lei 11.232/05 a sentença judicial condenatória (produto do processo de conhecimento) deixa de ter força meramente declaratória, para compartilhar também de força executiva.

Isso significa que, o credor não precisa mais ingressar com um processo de execução autônomo para ter satisfeito seu crédito.

O "cumprimento de sentença" substitui o processo de execução autônomo de títulos judiciais, salvo algumas exceções. Trata-se de mera fase procedimental que ocorre dentro do processo de conhecimento. Tanto que, integra o Livro I – Do processo de conhecimento – no Capítulo X – Do cumprimento de sentença.

Como dito alhures ainda há alguns casos em que a execução do título judicial se dará por processo de execução autônomo, não seguindo o rito do cumprimento de sentença. Diante disso, o legislador não revogou o Livro II – Do processo de execução. Trata-se, por exemplo, do caso onde figura na execução a Fazenda Pública.

Para entender o perfil do Código de Processo Civil no que diz respeito a atividade executivo, é preciso observar os critérios utilizados pelo legislador.

Os critérios utilizados são dois: a-) tipo de obrigação e b-) local onde a obrigação restou reconhecida.

Há 3 (três) tipos distintos de obrigação disciplinada no Código de Processo Civil: obrigação de fazer ou não fazer, obrigação de entregar coisa certa e obrigação de pagar soma em dinheiro.

Quanto ao segundo critério, há dois tipos possíveis de locais onde a obrigação poderá ser reconhecida: a-) em um processo judicial, e aí, teremos um título executivo judicial, b-) fora do processo judicial, momento em que teremos um título executivo extrajudicial.

Os critérios são aplicados cumulativamente. Sendo assim, estando diante de uma obrigação de fazer ou não fazer reconhecida em um processo judicial (título executivo judicial) aplica-se o artigo 461, do Código de Processo Civil. No caso do reconhecimento da obrigação ter se dado fora de um processo judicial (título executivo judicial) segui-se o processo de execução previsto no Livro II do Código de Processo Civil.

No caso da obrigação de entregar coisa certa havendo título executivo judicial aplicar-se-á o artigo 461-A do Código de Processo Civil. Em sendo título executivo extrajudicial, segue o processo de execução previsto no Livro II do Código de Processo Civil.

ISBN 978-85-62288-05-0

Por fim, tratando-se de obrigação de pagar soma em dinheiro, havendo título executivo judicial, aplicar-se-á o art. 475-J do Código de Processo Civil, isto é, o "cumprimento de sentença".

No entanto, havendo título executivo extrajudicial, o rito a se seguir será o previsto no Livro II do Código de Processo Civil.

Essa sistemática vem descrita no artigo 475-I do Código Civil:

> Art. 475-I, CPC - O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

O modelo atual trouxe mais celeridade e efetividade, portanto.

4. A ATIVIDADE EXECUTIVA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Em relação à execução de alimentos silenciou o legislador. Silêncio que causou discussões e impasses doutrinários acerca do alcance ou não do cumprimento de sentença em sede das execuções de alimentos, ou seja, a execução de alimento deve seguir o procedimento do cumprimento de sentença ou deve se sujeitar ao que prevê o artigo 732 a 735 do Código de Processo Civil669, dispositivo que remete para a execução por quantia certa contra devedor solvente.

Araken de Assis comunga da opinião de que a Lei 11.232/05 não havia alterado o rito previsto nos artigos 732 a 735 do Código de Processo Civil, e continua remeter, em sua obra, o processo de execução para o Capítulo IV, Livro II do Diploma processual. Tece, inclusive, a seguinte afirmação: "Ora, os artigos 732 e 735 apenas consagram a execução de alimentos, provisionais ou definitivos, via expropriação (art. 647, I-III, do CPC). E o art. 733 prevê a coação pessoal"670.

No mesmo sentido HUMBERTO THEODORO JUNIOR (2007, p.98):

> (...) a Lei 11.232, a execução de sentença só continuará sendo processada como ação distinta da condenatória nos casos excepcionais de julgados proferidos contra a Fazenda Pública (art. 370) e o devedor de alimentos (art. 732).

No que tange a jurisprudência, também há Tribunais que comungam desse entendimento:

---

[669] Art. 732 - A execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título.

[670] ASSIS, Araken de. Da execução de alimentos e prisão do devedor. Cit., p. 148.

ISBN 978-85-62288-05-0

E M E N T A

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA.

A execução de sentença condenatória à prestação de alimentos está submetida ao procedimento específico, não sendo aplicável à hipótese a multa prevista no art. 475 – J do CPC, pois, a Lei nº 11.232/05, que instaurou a fase de cumprimento de sentença, não modificou ou revogou os artigos 732 e seguintes do CPC, tampouco, o disposto no art. 18 da Lei nº 5.478/68.

Agravo de Instrumento desprovido. (TJDFT – 5ª Turma – AGI nº 20100020100004 – Acórdão nº 467.680. Desembargador Ângelo Passareli).

Ocorre que, no mesmo acórdão o Nobre Desembargador já apresenta a tendência jurisprudencial e doutrinária, que lhe são opostas, e com o devido respeito, mais acertadas:

> Não se desconhece que notável doutrina e jurisprudência caminham no sentido de que, em decorrência das modificações substanciais produzidas por aquela norma, a hipótese de execução autônoma ficou restrita àquelas ajuizadas em desfavor da Fazenda Pública, conforme decidido no julgamento do AGI 20070020120484, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, julgado em 14/05/2008, DJ 11/06/2008 p. 63. (TJDFT – 5ª Turma – AGI nº 20100020100004 – Acórdão nº 467.680. Desembargador Ângelo Passareli).

O entendimento contrário é o que mais possui defensores, e vem prevalecendo.

Entre seus defensores pode-se destacar Maria Berenice Dias, que dedicou-se a publicar variados estudos sobre o tema, inclusive artigo específico, onde constatou:

> Não houve expressa revogação e nem qualquer alteração no Capítulo V do Titulo II do Livro II, do CPC que trata “Da Execução de Prestação Alimentícia”. Também não há nenhuma referência à obrigação alimentar nas novas regras de cumprimento de sentença, inseridas nos Capítulos IX e X do Título VIII do Livro I: “Do Processo de Conhecimento” (CPC, arts. 475-A a 475-R).

ISBN 978-85-62288-05-0

> Tal omissão não significa que, em se tratando de débito alimentar, não tem aplicação a nova lei. A cobrança de quantia certa fundada em sentença não mais desafia processo de execução específico, só cabendo buscar o seu cumprimento. A sentença que impõe o pagamento de alimentos dispõe de carga eficacial condenatória, ou seja, reconhece a existência de obrigação de pagar quantia certa (CPC, art. 475-J). O inadimplemento não pode desafiar execução por quantia certa contra devedor solvente, uma vez que essa forma de cobrança não mais existe. Os embargos à execução fundados em sentença agora só podem ser oposto na execução contra a Fazenda Pública. Assim, não dá para emprestar sobrevida à execução por quantia certa de título executivo judicial para a cobrança de débito alimentar, sob pena de excluir do devedor qualquer meio impugnativo, pois não tem como fazer uso dos embargos à execução.
>
> Os alimentos podem e devem ser cobrados pelo meio mais ágil introduzido no sistema jurídico. O crédito alimentar está sob a égide da Lei 11.232/05, podendo ser buscado o cumprimento da sentença nos mesmos autos da ação em que os alimentos foram fixados (CPC, art. 475-J). Houve mero descuido do legislador ao não retificar a parte final dos arts. 732 e 735 do CPC e fazer remissão ao Capítulo X, do Título VII: “Do Processo de Conhecimento”. A falta de modificação do texto legal não encontra explicação plausível e não deve ser interpretada como intenção de afastar o procedimento mais célere e eficaz logo da obrigação alimentar, cujo bem tutelado é exatamente a vida. A omissão, mero cochilo ou puro esquecimento não pode levar a nefastos resultados[671].

Continua explicitando que o Capítulo II do Título III do Livro II, do CPC, que se intitulava: "Dos Embargos à Execução Fundada em Sentença", agora se denomina: "Dos Embargos à Execução contra a Fazenda Pública". E fecha seu raciocínio afirmando que, os embargos à execução, com essa alteração, não existem mais. E, insistir na aplicação do rito previsto nos artigos 732 a 735, do Código de Processo Civil, é optar pela importuna hipótese de não ter o devedor defesa.

E conclui: “Os alimentos podem e devem ser cobrados pelo meio mais ágil”.

No mesmo sentido, encontra-se MARINONI e ARENHART (2008, p. 394):

> A expropriação é a forma de execução menos idônea à tutela alimentar, devendo ser utilizada em último caso. Não obstante, a expropriação, vista

[671] DIAS, Maria Berenice. A reforma do CPC e a execução dos alimentos. Disponível em: <http://www.lexuniversal.com/pt/articles/1848>. Acesso em: 10 ago. 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

> desta forma, pode ser utilizada para viabilizar a realização de qualquer espécie de alimentos, especialmente quando se tem em mente a penhora on line. Tal expropriação, como será visto mais tarde, segue basicamente o rito comum, previsto entre os arts. 474 – J e 475 – P, do CPC.

É certo que não houve revogação do art. 732 e seguintes do Código de Processo Civil, como também não há nenhuma remissão no "cumprimento de sentença" acerca da execução de alimentos.

Entretanto, de acordo, com a nova sistemática da atividade executiva só há que se falar em Processo de Execução autônomo (Livro II do CPC), diante de execução de título executivo extrajudicial.

Sendo assim, a execução de obrigação fundada em sentença não mais incumbe ao processo de execução autônomo.

E, por mais, que tenhamos duas interpretações, deve prevalecer aquela que conduz ao processo mais célere e efetivo.

Porque qual motivo deveria prevalecer a interpretação in malam partem, justamente daquele que encontra-se figurando no binômio "necessidade".

Além disso, é preciso lembrar que o bem tutelado é justamente a vida. Direito que não admite limitação.

Ressalta-se que, conforme disciplinou Maria Berenice Dias, citada acima, optar pelo rito do artigo 732 e seguintes do Código de Processo Civil, levaria a esdrúxula situação de o devedor torna-se indefensável, pela revogação da figura dos embargos, disciplinados no Capítulo II do Título III do Livro II, do CPC, que se intitulava: "Dos Embargos à Execução Fundada em Sentença", agora se denomina: "Dos Embargos à Execução contra a Fazenda Pública".

Optando pelo rito do cumprimento de sentença o devedor terá defesa. Trata-se da impugnação prevista no artigo 475-L, do Código de Processo Civil. Defesa, que se coaduna com os parâmetros de celeridade e efetividade buscados pelo legislador, uma vez que, não dispõe do efeito suspensivo, como ocorreria com os embargos, que muitas vezes eram apresentados como meios meramente protelatórios.

Mais uma razão que beneficia a opção pelo cumprimento de sentença.

Cristalino é o entendimento de que se estará diante de obrigação de pagar soma em dinheiro reconhecido em processo judicial. Portanto, há total enquadramento no artigo 475-J, do Código de Processo Civil. Sendo assim, o crédito alimentar vem previsto na Lei 11.232/2005.

Houve descuido do legislador em não explicitar isso no artigo 732 e 735 do Código de Processo Civil. Mas, referida omissão não pode ser interpretada da forma mais prejudicial ao credor de alimentos, ainda mais, considerando o direito tutelado,

ISBN 978-85-62288-05-0

a vida e a necessidade por qual passa seu titular.

Desse modo, estando diante de débito de natureza alimentar reconhecido por meio de sentença (título executivo judicial) a escolha do rito para executá-lo dependerá do prazo do inadimplemento.

A análise será feita da seguinte maneira: tratando-se de alimentos presente que são aqueles devidos a até 3 (três) meses o credor poderá optar pelo rito previsto no artigo 733 do Código de Processo Civil que prevê a coação pessoal. Nesse caso, o devedor será intimado para, em 3 (três) dias pagar ou provar que pagou, sob pena de prisão.

Já na hipótese de alimentos pretéritos o credor deverá executar o devedor por meio do rito previsto no artigo 475-J, do Código de Processo Civil, ou seja, o cumprimento de sentença. Onde o devedor deve pagar em 15 (quinze) dias sob pena de multa de 10% (dez) sobre o valor da condenação. E, se mesmo diante da incidência da multa, o devedor não adimplir o débito, o credor deverá requerer a expedição do mandado de penhora depósito e avaliação.

Veja que, não existe mais a intimação do devedor para indicar bens à penhora. O modelo atual aboliu essa hipótese. Agora, expede-se de maneira direta e imediata a penhora sob os bens do devedor, indicados pelo autor.

No modelo antigo, o devedor ficava na confortável situação de em não pagando, esperar que o credor ingressasse com nova ação, de execução, para que então, fosse intimado, podendo oferecer embargos, que poderiam, inclusive serem recebidos no efeito suspensivo, o que travava o julgamento. Quando não eram interpostos apenas para fins protelatórios.

E, além disso, quando intimado ainda poderia ele mesmo (devedor) indicar bens a penhora.

No que diz respeito ao meio de defesa do devedor no cumprimento de sentença, há também muito mais celeridade.

A impugnação é restrita a algumas matérias disciplinados no artigo 475-L, do Código de Processo Civil e a regra é que seja recebida no efeito devolutivo.

Isso como meio de mais uma vez atribuir mais celeridade e efetividade ao processo.

Veja que, restringir a impugnação a um rol taxativo de matérias evita que seja apresentada apenas para fins protelatórios.

Além disso, a regra de lhe atribuir apenas efeito devolutivo não paralisa a execução. É lógico que, o juiz poderá atribuir à impugnação efeito suspensivo, mas apenas diante de relevantes fundamentos e após estar comprovado que o prosseguimento da execução causará ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

O modelo sincrético é muito mais célere, o que o torna mais efetivo.

ISBN 978-85-62288-05-0

Na hipótese da dívida englobar os dois tipos de alimentos, poderá o credor optar por qualquer um dos ritos.

Pode ocorrer de o credor executar as 3 (três) últimas parcelas pelo rito do artigo 733, do Código de Processo Civil. E, as demais pelo rito do artigo 475-J do Código de Processo Civil.

Nesse caso, é necessário que a execução pelo artigo 733 do Código Civil se dê em autos apartados, uma vez que as diferenças de rito para rito acabariam por retardar o processo e o adimplemento da obrigação, o que iria de encontro com opção pelo cumprimento de sentença, bem como a finalidade buscada por um processo sincrético.

Ainda se faz preciso adentrar na hipótese de sentença condenatória de alimentos pendente de recurso.

Nesse caso específico, igualmente, poderá ser aplicado o rito do cumprimento de sentença. E, isso ocorre por força do que dispõe o artigo 475-I, § 1º, do Código de Processo Civil672.

A execução de alimentos, por força do artigo 14 da Lei 5.478/68 e artigo 520 do Código de Processo Civil, será recebida apenas no efeito devolutivo.

Sendo assim, por não haver o efeito suspensivo, a execução não restará paralisada. O que, por sua vez, dá ensejo à execução provisória, que será processada nos moldes do artigo 475-O do Código de Processo Civil.

Referido artigo que, disciplina a execução provisória, determina que esta correrá por conta do exequente/credor. Trata-se de responsabilidade objetiva do credor, pois é inegável que o devedor corre risco de sofrer prejuízos na execução provisória.

Pode ocorrer do recurso ainda não ter sido analisado e o devedor já ter sofrido os efeitos de atos de sub-rogação, por exemplo.

Por tudo o exposto, é possível constatar que, o rito do cumprimento de sentença é perfeitamente cabível na execução de alimentos, uma vez que se trata de título executivo judicial.

Além disso, o referido rito é muito mais benéfico para o credor, por ser mais célere e efetivo. Isso deve ser levando em conta, quando se atenta para a natureza da obrigação, ou seja, alimentos que é conditio sine qua non para o direito a vida, um dos principais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Nesse sentido , já se posicionou a jurisprudência pátria:

---

672 Art. 475-I, CP - O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.
§ 1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

ISBN 978-85-62288-05-0

> EMENTA.
>
> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ART. 475-J DO CPC. APLICABILIDADE.
>
> Os alimentos pretéritos podem ser cobrados mediante cumprimento de sentença nos mesmos autos em que os alimentos foram fixados, consoante dispõe o art. 475-J do referido diploma legal, incidindo, inclusive, a multa de 10% (dez por cento), consoante a nova estrutura do processo sincrético, quando cabível a constrição patrimonial, reservando-se o modelo do processo autônomo para os casos de rito da constrição pessoal. (TJDFT – 6ª Turma – AGI nº 2007.00.012048-4).

Deve-se, portanto, considerar a intenção do legislador quando da introdução em nosso ordenamento jurídico do "cumprimento de sentença", tratou-se de uma inovação para amenizar a árdua realidade vivenciada pelo credor, conhecida pelo dito popular "ganhou, mas não levou".

Sendo assim, mais árduo que ganhar mais não levar é impedir o credor de alimentos de se valer da referida inovação para fazer valer seu direito.

Os benefícios de celeridade e efetividade saltam aos olhos, ainda mais quando compara-se dos ritos (cumprimento de sentença X execução por quantia certa contra devedor solvente). É impossível ignorar a natureza do crédito alimentar e a sua finalidade, o que configura mais um motivo pela opção do cumprimento de sentença.

4.1 "A Manutenção": A Atividade Executiva Do Artigo 733 Do Código De Processo Civil

A única hipótese de prisão civil por dívida permitida em nosso ordenamento jurídico é a derivada de dívida de caráter alimentar[673].

O legislador regulamentou esse permissivo legal por meio do artigo 733, do Código de Processo Civil e artigo 19 da Lei 5.478/1968.

Quanto a esse permissivo legal é preciso frisar que estão em pleno vigor e não sofreram qualquer alteração por meio da Lei 11.232/2005.

Sua aplicação se dará em sede de alimentos presentes, que são aqueles devidos a até 3 (três) meses passados. As demais prestações vencidas são consideradas passadas, devendo observar o rito do "cumprimento de sentença".

[673] Artigo 5º, LXVII, CF - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

ISBN 978-85-62288-05-0

A sistemática é simples. A execução de alimentos passados se dará por meio do cumprimento de sentença (que melhor atende os padrões de celeridade e efetividade buscados pelo legislador). Já, os alimentos presentes, podem ser executados por meio do artigo 733 do Código Civil, aplicado a coação pessoal.

Trata-se de entendimento que mais se coaduna com a busca pela celeridade e efetividade. Estando de acordo com a natureza do direito tutelado, que é a vida, apresentado a fundamentalidade necessária para ser protegido de maneira mais efetiva possível.

Por isso sua manutenção tanto na hipótese de execução de alimentos presentes, quando na hipótese de alimentos presentes cumulados com passados, hipótese em que dever haver a aplicação do cumprimento de sentença para execução destes.

5 CONCLUSÃO

O artigo 732 e 735 do Código de Processo Civil remete a execução de alimentos aos artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil.

Os artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil tratam da execução por quantia certa, assim como o artigo 475-J, do Código de Processo Civil denominado de “cumprimento de sentença”.

Há aparente similitude nas normas.

No entanto, trata-se de normas substancialmente distintas. Isso porque, o rito previsto no artigo 646 e seguintes do Código de Processo Civil refere-se a execução autônoma. Enquanto que, o rito do cumprimento de sentença, previsto no artigo 475-J, do Código de Processo Civil prevê a execução nos mesmos autos em que foi proferida a sentença condenatória que reconhece a obrigação.

O artigo 475-J do Código de Processo Civil foi introduzido através da Lei 11.232/05, que quebrou o paradigma do modelo anterior de processo, onde se separava de maneira radical as atividades cognitiva e executiva.

O modelo atual trás as ações sincréticas, em que se “mistura” em um único processo as atividades cognitivas e executivas, justamente, como meio de tornar mais célere e efetivo o processo.

Inovações como uma defesa enxuta sem espaço para manobras protelatórias, o efeito devolutivo como regra e o término do processo apenas com a satisfação do autor, materializam a finalidade do legislador em tornar o processo mais efetivo e célere, acabando com a angustiante realidade de ganhar, nas não levar.

Desse modo, obstar da cobrança de alimentos o rito do cumprimento de sentença, simplesmente pelo fato de não ter o legislador revogado ou alterado os artigos 732 e 735 do Código de Processo Civil, é um extremado apego a

ISBN 978-85-62288-05-0

formalidades e a um positivismo débil, que trará consequências nefastas aos necessitados.

Por esse motivo, a incidência do cumprimento de sentença é o entendimento que mais se coaduna a função social do processo.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença***.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010-2011. v. 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* v. II. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Execução dos alimentos e as reformas do CPC.* Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/253. Acesso em: 07 ago. 2012.

_____. *A reforma do CPC e a execução dos alimentos.* Disponível em: <http://www.lexuniversal.com/pt/articles/1848>. Acesso em: 07 ago. 2012.

DIDIER JR., Fredie et al**.** *Curso de Direito Processual Civil***,** 11ª ed. Salvador: Jus Podivmp,2009.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil,* 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

GRECCO, Leonardo. *Primeiros Comentários sobre a Reforma da Execução Oriunda da Lei 11.232/05.* Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n. 36, p. 70-86.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.* 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional.* 3ª ed. São Paulo: Método 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz**.** *Teoria geral do processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 346 p.

THEODORO JR., Humberto**.** *As Novas Reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ISBN 978-85-62288-05-0

FUNDAMENTOS SÓCIO-POLÍTICOS PARA A ADOÇÃO DE TÉCNICA EFETIVADORA DO PROCESSO

Fernando Batistuzo Gurgel MARTINS[674]
Thiago Azevedo GUILHERME[675]

RESUMO

O Direito e duas de suas formas de representação, a norma e o processo que a aplica, não possuem plena efetividade, necessitando de novas medidas que lhes confiram a desejada efetividade. Notadamente, grande parte das normas jurídicas é observada pela sociedade de modo espontâneo, no entanto, uma outra boa parte demanda para seu cumprimento previsão coercitiva do Direito com a imposição de sanções, negativas ou premiais. Não obstante novamente em grande parcela dos casos referidas sanções se mostrem efetivas, em outra parcela nem mesmo com sua eventual aplicação as normas são cumpridas. Surge neste momento a necessidade de adoção de medida coercitiva mais efetiva, consistente na prisão civil por descumprimento de decisão judicial, voltada especialmente contra os detentores de "poder social", em geral grupos financeiramente poderosos, com capacidade para influenciar na elaboração e aplicação das normas, visando o atendimento de interesses privados, em detrimento do interesse público. A previsão de uma medida desta natureza se sustenta na escala axiológica social, a qual tem em seu primeiro posto o valor da Justiça, alcançável com o respeito ao Direito por meio do cumprimento de suas normas e das decisões judiciais.

ABSTRACT

The law and its forms of representation, and the standard process that applies not have full effectiveness, requiring new action they want to check the effectiveness. Notably most of the legal standards are observed by society spontaneously, however, another much demand forecast for compliance with the law's coercive sanctions, negative or prizes. Nevertheless again in a great number of cases these sanctions prove effective in another plot even with eventual implementation standards are met. Surge currently need to adopt coercive measures more effective, consistent in civil prison for breach of court order, directed especially against those of "social power", typically groups financially powerful, able to influence the formulation and implementation of standards in order to meet private interests to the detriment of

[674] Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Instituição Toledo de Ensino, Brasil(2010)
Professor Titular do Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente
[675] Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Instituição Toledo de Ensino, Brasil(2010) Advogado do Ordem dos Advogados do Brasil - São Paulo , Brasil

ISBN 978-85-62288-05-0

public interest. The prediction of such a measure is based on the social scale axiological, which is in his first post the value of justice, reachable with respect for the law through the enforcement of its rules and judicial decisions.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, normas jurídicas, processo, efetividade, sanções, prisão civil, poder.

KEYWORDS: Law, legal standards, process, effectiveness, sanctions, civil prison, power.

1. INTRODUÇÃO

Ao senso comum, e por essa razão, o Direito é simplesmente algo que existe para resolver os problemas surgidos entre indivíduos, sendo lembrado e percebido, ao menos pela grande maioria dos membros da sociedade, apenas nestes casos, vinculando-o a uma função reparadora de conflitos.

Em contraponto a esta assertiva, poucos indivíduos possuem noção da dimensão do Direito como fenômeno regulador da vida em sociedade, atuante com o fito de, na medida do possível, evitar o surgimento daqueles conflitos.

Não obstante a ignorância por parte da maior parcela social quanto a esta última função do Direito, esta parcela (empiricamente) tem ciência das consequências decorrentes de eventual violação ou contrariedade às regras de conduta, por vislumbrar o Direito como algo repressor, punidor.

Deste modo enxergando o Direito é que a sociedade também[676] é levada ao cumprimento das normas de comportamento, por temer sofrer a atuação do Direito sobre si, no sentido mesmo - ressalta-se, para o senso comum - de punição, intervenção, sobre sua liberdade ou patrimônio.

Apesar de ordinariamente a maioria das obrigações serem adimplidas espontaneamente, revelando-se o êxito do Direito em sua função reguladora, é notória a sobra de um imensurável número de obrigações que não o são, incorrendo-se na necessidade de se socorrer ao Direito para a correção destes desvios comportamentais por meio da imposição de suas positivadas conseqüências, revelando-se a expectativa no êxito de sua função repressora.

Para alcançar seu objetivo reparador-repressor, o Direito se vale do processo como instrumento viabilizante da satisfação do direito de determinado indivíduo que tem um seu direito violado, meio pelo qual se busca, portanto, fechando-se o ciclo, a efetividade da atividade jurisdicional, da satisfação do violado e, em última instância, do próprio Direito.

[676] Demonstrar-se-á adiante o cumprimento das normas de comportamento por outras razões que não o temor ao Direito.

ISBN 978-85-62288-05-0

Todavia, como sabido, a referida expectativa no sucesso do Direito quando em sua função reparadora nem sempre é concretizada, correspondida, acarretando na insatisfação do jurisdicionado que se vê na posição de injustiçado e, consequentemente, à primeira vista, no abalo da fidúcia deste em relação àquele, e, à segunda, e mais gravemente, na perda da legitimidade do Poder Judiciário e do próprio Direito como fenômeno de pacificação social.

Demonstrar-se-á adiante os fundamentos nos quais se torna necessário basear-se para a proposição final, e se apontará os motivos pelos quais as sanções atualmente previstas no ordenamento jurídico não cumprem sua função coercitiva.

Em virtude desse rompimento da confiabilidade no Direito e seus instrumentos por parte da sociedade, é preciso que se adote técnicas que a restabeleça, capazes de efetivamente levarem à efetividade – a redundância é proposital – reparatória dos direitos violados, as quais, reconhece-se, podem, apenas aparentemente, chocar-se com alguns princípios do próprio Direito, conflito que, por se configurar em apenas aparente, pode ser afastada com o apoio, com fundamentos filosóficos para sua adoção.

Neste passo se apresentará o objetivo da proposição, bem como seus efeitos sobre os membros da sociedade, especialmente sobre aqueles descumpridores do Direito e consequentemente do processo civil, de modo que o mesmo se efetive com a mesma intensidade com relação a todos os indivíduos e não somente sobre alguns normalmente influenciáveis.

Destarte, o presente trabalho intentará demonstrar a possibilidade, com fundamento na Filosofia do Direito, de adoção das citadas técnicas processuais de efetividade, interligando, assim, ramos que, em razão da abstração de um e concretude do outro, (apenas) parecem ser inconciliáveis.

2. NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O DIREITO COMO CONDIÇÃO PARA SEU TRATAMENTO: DEFINIÇÃO E FINALIDADE

Não obstante a dificuldade em se definir e apontar a finalidade do Direito, é necessário compreendê-lo, a fim de se firmar bases sólidas como pressupostos para eventuais proposições a seu tratamento, ou seja, para se utilizar bem um sistema jurídico, objetivo do presente estudo.

2.1. Definição do Direito

Tarefa das mais árduas cientificamente é a de se tentar definir o Direito, dificuldade[677] reconhecida muito provavelmente pela unanimidade da doutrina, em

[677] *"Nenhuma outra ciência possui questionamento de ordem conceptual tão profunda quanto a do Direito (...)"* - NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 14ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 38.

ISBN 978-85-62288-05-0

virtude de sua característica multifacetária, no sentido de poder ser observado e definido conforme o ponto de vista do sujeito cognoscente.

Consoante dito no início do presente trabalho, para o senso comum, para o leigo, o Direito é simplesmente "algo", ou, para os poucos mais esclarecidos, lei e ordem, no sentido de

> *(...) um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Assim sendo, quem age de conformidade com essas regras comporta-se 'direito'; quem não o faz, age 'torto'.*[678].

No entanto, a despeito de não estar incorreta tal compreensão, para o propósito deste trabalho a mesma é insuficiente, exigindo-se um entendimento mais abrangente e profundo, abordando-se outros elementos vinculados ao que adiante se defenderá.

A definição do Direito em muito depende, dentre as identificadas, da corrente adotada – ou na qual se encontre associado – pelo observador do objeto, as quais se classificam em idealistas e empiristas, constituintes de escolas do pensamento jurídico-filosófico.

São consideradas idealistas as escolas do pensamento que *"(...) estudam o Direito desvinculando-o da ambiência social em que ele efetivamente se produz (...)"*, acarretando em que se *"(...) ignora o caráter histórico-social do fenômeno jurídico e consequentemente se aliena das condições concretas em que ele surge nas diferentes sociedades (...)'*[679].

Em razão do móvel do presente trabalho, referidas escolas e suas correntes – jusnaturalismo, criticismo Kantiano e o idealismo hegeliano, bem como o contemporâneo – afastadas da realidade social, não fornecem substrato ao que se proporá, pois a sugestão apontada ao final origina-se exclusivamente da realidade social, exigente de efetividade do Direito.

Como empiristas são compreendidas as correntes de pensamento

> *(...) que tomam como ponto de partida a suposição de que o conhecimento jurídico resulta de uma captação do objeto pelo sujeito, ou, em outras palavras, de que o conhecimento 'emana' do objeto, seja este tomado como sendo a 'norma jurídica', seja considerado como o 'fenômeno jurídico'*

[678] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.
[679] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito:** Conceito, Objeto, Método. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 133.

ISBN 978-85-62288-05-0

produzido dentro do espaço-tempo social (...)[680].

As destacadas correntes – Escola da Exegese, Histórica, Sociológica – embora analisem o Direito dentro do espaço-temporal "social", apóiam-se demasiadamente no objeto da análise, olvidando a contraposição existente entre os vários elementos formadores do Direito; ou seja, referidas correntes ora tendem a um extremo, ora a outro, deixando de lado fatores essenciais à compreensão do Direito.

Considerada por grande parte da doutrina jusfilosófica como uma das mais bem elaboradas teorias sobre o Direito (classificada por Ramalho em "outras correntes"), a *tridimensionalista* do Direito, aperfeiçoada por Miguel Reale, leva em conta para sua definição a presença de três aspectos básicos concernentes aos diversos sentidos da expressão "Direito", os quais possibilitam a elaboração de uma definição abrangente do Direito, considerando, como em nosso entender não poderia deixar de ser, a realidade social.

Segundo Reale, os sentidos do Direito correspondem aos aspectos *normativo "(o Direito como 'ordenamento' e sua respectiva ciência)"*, *fático (o Direito como 'fato', ou em efetividade social e histórica)*, e *axiológico (o Direito como 'valor' de Justiça)'*[681], constituindo, portanto, uma estrutura tridimensional na qual fatos e valores se comunicam em um dinâmico processo ("dialética da complementaridade").

Por esta teoria, referidos aspectos, especialmente o fático e o axiológico, ligar-se-iam pelo normativo em uma ação integrativa e de coexistência em uma unidade concreta, atuantes como elos de um processo.

Pautando-se na união e manutenção destes três aspectos do Direito enquanto fenômeno, fornece aquele jurista três definições do Direito, obedecendo, respectivamente, às perspectivas do fato, norma e valor.

Destarte, o Direito pode ser definido como:

> *(...) a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva (...)*[682].

> *(...) a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores.*[683].

---

[680] Ibid., p. 150.
[681] REALE, op. cit., p. 64-65.
[682] Idem, p. 67.
[683] Idem, mesma página, p. 67.

ISBN 978-85-62288-05-0

> *(...) a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores.*[684]*.*

Na esteira do alhures afirmado sobre a definição do Direito depender do ponto de vista do observador, bem como da finalidade deste estudo, toma-se como ponto de partida para a futura proposição a última definição do Direito, calcada no aspecto, no sentido do valor, o qual está intimamente ligado ao tópico seguinte, referente à finalidade do Direito.

2.2. Finalidade do Direito e sua relação com os valores

Assim como quanto à definição do Direito, apontar sua finalidade, do mesmo modo em virtude de sua abrangência, é objetivo dos mais desafiadores, uma vez que também aqui se depende da abordagem ao Direito.

Partilhando-se do entendimento de que a filosofia do direito, a sociologia do direito e a teoria geral do direito não são ciências autônomas, mas que se interpenetram, analisa-se neste estudo, e particularmente neste ponto, o Direito sob o aspecto sociológico, no sentido da necessidade de se refletir a respeito de determinado tema do Direito apoiado na realidade social[685].

Com fulcro na última definição de Miguel Reale reproduzida anteriormente, fundada, como visto, no aspecto axiológico, pode-se afirmar que a finalidade do Direito é concretizar a ideia de justiça, a "atualização crescente de Justiça" por meio da realização dos "valores de convivência"[686].

Outrossim, a finalidade do Direito é a realização de um valor, o valor da Justiça.

Não se contentando o homem com si próprio, mas necessitando sempre mais e mais de objetos suprimíveis de suas carências, modifica o mundo ao seu redor, classificando os objetos como valiosos positiva ou negativamente, a depender de favorecerem ou contrariarem seus intentos[687], existindo

> *(...) como resultado ou como reflexo de motivos psíquicos, de desejos e inclinações, de sentimento de agrado ou de desagrado. As coisas valem em razão de algo que em nós mesmos se põe como desejável ou apetecível, ou capaz de dar-nos prazer (...) Os valores seriam, assim, uma ordem de preferências psicologicamente explicável (...)*[688]*.*

---

[684] Idem, mesma página, p. 67.
[685] MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007, p. 27-29.
[686] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 700-701.
[687] NADER, op. cit., p. 48.
[688] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 196.

ISBN 978-85-62288-05-0

Portanto, ao partir para a satisfação de suas necessidades, o homem valora os objetos da natureza segundo suas preferências, as quais podem ser hierarquizadas, hierarquizando-se os valores, destacando-se que, no entanto, na evolução humana os valores se modificaram, constatação obtida ao se submetê-los à verificação histórica, pela qual se denota que o que em um período foi considerado como valor exaltado por alguns, preferível em alta conta, em outro momento não é mais assim considerado, como ilustra o valor 'propriedade', sagrada e intocável ao fim do século XVIII, relativizada atualmente em decorrência de sua "função social"[689].

Adotada como valor consistente na *"(...) expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência (...)'*[690]*,* representando o pressuposto de toda ordem jurídica, a Justiça identifica-se com o "bem comum", consistente em *"(...) atribuir a cada um o que lhe é devido.'*[691].

Em sendo a finalidade do Direito a realização de um valor, em sendo o valor Justiça essencial ao ser humano, e consistindo este valor em dar a cada um o que lhe é devido, é possível concluir que a finalidade do Direito é dar a cada um o que é seu por direito, o que é justo.

Entretanto, muito embora se trate da finalidade do Direito, o fato é que este, enquanto função, nem sempre tem obtido êxito em satisfazer o direito de todos os indivíduos, configurando, assim, a inefetividade do Direito como instrumento para o bem comum, acarretando na necessidade de se adotar técnicas processuais para sua efetivação.

3. DE COMO O DIREITO SE APRESENTA

O Direito exterioriza-se, revela-se por meio de normas definidoras de condutas, de comportamentos humanos, as quais podem consistir em normas explícitas, positivadas (textuais) ou não, como por exemplo, os costumes.

Positivamente, o Direito é *"(...) o conjunto de normas de conduta social, imposto coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo os princípios da justiça (...)'*[692]*.*

Assim se apresentando, o Direito demonstra sua função reguladora da vida em sociedade, estabelecendo deveres e direitos aos destinatários da norma dotada de generalidade e abstração, as quais podem ser cumpridas ou não.

Conforme asseverado inicialmente, a maior parte das normas jurídicas são cumpridas espontaneamente pelos destinatários que, ainda que discordantes de seu

[689] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, p. 47.
[690] REALE, Miguel, ibid, p. 272.
[691] Idem, p. 276.
[692] NADER, op. cit., p. 44.

ISBN 978-85-62288-05-0

conteúdo, às mesmas se subordinam, por compreenderem e aceitarem o padrão estabelecido da vida em sociedade, a qual optou por se fazer representar por alguns poucos e determinados indivíduos que, por poder daquela transferido, possuem capacidade e competência para decidir sobre a vida da totalidade.

Ao fenômeno pelo qual algum ou alguns indivíduos acatam a norma mesmo dela discordando denomina-se "heteronomia", qualidade do Direito em razão da validade objetiva e transpessoal das normas jurídicas, que se colocam acima das pretensões dos sujeitos de uma relação.

Todavia, há aqueles que não as cumprem espontaneamente por determinadas razões como, por exemplo, julgarem-se superiores à norma e por ela não alcançados, por não compreenderem e vivenciarem certos princípios da vida em sociedade, não se entendendo como violadores da norma, o que demanda uma postura provinda do próprio Direito com o objetivo de se fazer cumprir.

Nesse passo, a demonstrar a intervenção do Direito quando do não adimplemento voluntário de uma norma, merece colação a seguinte lição de Luiz Moreira, que se remete a Jürgen Habermas, segundo a qual:

> *O Direito, nessa etapa, e aquela instituição, ou melhor, aquela metainstituição a quem cabe garantir a integração social que não é suficientemente realizada pelas instituições originárias do mundo da vida. Habermas insiste, nesse ponto, na idéia, já antes ventilada, de duas ordens na hierarquia das instituições sociais. São de primeira ordem aquelas que pertencem à espontaneidade do mundo da vida. O Direito, no entanto, por ser um invólucro, um véu que encobre o mundo da vida, é caracterizado como uma instituição de segunda ordem, pois a originalidade das relações sociais lhe são, em princípio, independentes. (...)*[693].

Para compreender a conduta a ser adotada pelo Direito em caso de descumprimento da norma, é preciso compreender que o traço característico de uma norma *"(...) é o fato de ser 'uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória' (...)'*[694].

4. DE COMO O DIREITO SE EFETIVA: SANÇÕES NEGATIVAS E POSITIVAS

Afirmou-se logo de início que as normas jurídicas nem sempre são

[693] MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 2ª ed. rev. e atual.. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002, p. 50-51.
[694] REALE, Miguel, **Lições preliminares de Direito**. p. 95.

ISBN 978-85-62288-05-0

cumpridas por temor ao Direito e sua função repressiva.

Com efeito, não são apenas razões estritamente jurídicas que motivam os homens a agir conforme o Direito, mas também valores religiosos, morais estéticos e econômicos, dentre outros, que acarretam na obediência ao Direito.

Segundo Luiz Moreira:

> *(...) supõe-se que as pessoas pautam suas ações de modo estratégico, pois elas agem de conformidade com três posturas básicas: primeiro, obedecendo às leis, que são fruto de um consenso publicamente estabelecido e como tal podem ser legitimamente alteradas; segundo, agindo conforme seus próprios interesses sem menção à intenção ética da ação; e, por último, tirando o maior proveito possível da possibilidade auferida na ação em conformidade com a lei, pois são previsíveis as conseqüências da ação realizadas segundo parâmetros jurídicos.*[695]*.*

Opostamente àqueles cumpridores das normas espontaneamente, há, como visto, os que não as cumprem, ensejando a intervenção do Direito visando sua própria efetivação.

Para tanto, o Direito lança mão do mecanismo da "sanção", expressão de sua força, exteriorização de sua função de ordenar coercitivamente a conduta humana.

Sanção é toda forma de garantia de cumprimento das normas jurídicas, caracterizada pela predeterminação e organização.

Em sendo o Direito – pelo menos em um de seus aspectos – como já apresentado, a *ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores*, é natural que preveja mecanismos de defesa contra sua violação, pois do contrário nenhum sentido teria regular e condicionar normas de comportamento se as mesmas pudessem ser infringidas impunemente pelos indivíduos[696].

A imposição de sanção pelo Direito para garantir o cumprimento das normas jurídicas só é possível em virtude da nota distintiva do Direito, qual seja, a "bilateralidade atributiva", consistente em *"(...) uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo."*[697]*.*

Desse modo, o Direito é fenômeno pelo qual um indivíduo, em relação com outro, encontra-se obrigado ao cumprimento das normas jurídicas estabelecidas

[695] Op. cit., p. 37.
[696] *"(...) A astúcia do Direito consiste em valer-se do veneno da força para impedir que ela triunfe (...)"* – REALE, Miguel. **Lições Preliminares**. P. 72.
[697] Ibid, p. 51.

ISBN 978-85-62288-05-0

pelo Estado, sob pena de se sujeitar, subordinar à pretensão do prejudicado, que pode exigir daquele o adimplemento de sua obrigação.

De nada adiantaria a prescrição de um comportamento a ser observado por uma das partes em uma relação jurídica se não houvesse como o desfavorecido exigir do inadimplente o cumprimento de sua obrigação, sujeitando-o, inclusive, a uma sanção.

Nessa esteira, a imposição de sanção, portanto, decorre da característica da bilateralidade, que por sua vez enseja a coercibilidade por parte do Estado sobre o sujeito descumpridor da norma.

Como aponta o sufixo, coercibilidade é expressão que encerra uma possibilidade de se coagir alguém a cumprir uma determinada norma, do que resulta em que o Direito é coercível e não coativo, tratando-se a coação de uma *"(...) ação que modifica forçadamente uma situação de fato (...)'*[698], um instrumento de juridicidade, ou seja, de conferir força e aplicação ao Direito.

A ilustrar com precisão a coercibilidade:

> *A coercibilidade não assinala simples conformidade lógica entre Direito e coação, mas também uma exigência axiológica: a coação liga-se ao 'dever ser' do Direito, pois quando a norma jurídica primária, que contém o preceito de conduta, não é espontaneamente cumprida, impõe-se o advento de dadas conseqüências, as quais podem consistir no cumprimento forçado da regra infringida, ou em uma pena correspondente ao valor do Direito cuja reintegração se haja tornado impossível (...)*[699].

Adotando-se a imposição de sanção como possibilidade e não como constante do Direito, afasta-se o entendimento de se constituir a coação como elemento essencial ao Direito, até porque, como visto, na grande maioria das situações da vida as normas jurídicas são cumpridas espontaneamente, dispensando o uso da força por meio da sanção.

Ao se compreender algo como essencial em relação a um objeto, é porque este sem aquele não subsiste; o Direito, como apontado, mesmo sem a imposição constante de sanção permanece íntegro.

Do até o momento exposto é possível denotar tratar-se, ou consistir, a coerção, como a ameaça, física ou psicológica, de imposição de sanção configurada em uma *pena* – negativa - ao sujeito descumpridor da norma, numa fórmula condicionante do tipo: *se...acontecerá...* .

No entanto, modernamente se compreende que o Direito não possui, e não

[698] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 676.
[699] Idem, p. 708.

ISBN 978-85-62288-05-0

pode possuir, apenas uma função repressora, de intervenção nas relações jurídicas para buscar o *status quo*, mediante a atuação coativa com imposição de sanção, ou seja, com sentido negativo.

A compreensão do Direito em sua função protetora, exercida pela emanação de comandos negativos (proibições), e repressiva, exercida por meio de organização de sanções negativas, associa-se ao Estado Liberal, no qual se adotava técnicas de "desencorajamento", contrárias às atuais, de "encorajamento", adotadas pelo Estado Social[700].

Referida mudança de modelo de "controle social" reflete a crise na imagem tradicional do Direito como função repressora diante do Estado contemporâneo, no qual o ordenamento jurídico toma nova forma como função "promocional", pela qual se promove, se incentiva a prática de comportamentos socialmente desejáveis, por meio de três operações referentes à ação, tornando-a *necessária, fácil* e *vantajosa*[701].

Desta feita, ao contrário da função repressora exercida por meio de sanções negativas, a função promocional do Direito se exerce por meio de sanções positivas, "premiais", e técnicas de facilitação, consistentes no

> *(...) conjunto de expedientes com os quais o grupo social organizado exerce um determinado tipo de controle sobre os comportamentos de seus membros (neste caso, trata-se do controle que consiste em promover a atividade na direção desejada), não pelo estabelecimento de uma recompensa à ação desejada, depois que esta tenha sido realizada, mas atuando de modo que sua realização se torne mais fácil ou menos difícil. Note-se a diferença: a recompensa vem depois, enquanto que a facilitação precede ou acompanha a ação que se pretende encorajar (...)*[702].

Portanto, o Direito só logra êxito em sua finalidade e consequente razão de ser caso seja efetivo, estágio alcançável com sanções negativas ou premiais.

5. A EFETIVIDADE DO DIREITO PELA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Cumprida a norma espontaneamente pelos membros da sociedade, não se exige do Direito, por meio do Estado, nenhuma providência no sentido de tornar concreto o conteúdo, o comando da norma.

Porém, diferentemente ocorre caso aqueles não cumpram espontaneamente as normas jurídicas, ensejando a aplicação de sanção (coercibilidade), a qual

[700] BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri: Editora Manole, 2007, p. 2.
[701] Ibid, p. 13-15.
[702] Ibid, p. 30.

ISBN 978-85-62288-05-0

somente pode incidir por meio do processo.

Nota-se, então, que o processo deve ser compreendido como "instrumento" e não um fim em si mesmo, objetivando a plena satisfação do direito do jurisdicionado por meio de técnicas adequadas segundo o caso concreto.

Por instrumentalidade processual se entende como uma premissa a ser adotada pelo operador do Direito na atualidade, consistente na ruptura com o clássico modelo processual formalista, pelo qual as medidas visando a efetividade processual se restringiam às legalmente previstas, reduzindo-se os meios de satisfação do direito do jurisdicionado[703].

Atende, portanto, referida premissa, ao "modelo constitucional do direito processual civil"[704], do qual se extrai o sentido "Constituição-processo", no qual ocorre a tutela constitucional do processo e de seus princípios, conformando os institutos do processo e seu funcionamento à Constituição Federal[705].

Plasmados na Constituição Federal encontram-se os direitos fundamentais a uma efetiva tutela jurisdicional (art. 5°, XXXV) e à duração razoável do processo (art. 5°, XXXV), os quais são observados com a adoção e implementação de técnicas que tendem à efetivação.

Se, como demonstrado, o valor maior é a Justiça, especialmente no Estado social contemporâneo, torna-se necessário dar ao conceito de *Justiça* um conteúdo substancial e efetivo.

Dentre as técnicas elaboradas para se alcançar a efetividade processual, encontram-se a *astreintes,* que operam coercitivamente sobre o réu, forçando-o psicologicamente ao cumprimento das decisões judiciais, sob pena de pagamento de multa, revelando-se como sanção negativa, repressiva.

Por outro lado, recentemente foram instituídas no processo civil sanções premiais, como claramente configura o artigo 745-A do Código de Processo Civil, pelo qual, reconhecendo o executado o crédito do exequente, poderá requerer o parcelamento de parte da dívida.

Entretanto, como sabido, nem sempre a previsão de uma ou outra espécie de sanção logra o esperado êxito, sendo comuns os casos em que, mesmo com a ameaça de pagamento de multa ou o seu efetivo pagamento no caso de descumprimento, não ocorre o cumprimento da decisão, perdurando a inefetividade.

É como bem retrata Dinamarco ao expor que:

(...) Pode suceder que na fase de cumprimento de sentença ainda seja

[703] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 24.
[704] BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso de processo civil esquematizado**. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37. v.I.
[705] DINAMARCO, op. cit., p. 27.

ISBN 978-85-62288-05-0

> *necessário induzir o comportamento do obrigado, impondo-lhe sanções (multas periódicas, interdição de atividades, etc.); mas, não se obtendo por esse caminho a desejada adequação da conduta, chega um momento em que ela passa a ser de absoluta indiferença (...)*[706].

Em virtude da ineficiência de tais espécies sancionatórias e até mesmo de sua aplicação é que se necessita da previsão de uma medida coercitiva "mais forte" pelo Direito, com maior grau de coercibilidade, a qual faça com que o obrigado se sinta efetivamente compelido a respeitar a norma jurídica, a fim de que realmente o Direito se efetive, compreendendo a efetividade como a ideia de que o *"(...) processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos seus escopos institucionais (...)"*[707], a fim de se atender a lição de que *"(...) na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter (...)"*[708].

Certamente uma das razões de ineficiência das sanções, especialmente as de natureza pecuniária, consiste em não surtirem efeitos sobre os obrigados abastados, principalmente dependendo do valor da sanção e da "tábua" axiológica do demandado, pela qual pode conferir menor valor ao cumprimento do Direito por não lhe fazer diferença o valor desembolsado a título de sanção; ou seja, as sanções não surtem os mesmos efeitos para todos seus destinatários.

Com relação aos que não se sentem compelidos é preciso primeiramente instituir-se e posteriormente aplicar-se sanção mais rigorosa, que realmente incuta na mente do obrigado o temor em caso de descumprimento, a qual, como sabido em virtude da já existência deste tipo de sanção, alcança extraordinário êxito, qual seja, a prisão civil do obrigado por descumprimento de ordem judicial, especial e tão-somente nos casos em que o descumprimento da obrigação pelo réu puder prejudicar diretamente Direitos Fundamentais de outrem como a saúde, a liberdade ou a vida, circunstância a qual, muito embora não com a medida ora proposta, está prevista no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (neste a medida proposta é de simples consideração do descumprimento como crime de desobediência), no artigo 503, §8º.

6. A NECESSIDADE DE EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL E DE TÉCNICAS MAIS EFETIVAS PARA UMA EFETIVAÇÃO DO DIREITO

Como se vem defendendo no presente estudo, o valor máximo atribuído pelo

[706] Ibid, p. 124.
[707] Idem, p. 319.
[708] CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*. 2ª ed.. Roma: Foro Italiano, 1930 **apud** DINAMARCO, op. cit., p. 319-320.

ISBN 978-85-62288-05-0

Direito é a Justiça, no sentido de dar a cada um seu direito, em decorrência da necessidade de se concretizar os comandos constitucionais, sobretudo o já aludido retratado pelo artigo 5°, XXXV, que encerra, dentre outros princípios, o do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva.

Em sendo o Direito um instrumento para se alcançar a Justiça – *"(...) A procura da Justiça é o objetivo primordial do Direito (...)"*[709] - ao Direito o essencial é o justo, podendo-se afirmar que o Direito Justo é

> *(...) aquele que declara os direitos do homem à vida, aos atributos e fins desta e garante o respeito à sua realização. Realizar o máximo dos valores humanos, harmonizando as relações sociais de acordo com o critério do justo, é a tarefa primacial da ordem jurídica, que tem na lei justa, expressada pela vontade geral, o instrumento hábil de coordenação do exercício dos direitos reconhecidos a todos (...)*[710].

Se o fim colimado por todos, então, é a Justiça pela efetivação do Direito, que por sua vez realiza o máximo dos valores humanos, e, se o Direito só é efetivado, de fato, pelo processo, conclui-se que esse deve ser justo, pois:

> *Somente por meio de um processo judicial legalmente disciplinado e intrinsecamente justo é que o Poder Judiciário, independente e imparcial, pode realizar a ordem jurídica e efetivar, concretamente, os direitos enunciados*[711].

Com a assunção pelo Estado da atribuição de resolver os conflitos sociais, extinguindo a autotutela em substituição à vontade e atuação das partes, o Estado, representado pelo Poder Judiciário, deve corresponder às expectativas sociais decorrentes dos valores erigidos como fundamentais, sob pena de perda do alhures citado atributo da legitimidade.

Não obstante o título conferido ao presente tópico a respeito da necessidade de evolução do processo civil, é fato que nas duas últimos décadas, principalmente, a legislação processual civil evoluiu, e muito, mediante várias e seguidas reformas, sobretudo no Código de Processo Civil – "ondas reformistas" – visando todas conferir ao Processo Civil maior efetividade.

No entanto, a despeito do avanço, ainda assim há espaço para mais, em razão de, como visto, nem sempre as sanções previstas legalmente surtirem efeitos,

---

[709] NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 2ª ed. Campinas: Editora Millennium. 2008, p. 131.
[710] SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição***:* conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13-14.
[711] Idem. p. 2.

ISBN 978-85-62288-05-0

ainda mais quando economicamente repressivas diante de abastados obrigados, desatendendo ao imposto pela Constituição Federal, no sentido de se fazer plena sua aplicabilidade.

Corroborando que nem sempre a evolução observada atende às expectativas sociais, especialmente quando se implementam de modo aquém do esperado diante da complexidade das situações sociais em constante evolução, tem-se que

> *Um aspecto do direito na pós-modernidade que necessariamente haverá de ser examinado é o de sua crescente 'procedimentalização'. Isso significa que a natureza dos problemas que se colocam para serem resolvidos pela regulamentação jurídica seria de um ineditismo e complexidade tais que o modo principal de resolver problemas jurídicos na modernidade, por meio da legislação, com suas normas gerais e abstratas, feita com base em espécies de fatos ocorridos no passado e para regular toda uma série indeterminada de fatos semelhantes a ocorrerem no futuro mostra-se disfuncional. Daí a necessidade crescente de se desenvolver a 'dimensão processual' do direito (...) a ponto de se propor desenvolver uma 'filosofia do processo' (...)*[712]

Sobre a timidez e lentidão da evolução da ordem processual, precisamente aponta Dinamarco que:

> *(...) a ordem processual mostra-se ordinariamente mais lenta que a Constituição, na sua evolução gradual segundo a interpretação dinâmica (sociológica) dos textos. A causa mais aguda desse retardamento é o preconceito consistente em considerar o processo como 'mero instrumento técnico' e o direito processual como 'ciência neutra' em face das opções axiológicas do Estado. Essa 'neutralidade ideológica' é, na realidade, sobrecapa de posturas ou intuitos conservadores. Disse-se até que ela 'incorpora e perpetua o liberalismo do século XIX' (...)*[713].

Como assinalado pelo processualista, o processo é "mero instrumento técnico", voltado única e exclusivamente à efetivação dos direitos dos indivíduos, buscando-se resultados – "processo de resultados" – que satisfaçam os jurisdicionados, formadores de uma sociedade que irradia seus anseios e

[712] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição**. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2002, p. 34.
[713] DINAMARCO, op. cit., p. 39.

ISBN 978-85-62288-05-0

expectativas para o Estado, influenciando na evolução do Direito.

E o pretendido pela sociedade é a efetivação de seus direitos, como forma de o processo alcançar seu "escopo social" de realizar a "paz social", mantendo-se inabalada a legitimidade do Estado e do poder por meio da manutenção da capacidade de ambos de organizar convenientemente a vida em sociedade, conservando e desenvolvendo bens e valores[714].

O processo, embora técnico, não pode ser compreendido como *"(...) um instrumento sem conotações éticas ou deontológicas e desligado da escala axiológica da nação e do Estado. Ele (...) pelo canal da sua instrumentalidade jurídica social e política recebe os influxos do clima cultural que o envolve (...)*[715], tendo-se que, ainda, o processo tem que se endereçar a *"(...) resultados jurídico-substanciais, sempre na medida e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política (...)"*[716].

Culturalmente, nossa sociedade põe nas primeiras colocações de sua escala axiológica o valor do cumprimento das obrigações, repudiando os casos de descumprimento da norma jurídica, bastando para corroborar tal assertiva a pecha, a nódoa que incide, por exemplo, sobre um indivíduo que não honra suas obrigações creditícias - "quem empresta quer receber".

Como sabido, a coerção psicológica e eventual aplicação da sanção da prisão civil está prevista em nosso ordenamento constitucional (artigo 5°, LXVII, Constituição Federal), limitada, porém, recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, no caso de "dívida", aos devedores de prestação alimentícia, em razão da adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos - Pacto de San José da Costa Rica, destacando-se referir a previsão constitucional a dívida.

No presente trabalho, e particularmente neste tópico, o que se defende e se propõe é a aplicação da sanção de prisão, não por dívida, por débito financeiro, mas por descumprimento de ordem judicial – decorrente da norma jurídica – a qual pode encetar obrigações que não o pagamento em dinheiro, como ocorre nos casos de obrigação de dar, fazer ou não fazer, especialmente, como já destacado, quando em risco se encontrarem Direitos Fundamentais do indivíduo.

Releva-se apontar nesse passo que o Código de Processo Civil, em seu artigo 14, parágrafo único, prevê que:

> Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável

[714] Idem, p. 188.
[715] Idem, p. 258.
[716] Idem, p. 186.

ISBN 978-85-62288-05-0

> multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Logo, a previsão de aplicação de sanções criminais – penas privativas de liberdade – já se encontra prevista em nosso ordenamento jurídico, a qual, como se vê pela redação do parágrafo, é cumulável com as demais sanções, civis e processualmente cabíveis, não confrontando de modo algum o aludido inciso constitucional[717].

Referida previsão encontra-se no capítulo relativo aos deveres das partes, dentre os quais se encontra – gerador do parágrafo único – o "de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final".

Não cumprida espontaneamente uma decisão, mesmo após a aplicação de uma sanção, o indivíduo acaba por desbordar dos limites do ilícito processual, de modo que os entraves por si opostos ao exercício do poder passam a ser compreendidos como *contempt of court,* entendido como sendo

> *(...) a prática de qualquer ato que tenda a ofender um juiz ou tribunal na administração da justiça, ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem.*[718]*.*

O presente trabalho iniciou-se com referência ao leigo, ao senso comum, para quem o Direito é "algo" que resolve problemas.

Retomando-se a questão da legitimidade do Direito, é de se destacar a impressionante confiança depositada pelo jurisdicionado no Direito quando se trata de casos de dívida de alimentos, especialmente os destinados a menores.

Frequentemente se ouve dizer que a única coisa (ou uma das poucas coisas) que funciona na Justiça brasileira é a prisão de devedor de alimentos, o que, em termos de cumprimento de ordem judicial, não deixa de ser até certo ponto correto.

Realmente, como se constata no cotidiano forense, na imensa maioria dos casos basta o devedor de alimentos tomar ciência por qualquer forma que não a oficial – por intimação – que o autor da ação requereu sua prisão que, como num

---

[717] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. (Des)Cumprimento de ordem judicial emanadas de sentença ou de decisão interlocutória. In: ***Processo civil*: novas tendências – estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr**.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

[718] GRINOVER, Ada Pelegrini. **A marcha do processo**. *a*buso do processo e resistência às ordens judiciais: o ´contempt of court`. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 68.

ISBN 978-85-62288-05-0

passe de mágica, o que não existia (dinheiro para a pensão) passa a existir, e a obrigação é cumprida.

A explicação para este fenômeno de cumprimento da obrigação alimentícia é relativamente simples, porém, como se está tentando demonstrar, desconsiderada quando se busca uma plena efetividade, consistente na educação da sociedade, por conta da função pedagógica da sanção aplicada em caso de não cumprimento de obrigação alimentícia.

Ao tratar dos "escopos" do processo civil, Dinamarco aponta vários escopos sociais a serem alcançados, dentre os quais a educação, conscientizando os membros da sociedade quanto a seus direitos e obrigações, afirmando que:

> *(...) Na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios. Em uma sociedade assim mais educada e confiante, ao cínico 'vá buscar seus direitos' que entre nós o devedor inadimplente e mal-intencionado lança sobre seu credor, corresponde o ameaçador 'I sue you', com que o titular de direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas.*[719].

Enfim, com a previsão e eventual decretação de prisão civil daquele que não cumpre as ordens judiciais e, por conseqüência, as normas jurídicas e o Direito, educa-se a sociedade para que cumpra com as normas de Direito, conferindo-lhe efetividade.

Resta, no entanto, perquirir-se a razão pela qual a medida ora proposta não é adotada pela prática judiciária, mantendo-se a inefetividade em alguns casos.

7. POR QUE NÃO A PRISÃO?

Sendo notória a eficácia da prisão civil do devedor de alimentos, passa-se a investigar o motivo pelo qual a prisão civil daquele que desatende o Direito não é aplicada na prática.

Do exposto neste estudo, especificamente quando do descumprimento da ordem judicial mesmo com previsão e até aplicação da sanção pecuniária, afirmou-se não surtir a mesma efeito algum sobre os abastados que, indiferentes ao direito alheio, simplesmente não cumprem ordens judiciais, descumprindo, consequentemente, as normas jurídicas e o Direito.

Em conseqüência ao descaso é que se propõe a prisão civil. No entanto, referida previsão e decretação certamente contrariaria determinados interesses de

[719] Op. cit., p. 191-192.

ISBN 978-85-62288-05-0

certos grupos – especialmente os financeiramente poderosos – os quais não teriam mais como se furtar ao cumprimento do Direito, ou pelo menos sentir-se-iam, de fato, compelidos a observá-lo por receio da privação da liberdade física, compreendida, talvez, para aqueles (seus representantes), como o valor primeiro na escala axiológica.

Vislumbra-se, então, na ausência de previsão e decretação, um elemento econômico, no sentido de o Direito, em muitos dos casos, não alcançar os financeiramente poderosos, em total contraste com os indivíduos "comuns", hipossuficientes em relação àqueles.

Por contrariar os interesses daqueles grupos, é possível que estes, detentores do poder, de parcela do mesmo ou influenciadores de quem o detém, se utilizem do (manejem o) processo como "estratégia de poder" mudando as regras do jogo para favorecimento próprio, compreendida aquela (estratégia do poder) como o *"(...) conjunto dos meios operados para fazer funcionar ou para manter um dispositivo de poder."*[720].

Segundo Carlos Augusto Silva, o processo civil pode ser utilizado como estratégia de poder pelos três Poderes da República e, da mesma forma, por determinado "grupo social", influenciando na elaboração de leis processuais de seu interesse, ou impedindo, mediante influência sobre os detentores do poder, o surgimento de normas que contrariem seus interesses[721].

Segue o autor afirmando que:

> *(...) Se a estratégia do detentor do poder é a de reduzir a atuação dos juízes nas causas de seu interesse, o governante, então, assim conformará as normas processuais. Os modelos processuais (...) refletem os valores políticos, econômicos, sociais, culturais e as estratégias de poder das sociedades em que se inserem.*[722].

Tanto pode ocorrer que determinados grupos "detentores do poder social econômico" influenciem na elaboração e aplicação das normas jurídicas, que atualmente parte da doutrina pátria reconhece a existência de uma eficácia horizontal da Constituição Federal – vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – em razão de se assemelharem aqueles grupos ao Poder Público, em força e influência, vinculando-os aos direitos fundamentais como o Poder Público se vincula.

Retratando essa perniciosa influência, Carlos Augusto Silva abertamente

[720] SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, prefácio – p. 57.
[721] Idem, p. 2.
[722] Idem, p. 74.

ISBN 978-85-62288-05-0

expõe que:

> *Constata-se, de maneira melancólica, que, muitas das vezes, as normas processuais deixam de expressar valores democráticos, no sentido de constituição de uma sociedade mais justa e fraterna, calcada no amplo acesso à Justiça e no aperfeiçoamento do sistema judiciário, para tão-somente perseguir interesses do eventual detentor do poder (...)*[723].

Contudo, se por um lado determinados grupos detêm ou influenciam o poder, compreendido como a *"(...) capacidade de um indivíduo, ou grupo de indivíduos, (de) modificar a 'conduta' de outros indivíduos ou grupo da forma que quiser (...)"*[724], é certo também que, de outro lado, *"(...) O Estado dispõe de suficiente grau de poder para impor as transformações desejadas pelo sistema (...)"*[725].

Se o Estado se mostra influenciável a interferências, deve-se abrir aos influxos valorativos oriundos da sociedade e não apenas de determinados grupos, especialmente quando motivados por interesses exclusivos em detrimento do comum.

Consoante afirmado anteriormente, a sociedade possui seus valores e os irradia ao Estado para que este regule a convivência social segundo as escolhas e valores daquela, a ponto de se afirmar que os *"(...) valores são como fachos luminosos que, penetrando na realidade social, se refragem em um sistema dinâmico de normas, cada uma delas correspondente a uma 'decisão' "*[726].

E mais:

> *A norma de direito envolve, na realidade, um fato que, iluminado por valores, dá lugar a uma atitude humana e a uma decisão. Daí, repetimos, a importância do problema do 'Poder' no processo de formação de cada complexo de relações jurídicas, visto como existe sempre um ato de 'decisão', de opção e de ação conseqüente, marcando o surgimento da norma, no quadro das múltiplas vias de possível e legítimo acesso ao mundo dos valores.*[727].

Somado à influência dos valores no exercício do Poder e no ato de produção da norma do qual daquele é efeito, o fato de que a sociedade desde há muito optou por transferir poder a um ente diverso de seus membros - "pacto social -

[723] Idem, p. 75.
[724] DINAMARCO, op. cit., p. 117.
[725] Idem, p. 121.
[726] REALE, **Filosofia do Direito**., p. 555.
[727] Idem, p. 558.

ISBN 978-85-62288-05-0

contratualismo" – o qual permaneceu responsável por ditar, impor e cobrar o comportamento social, qual seja, o Estado, resulta que deve este, no exercício de seu Poder, adotar meios efetivos de controle social, sob pena de perda de legitimidade ou, hipoteticamente, como se previa àquele tempo, revogação do Poder transferido[728].

A continuar a inefetividade do Direito, corroborar-se-á o defendido por alguns de que o processo, método para o exercício da jurisdição e, assim, do Direito, configura-se como uma estrutura de poder formalmente caracterizada, nada mais do que uma forma de conservação do poder, de manutenção de favorecimentos em favor de grupos dominantes, fruto de uma sociedade capitalista para quem, ao contrário da solidariedade e do respeito ao Direito, tem como valores mais caros o lucro, a liberdade de contratar e a segurança jurídica[729].

Não se exercendo o poder de concretização "real" do Direito, este e o processo que o exterioriza serão reconhecidos como mera fachada de que os conflitos sociais por ambos são solucionados, mantendo-se uma ideologia que se presta a falsear, distorcer a realidade[730], criando uma versão abstrata do mundo, diversa da real.

Portanto, deve o Estado exercer seu poder, instituindo e adotando medidas processuais eficientes, tendentes a conferir ao processo civil plena efetividade, efetivando-se, assim, o Direito.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito se exterioriza por normas jurídicas e pelo processo que as procura efetivar em caso de descumprimento.

Entretanto, em muitos dos casos o Direito e o processo civil têm se mostrado inefetivos, por não possuírem meios adequados para compelir os obrigados a cumprirem a norma jurídica ou a decisão judicial que a aplica ao caso concreto.

As sanções previstas atualmente, negativas e premiais, não possuem a força coercitiva necessária sobre todos os membros da sociedade, especialmente os componentes de grupos detentores de "poder social", para os quais a sanção pecuniária não surte qualquer efeito, em razão dos valores caros àqueles.

Referidos grupos, em comum financeiramente poderosos, possuem capacidade de manejar o processo civil de acordo com seus interesses, sendo na sua elaboração, ou até mesmo, em alguns casos como felizmente raramente se

---

[728] BITTAR, Eduardo C. B.. **Doutrinas e filosofias políticas**. contribuições para a história da ciência política. São Paulo: Atlas, 2002, p. 174.
[729] HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 92.
[730] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. o paradigma racionalista. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 6.

ISBN 978-85-62288-05-0

noticia, na sua aplicação, ou, capacidade de ao menos influenciarem em ambos os momentos a aplicação do Direito de modo geral.

É preciso, então, adotar-se medidas que realmente efetivem os direitos da sociedade, mediante, no mais das vezes, coerção psicológica, consistente na previsão e aplicação de sanção com maior força coercitiva, como prisão civil por descumprimento de ordem judicial, nos moldes da prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentícia, notoriamente reconhecida como de grande êxito.

Aponta-se a prisão civil por descumprimento de ordem judicial como meio efetivo, em virtude de se referir a valor encontrado em alta escala por aqueles grupos, qual seja, a liberdade física, a qual talvez se constitua como um dos poucos valores verdadeiramente considerados pelos seus membros.

O que à primeira vista poderia contrariar o próprio Direito, como antijurídico, ou a Constituição Federal, efetivamente não contraria, justamente em virtude da finalidade de ambos de se fazerem efetivamente plenos, motivo pelo qual se admite referida previsão e aplicação, vez que o Direito é coercível, a fim de possibilitar a concretização de valor máximo, a Justiça.

Portanto, pautada nos temas dos valores, do Direito e suas formas de concretização, a filosofia, especificamente a do Direito, confere fundamentos suficientes para a adoção da técnica ora proposta que o efetive.

BIBLIOGRAFIA

BITTAR, Eduardo C. B.. *Doutrinas e filosofias políticas.* contribuições para a história da ciência política. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função.* Barueri: Editora Manole, 2007.

_____ . *A era dos direitos.* 9ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso de processo civil esquematizado.* 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2008

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *(Des)Cumprimento de ordem judicial emanadas de sentença ou de decisão interlocutória*. In: *Processo civil: novas tendências* – estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *A marcha do processo. a*buso do processo e resistência às ordens judiciais: o ´contempt of court`. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão*

ISBN 978-85-62288-05-0

hermenêutica do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do Direito:* Conceito, Objeto, Método. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

MASCARO, Alysson Leandro. *Lições de Sociologia do Direito.* São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas.* 2ª ed. rev. e atual.. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002

NALINI, José Renato. *A Rebelião da Toga.* 2ª ed. Campinas: Editora Millennium. 2008.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito.* 14ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Filosofia do Direito.* 20ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau:* conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder:* reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia.* o paradigma racionalista. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

ISBN 978-85-62288-05-0

MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE: O ACESSO À JUSTIÇA PELA DISSEMINAÇÃO DA CULTURA DE PAZ NAS COMUNIDADES

Marina Pereira Manoel GOMES[731]

RESUMO

O conteúdo do presente artigo analisa a mediação comunitária como meio de promoção da democracia participativa, do acesso efetivo à justiça e da disseminação da cultura de paz. Para tanto, lança mão da solidariedade como via propulsora da atuação popular na resolução de controvérsias em suas comunidades. Trata dos principais empecilhos para a concretização do acesso à justiça no cenário jurídico brasileiro, bem como denuncia a cultura demandista, fortemente propagada em razão da supervalorização da jurisdição, ocasião em que exsurge a questão do pluralismo jurídico como uma nova forma de pensar o Direito. Discute a democracia participativa em detrimento do individualismo e da apatia. Por fim, argumenta sobre a solidariedade em associação à noção de mediação comunitária, no sentido de que é mister a propagação de uma nova mentalidade na órbita jurídica pátria, onde a paz não é vista apenas como direito, mas, principalmente, como dever de toda a coletividade, que não pode quedar indiferente à situação daqueles que lhe são próximos. Tal feito, além de viabilizar o descongestionamento do Judiciário, aproxima, sobremodo, a sociedade periférica da justiça, o que contribui para que o Brasil, de fato, configure como Estado Democrático de Direito, mediante o exercício da democracia participativa, dentro das comunidades, para a resolução pacífica dos conflitos.

ABSTRACT

The content of this article analyzes the community mediation as a means of promoting participatory democracy, effective access to justice, and spreading the culture of peace. This way, it handles solidarity as a means of propelling popular activity in the resolution of disputes in their communities. It treats the main impediments to achieving access to justice in the Brazilian legal scenario, and denounces the demanding culture strongly propagated due to the overvaluation of the court, at which appears the issue of legal pluralism as a new way of thinking law. Discusses about the importance of popular action to achieve the ideals of justice from the perspective of participatory democracy and to the detriment of individualism

[731] Graduação em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Brasil(2006). ANALISTA JUDICIÁRIO do TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA NONA REGIÃO

ISBN 978-85-62288-05-0

and apathy. Finally, it argues on solidarity, in association to the notion of community mediation, in a way that it must occur a propagation of a new mentality in the national legal orbit., where peace is not only seen as a right, but, mainly, as a duty of the whole community, which cannot remain indifferent to the situation of those who are the closest. This way, beyond enabling the relieving of Judiciary, it greatly, approaches the peripheral society to justice, which contributes that Brazil, in fact, set up as a democratic state, by exercising participatory democracy within communities, for the peaceful resolution of conflicts.

PALAVRAS-CHAVE: Solidariedade. Mediação Comunitária. Acesso à Justiça. Cultura de Paz.

KEYWORDS: Solidarity. Community Mediation. Access to Justice. Culture of peace.

INTRODUÇÃO

O princípio da solidariedade, tendo em vista sua extrema relevância para a matização da imagem de Estado Democrático de Direito a que se propõe a Constituição Federal Brasileira, pode ser visualizado logo em seu artigo 3º, inciso I, elencado dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

A ideia de construção de uma sociedade solidária, de que lança mão a nossa lei fundamental, segue acompanhada de outro ideal extremamente digno de uma sociedade que pretenda viver sob os ares da pacificidade: a justiça.

O presente artigo tem como objetivo concatenar a solidariedade à ideia de justiça comunitária, implementada através da mediação popular, para a concretização do direito social à paz, decorrente da terceira geração de direitos, conforme se abordará em momento oportuno.

A ideia de solidariedade, bem como o seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro como princípio de direito serão abordados em um primeiro momento, a fim de que se possa visualizá-la através de um equacionamento maduro de alguns conceitos de que lançaram mão os principais teóricos (em sua maioria sociólogos) modernos e contemporâneos.

Ademais, serão tecidas importantes considerações para que se possa visualizar a instrumentalidade da mediação comunitária como meio de democratizar o acesso à justiça, bem como de garantir a concretização dos direitos de forma pacífica através da vivificação do princípio da solidariedade.

Solucionada a questão acerca do que a solidariedade representa como fundamentação principiológica e meio catalizador da mediação no mundo jurídico, será ela apreciada, por fim, sob o contexto do Estado Democrático de Direito, a fim

ISBN 978-85-62288-05-0

de salientar seus reflexos para a formação de uma sociedade mais unida, participativa e mantenedora da paz social, viabilizando-se, assim, o efetivo acesso à justiça.

1 O princípio da solidariedade: considerações iniciais, conceito e visualização no ordenamento jurídico brasileiro

A mediação, da forma como tem sido implementada na sociedade brasileira em suas primeiras versões, é fruto da solidariedade, tanto se esta for apreciada sob o prisma da empatia (ínsita no espírito humano), quanto da própria exegese da Constituição da República Federativa Brasileira.

Conforme salienta Vladimir Brega Filho (2002, p.39), a atual Constituição brasileira foi "inspirada por ventos democráticos, ampliou os direitos fundamentais, e seguindo a tendência mundial, além dos direitos individuais e sociais, reconheceu os direitos de solidariedade (direitos fundamentais de terceira geração)", dentre os quais importa destacar o direito à paz.

Porém, essa inspiração para a inserção da solidariedade no ordenamento jurídico constitucional tem sua base teórica na sociologia, motivo pelo qual impele a sua exploração científica sob o aspecto sociológico para, oportunamente, trazê-la para a seara dos princípios jurídicos.

Para a cristalização do tema em apreço, é mister tratar da abordagem de solidariedade feita por Émile Durkheim, para quem ela pode ser subdividida em dois tipos: solidariedade mecânica e orgânica (HERCULANO, 2006).

No caso da mecânica, é aquela que liga o indivíduo diretamente à sociedade, bem como ao conjunto de sentimentos e crenças em comum entre as pessoas que integram o grupo. A expressão empregada por Durkheim não quer remeter à ideia de artificialidade ou automatismo, mas pretende, de forma analógica, associá-la à coesão que liga os "elementos dos corpos brutos entre si" (HERCULANO, 2006).

No que tange à solidariedade orgânica, refere-se àquela que une o indivíduo aos membros que compõem a sociedade, ao sistema de funções especiais e diferentes que concatenam relações sociais definidas. Assim, enquanto a mecânica está atrelada à similitude, às consciências semelhantes entre si (como ocorre na família, por exemplo), a orgânica refere-se à divisão do trabalho social (grupos de produção, de interesses, políticos, religiosos, etc.), sendo que, neste último tipo, é possível vislumbrar a individualidade como decorrente da diferenciação entre as partes do todo que formam o corpo social, enquanto que naquele o indivíduo não se pertence, tendo em vista que está inserto na consciência, pensar e agir coletivos (HERCULANO, 2006).

Durkheim, em sua tese "A divisão do trabalho social", também enfatiza a

ISBN 978-85-62288-05-0

importância dos fatos morais para a integração dos homens à vida coletiva, conforme corrobora o trecho a seguir transcrito:

> Moral (...) é tudo o que é fonte de solidariedade, tudo o que força o indivíduo a contar com seu próximo, a regular seus movimentos com base em outra coisa que não os impulsos de seu egoísmo, e a moralidade é tanto mais sólida quanto mais numerosos e fortes são estes laços (*apud* QUINTANEIRO; BARBOSA; OLIVEIRA, 2003, p. 81).

Além da abordagem feita por Durkheim, outro sociólogo digno de ser mencionado acerca do tema é Michel Maffesoli (1988), que aponta para um novo paradigma, o qual remete ao fim do individualismo, lógica dominante nos tempos modernos, que consagrava um "eu fechado sobre si mesmo".

De acordo com referido cientista social, o mundo vivido "é causa e efeito de todas as situações societais", sendo que "a orientação em direção ao outro" é naturalmente uma forma pura, a qual se revela em "substrato do ser/estar-junto-com". Assim, para ele, a simpatia social ou empatia "traduzem, de uma maneira mais ou menos intuitiva, a experiência vivida coletivamente" (MAFFESOLI, 1988, p. 224).

Destarte, não se pode deixar de reconhecer que a sociedade tem acompanhado um contexto de mudanças vertiginosas, onde novas formas de sociabilidade exsurgem e conduzem ao cenário da solidariedade empática.

O reconhecimento do "outro", bem como o respeito que se deve deferir a cada ser humano, indistintamente, é consequência do "movimento constante e inelutável de unificação da humanidade", o qual "atravessa toda a História e corresponde, até certo ponto, ao próprio sentido da evolução vital." Conforme salienta Fábio Konder Comparato (2003, p. 37), "a elevação progressiva das espécies vivas ao nível do ser humano foi seguida de um processo de convergência da humanidade sobre si mesma; ou seja, a biosfera geral sucede a antroposfera."

Comparato (2003, p. 38), ainda, sucede esses argumentos com explicação magistral:

> Na história moderna, esse movimento unificador tem sido claramente impulsionado, de um lado, pela afirmação dos direitos humanos. São os dois grandes fatores de solidariedade humana: um de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; e outro de natureza ética, procurando submeter a vida social ao valor supremo da justiça. A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela

ISBN 978-85-62288-05-0

> globalização dos meios de transporte e de comunicação. Paralelamente, a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva. Ambas essas formas de solidariedade são, na verdade, complementares e indispensáveis para que o movimento de unificação da humanidade não sofra interrupção ou desvio.

Abordada a solidariedade *in concreto*, insta apreciá-la sob o aspecto de princípio jurídico.

Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho (1991, p. 15) postula que se consideram princípios jurídicos fundamentais "os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional".

No caso da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, a solidariedade tem previsão expressa[732], conforme anteriormente elucidado, e como princípio, deve estar introduzido na consciência jurídica de todo o povo brasileiro como norma a ser observada.

Isso porque a Constituição Federal, ao imputar a todos aqueles que estão sob seu manto normativo (Estado e a todos os membros da sociedade) o dever de construir uma sociedade solidária, terminou por agregar esse novo valor àqueles já existentes. Logo, ao instituir natureza jurídica à solidariedade, esta também é passível de exigibilidade.

Uma vez que se abordou a solidariedade como norma constitucional de teor principiológico, insta destacar a visão de princípios como normas jurídicas[733] de Robert Alexy (1993, p. 86-87), o qual sustenta que

> [...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são mandamentos de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Em câmbio, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não.

[732] Artigo 3º, inciso I, CF.

[733] Oportuno salientar observação feita por Riccardo Guastini (2005, p. 186), que preleciona "todavia, os princípios constituem, no gênero das normas jurídicas, uma espécie particular cujos traços característicos não é fácil individualizar com precisão: não é absolutamente claro, em outras palavras, quais propriedades deva ter uma norma para merecer o nome de 'princípio'".

ISBN 978-85-62288-05-0

> Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos, Para tanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio.[734]

Diante disso, depreende-se que houve a transposição do valor solidariedade do âmbito meramente sociológico para o jurídico, o qual a dotou de força normativa constitucional, sendo inconteste que se trata de ordem que se estende a todos os brasileiros, no sentido de que as ações destes devam ser pautadas, justamente, na construção dessa sociedade livre, justa e solidária.

Referida norma-princípio se trata de diretriz a ser seguida, ideal a ser atingido e finalidade a ser alcançada pela sociedade brasileira. Aliás, tendo em vista que a solidariedade compõe um dos "principais objetivos da República Federativa do Brasil", infere-se que ela não deve ficar apenas "no mundo das ideias", mas, sobremodo, deve revelar-se no plano concreto através de ações (do Estado e do próprio povo) que a afirmem na pratica cotidiana para, dessa forma, servir de firme alicerce não apenas à República, mas para a construção do Estado Democrático de Direito proposto na Constituição Federal de 1988.

Logo, infere-se que o princípio da solidariedade propõe-se a apresentar à sociedade brasileira uma solução para a injusta realidade que a delineia, além de revelar-se como elemento norteador dos institutos jurídicos para a realização de seus misteres originais, quais sejam: possibilitar uma vida digna em sociedade, paz social, busca do ideal de justiça, entre outros.

O princípio da solidariedade é basilar para a consolidação da mediação popular como mecanismo eficaz na resolução de conflitos, razão por que ele será aventado mais adiante, com base nas argumentações anteriormente esboçadas, porém, sob o prisma da justiça comunitária.

2 Acesso à justiça: conceito, empecilhos e outras considerações

Antes que se adentre na mediação comunitária, é forçoso realizar algumas ponderações acerca do contexto e dos motivos pelos quais ela passou a lograr

[734] Texto traduzido de forma livre. Versão original: "[...] los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimizacion, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades juridicas es determinado por los principios y reglas opuestos. Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas ou no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el âmbito de lo fáctica y juridicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio."

ISBN 978-85-62288-05-0

importância no cenário jurídico brasileiro como via promotora do acesso à justiça.

É indubitável que o tema do acesso à Justiça tem suscitado fortes discussões no meio social e, ao mesmo tempo, levantado seríssimas questões acerca da intangibilidade do ideal de Justiça por meio da atuação do Estado-Juiz, seja em razão da grande morosidade na prolação de decisões, seja pelo fato de que tais decisões judiciais, não raras vezes, deixam de alcançar o fim a que se propõem, qual seja: a pacificação social.

Ao analisar essa inquietude social em relação aos problemas que a tutela jurisdicional carreia, vislumbra-se que a sociedade não tem conseguido quedar inerte diante de tantos conflitos, sejam eles os que ainda estejam por ser resolvidos, sejam aqueles que, resolvidos por uma decisão judicial, esta tenha sido incapaz de promover a satisfação a seus destinatários.

Assim, a sociedade se insurge como que numa reação à "inação", vale dizer, inércia do Estado em relação ao direito constitucional de acesso à justiça, insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Fundamental, sendo certo afirmar que o dispositivo em comento revela não somente uma garantia fundamental de acesso ao órgão judiciário, mas à efetiva tutela dos direitos lesados ou ameaçados, de tal sorte que o jurisdicionado possa lograr uma tutela justa e satisfatória.

Tendo em vista que a abrangência do valor de justiça por meio das decisões judiciais ainda está muito aquém dos anseios axiológicos da Constituição brasileira, é necessário lançar mão de uma atuação mais intensa da própria sociedade, em suporte às deficiências do Poder Judiciário, de tal sorte que este não seja limitador do direito, mas, em contrapartida, seja meio propulsor de uma atuação participativa dos cidadãos, os quais são legitimados no poder, uma vez que se está a tratar de um país que professa a democracia como regime político. (MORAES, 2004, p. 53)

Destaque-se que a expressão "acesso à justiça" possui um sentido semântico muito mais abrangente do que parece ter, eis que, ao se tratar do referido tema, deve-se trazer a lume também a discussão acerca dos empecilhos econômicos, processuais e organizacionais que inibem o conhecimento, bem como a efetiva utilização dos recursos judiciais e extrajudiciais pelos sujeitos de direito para a resolução de seus conflitos com os demais membros da sociedade.

No contexto atual, não obstante sejam amplos e frequentes os debates em torno do tema "acesso à justiça", é oportuno salientar que sua compreensão vai além da ideia de acesso ao órgão jurisdicional.

Em breve síntese de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p.8), os quais enfatizam a dificuldade em se lhe atribuir um conceito, o acesso à justiça é o "requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos."

ISBN 978-85-62288-05-0

Cândido Rangel Dinamarco (1993, p.283), por sua vez, destaca que o "acesso à justiça é, mais do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar a efetividade, na medida dos direitos que se têm, situações e bens da vida que por outro caminho não poderiam obter."

Watanabe (1988, p. 128-135), outrossim, afirma que "o direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa", de onde se extrai, conforme bem elucida Dinamarco (1993, p. 114-115), que se está a tratar do direito à "obtenção de justiça substancial".

Não obstante as considerações tecidas pelos renomados juristas, digna de nota é a abordagem acerca do presente tema realizada por Mateus Faeda Pellizzari (2004, p. 1), a seguir transcrita:

> Hoje, muito mais do que acesso aos tribunais – de fundamental importância, mas não apto a esgotar todas as vias política e socialmente desejáveis de solução de conflitos -, o fenômeno do acesso à Justiça deve ser compreendido como a possibilidade material de o ser humano conviver em uma sociedade, onde o Direito e a Justiça são realizados de forma concreta. Seja isso decorrência da manifestação soberana da atuação judiciária do Estado, seja através do estímulo ao uso das formas prévias e alternativas de resolução de conflitos, seja como reflexo das grandes políticas públicas a serem produzidas e efetivadas pela respectiva atuação executiva.

Na mesma direção destaca-se Cappelletti (1988, p. 13) quando sublinha que o 'acesso' à justiça não se trata somente de um "direito social fundamental, crescentemente reconhecido", mas é ele, inclusive, "o ponto central da moderna processualística" sendo que "seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica".

Nesse viés, resta nítido que o acesso à justiça, da forma como concebido na Constituição Federal (sob o ponto de vista teleológico), ainda não se encontra implementável no contexto jurídico-fático brasileiro, mormente em razão dos vários empecilhos existentes dentro e fora da jurisdição, dentre os quais é possível destacar os entraves de ordem econômica, processual e organizacional, os quais inibem o conhecimento, bem como a efetiva utilização dos recursos processuais pelos sujeitos de direito para a resolução de seus conflitos com os demais membros da sociedade.

Nas palavras de Kazuo Watanabe, citado na obra de Figueira Junior (1999, p. 134), "não basta conceder ao jurisdicionado o pleno acesso aos tribunais, sem a existência de condições mínimas satisfatórias à obtenção da justa composição do litígio levado para apreciação do Estado-juiz".

ISBN 978-85-62288-05-0

Horácio Wanderley Rodrigues (1994, p. 31-50) entende como problemas à efetivação do acesso à justiça a desigualdade socioeconômica ou, em outras palavras, o quadro de miserabilidade da população, a ausência de informações e orientações jurídicas, a legitimidade para agir, a capacidade postulatória, a técnica processual e o Poder Judiciário.

Destarte, na prática, o que se vê é o difícil acesso à justiça, com processos que se protraem indefinidamente no tempo, e decisões não satisfatórias do direito indicado como lesado ou ameaçado, além de uma justiça extremamente cara e, no mais das vezes, inviável e distante, razão pela qual se passou a tratar de meios alternativos para que se pudesse, pois, atingir a concretização dos direitos albergados em lei.

Nesse espeque, não se pode olvidar que, de fato, são empecilhos para a efetivação da justiça a condição de pobreza e ausência de orientação jurídica às comunidades, bem como o alto valor das custas processuais, dificuldade de acesso ao advogado e desconhecimento das formas extrajudiciais de solução de disputas.

Isso porque, de acordo com o jurista Cappelletti (1988, p. 21-29), o problema de acesso à justiça hodiernamente enfrentado é mais de cunho socioeconômico do que propriamente institucional, uma vez que em países como o Brasil a maior parcela da população não está apta para reconhecer-se como sujeito de direito, ou seja, “reconhecer seu direito e propor uma ação ou sua defesa”, e, desta feita, são incapazes de encaminharem suas demandas ao judiciário por falta de conhecimento jurídico.

Essa ignorância, no entanto, pode ser atribuída ao fato de o sistema jurídico estar pautado em complexas normas processuais, dificultando a sua compreensão por um cidadão comum e, no mais das vezes, pelo próprio jurista.

Com base em toda a argumentação supra, é possível asseverar que o acesso à justiça é tornar efetivo o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Carta Fundamental, uma vez que ao se proporcionar ao cidadão uma tutela justa e satisfatória, em tempo razoável, a norma abstrata inserta no ordenamento jurídico passa a transmitir vida aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

É possível depreender do trecho acima transcrito que a existência de um Estado-Juiz, ou mesmo do próprio Estado, justifica-se no dever de ele satisfazer os anseios coletivos ao passo em que viabilize a harmonia e a paz pública, razão pela qual a concepção do termo justiça vai além daquilo que o Estado pode proporcionar.

Ademais, outro obstáculo à realização do acesso à justiça dentro da concepção abordada é a imparcialidade do magistrado aliada às formalidades jurídicas, as quais, não obstante estejam fundamentadas no propósito de promover o direito ao jurisdicionado, acabam se distanciando da ideia de justiça sob o ponto

ISBN 978-85-62288-05-0

de vista das partes, que almejam a paz e a satisfação de seus anseios, a exemplo do que ocorre nas causas que envolvem brigas entre cônjuges.

Ao magistrado caberá, unicamente, aplicar a lei ao caso concreto e, mesmo que para tanto se utilize de critérios hermenêuticos os mais diversos, ficará limitado a decidir conforme a norma jurídica, não podendo se imiscuir no campo da subjetividade, razões e emoções que envolvem as partes litigantes, motivo pelo qual suas decisões dificilmente terão o condão de eliminar a relação conflituosa, de fato.

Daí se dizer que, quanto ao valor que fundamenta a própria noção de justiça, não haver um consenso geral.

Assim, no exercício da função jurisdicional, é de fundamental importância que, muito mais do que a mera aplicação da lei ao caso concreto, o Estado cumpra tal atributo de forma justa, célere, satisfatória e, inclusive, torne acessível a todos essa justiça instrumentalizada pelo devido processo legal.

Sobre esse acesso à justiça, Cappelletti (1992, p. 82-97) destaca que não se pode limitá-lo a uma concepção "unidimensional", pela qual o direito e a ciência jurídica se restrinjam apenas à mera declaração da lei, momento em que lança mão da ideia de uma concepção tridimensional, pela qual situa, na primeira dimensão, o problema ou exigência social que levam à elaboração de um instituto jurídico, seguido, na segunda dimensão, da solução jurídica que inclua não apenas as normas, mas as instituições e processos que cuidem efetivamente daquela necessidade e, por fim, na terceira dimensão são analisados os resultados práticos da resposta jurídica lançada para aquele problema apresentado.

O mesmo autor, igualmente, ao analisar a "dimensão social do processo", conclui que o direito em geral deve ser examinado "'levando em conta a perspectiva dos 'usuários' e não apenas a perspectiva dos 'produtores' do direito" (CAPPELLETTI, 1992, p.15-16), sendo que a primeira tem se tornado cada vez mais distante nos provimentos jurisdicionais, o que tem gerado frustração e indignação, além da perpetuação das relações de conflito.

A fim de remover esses óbices ao acesso à justiça pelo cidadão, o doutrinador Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 102) destaca duas alternativas possíveis em sociedades como a brasileira:

> a) a ampliação qualitativa dos canais institucionalizados de acesso à justiça, objetivando propiciar, de um lado, uma aproximação mais efetiva e democrática "do aparato legal-estatal com o cotidiano dos cidadãos"; de outro, solidificar estratégias "mais eficazes de controle social sobre a atuação do aparato legal-estatal";
>
> b) o reconhecimento e incentivo de outras instâncias normativas informais, representadas, quer por um certo tipo de justiça implementada pelo próprio

ISBN 978-85-62288-05-0

> estado, quer por manifestações comunitárias não-oficiais, ambas capazes de substituir com vantagens o envelhecido e pouco eficaz órgão convencional de jurisdição estatal.

Segundo Cappelletti (1988, p. 31-72), a partir de 1960 é possível vislumbrar três grandes ondas no movimento universal de acesso à justiça, constituindo a primeira onda a representação postulatória individual em juízo, ou seja, a assistência judiciária gratuita, seguida pela segunda onda, cujo movimento era na direção de reunir esforços para enfrentar o problema da representação dos direitos metaindividuais e, na sequência, a terceira onda, batizada de "novo enfoque do acesso à justiça", veio revelar o encorajamento à exploração de "uma ampla variedade de reformas", nas quais se incluem formas procedimentais diferenciadas, modificações estruturais nos tribunais (ou a criação de outros novos), o "uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou a facilitar a sua solução", além de meios alternativos de solução de conflitos.

Com efeito, não foram poucas as medidas implementadas pelo Estado para se concretizar a efetividade e o acesso à justiça, dentre as quais é possível destacar os Juizados Especiais de Pequenas Causas, a reinserção da ação monitória no sistema processual, a antecipação de tutela, as varas especializadas para a solução de litígios de consumo, a previsão das defensorias públicas pela Constituição Federal, a conciliação em sede processual, bem como a previsão da assistência judiciária gratuita aos necessitados.

Contudo, Rodolfo de Camargo Mancuso (Outubro/2009, p. 11), em artigo publicado na Revista dos Tribunais, destaca que,

> [...] sem embargo dos meritórios esforços de órgãos como o Conselho Nacional de Justiça, em aperfeiçoar os sistemas de controle e dotar os órgãos judiciários de novos e maiores recursos físicos e humanos, ainda assim subsiste a percepção de que, por um lado, essa exacerbação da oferta acaba por retroalimentar a demanda, e, por outro lado, que o incessante incremento de recursos humanos e materiais não consegue atacar a causa, consistente na cultura demandista que grassa entre nós.

Segundo referido autor, houve um superdimensionamento da ideia de acesso à justiça insculpida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o que veio a resultar na cultura judiciarista hodiernamente noticiada pelos órgãos do Poder Judiciário, o que revela nítida contraposição aos reais valores que devem nortear um Estado Democrático de Direito, uma vez que o cidadão pode (e deve) ser

ISBN 978-85-62288-05-0

sobrelevado mediante o estímulo a outros meios de composição de conflitos (MANCUSO, 2009, p. 24).

O combate ao descesso[735] à justiça envolve questões culturais as quais são necessárias se vencer por meio da implantação de uma nova mentalidade jurídica, uma nova forma de pensar o Direito, já denominada por alguns doutrinadores de pluralista.

A noção de pluralismo jurídico, trazida a lume por Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 219), em seus estudos sobre o tema, designa-se como a "multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais".

Enfim, conforme preleciona Jasson Ayres Torres (2005, p. 49) acerca do tema, "a sociedade cobra uma atuação avançada e voltada para a solução dos conflitos, com uma nova mentalidade e visão de Justiça", não sendo por outro motivo que as formas alternativas de resolução de conflitos têm logrado, cada vez mais, destaque e credibilidade como instrumentos hábeis a oportunizar o acesso à ordem jurídica justa.

Com efeito, a mediação, conciliação e arbitragem, além de outros meios extrajudiciais de solução de conflitos, são vias optativas que devem atuar *pari passu* com o processo judicial tradicional, com o fulcro de possibilitar, entre outros: o descongestionamento dos órgãos jurisdicionais, a redução das despesas, a celeridade dos procedimentos, o estímulo de uma maior participação popular na resolução de conflitos e na promoção da pacificação social, além de se evitar a utilização da força e, por conseguinte, a infringência de outros direitos e surgimentos de novos conflitos a partir daqueles que não foram conduzidos ao Poder Judiciário (MORAIS, 1999, p. 107-108).

Conforme se verá no momento oportuno, a profundidade da abordagem feita pela mediação nos conflitos é incontestável, sendo por esse motivo que ela é a grande tendência dentre os mecanismos consensuais.

3 A mediação comunitária como forma não adversarial de entrega célere e satisfatória do direito: uma visão solidária e uma orientação necessária no plano jurisdicional

É cediço que o mecanismo de maior utilização pela sociedade brasileira para a resolução de seus conflitos é o da "solução adjudicada de conflitos", o que ocorre por meio de decisão judicial, pelo que se tem afirmado que tal predominância culminou na "cultura de sentenças" que hoje se visualiza no país, razão por que se

[735] Expressão criada por Carreira Alvim. Para maiores esclarecimentos, o artigo por ele redigido sob o título "Justiça: acesso e descesso", no sítio eletrônico do Jus Navigandi encontra-se disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4078>.

ISBN 978-85-62288-05-0

passou a discutir acerca da necessária mudança de mentalidade para uma solução mais adequada aos conflitos, a qual realmente atingisse o ponto culminante, a razão de ser da justiça, que é a pacificação, mediante a entrega célere e satisfatória da tutela jurisdicional (WATANABE, 2011, p. 4).

Conforme preleciona Grinover (2008, p. 25), a pacificação social não é, via de regra, alcançada pela justiça, "que se limita a ditar autoritariamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido – o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução".

Luiz Fernando Coelho (2003, p. 548) retrata a mediação como forma de concretização da justiça aos que estão à margem do direito com os seguintes dizeres:

> [...] as populações marginalizadas tem também o direito de resolver seus próprios litígios apelando para soluções alternativas, ainda que fora da Lei do Estado; o fundamento portanto para uma justiça alternativa é a impossibilidade de o Estado democrático de direito, em virtude de sua própria lógica e da ética de seu sistema econômico, implementar os belos princípios que sua sabedoria filosófica construiu. A falência do Estado de direito para realizar a justiça torna imperativo a busca de meios alternativos, tais como a negociação, a arbitragem e **a mediação**, quando não há a imposição de soluções imaginadas por pessoas distantes dos conflitos interindividuais e intergrupais. (Grifou-se)

Ao tratar do conflito intersubjetivo de interesses, Francesco Carnelutti (2004, p. 62) destaca que diante de uma situação conflituosa, os "dois antagonistas podem cair em si, ou seja, na força de seu espírito, encontrar a razão para limitar a satisfação de sua necessidade a fim de que possa satisfazer a necessidade alheia".

Esta ideia lançada por Carnelutti para a composição de conflitos parece perfeitamente associável à mediação, uma vez que através de um terceiro imparcial, as próprias partes serão estimuladas a este "cair em si", mediante concessões recíprocas realizadas de livre e espontânea vontade.

O mesmo jurista destaca que se trata de solução moral do conflito, uma vez que "o emprego de violência para a solução dos conflitos torna difícil, senão impossível, a permanência dos homens em sociedade", o que o leva a concluir que é como que "em seu próprio interesse" que "os homens se sentem impulsionados a encontrar um meio que elimine a solução violenta dos conflitos de interesses, enquanto tal solução entrar em conflito com a paz social", sendo esta "paz", conforme preleciona Carnelutti, o "interesse coletivo supremo" (CARNELUTTI, 2004, p. 63).

ISBN 978-85-62288-05-0

Tomando por base a assertiva de que a experiência jurídica é parte da experiência humana, depreende-se que a predominância de frustrações diante da resolução de conflitos pelo judiciário está a demonstrar que ela não mais se adequa à atual realidade humana como um todo. Uma vez que o contexto fático é influenciado pelas vicissitudes sociais, o jurídico deve, pois, acompanhá-las, razão pela qual se faz forçosa a reação da sociedade diante das instituições normativas hoje disponibilizadas para se alcançar o ideal de justiça a realizar (que é eminentemente a paz), para que este não se torne meramente utópico.

A mediação, porque promove esse maior alcance na resolução dos conflitos, aproxima a sociedade desse ideal supremo de justiça. Pelo método mediacional, promove-se o debate, dentro do ambiente de negociação, acerca da relevância e influência dos relacionamentos humanos e das emoções, negligenciados nos métodos tradicionais de resolução de controvérsias. A ausência de profundidade, no que tange à abordagem da seara subjetiva do conflito, revela-se como possível interferência negativa para essa negociação e, se não abordado esse aspecto subjetivo com a devida atenção, ele poderá perseverar após a resolução da disputa ou, pior, eclodir em novo conflito (VEZZULLA, 2006, p 84-85).

A mediação é indicada para diversas situações, em vários âmbitos do direito, sendo relevante, para a constatação de ser ela, ou não, via mais adequada para o conflito apresentado, a existência de vínculos ou laços afetivos entre os contendores e, principalmente, se há uma relação vinculativa e continuada no futuro, o que leva à conclusão de sua efetividade na resolução de controvérsias que envolvem direito de família (disputas entre casais, irmãos, etc.), direito empresarial (desentendimento entre sócios em relação a determinado contrato celebrado pela empresa, por exemplo), trabalhistas (mormente nos conflitos entre empregador e empregado nas situações onde o contrato de trabalho ainda permanece em vigor), ambientais (a exemplo do conflito entre entidades públicas e empresas), cíveis (principalmente no que diz respeito à propriedade intelectual), internacionais (divergência entre Estados), escolares (alunos e professor, por exemplo), bem como os comunitários (conflitos entre vizinhos ou moradores de um mesmo bairro).

A prática gratuita da mediação tem sido cada vez mais difundida em comunidades periféricas, sustentada em uma “forçosa tendência de auto-organização de seguimentos marginalizados da população nacional”. Vítimas da “ingerência do Estado na facilitação do exercício do acesso ao sistema judicial de pacificação de conflitos”, esses agrupamentos de pessoas, em sua maioria, não são alcançadas pelo sistema jurídico estatal (SANTOS, 2008, p. 10).

Na mediação comunitária, a função de mediador é exercida por pessoas da própria comunidade, na maior parte das vezes voluntárias e, geralmente, líderes comunitários (diante da posição de referência e credibilidade que sustentam junto ao grupo), “que aderem a projetos públicos e privados de formação de mediadores para

ISBN 978-85-62288-05-0

fins de obtenção do conhecimento técnico necessário na condução de um processo mediador" (SANTOS, 2008, p. 10). Nesse tipo de mediação busca-se, predominantemente, a pacificação com observância dos interesses, das necessidades e possibilidades locais.

Para Sales (2002, p.175), a mediação comunitária "é um processo democrático de solução de conflitos, na medida em que possibilita o acesso à justiça (resolução dos conflitos) à maior parte da população de baixa renda". Além disso, continua a jurista, ela "oferece aos cidadãos o sentimento de inclusão social", sendo que sua base é o princípio da solidariedade social. Destarte, incentiva-se a conscientização das partes para a necessidade da convivência em paz quando há o estímulo para que elas mesmas busquem as soluções adequadas para os casos de conflito que vivenciam.

Nesse espeque, a mediação comunitária "representa a coesão e a solidariedade sociais desejando a efetividade das chamadas *democracias de alta intensidade"*, já que ela reúne essas comunidades mais carentes no sentido de encontrar a solução dos seus conflitos, bem como para preveni-los, "almejando a paz social, com base na solidariedade humana" (SALES, 2002, p.175).

Nesse sentido, Sales (2002, p. 175-176) conclui que essa mediação, se realizada "em comunidades periféricas, onde o desrespeito aos direitos constitucionais é flagrante, representa um meio ainda mais efetivo de transformação da realidade".

Para uma melhor sistematização dos diversos contextos nos quais a mediação comunitária é utilizada, Alejandro Marcelo Nató, María Gabriela Rodríguez Querejazu e Liliana María Carbajal (2006, p. 87-108) os dividem em três categorias distintas, quais sejam: - conflitos na comunidade; - conflitos públicos; e - conflitos interculturais[736].

Caracterizados pela qualidade e intensidade dos vínculos interpessoais, a categoria dos conflitos que existem dentro de uma comunidade destaca-se pela grande riqueza a respeito de sua atuação para a difusão dos métodos pacíficos de gestão de conflitos ou processamento das diferenças. A mediação, neste ponto, destaca-se como meio hábil a esses propósitos e privilegia aqueles que compartilham o mesmo espaço comunitário, no sentido de que lhe confere a oportunidade de exercerem uma ação em que eles mesmos facilitem a solução dos problemas que surgem no seio de sua comunidade, em uma espécie de interdependência recíproca entre seus atores e, portanto, resultante da condição

[736] Os autores elucidam que a "categorização" da mediação comunitária decorre, justamente, do fato de que eles a apreciam de forma mais abrangente do que indica o referido termo, *in verbis*: "De este modo, entendemos por Mediación Comunitaria, más allá del carácter estricto del término, la multiplicidad de processos desde los cuales intervenimos en el ámbito social urbano em general y en algunos contextos en particular" (NATÓ; QUEREJAZU; CARBAJAL, 2006, p. 87-88).

ISBN 978-85-62288-05-0

espacial que culmina nessa proximidade entre eles, numa verdadeira coesão social (NATÓ; QUEREJAZU; CARBAJAL, 2006, p. 87-88).

Nessa categoria encontram-se insertos, por exemplo, os relacionamentos familiares, relações entre vizinhos, questões urbanas, entre outros contextos os quais, ao serem abordados pelas ferramentas e técnicas de mediação, viabilizam o avanço para uma visão mais amadurecida dos indivíduos de determinada sociedade acerca de seus deveres como membros colaboradores de uma vida em comunidade mais harmônica e, pois, satisfatória (NATÓ; QUEREJAZU; CARBAJAL, 2006, p. 108-109).

Na perspectiva do segundo eixo, denominada pelos autores em comento de conflitos públicos, estes dizem respeito às disputas que resultam de interesse público, seja em vista do grande número de atores e interesses envolvidos, seja em razão da repercussão que causam na comunidade, sociedade, região ou cidade. Destarte, são os conflitos nos quais podem estar envolvidos órgãos governamentais, igrejas, associação de moradores, colégios, entre outros, razão pela qual os resultados desse tipo de conflito afetam grande quantidade de pessoas e, por vezes, em períodos que se protraem no tempo[737] (NATÓ; QUEREJAZU; CARBAJAL, 2006, p. 111-127).

Enfim, por último, são tratados os conflitos interculturais, os quais são assim caracterizados em razão da matéria a que se referem, entre as quais podem ser elencadas a etnia, a exclusão social, entre outros temas que nada mais são do que reflexos da diversidade cultural, religiosa, desigualdade social e cultural em uma comunidade, região ou cidade. Dentro desse contexto de diferenças, verifica-se a busca pela própria identidade, de forma consciente e tendo como ponto de partida o reconhecimento e respeito a todas as demais identidades. Tais conflitos são, indubitavelmente, de difícil resolução, uma vez que possuem alto grau de complexidade e uma dimensão extremamente abrangente, razão pela qual devem ser tratados conforme a peculiaridade do caso apresentado (NATÓ; QUEREJAZU; CARBAJAL, 2006, p. 86).

Neste contexto, a mediação comunitária ou popular, mediante uma atuação acolhedora em todos os sentidos, voltada para essa perspectiva da abordagem do conflito sob o prisma da diversidade cultural, revela-se eficaz instrumento para a criação de espaços que viabilizem, justamente, o diálogo e o intercâmbio cultural, de sorte a promover uma convivência que harmonize essas diferenças (NATÓ; QUEREJAZU; CARBAJAL, 2006, p. 134-156).

---

[737] Nató, Querejazu e Carbajal (2006, p. 115), a título de exemplificação, relatam um caso de uma mineradora que desejava se instalar em determinada cidade e a comunidade de moradores denunciou que os métodos empregados pela empresa resultavam em contaminação dos recursos naturais. Houve protestos e toda uma mobilização contra a atividade nociva daquela empresa. Esse tipo de conflito reflete em toda uma gama de indivíduos e atores sociais, sendo por esse motivo categorizado como “conflito público”.

ISBN 978-85-62288-05-0

É possível notar, diante de criação de órgãos populares que visam esclarecer a população brasileira de seus direitos e que fomentam a mediação para os conflitos a ela submetidos, que essa busca pela paz social passou a ser a meta de grande parte dos brasileiros comprometidos com a "bandeira do acesso à justiça e da solidariedade".

Segundo Warat (2004, p. 28), a mediação

> [...] é uma possibilidade de poder ter o direito a dizer o que nos passa, ou uma procura do próprio ponto de equilíbrio e do ponto de equilíbrio com os outros. Seria um ponto de equilíbrio entre os sentimentos e as razões para evitar os excessos dos sentimentos, os sentimentos desmedidos. A mediação como um encontro consigo mesmo é uma possibilidade de sentir com o outro, produzir com o outro a sensibilidade de cada um: o entre-nós da sensibilidade.

Lilia Maia de Morais Sales (2003, p. 33) enfatiza que "é o princípio da solidariedade que rege a relação entre os cidadãos na mediação de conflitos em busca do interesse comum, ensejando a efetivação da paz social".

Diante dos comentários acima referenciados, é possível afirmar que a mediação comunitária, tal qual concebida, possui natureza solidária, no sentido de que a existência dos conflitos sociais e a dificuldade de sua resolução pelos meios judiciais existentes não é problema apenas atinente aos particulares em disputa, mas refere-se a toda a coletividade, pois seus reflexos perpassam a relação intersubjetiva para atingirem os demais entes sociais que a ela circundam.

Ainda nesse sentido, cumpre trazer à colação as ponderações de Cezar-Ferreira (2004, p. 127):

> Este é um tempo de violência e, talvez, por isso, haja tantas tentativas de se passar da cultura do litígio para a cultura da pacificação. Práticas que procuram uma resolução para os conflitos, de forma não adversarial, estão em alta, sobretudo dentro de uma perspectiva que compreende os conflitantes como indivíduos, de um lado, e, de outro, como um todo em interação.

A mediação popular é, em verdade, uma forma de democratização da justiça, uma vez que possibilita a resolução de conflitos dentro da própria comunidade, dos bairros, favelas e regiões periféricas onde as condições econômicas são baixíssimas e o grau de instrução é bem exíguo. Esse mecanismo de solução de disputas, tendo em vista que é composto, na maioria dos casos, de

ISBN 978-85-62288-05-0

moradores locais investidos no papel de mediadores, dissemina a justiça de forma democrática e direta em relação ao caso concreto, ao passo em que orienta a sociedade para a pacificação.

3.1 Paz: dever coletivo, direito de todos

Diante do alcance da mediação comunitária e, em razão de se ter falado tanto em instauração de uma "cultura de paz" no Brasil, é imperioso esclarecer alguns pontos relevantes acerca dessa paz que, ora se revela como direito, ora como dever.

Isso porque, conforme afirma Bobbio (2004), direito e dever são lados da mesma moeda, no sentido de que um implica no outro. Segundo o pensador italiano,

> [...] não existem direitos sem deveres correspondentes. Portanto, para que a Declaração dos Direitos do Homem não seja, como disseram tantas vezes, um elenco de desejos pios, deve existir uma correspondente declaração de deveres e das responsabilidades daqueles que devem fazer valer esses direitos (BOBBIO; VIROLI, 2007, p. 42).

Paulo Bonavides (2008, p. 584), ao discorrer sobre o direito à paz, salienta que ele não se localiza entre os direitos de terceira geração, mas integra a quinta geração de direitos, conforme entendimento a seguir transcrito:

> Vamos, por conseguinte, retirar o direito à paz da invisibilidade que o colocou o edificador da categoria dos direitos da terceira geração. Para tanto, faz-se mister acender as luzes, rasgar horizontes, pavimentar caminhões, enfim descerrar o véu que encobre esse direito na doutrina ou o faz ausente dos compêndios, das lições, do magistério de sua normatividade; [...] Com esse vasto círculo de abrangência dos direitos fundamentais ainda há espaço para erguer a quinta geração, que se nos afigura ser aquela onde cabe o direito à paz, objeto das presentes reflexões.

Não obstante o brilhantismo que lhe é peculiar, revela-se mais adequada a compreensão de Sarlet (2007, p. 56), assim como de grande parte da doutrina, no sentido de que o direito à paz esteja compreendido dentre aqueles direitos de titularidade coletiva ou difusa, os chamados direitos de fraternidade ou de solidariedade, mormente em razão da abordagem a que se propõe por meio do presente artigo.

Esses direitos de terceira geração são chamados direitos de solidariedade, outrossim, tendo em vista sua "implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e

ISBN 978-85-62288-05-0

por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação" (SARLET, 2007, p. 57).

Nesse sentido, depreende-se que a paz é tratada, *pari passu,* como direito de todas as pessoas humanas, indistintamente, e implica, inclusive, na atuação dessas mesmas pessoas para a sua concretização.

A paz que se pretende tratar, por ora, é aquela referente ao estado de não conflituosidade entre os indivíduos ou entre coletividades de pessoas.

Como bem salienta Bonavides (2008, p. 586),

> [...] a paz aparelha a democracia, a qual, por sua vez, faz as nações prosperarem. [...] Com a paz, o civismo constitucional forma a consciência da cidadania, e esta já não admite a Constituição como um código de retórica política, inchado de promessas, em que há mais ficção e demagogia que concretude e normatividade; mais ausência que presença dos fatores determinantes da governabilidade; mais desafeição e desfaçatez que fidelidade a valores e princípios. A paz há sempre de ser jurídica.

Diante da atual inaptidão do judiciário no sentido de dirimir os conflitos sociais com essa "prontidão e efetividade" sugeridas pelo jurista em comento, exsurge a justiça comunitária como via trafegável para se conduzir os materiais necessários à construção dessa sociedade "em paz".

4 A solidariedade como alicerce para a construção do Estado Democrático de Direito e seu papel na realização da Justiça através da mediação comunitária

Ao passo em que se admite a mediação como mecanismo facilitador da cooperação entre as partes, bem como do "empoderamento" dos grupos de pessoas menos abastadas, nota-se que ela também atua como fomentadora do ciclo da solidariedade.

Não obstante a malsinada cultura demandista já abordada, vislumbra-se o crescimento significativo da mediação comunitária, com ênfase no número cada vez maior de voluntariados, movidos pela impossibilidade de quedarem inertes diante de tantos empecilhos ao acesso à justiça, principalmente no que se refere à população de baixa renda, cujos conflitos podem ser situados com maior incidência nas esferas familiar e penal, conforme atestam os noticiários locais e nacionais diariamente, que divulgam com frequência conflitos entre aluno/aluno e professor/aluno, bem como violência doméstica e crimes passionais, resultantes, na maioria dos casos, da falta de diálogo entre os indivíduos em conflito.

Para corroborar essa perspectiva acerca da mediação comunitária, segue o entendimento de Sales (2004, p. 153):

ISBN 978-85-62288-05-0

> A mediação comunitária, portanto, representa a coesão e a solidariedade social, desejando a efetividade da democracia. A mediação comunitária aglomera as comunidades periféricas em busca da solução e prevenção dos seus conflitos, almejando a paz social, com base na solidariedade humana.

Acerca da importância da mediação comunitária para a consolidação do Estado Democrático de Direito por meio do exercício da cidadania, como resultado de um complexo caminho a ser percorrido sob a orientação do princípio da solidariedade, são indispensáveis os esclarecimentos de Rosane Mantilla de Souza (*in* MUSZKAT, 2003, p.95):

> Usando termos diferentes – mediação social ou comunitária -, essas ações congregam objetivos comuns (o para quê), ou seja, fazer uso da mediação nos mais variados contextos dos conflitos resultantes da vida em comunidade-sociedade, além de expandirem seus conhecimentos para atuações orientadas para o desenvolvimento da cidadania, da democratização e o enfrentamento das condições de exclusão social, distribuição desigual de poder e desrespeito aos direitos humanos: fontes que alimentam as violências.
>
> Fundadas numa compreensão do mundo e dos relacionamentos interpessoais que endossam o não-reducionismo, a compreensão e a busca de soluções complexas para as situações complexas, e considerando os conflitos como condição de nossa diferenciação e não como intermediários de uma estrutura de privilégios, essas propostas visam não só a condução de disputas, mas apontam para a possibilidade de construção da (con)vivência, gerando um campo em construção de trabalhos de educação para o desenvolvimento da paz; compartilham os objetivos comuns de tornar disponíveis a todas as crianças, jovens e seus educadores as oportunidades para: aprender estratégias que favoreçam a construção de comunidades que façam uso de alternativas não violentas para solução de conflitos e problemas, desenvolver relações intergrupais positivas, respeitar e celebrar a diversidade, preparando os indivíduos para as responsabilidades da cidadania.

Nessa esteira, a jurista Miracy Barbosa de Sousa Gustin (2005, p. 181-206), preleciona no sentido de ser necessário que, em localidades onde imperam a exclusão - a exemplo das favelas e periferias – haja a instauração de um processo emancipador, onde esses sujeitos excluídos passem a atuar como protagonistas de

ISBN 978-85-62288-05-0

sua própria história, a fim de se efetivar um verdadeiro "resgate dos direitos humanos" nessas sociedades. Tal processo edifica, à medida que "constrói novos parâmetros para a decodificação da situação problemática", por meio da argumentação e, via de consequência, "emancipa os seres das amarras do desconhecimento e da desinformação". Eis porque a mediação não é apenas uma "abordagem informativa", mas, sobretudo, formativa e, pois, "cidadã, isto é, constitutiva de novas cidadanias".

Conforme exposto, a mediação comunitária promove, além da reconstrução das relações abaladas em razão do conflito, um diálogo entre as partes, sendo certo que sua boa administração inibe tal relação conflituosa de culminar em atos de violência, o que ocasionaria lesão a direitos de outra ordem (penal e não mais meramente de ordem civil).

Isso ocorre devido ao fato de que estes espaços, criados no seio da própria comunidade que albergou a relação de conflito, compõe-se de pessoas que convivem com as partes em divergência e, destarte, se capacitados para a utilização de técnicas de mediação, por serem conhecedores das dinâmicas sociais do local e por terem uma visão mais ampla do contexto em que o conflito se desenvolveu, podem alcançar uma medida mais eficaz para a promoção da paz social (SALES, 2008, p. 5462).

O jurista Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 312) bem ratifica esse ponto de vista quando, ao tratar da questão dos tribunais populares, destaca que "na verdade, a participação dos novos sujeitos sociais e demais grupos comunitários no amplo processo de administração da Justiça compreende nada mais do que a intervenção direta de leigos na solução das controvérsias".

Todavia, é indiscutível que, para tanto, haja uma verdadeira mudança de mentalidade, a principiar pelos operadores do Direito, sendo válido fazer menção às reflexões feitas por Cezar-Ferreira (2004, p. 140) acerca do assunto:

> O Direito brasileiro não é necessariamente adversarial. Falar em litígio implica falar de conflito de interesses, implica discussão sobre direitos e obrigações. **A mentalidade é que, frequentemente, é adversarial**: das partes que, envoltas em suas emoções, por vezes tendem a ver-se como inimigas, dos profissionais envolvidos, e não necessariamente só os jurídicos, que muitas vezes se vêem como adversários ou induzem as partes a sentir-se como tais, quando seu papel social e sua obrigação funcional deveriam ser, apenas, procurar o melhor para seu assistido, o que inclui as transações. (Grifou-se)

Essa nova forma de pensar o direito e os conflitos é, portanto, condição

ISBN 978-85-62288-05-0

indispensável à inserção da mediação no contexto jurídico de forma efetiva, a fim de se buscar um padrão pacificador, em detrimento do adversarial. Conforme preleciona Wolkmer, (2001, p. 315) "(...) cabe perceber, no processo de transformação rumo a outro paradigma, a ampliação dos espaços sócio-políticos de participação democrática e controle popular na produção plural do direito."

No mesmo sentido caminha Ada Pellegrini Grinover (2008, p. 26), quando assevera que "a participação popular na administração da Justiça não é senão um capítulo do amplo tema da democracia participativa."

Boaventura de Sousa Santos (2007 p. 11-12) bem observou essa correlação entre direito e democracia, *in verbis:*

> Centrando-me no sistema jurídico e judicial estatal, começo por chamar a atenção para o fato de o direito, para ser exercido democraticamente, ter de assentar numa cultura democrática, tanto mais preciosa quanto mais difíceis são as condições em que ela se constrói. Tais condições são, efetivamente, muito difíceis, especialmente em face da distância que separa os direitos das práticas sociais que impunemente os violam A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia.

Ademais, não se pode olvidar que, no que tange à mediação comunitária, esta tem sido preponderantemente conhecida por sua informalidade, justificável pelo tipo de conflito que pretende pacificar (lide sociológica), sendo certo que sua execução por pessoas do povo, pertencentes à comunidade local, acentuam ainda mais seu caráter democrático e emancipatório, além de fomentar a alteridade entre os elementos integrantes de um mesmo grupo social.

Zygmunt Bauman (2005, p. 74-86) também procura enfatizar, em sua obra "Identidade", que o sentido de sociedade está intimamente ligado à ideia do vínculo entre os homens, pois, se o homem já não encontra vinculo forte com suas raízes, nem com seus semelhantes, resta enfraquecida a significância do outro, esvaindo-se o sentido da própria sociedade.

Destarte, a solidariedade revela-se como diretriz por meio da qual as ações do Estado e da sociedade civil afluem para o bem comum da humanidade, ao passo em que ao direito resta, sobremodo, a funcionalização das ações individuais em benefício social-difuso das gerações presentes e das vindouras.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a solidariedade vivifica a Justiça, sendo a mediação comunitária sua feição mais humanizada, ou seja, aproximada da pessoa do outro, do próximo, daquele que os empecilhos formais, sociais e

ISBN 978-85-62288-05-0

espaciais excluem, mas que por meio dela a comunidade passa acolher e dar importância.

Em suma, a justiça comunitária dá vida à ideia de que as injustiças podem ser verdadeiramente combatidas por meio da atuação da própria coletividade, no sentido de que é papel de cada um promove-la, sob o combustível que é inerente a cada um daqueles que se consideram parte do "Estado Democrático e Social de Direito" (SARLET, 2007, p. 72), ao qual damos o nome de **solidariedade**.

Adequada ao contexto da mediação popular, os dizeres supra bem denunciam que a justiça é fecundada pelo esforço empreendido por cada uma das pessoas que compõem uma determinada sociedade, por meio de atitudes que promovam o ser humano como sujeito de direitos. Esse cenário, certamente, encontra sua mola propulsora no princípio da solidariedade, que move os homens em direção ao outro, por meio do afastamento do centro egoístico em torno do qual, não raro, giram suas vidas, para colocarem-se a serviço da paz e do bem comum (GIACÓIA, 2004, p. 35-36).

Os direitos fundamentais, pois, só podem dizer-se verdadeiramente salvaguardados se amparados em todas as suas dimensões e adequados também a essa multidimensionalidade humana.

Através da mediação popular as pessoas tomam ciência de que os direitos de acesso à justiça e à paz serão atingidos em sua plenitude se houver a consideração da pessoa do "outro", em combate às indiferenças e superficialidade do mundo atual, onde vizinhos nunca se entreolham e, muitas vezes, nem se conhecem.

A solidariedade entra em campo quando, mesmo que se trate desse vizinho desconhecido, o indivíduo toma ciência de que colaborar para a pacificação do conflito do morador ao lado é colaborar para com toda a coletividade, pois por meio dessa mediação comunitária evitar-se-á a propositura de uma ação judicial (ou mais de uma, dependendo da dimensão do conflito ou da insatisfação com o provimento judicial exarado) e, assim, o Estado-juiz terá condições de dar um provimento célere às questões que somente se resolvem de forma adjudicada (tutela jurisdicional).

É um pequeno ato que, unido ao de outros tantos, toma dimensões amplas para a promoção da cultura de paz e efetivação da justiça, por meio de uma atuação responsável e condizente com um país onde o "poder emana do povo" e para o povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No prelúdio da Constituição Federal de 1988, constatam-se importantes princípios e direitos fundamentais, dentre os quais restaram sobrelevados no presente estudo o princípio da solidariedade e o direito fundamental de acesso à

ISBN 978-85-62288-05-0

justiça.

Em relação ao primeiro, verificou-se que a “Lex Major” solidificou a solidariedade como princípio o qual transmite à sociedade brasileira (desde o Estado até o cidadão) a responsabilidade pela efetivação desses direitos fundamentais nela previsto.

No que tange ao segundo, não obstante tenham sido intentadas medidas institucionais para imprimir à justiça maior celeridade, informalidade e acessibilidade, o ente estatal apenas viabilizou um maior alcance do jurisdicionado ao Poder Judiciário, ao invés de prover o efetivo acesso à ordem jurídica justa, motivo pelo qual exsurgiram movimentos sociais cujo clamor encontrava-se voltado para a efetivação dessa garantia fundamental, sendo que desses movimentos foi possível extrair a mediação como importante política pública para a resolução dos conflitos por via alternativa à jurisdição.

Restou frisado que, diante da impossibilidade das medidas atualmente implementadas pelo Estado arrefecerem a crise da multiplicação de demandas perante o Poder Judiciário e, ainda, tendo em vista a necessidade de se tratar os conflitos em suas múltiplas dimensões, a mediação, em razão de sua profundidade e por possuir técnicas que emancipam as partes e as fazem refletir sobre os reais motivos do conflito, revela-se ainda mais profusa quando exercida sobre o esteio comunitário, a partir de pequenos grupos de pessoas comprometidas com o bem comum e a paz social.

Na sequência, a mediação comunitária foi investigada sob o prisma da solidariedade, para o que foram necessárias algumas reflexões indispensáveis, desde a própria noção de solidariedade, até a sua apreciação sob o manto de princípio constitucional.

Diante disso, destacou-se que a solidariedade possui indubitável importância, pois suscita na sociedade uma maior participação nas questões sociais, razão pela qual se assevera que a mediação comunitária é permeada por esse princípio, mormente porque ele estimula a responsabilidade em membros de uma mesma comunidade pelos problemas locais.

Concluiu-se que a paz, por se tratar de direito impregnado da ideia de solidariedade, não se refere apenas ao indivíduo enquanto destinatário, mas também resulta na convolação desta condição por outra, na qual ele possui o dever de promovê-la no meio comum.

Com base nos argumentos exarados, é possível salientar que a mediação popular tem galgado crescente destaque no cenário jurídico, justamente, em razão de sua simplicidade, tratamento mais abrangente e adequado do conflito, celeridade e capacidade de promover a pacificação e inclusão social.

Outrossim, foi possível vislumbrar que a mediação comunitária também

ISBN 978-85-62288-05-0

auxilia na concretização do Estado Democrático de Direito, à medida em que, fomentados pela empatia típica de um país em que a solidariedade é valor fundamental, os cidadãos são, por meio desse mecanismo de resolução não-adversarial, cada vez mais instruídos quanto a seus direitos e deveres e, ainda, impelidos a atuarem com grande veemência para a promoção da paz em suas comunidades.

Por fim, buscou-se demonstrar que a mediação comunitária funciona como valorosa ferramenta para a efetivação do acesso à justiça, no sentido de proporcionar a resolução efetiva do conflito, em benefício da paz entre as partes, as quais são chamadas e orientadas por pessoas do convívio comum para terem uma postura atuante na resolução de suas próprias desavenças, a fim de que se possa soerguer o Brasil como Estado Democrático de Direitos sob a perspectiva de seus objetivos fundamentais de justiça e solidariedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Traduzido por Ernesto Garzón Valdés Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ALVIM, J.E. Carreira. *Justiça: acesso e descesso.* Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078. Acesso em 12 jan. 2011.

AVELINO, Pedro Buck. *Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988.* Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.º 53, out/dez, São Paulo: RT, 2005.

BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. *Vade Mecum***.** Especialmente preparado para a OAB e concursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: Entrevista a Benedetto Vecchi.* Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2005.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____; VIROLI, Maurízio. *Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania***.** Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 22. ed. atual. e ampl. São Paulo; Malheiros Editores, 2008.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988***.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Trad. Ellen Gracie

ISBN 978-85-62288-05-0

Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

_____. *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça.* Revista de Processo, São Paulo, v. 74, abr.-jun. 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil.* Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. Ed. Vol. I. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, Separação e Mediação: uma visão psicojurídica*. Sâo Paulo: Ed. Método, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito***.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2003.

DENNINGER, Erhard. *Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade.* In Revista Brasileira de Estudos Políticos UFMG, vol.88. Belo Horizonte: UFMG, dezembro de 2003, p. 21-45.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias*. Arbitragem, Jurisdição e execução: analise crítica da lei 9.307 de 23.09.1996.* Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GIACOIA, Gilberto. *Justiça e dignidade.* Revista Em Tempo o Centro Universitário Eurípides de Marília. Vol. 6. Marília: UNIVEM, 2004, p. 27-37.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords.). *Mediação e gerenciamento do processo:* revolução na prestação jurisdicional. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Os fundamentos da justiça conciliativa.* Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 2, n. 5, p. 22-27, 2008.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa *Resgate dos direitos humanos em situações adversas de países periféricos. In:* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 47, jul./dez. 2005. p 181-216.

HABERMAS, Jürgen.. Remarks on Erhard Denninger's triad of diversity, security and solidarity, *apud* RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A dignidade da pessoa humana na sociedade de risco***.** Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença/ Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – ano 1. n.1 (maio 1998). Juiz de Fora: Editora Associada LTDA, 2010, p. 131-146.

HERCULANO, Selene. *Em busca da boa sociedade.* Niterói: EDUFF, 2006.

MAFFESOLI, Michel. *O conhecimento comum: Compêndio da sociologia compreensiva***.** São Paulo: Brasiliense, 1985.

ISBN 978-85-62288-05-0

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 98, n. 888, p. 9-36, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Mediação e Arbitragem***.** Alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos: em famílias e organizações.* São Paulo: Summus Editorial, 2005.

NATÓ, Alejandro Marcelo; QUEREJAZU, María Gabriela Rodríguez; CARBAJAL, Liliana María**.** *Mediación comunitária.* 1ª ed. Buenos Aires: Universidad, 2006.

PELLIZARI, Matheus Faeda. *Mediação extraprocessual como instituto prévio ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos: em busca do acesso pleno à Justiça.* Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Centro de Ciências Sociais e Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2006.

QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. *Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber.* 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

RODRIGUES, Horacio Wanderlei*. Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro***.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

SALES, Lília Maia de Morais. *A mediação comunitária: instrumento de democratização da justiça.* v-7, Pensar (UNIFOR), Fortaleza, 2002, p. 171-180.

_____. *Justiça e Mediação de Conflitos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Mediação de conflitos, família, escola e comunidade.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

_____; ALENCAR, Emanuela Cardoso de Onofre . *Mediação de Conflitos Sociais, Polícia Comunitária e Segurança Pública. In*: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional - CONPEDI, 2008, Salvador. CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Santa Catarina: Fundação BOITEUX, 2008, p. 5454-5468.

SANTOS, Boaventura de Sousa*. Introdução à sociologia da administração da justiça*. Coimbra: Revista Crítica de Direitos Sociais, n. 21, novembro de 1986, p. 11-37.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça.* São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET. Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA, Rosane Mantilla de. Mediação Social: uma experiência de trabalho em comunidade de baixa renda. *In* MUSZKAT, Malvina Ester (org.). *Mediação de Conflitos.* Pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003.

ISBN 978-85-62288-05-0

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VEZZULA, Juan Carlos. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional.* Florianópolis: Habitus, 2006.

WARAT, Luis Alberto (Org.) *Em nome do acordo: A mediação no direito.* Florianópolis: Almed, 1998.

_____. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3.

WATANABE, Kazuo**.** *Acesso à justiça e sociedade moderna. In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Política pública do Poder Judiciário nacional para Tratamento adequado dos conflitos de interesses. *In:* PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 3-9.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico.* 2.ed. São Paulo: Ed. Alfa Omega, 2001.

ISBN 978-85-62288-05-0

O CONTRADITÓRIO E A COOPERAÇÃO PROCESSUAL À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: DIREITOS E DEVERES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

André Freitas LUENGO[738]

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago RODRIGUES[739]

RESUMO:

O presente trabalho pretende demonstrar que somente uma participação efetiva dos sujeitos processuais conduz ao cumprimento constitucional do contraditório que, por sua vez, serve de sustento ao devido processo legal e ao tão almejado processo justo. Derivando, o contraditório, da própria relação jurídica surgida entre as partes, tem a qualidade de impor, aos sujeitos processuais, efetiva colaboração, emergindo a posição jurídica subjetiva da participação/cooperação processual. Enquadrada, a participação, como posição jurídica subjetiva, caberá ao Estado-juiz, detentor do poder-dever de participação, assegurá-la e implementá-la, bem como fiscalizar a atuação das partes, dando a proteção devida a esse direito fundamental.

ABSTRACT:

This paper intends to demonstrate that only an effective participation of the subject leads to procedural compliance with the constitutional contradiction that, in turn, serves to keep the due process of law and fair trial so desired. Deriving, the contradictory, of the legal relationship arising between the parties, it has the quality to impose to the procedural subjects, effective collaboration, emerging the legal position of procedural participation/cooperation. Framed, participation, as subjective legal position, it is up to the judges, which has the power-duty of participation, secure it and implement it as well as supervise the actions of the parties, giving the protection due to this fundamental right.

[738] Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. andre-luengo@hotmail.com. Integrante do Grupo de Direitos Humanos das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente.

[739] Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Toledo). Professor convidado nos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Damásio de Jesus, Faculdade de Direito de Dracena, dentre outras instituições. Mestrando em Direito pela UEL (PR). Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Advogado. Membro do Grupo de Estudos "Processo Civil Moderno e Acesso à Justiça", coordenado pelo prof. Dr. Gelson Amaro de Souza. Colaborador da American University College Of Law (Washington, EUA). E-mail: danielcolnago@gmail.com.

ISBN 978-85-62288-05-0

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação processual. Direito Fundamental. Contraditório. Devido Processo Legal. Posição jurídica subjetiva.

KEYWORDS: Cooperation procedure. Fundamental Right. Contradictory. Due Process of Law. Subjective legal position.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem o escopo de demonstrar a relevância que o tema da cooperação processual vem galgando no Direito Processual Civil brasileiro. A cooperação mostra-se como verdadeiro direito fundamental das partes ao mesmo tempo em que se apresenta como norte para a atuação dos litigantes que buscam uma prestação jurisdicional justa e embasada nos ditames constitucionais.

Não se pretende, até mesmo pela complexidade do tema, exaurir todas as discussões atinentes ao assunto. Seria empobrecê-lo demasiadamente tratá-lo em apertadas linhas. No entanto, quer-se, ao menos, trazer à baila todos os pontos relevantes para que o leitor tenha uma boa e correta perspectiva sobre tão recente discussão doutrinária.

Importante esclarecer, desde já, que optamos pela designação *direitos fundamentais* em detrimento da expressão *direitos humanos* por se tratarem de direitos chantados em diferentes escalas de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, seguindo os ensinamentos desenvolvidos por Ingo Wolfgang Sarlet[740] em sua obra.

2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA

A *Lex Fundamentalis* de 1988 traz em seu art. 5º, inciso LIV o sobreprincípio do devido processo legal (*Due process of law*) correspondendo às expectativas do Estado Democrático de Direito ao delimitar e disciplinar a invasão estatal na gama de direitos do indivíduo. Esta é uma das funções dos direitos fundamentais. Outra faceta desses direitos é a exigibilidade, para com o Estado, de adoção de medidas no sentido de concretizar direitos, implicando em uma ordem ao destinatário[741].

[740]SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11 ed., 2012.

[741] Sob a ótica constitucional, nos ensina Nelson Juliano Schaefer Martins (*Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 169.) que "o Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prescreve que o Estado Democrático de Direito está comprometido com valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e

ISBN 978-85-62288-05-0

Em sua obra *Direito Constitucional e a teoria da constituição*, J.J. Gomes Canotilho[742], aderindo ao entendimento da doutrina alemã, reconhece a dúplice dimensão dos direitos fundamentais.

A dimensão subjetiva é a primeira que nos vem à mente e logo nos remete ao positivismo e ao liberalismo do século XVIII. Revela-se como uma verdadeira proteção contra invasões desmedidas do Estado na esfera de direitos do indivíduo, uma garantia negativa[743].

O zelo que se deve ter ao invocar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é de não se incorrer no erro de sempre atribuir ao Estado a alcunha de diuturno violador de direitos fundamentais. O Estado, que no liberalismo era visto como uma ameaça aos direitos individuais, hoje não mais existe visto que se transmudou em Estado Democrático de Direito. Por óbvio que, vez ou outra, ocorrem violações, no entanto, não se deve olvidar que o Estado também desempenha a função de grande guardião de direitos.

Objetivamente considerados, os direitos fundamentais irradiam seus efeitos auxiliando na aplicação e interpretação do ordenamento jurídico, delineando a autuação dos poderes públicos.

Segundo entendimento da doutrina alemã trazido a nós por Sarlet, os direitos fundamentais detém uma eficácia irradiante, impondo uma condição de direito objetivo, direcionando, assim, as atividades do Estado na aplicação e interpretação do direito constitucional[744]. Contextualizando, cabe ao magistrado, como representante estatal no processo, desempenhar tais atividades direcionadas pelo direito constitucional.

Como não poderia deixar de ser, o princípio do contraditório goza dessa característica dúplice apresentando-se como direito fundamental subjetivo quando

---

comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Logo, a relevância constitucional do tema exige o exame e a definição dos poderes conciliatórios do juiz, como um dos aspectos dos poderes de direção e de desenvolvimento do processo."

[742]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* e teoria da constituição, Coimbra: Almedina, 6 ed., 2002, p. 544.

[743] Aderindo, em partes, à posição apresentada por José Carlos Viera de Andrade em sua obra, Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11 ed., 2012, p. 296) esclarece: "O que importa frisar, é que seja compreendida em sentido mais amplo (como aqui se admite) seja visualizada em sentido mais estrito, a noção de uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais engloba a possibilidade do titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão, ainda que tal exigibilidade seja muito variável e careça de uma apreciação à luz de cada direito fundamental em causa, dos seus limites, entre outros aspectos a serem considerados."

[744] Continua Sarlet (idem, mesma página): "Como um dos mais importantes desdobramentos da força jurídica objetiva dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que boa parte da doutrina e da jurisprudência constitucional na Alemanha denominou de uma eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme aos direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico.".

ISBN 978-85-62288-05-0

confere direito à influência em todos os pronunciamentos judiciais bem como a ciência de todos os termos e atos do processo, e como direito fundamental objetivo, dirige ao Estado-juiz o dever de assegurar essa efetiva participação, imprimindo-lhe um modo de agir conforme o direito fundamental em pauta.

3. A RELAÇÃO JURÍDICA E SEUS EFEITOS

Literalmente, *relação* se mostra como uma ligação, um vínculo, entre dois elementos enfocando-se o caráter de interdependência entre eles. No entanto, uma definição literal, ao menos para o cientista do Direito, não se mostra das mais agradáveis, devendo o exegeta lançar-se a mares mais abertos[745].

Em um estudo mais profundo percebemos a *relação* como sendo uma percepção do "ser" em uma perspectiva fora de sim mesmo. Sim, pois o "ser" pode ser analisado *em si mesmo* e *fora de si mesmo,* como salientado por Alfredo Becker em seu magistério[746].

Segundo o autor, a separação entre o 'eu' e o 'tu' seria a própria *relação*, que se expressa pelo IR e VIR que percorre o intervalo entre eles com o desiderato de união. A *relação* seria, pois, a própria união entre esses dois polos[747].

Em sendo, a *relação,* esse IR e VIR, portanto, essa ligação entre o intervalo formado pelo 'eu' e pelo 'tu', o que significaria afirmar que uma relação é *jurídica*?

Explica-se.

De fato a *relação jurídica* também se apresenta como uma interligação entre dois polos, mas com um *plus*. O adjetivo *jurídica* qualifica essa interligação justamente pelos efeitos advindos dela. Tais consequências se apresentam como *posições jurídicas subjetivas*.

Quando as relações entre pessoas atuam como amparo fático para a incidência da norma, esta se juridiciza de modo que a relação passa a ser qualificada como *jurídica.* Como consequências dessa qualidade jurídica surgem os desdobramentos, ou seja, os efeitos produzidos por esta relação, quais sejam, os direitos e deveres dessa relação. Destarte que os direitos e deveres não integram a

[745] "Relação. s.f Interdependência, conexão entre duas grandezas, dois fenômenos; relação entra a causa e o efeito; correspondência entre duas pessoas, fatores ou coisas; ligação de atividades, de interesses, de amizade;(...)" (Ministério da Educação e Cultura, *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Bloch Editores S.A., 1984, p. 973.)

[746] Raciocínio desempenhado por Alfredo Becker em *"Teoria Geral do Direito Tributário"*, São Paulo: Saraiva, 1963, p. 151.

[747] Arrematando o assunto, Alfredo Becker (idem, mesma página) esclarece que "a separação ou intervalo entre o 'tu', de um lado, e o 'eu', de outro lado (quando examinada sob o ângulo da união) é a *relação.* Pela palavra *relação* se expressa a ideia de um IR e um VIR do 'eu' ao 'tu'. Este IR e VIR percorre o intervalo entre as duas pessoas, com a finalidade da união entre essas pessoas. Portanto, a *relação* é um IR e um VIR entre duas pessoas (ou Seres), ou melhor, entre dois polos."

ISBN 978-85-62288-05-0

relação jurídica, mas apenas apresentam-se como efeitos consequentes dela[748].

Logo, as posições jurídicas subjetivas marcam-se pelos efeitos consequentes da juridicização das relações interpessoais.

Urge frisar o traço publicista desta relação jurídica que demarca a inevitabilidade da jurisdição, ante a proibição da justiça privada, e define o processo como sendo uma relação jurídica de direito público entre juiz, autor e réu[749]. Tudo isso, é claro, iluminado pela devido processo legal que encampa todo o ordenamento jurídico e impõe, dentre outros posicionamentos, a cooperação processual entre os sujeitos.

Nesse toar, o processo deixa de representar tão somente uma relação simplista entre os sujeitos, e passa a apontar para uma relação complexa em que o comportamento de um, afeta efetivamente o outro. Tratando-se, pois, de um *sistema interacional*[750] uma vez que se desenvolve a partir da influência mútua entre partes e órgão jurisdicional[751].

Como se pode dessumir, as posições jurídicas subjetivas são desempenhadas dentro processo, mas especificamente, no transcorrer do procedimento. Logo, todos os direitos, deveres, obrigações e ônus são exercidos no procedimento. A título de exemplo podemos citar alguns dos direitos que serão exercidos no transcorrer procedimental: o contraditório, a ampla defesa, a igualdade de armas e a participação.

4. A NOVA ÓTICA DO CONTRADITÓRIO

O contraditório mostra-se, sem sombra de dúvidas, como o mais evidente pressuposto de um processo efetivamente justo, sendo, portanto, um legítimo meio a ser tomado para a busca da Justiça. Previsto na Constituição da República em seu art. 5º, inciso LV, apresenta-se juntamente com o princípio da ampla defesa.

Inicialmente tal princípio fora compreendido como a mera ciência bilateral

---

[748] Posicionamento adotado por Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes Executórios do Juiz*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54) pautado nas lições de Pontes de Miranda, *in verbis*: "Na realidade, existem as relações interpessoais que atuam como suporte fático, para a incidência da norma. Quando a norma reflete sobre o suporte fático, aquela relação interpessoal se juridiciza, de maneira que a relação intersubjetiva passa a ser qualificada como 'jurídica'. E essa reputação 'jurídica' se apoia na incidência da norma e nas consequências, nos desdobramentos da relação, que agora são jurídicos, traduzindo-se em direitos, deveres etc. Destarte, os direitos e deveres não são o conteúdo da relação, mas são efeitos da incidência da norma no suporte fático composto pela relação intersubjetiva."

[749] Cf. Cândido Rangel Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 14. Ed., 2009, p. 50).

[750] Sobre este *sistema*: Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson (Pragmática da comunicação humana. São Paulo: Cultrix, 14. Ed., 2003, p. 109).

[751] Magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (*Processo Civil Moderno: Parte geral e processo de conhecimento.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 44-45).

ISBN 978-85-62288-05-0

dos atos e termos processuais[752], sendo, desta feita, dirigido apenas às partes integrantes da relação processual. Bastava o conhecimento de que um ato/termo processual havia sido praticado e a possibilidade de reação para que se atendesse o contraditório.

Entra pelos olhos a falência desse entendimento desenvolvido sob a luz do liberalismo. Facilmente se constata que o Estado Democrático de Direito expurga um entendimento demasiadamente antiquado. Exige-se mais do exegeta. Necessária é a imersão no ordenamento constitucional na busca de um contraditório que viabilize a sadia cooperação das partes no deslinde da causa e nas decisões tomadas pelo juiz durante a sua fluência. É o que Antônio do Passo Cabral convencionou chamar de *direito de influência*[753].

O processualista moderno deve vislumbrar a instrumentalidade, que é ínsita ao processo, e irradiadora dos ditames constitucionais, refletindo, segundo Dinamarco, o *microcosmos democrático* do Estado de Direito[754], tendo na participação (contraditório) sua relevante expressão.

Em geral, o contraditório é instalado anteriormente ao pronunciamento judicial, respeitando o brocardo latino *Audiatur et altera pars.* Não raras vezes, no entanto, pode acontecer de as circunstâncias do caso exigirem que este contraditório, que em regra acontece antes do pronunciamento judicial, venha a ocorrer em momento posterior, o que se chama de contraditório diferido ou postergado.

Note, porém, que não ocorre a supressão do direito ao contraditório, mas tão somente uma restrição. Resta saber se tal restrição é constitucional ou não por se tratar, o contraditório, de direito fundamental. Pois bem. O legislador constituinte, ao elencar o catálogo de direitos fundamentais (art. 5º CF) deu um grande passo em termos de evolução constitucional. Tal reconhecimento não implica em dizer, no entanto, que esses direitos fundamentais tenham caráter absoluto.

Dessa forma, devemos recorrer aos postulados normativos, em especial ao da proporcionalidade, para, após uma análise minuciosa, atestarmos a viabilidade ou não da restrição ao contraditório. Essa análise deve ser realizada *in casu* passando-se pelo estudo da *adequação*, *necessidade* e da *proporcionalidade em*

---

[752]ALMEIDA, Canuto Mendes de. *A Contrariedade na instrução criminal*, São Paulo: Saraiva,1937, n. 80, p. 110.

[753]CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contradditorio come diritto d'influenza e dovere di debattito*. Rivista di Diritto Processuale

[754] Raciocínio desenvolvido por Cândido Rangel Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 14. Ed., 2009, p. 27): "O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações de liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade."

ISBN 978-85-62288-05-0

sentido estrito, as submáximas do postulado da proporcionalidade. Não se almeja, porém, aprofundar o assunto neste momento mesmo porque ocupar-se dele em poucas linhas seria desmerecê-lo. Motivo pelo qual, pedindo vênia, remetemos o leitor à obra de Virgílio Afonso da Silva[755].

É indulgente que o magistrado submeta-se ao debatido em contraditório quando da prolação de seu pronunciamento. Dessa forma, além de sua função primordial, o contraditório se presta a oferecer limites às decisões do Estado-juiz que deve curvar-se a ele, às leis e à fundamentação (art. 93, IX CF). Ademais, a segurança jurídica repousa na previsibilidade dos atos do Estado[756] que, no processo, faz-se presente pelo magistrado, cabendo a este implementar a cooperação entre os sujeitos o que, sem sombra de dúvidas, faz imperar uma maior previsibilidade e um maior respeito à segurança jurídica.

6.1. A COOPERAÇÃO E AS POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS

De início é preciso que se tenha em mente que o direito à cooperação encontra-se açambarcado pelo contraditório, consubstanciando-se em um requisito para o pleno desenvolvimento deste. A cooperação, portanto, estrutura o contraditório, que por sua vez é arrimo do processo justo.

No entender de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero a colaboração é um meio de se organizar o papel a ser desempenhado pelas partes integrantes do processo, juiz, autor e réu (*judicium est actum trium personarum*), tencionando suas atividades à uma *comunidade de trabalho* que privilegia o *trabalho processual em conjunto*[757].

Por conseguinte, cooperação, ou colaboração, significa a participação e o diálogo entre os sujeitos processuais na tomada de decisões, sendo a própria dialética processual. Apresenta-se como imposições de condutas aos sujeitos processuais no sentido de que colaborem entre si com vistas a alcançar o objetivo final[758].

---

[755]SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Editores Malheiros, 2.ed, 2010.

[756] Cf. Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes Executórios do Juiz*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102).

[757] Prelecionam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 624) que " um modelo que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o *trabalho processual em conjunto* do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*). Em outras palavras: visa dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma *equilibrada* o trabalho entre todos os seus participantes."

[758] Nesse sentido Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (*Processo Civil Moderno: Parte geral e processo de conhecimento.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 50).

ISBN 978-85-62288-05-0

Tratando-se, a cooperação, de um direito que assiste às partes integrantes da relação processual, é claramente possível enxergá-la como posição jurídica subjetiva passiva, devendo ser exercida, como já visto, no deslinde do procedimento.

O que em um primeiro momento pode parecer velado ao intérprete despercebido é que a colaboração não se constitui apenas em um direito, mas também implica em cumprimento de certos deveres.

Desta feita, é de bom alvitre que observemos a colaboração como uma posição jurídica subjetiva sem perder de vista, entretanto, que assim se classifica não só pela acepção de *direito* que possui, mas também pela essência de um *dever* que necessita ser atendido. Havendo desvinculação no atendimento a esse *dever-colaboração* caberá ao órgão jurisdicional intervir para implementá-lo. Um exemplo disso é a disposição do art. 14 do Código de Processo Civil, um exemplo expresso de boa-fé objetiva[759].

6.3. O ESTADO-JUIZ E A COOPERAÇÃO

Como visto, a cooperação constrói-se por regras que direcionam o caminho a ser trilhado pelo magistrado na direção da marcha processual. Nesse sentido Mitidiero e Marinoni esclarecem que o juiz, dentre outros deveres, o dever de esclarecimento, diálogo, prevenção e de auxílio aos litigantes para que assim possamos pensar em cooperação processual[760]

Correlatos ao direito da parte à colaboração no procedimento decisório estão os deveres do Estado-juiz em assegurar tal colaboração como uma verdadeira expressão do Estado Constitucional. São dois lados de uma mesma medalha[761]. Em uma faceta está o direito da parte de influenciar no pronunciamento judicial (posição jurídica subjetiva passiva), e de outro estão os deveres do Estado-juiz de assegurar

[759] "Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I-expor os fatos em juízo conforme à verdade; II- proceder com lealdade e boa-fé; III-não formular pretensões nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV-não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; V-cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final."

[760] Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 627) esclarecem que "o juiz tem deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo."

[761] De acordo com Nelson Juliano Schaefer Martins (*Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 169) "o juiz deve atentar-se para a perspectiva instrumentalista do processo que visa a realização dos valores estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que busca corresponder às exigências da sociedade." Portanto, caberia ao juiz, reafirmar os valores constitucionais no caso concreto, adimplindo suas disposições imperativas e viabilizando um processo conforme à Constituição.

ISBN 978-85-62288-05-0

tal participação (posição jurídica subjetiva ativa). Tal dever imposto ao Estado-juiz efetivar a cooperação processual, pautado nos ensinamentos de Pinheiro, convencionamos denominar de *poder-dever de cooperação*[762].

Imprimem-se, portanto os deveres de *diálogo*, de *esclarecimento*, de *prevenção*, de *consulta* e o dever de *auxílio*, todos esses muito bem explanados na obra de Miguel Teixeira de Sousa[763]. Para o autor, *dever de esclarecimento* seria aquele que obriga o Tribunal a se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo. Poderíamos, sem prejuízo, estender a aplicação às primeiras instâncias.

Quanto à *prevenção*, assevera o autor ser o dever de o órgão jurisdicional alertar as partes do perigo de fracasso de seus pedidos "pelo uso inadequado do processo". O *dever de consulta* cinge-se no dever do órgão jurisdicional recorrer às partes antes de qualquer pronunciamento possibilitando a influência delas em suas decisões.

Por fim, o *dever de auxílio* repousa na obrigatoriedade do órgão jurisdicional "auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais", ou seja, auxiliar as partes no exercício das posições jurídicas subjetivas.

Louváveis são os recentes posicionamentos jurisprudenciais nesse sentido reconhecendo os deveres do magistrado para com as partes[764].

Como já salientado, um direito fundamental possui dimensões subjetivas e objetivas. Investido no exercício da judicatura, o órgão jurisdicional detém o poder-dever de viabilizar a cooperação/participação das partes e, assim, proporcionar o pleno exercício do contraditório que é elemento indissociável de um processo justo. Ora, a essência de um Estado Democrático é justamente a possibilidade de participação.

Entendendo o exercício do poder como uma função que é atribuída a alguém para o atingimento de um interesse alheio, a função jurisdicional se mostra

---

[762]PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes Executórios do Juiz*, São Paulo: Saraiva, 2012, p.63-70.

[763]SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ed., p. 65-67.

[764] Voto de relatoria do desembargador Fermino Magnani Filho - EMENTA: "PETIÇÃO INICIAL Indeferimento Natureza da ação: execução fiscal. Instrumentalidade Ilegitimidade passiva ad causam. **Possibilidade de correção do vício que macula o processo. Dever de alerta Princípio da cooperação processual, que abarca o magistrado** Exegese do artigo 295 do Código de Processo Civil Apelação provida. 295 Código de Processo Civil" (133997020118260565 TJSP 0013399-70.2011.8.26.0565, Relator: Fermino Magnani Filho, Data de Julgamento: 14/05/2012, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/05/2012) – Grifei. Nesse sentido: TJSP - Apelação: APL 710690320078260114 SP 0071069-03.2007.8.26.0114; TJSP - Apelação: APL 5071515520068260161 SP 0507151-55.2006.8.26.0161; TJRJ - APELACAO: APL 229270520118190087 RJ 0022927-05.2011.8.19.0087.

ISBN 978-85-62288-05-0

como um poder a serviço do interesse das partes[765]. Ao tornar proibida a justiça privada, o Estado avoca para si a resolução dos conflitos de interesse sendo que a função jurisdicional passa a ser o meio legítimo na proteção dos direitos ameaçados e na satisfação dos que já foram violados.

Assim como na realização de qualquer objetivo se exige a adoção de um método, o processo mostra-se como instrumento e delimitação desta função jurisdicional no alcance da satisfação do direito subjetivo (*facultas agendi*). Processo é método de exercício da jurisdição, ou seja, instrumento a serviço do direito material que fora ameaçado de lesão ou já se apresenta violado, exercendo, neste último caso, papel inexorável na recomposição do direito, reafirmando seu caráter instrumental.

Mas não é só. Limitar-se a uma visão metodológica do processo seria perder, em muito, a preciosidade que o tema tem a nos oferecer. Processo é, acima de tudo, a participação dos sujeitos processuais de forma equilibrada, sendo que, para tanto, imperiosa é uma redefinição de poderes no processo, reavaliando *"a cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual."*[766]

Uma participação equânime viabiliza o contraditório efetivo e sustenta, estreme de abalos, o processo justo em cada caso concreto. Sem essa participação desbanca-se o que se tem por processo justo. Urge frisar que o processo deve servir aos direitos fundamentais já que a sua marcha implica restrições a direitos das partes.

Seguindo-se as lições de Pinheiro[767], concluímos que o Estado-juiz, no exercício de sua função imparcial, mas nunca neutra, e cooperativa, deve utilizar-se dos meios dos quais dispõe para assegurar os direitos fundamentais das partes, tal como o direito à cooperação (*poder-dever de cooperação*).

Vale ressaltar o caráter fundamental da cooperação que pode ser extraído da leitura do texto constitucional bem como do sobreprincípio do devido processo legal. A dimensão objetiva deste direito fundamental incita o Estado-juiz a proporcionar tal participação ao passo que sua dimensão subjetiva, como função bloqueadora, proíbe que a parte seja surpreendida com uma decisão que não *influenciou.*

Destarte as situações de atuação *ex officio* pelo Estado-juiz. Segundo a visão da cooperação/participação processual, mesmo nas situações em que ao juiz é autorizado agir de ofício é exigida uma postura participativa do magistrado, até

[765]PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes Executórios do Juiz*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.
[766]SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 626.
[767]PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes Executórios do Juiz*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

ISBN 978-85-62288-05-0

mesmo pela fundamentalidade do direito em jogo e de sua dimensão objetiva, cabendo a ele oportunizar a manifestação das partes, auxiliá-las quando necessário e preveni-las do uso inadequado do processo.

Vislumbram-se apenas vantagens na adoção dessa participação e influência das partes na decisão judicial. Tomemos como exemplo a inexistência de decisões surpresas neste procedimento participativo, visto que todos os pronunciamentos decisórios serão precedidos de uma consulta às partes[768], o que, por si só, já merece aplausos tendo a previsibilidade da ação estatal (segurança jurídica).

E não é tudo.

Não devemos nos olvidar do interesse público para que o contraditório seja amplamente assegurado, a um porque representa a consolidação e efetivação de direitos constitucionalmente assegurados, e a dois porque o pronunciamento judicial será embasado em critérios firmes e devidamente debatidos, proporcionando uma solução bem amadurecida que será capaz de refutar possíveis opiniões prévias que possam acometer o magistrado[769]. Apresentando-se, pois, como medida que respeita e enaltece os ideais do Estado Democrático de Direito.

Saliente-se que não se está tolhendo o poder decisório do Estado-juiz, mas tão somente impondo a ele um dever, estabelecendo um *modus operandi,* que deverá ser pautado nos ditames constitucionais assim como a atividade de todos os demais ramos do poder estatal.

Em outro giro, importante é a posição jurídica subjetiva ocupada pelo Estado-juiz em impor um comportamento participativo das partes utilizando-se de seu poder-dever (*imperium*) até mesmo para sancionar as condutas que se mostrarem contrárias ao interesse do processo e atentatórias ao exercício da jurisdição (art. 14, parágrafo único, CPC)[770].

Ademais, o Estado-juiz do liberalismo já não mais existe, desvestindo-se o órgão jurisdicional da mera função de *"bouche de la loi"*(boca da lei). É dado ao magistrado intervir em socorro da aplicação da Constituição posto que a mesma possui uma normatividade a ser eficazmente realizada.

Não é outro o posicionamento jurisprudencial desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reafirma a ideia de cooperação entre os sujeitos

[768]A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se inclinado nesse sentido: STF, Pleno, MS 25.787/DF, j.08.11.2006, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 14.09.2007, p. 32.
[769] Nas lições de: TROCKER, Nicolò. *Processo civile e constituzione – Ploblemi di diritto tedesco e italiano,* p. 645.
[770] Cf. Cândido Rangel Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 14. Ed., 2009, p. 50) as partes ficam jungidas " ao processo e aos seus resultados, não porque o houvesse aceito contratualmente, mas porque o Estado, no exercício do poder pelas formas regulares, tem autoridade suficiente para impor-lhe essa sujeição (imperium)."

ISBN 978-85-62288-05-0

processuais[771].

O intento destas linhas é o de lançar luz à discussão de um processo que seja, cada dia mais, lido com as lentes constitucionais.

Apenas deste modo pode-se afirmar o cumprimento pleno do disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal e, por via reflexa, o implemento do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV CF).

7. A COOPERAÇÃO E A CELERIDADE PROCESSUAL

Indispensável é despender algumas linhas para demonstrar a maior aplicação do direito à cooperação e, por via de consequência, o menor atendimento ao disposto no art. 5º, inciso LXXVIII da Lei Maior. Frise-se, contudo, que não se está advogando um desrespeito absoluto ao princípio da celeridade processual.

Como é cediço, está ínsita na própria essência dos princípios, aqui representados por direitos fundamentais, a convivência conflituosa[772]. Sendo assim, cabe ao exegeta, no caso concreto, definir os limites externos de alcance dos direitos fundamentais sem que isso implique em aviltar o núcleo intangível de cada direito em jogo.

Como instrumento auxiliador possuímos as normas metodológicas, denominadas postulados normativos, que lançam luz no caminho da delimitação do alcance dos direitos. Dentre esses postulados podemos citar o da *proporcionalidade, proibição de excesso* e o da *concordância prática.*

Sem a intenção de imergir no assunto, cabe apenas ressaltar que, uma análise minuciosa a partir desses postulados nos conduzirá ao entendimento de que a cooperação processual ganha uma posição de destaque e merece prevalecer em maior grau. A cooperação se mostra meio *adequado* no fomento do fim que visa assegurar: o efetivo contraditório e atendimento aos preceitos do Estado Constitucional moderno. Da mesma forma, afeita-se *necessária,* vez que não se vislumbra outro meio que proporcione, com a mesma eficácia, o fim a que se busca.

Por fim, também mostra-se como proporcional em sentido estrito quando se analisa os fins legítimos que busca implementar.

---

[771] Ementa de julgamento do Agravo de Instrumento Nº 70005955661: "PROCESSUAL CIVIL. DEVER DE COLABORAÇÃO PARA O DESCOBRIMENTO DA VERDADE SUBSTANCIAL. ART. 339, CPC.339CPCNinguém se exime do dever de colaborar com o poder judiciário para o descobrimento da verdade. É dever do juiz envidar esforços para buscar informações quando a parte não logrou fazê-lo pessoalmente, até mesmo em face do interesse da Justiça para uma prestação jurisdicional célere e eficaz. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70005955661, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Clarindo Favretto, Julgado em 10/03/2003, Data de Julgamento: 10/03/2003, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia).

[772] Lição desenvolvida por Ávila em: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

ISBN 978-85-62288-05-0

Sob a ótica da concordância prática e da proibição de excesso também não há grandes problemas. A concordância prática auxilia-nos no exercício de ponderação relembrando-nos os valores constitucionais, ao passo que a proibição de excesso impede que seja erradicado o núcleo intangível dos direitos fundamentais.

Como é evidente, a celeridade processual não tem seu núcleo erradicado quando optamos em valorizar a cooperação processual, mas tão somente mitigado em virtude de uma finalidade nobre e deveras louvável da cooperação.

Sendo assim, como exposto, carece de fundamento científico o entendimento que subjuga a cooperação com vistas a aplicar somente a celeridade. Ademais, se assim optarmos por entender, além de adotarmos um posicionamento desproporcional, estaríamos tolhendo o direito à cooperação, que também é fundamental, ferindo, de forma flagrante o postulado da proibição de excesso.

CONCLUSÃO

Ante a todo o exposto crê-se tenha ficado clara a importância que o assunto ocupa na visão do moderno contraditório que contempla não somente a ciência bilateral dos atos e termos processuais e assegura a possibilidade de manifestação, trazida por Canuto Mendes em obra já citada, mas, acima de tudo, se afigura como relevante mecanismo democrático inserto no contexto processual.

A efetiva cooperação assegura, como frisado, direitos às partes ao mesmo tempo em que impõe deveres de conduta a elas. Por outro lado, mostra-se como *poder-dever de cooperação* do órgão jurisdicional que se vê vinculado à efetivação dos direitos trazidos pela Constituição da República.

A fundamentalidade, portanto, é aparente e salta aos olhos, possuindo sua dimensão subjetiva (direito da parte à cooperação) e objetiva (direcionando ao Estado, no caso ao órgão jurisdicional, um *modus operandi* na satisfação do direito fundamental em jogo).

Por derradeiro cabe trazer, uma vez mais, os desdobramentos do poder-dever de cooperação: 1) *dever* de *diálogo*; 2) *dever de esclarecimento*; *dever de prevenção*; 3) *dever de consulta*; 4) *dever de auxílio*.

Ao proporcionar uma efetiva cooperação no deslinde processual, o Estado-juiz assegura direitos fundamentais, fomenta o caráter democrático do Estado Constitucional e viabiliza um processo justo através do efetivo contraditório podendo ser possível se falar em um verdadeiro respeito ao devido processo legal que fora insculpido com suor na Constituição Federal e nos é tão caro.

ISBN 978-85-62288-05-0

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Canuto Mendes de. *A Contrariedade na instrução criminal*, São Paulo: Saraiva,1937, n. 80, p. 110.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 171.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos,* 12ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011, p.74.

BECKER, Alfredo. *Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1963, p. 151.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Código de Processo Civil Brasileiro.* Brasília: Senado, 1973.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil,* v. 1, p. 368-377.

CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contradditorio come diritto d'influenza e dovere di debattito,* Rivista di Diritto Processuale.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* e teoria da constituição, Coimbra: Almedina, 6 ed., 2002, p. 544.

JUNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, v.1, 7ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil***.** São Paulo: Dialética, 2004.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA***,*** *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Bloch Editores S.A., 1984, p. 973.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo,* in Revista Ajuris, v. 30, Porto Alegre: Ajuris, p. 62.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes Executórios do Juiz*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11 ed., 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 624.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Editores Malheiros, 2.ed, 2010.

SOUSA, Miguel Teixeira de*. Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ed., p. 65-67.

ISBN 978-85-62288-05-0

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e constituzione – Ploblemi di diritto tedesco e italiano,* p. 645.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo Civil Moderno: Parte geral e processo de conhecimento.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ISBN 978-85-62288-05-0

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

ISBN 978-85-62288-05-0

A IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

Natacha Ferreira Nagao PIRES[773]
Gabriel Lino De Paula PIRES[774]

RESUMO:
Neste estudo demonstra-se, através do método dedutivo-indutivo, que o reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de reparação do dano ao erário por ato de improbidade administrativa prevista no § 5º do art. 37, da CF depende de uma atividade interpretativa que resulta na aplicação e construção de norma aplicável ao caso em concreto que atenda aos princípios da moralidade e probidade administrativa e aos ideais neles implícitos, ainda que em detrimento ao princípio da segurança jurídica voltado à garantia da estabilização das relações sociais. Partindo-se da análise de decisões jurisprudenciais e doutrina, defende-se a aplicação da técnica de ponderação de princípios para a solução do problema apresentado.

ABSTRACT:
This study demonstrates, by means of the inductive-deductive method, the recognition of the imprescriptible claim to compensation for damage to the treasury by an act of administrative improbity under §5º of Art. 37 of the Constitution depends on an interpretive activity that results in the application and construction standard applicable to the particular case that meets the principles of morality and administrative integrity and ideals implicit in them, even to the detriment of the principle of legal certainty aimed at ensuring stabilization of social relations. Starting from the analysis of court decisions and doctrine, called for the application of the technique of balancing principles for the solution of the problem.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Princípios.

KEYWORDS: Administrative improbity. Refund to the state treasury. Imprescriptibility. Principles.

[773] Aluna do programa de mestrado em Ciência Jurídica na Universidade do Norte do Paraná (UENP).
[774] Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

ISBN 978-85-62288-05-0

Introdução

Os estudos e constatações acerca da evolução do constitucionalismo como fenômeno jurídico e social, concluem pela aplicação e irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento.

Ademais, com a contribuição da teoria crítica despontada com o advento do pós-positivismo, o intérprete não pode tomar os princípios constitucionais como simples mandamentos ou programas a serem observados. É preciso atribuir a eles força normativa concretizadora.

Para tanto, não basta reconhecer a supremacia das normas constitucionais, tampouco o imperativo de interpretação conforme a constituição para a solução de conflitos. O processo de aplicação do direito vai mais além, impondo ao intérprete/aplicador a análise dos fatos, a valoração da norma (atribuição de pesos) e a escolha pela melhor solução possível.

O tema proposto procura analisar este fenômeno para justificar a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento do dano ao erário em decorrência de atos de improbidade administrativa, principalmente pela aplicação da técnica da ponderação aos princípios que envolvem o tema.

1 – Algumas decisões acerca do tema: jurisprudência e o acatamento da tese da imprescritibilidade

A jurisprudência dos Tribunais Superiores vem reconhecendo com predominância sobre outras teses a imprescritibilidade da pretensão de reparação de dano ao erário quando decorrente de atos de improbidade administrativa. É o que se extrai de vários julgados do Superior Tribunal de Justiça[775], dentre os quais vale citar parte do voto-vista proferido pelo Ministro Herman Benjamim no Recurso Especial 1.105.059, *DJe* 02.02.2011:

> E, demorados dez anos, a Constituição de 1988 fez uma clara opção em favor da cidadania lesada, mas em desfavor dos que atacam os cofres públicos. Ao assim proceder, inverteu a ordem tradicional da prática judicial. A segurança jurídica agora é dos cidadãos, no sentido de que, tarde o que tardar, a Justiça deverá se manifestar acerca do que foi abocanhado ilegalmente.

Também o Supremo Tribunal Federal já fixou precedente[776] no mesmo

[775] A título de ilustração ver, por todos, REsp.1.028.330/SP, j. 04.11.2010, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima; REsp 1.185.461/PR, rel Min.Eliana Calmon, DJ 17.06.2010.
[776] Acórdão proferido no MS 26.210-9, j. 04.08.2008, rel. Min Ricardo Lewandowski.

ISBN 978-85-62288-05-0

sentido, decidindo, pois, pela imprescritibilidade quando o tema discutido versar sobre o ressarcimento do dano ao erário nos casos de improbidade administrativa.

Todos os argumentos acolhidos nas decisões supracitadas trazem à tona a prevalência do princípio da moralidade (política e administrativa), a dificuldade de se recompor o patrimônio público e, ainda, a supremacia do interesse público.

Corroborando esse entendimento, é preciso acrescentar que a improbidade deve ser vista como espécie de má gestão pública[777], que contraria os mais relevantes valores contidos nas escolhas constitucionais que definem o Estado brasileiro como democrático e republicano.[778]

A corrupção, em especial, revela-se como prática que dificulta ou mesmo impede que se atinjam pelo Estado e pela sociedade as macrofinalidades definidas no art. 3º e em outros dispositivos da Constituição Federal.

> O Relatório Final da *Comissão de Diagnóstico da Legislação Centro-americana no tema da corrupção*, no marco da Cúpula Centro-americana contra essa patologia, disse que a 'corrupção como tal representa uma das práticas humanas mais generalizadas e com efeitos tão perniciosos e devastadores que *seu exercício impossibilita a saúde moral* dos povos, impede o desenvolvimento econômico sustentável das nações e representa um poderoso obstáculo para obter a paz e a harmonia social'. (grifado no original)[779]

Importante mencionar, por outro lado, que, confirmando a ideia de que o direito é, segundo as diretrizes da teoria crítica, escolha e ideologia[780], é possível encontrar acórdãos que acolhem a tese da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, com fundamentação na interpretação restritiva da norma contida no § 5º, art. 37, da Constituição Federal (*e.g.* REsp 727.131/SP, de relatoria do Min. Luiz Fux).[781]

---

[777] Muito bem definida por Marcelo Caetano, gestão pública pode ser entendida como "a atividade jurídica da Administração Pública, o que inclui tanto a atividade material quanto a subordinação necessária ao direito", *apud* OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2ed.; São Paulo: RT,2010, p. 42.

[778] A doutrina também tem se manifestado sobre o tema. Favoravelmente à imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ver, por todos: GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4ed.; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.500.

[779] OSÓRIO, Fabio Medina. O*p.cit.*, p. 52.

[780] "A moderna dogmática jurídica já superou a ideia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece." Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 7 ed.; São Paulo: Saraiva, 2009, p.311.

[781] No campo doutrinário, reconhecendo a prescritibilidade vale citar, por todos: ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. **Prescrição da Pretensão de Ressarcimento de Dano Causado ao Erário**. Repro vol. 197, p. 156.

ISBN 978-85-62288-05-0

A controvérsia que se estabelece sobre a prescrição das ações de ressarcimento ao erário, veiculada nos acórdãos mencionados, pode ser analisada sob o prisma da natureza e da finalidade dos próprios institutos jurídicos da prescrição e da improbidade administrativa.

É essa a abordagem a ser desenvolvida nos próximos tópicos, sem olvidar, para tanto, das teorias contemporâneas que reconhecem especial força normativa aos princípios jurídicos, especialmente aqueles extraídos do texto constitucional.

2 – A prescrição como vertente do princípio da segurança jurídica e estabilização das relações sociais

Os institutos jurídicos em geral são concebidos com a finalidade de exercer determinada função pacificadora, conciliadora ou solucionadora de conflitos sociais.

A prescrição é instituto que visa, em última análise, também à pacificação de determinado conflito, ainda que não se opere efetivamente o direito subjetivo instituído pela norma vigente.

Pacifica-se o conflito porque decorrido determinado lapso temporal após o qual não se permite mais o ajuizamento ou o deferimento da pretensão[782], ainda que legítima, conforme as regras materiais encontradas no Direito positivado.

Nesse sentido vale citar:

> Neste ponto, o sistema normativo revela um aspecto paradoxal da natureza humana: se de um lado o Direito é reclamado para regular as condutas em sociedade, promovendo a pacificação social, de outro lado, em prol da mesma paz social, a ordem jurídica é chamada para extinguir pretensões que deixariam os homens em estado de incerteza e intranquilidade, diante da omissão prolongada do titular de um direito violado, pois, com o passar do tempo, a segurança jurídica assentar-se-ia justamente nos fatos contrários ao direito desrespeitado, que já estariam consolidados.[783]

Assim, o legislador fixa lapsos temporais dentro dos quais as pretensões devem ser exercidas para que as incertezas não se perpetuem e a segurança jurídica seja permanente, atribuindo-se juridicidade aos fatos que se prolongam no tempo.

---

[782] Com o advento do Código Civil de 2002, pacificou-se o entendimento de que a prescrição não constitui-se mais na perda da ação atribuída a um direito, mas sim, como perda da exigibilidade do direito pelo decurso do tempo. Vale lembrar que o texto versa sobre a prescrição extintiva, embora a prescrição aquisitiva também constitua forma de estabilização das relações sociais pelo decurso do tempo.

[783] NICOLAU JUNIOR, Mauro. Prescrição. **Cláusulas Gerais e Segurança Jurídica. Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Fundamentais no Novo Código Civil em face da Constituição**. *In* Prescrição no Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p.211.

ISBN 978-85-62288-05-0

As normas (codificadas ou não) que regulamentam a prescrição se justificam, a uma, no interesse da sociedade pela estabilização das relações e, a duas, no castigo à inércia do titular de um direito[784], fazendo surgir, destarte, exceção para aquele em face de quem a pretensão (agora inexigível) seria postulada ou exigida.

Põe-se dessa maneira o fenômeno jurídico da prescrição para garantir valores ou ideais (também) relevantes para a sociedade, tais como os de segurança jurídica, estabilização das relações e não eternização dos conflitos[785].

Nesse sentido é que o § 5º, do art. 37, da CF dispõe que:

> Art. 37 [...]
>
> § 5º. A lei estabelecerá prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário[786], ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.(não grifado no original)

É dizer, se o Estado não tomar as providências necessárias para apuração e aplicação das penalidades cabíveis decorrentes da prática dos atos de improbidade administrativa dentro do prazo prescrito no art. 23 da Lei 8429/92, a exigibilidade quanto à punição pelo ilícito será apagada pelo tempo. Dessa forma, se concretiza o mandamento de otimização contido no princípio da segurança jurídica e estabilidade das relações a que a prescrição se destina a preservar.

É evidente, porém, que o instituto da prescrição, posto referir-se à pretensão, não despreza por completo a natureza e as características do direito material relacionado à pretensão de que se trata.

O próprio Código Civil institui prazos diferentes para a prescrição a depender do direito material de que se cuida (arts. 205 e 206).

Vê-se, pois, que a natureza e as características dos atos de improbidade administrativa e dos danos deles decorrentes revelam-se como fator importante para a definição da questão investigada neste estudo.

3 – A imprescritibilidade prevista no § 5º do art. 37 da Constituição Federal e

[784] Cf. LEAL, Antônio Luís da Câmara Leal. **Da Prescrição e da Decadência**. 2 ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 30. O autor alude ao castigo à negligência como um dos fundamentos da prescrição, representando o meio repressivo de sua realização.

[785] Segundo Antônio Luís da Câmara Leal, diversos são os fundamentos jurídicos arrolados como motivadores da existência da prescrição, conforme já mencionado *supra*, aqui destaca-se "o do interesse social, pela estabilidade das relações jurídicas, adotado pela maioria dos escritores, como Baudry & Tissier, Laurent, Planiol & Ripert, Colin & Capitant, Beltjens, Guillouard, Chironi & Abello, Colmo, Pugliese, Barassi, Ruggieo e muitos outros". *Op. cit.*, p. 28.

[786] Analisa-se neste tópico a primeira parte da norma, referente a prescritibilidade, já que a questão da imprescritibilidade será analisada no próximo item.

ISBN 978-85-62288-05-0

os princípios da moralidade e probidade administrativa

Através do reconhecimento constitucional do princípio da moralidade administrativa[787], já antes consagrada na doutrina, institucionalizou-se o compromisso exigido do agente público "que se predispõe a estar à frente de uma sociedade"[788]. Compromisso de atuar de acordo com a ética e com a finalidade de sua atuação (interesse público).

Na moralidade, estão contidos os princípios da lealdade e boa-fé, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

> [...], a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.[789]

A moralidade administrativa direciona a atividade estatal à consecução do bem comum mediante a conjugação de dois fatores: a limitação ao arbítrio e a submissão do agente público aos direitos fundamentais dos administrados.

Interessa observar, por sua vez, que o direito administrativo e a consequente atuação do agente público no desenvolvimento da função administrativa, está condicionado, por razões axiológicas, não só à moralidade, mas também à ética pública, aos deveres de probidade administrativa, aos quais "correspondem os direitos a uma eficiente e honesta Administração Pública"[790].

A improbidade administrativa é figura jurídica criada originalmente pelo legislador constituinte de 1988, mencionando-se tal instituto no § 4º, do art. 37, da CF[791], bem como no art. 15 como uma das causas de suspensão de direitos políticos.

Dessa maneira, inseriu-se na ordem constitucional brasileira a noção de probidade administrativa, na qual está contida a ideia de atuação reta do

---

[787] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...]

[788] D'ANGELO Élcio e D'ANGELO Suzi. **O Princípio da Probidade Administrativa e a Atuação do Ministério Público**. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 12.

[789] **Curso de Direito Administrativo**, 27 ed.; São Paulo: Malheiros, 2010, p.119-120.

[790] Fábio Medina Osório. *Op. cit.*, 2011, p. 110. Importante consignar que referido autor (assim como outros, cf. FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**, 5 ed.; São Paulo: Malheiros, 2004, p. 41) entende que probidade administrativa está contida na moralidade, é espécie do qual aquela é gênero. Entretanto, conforme se extrai dos parágrafos *infra*, neste estudo é defendida a ideia de que a probidade é um fenômeno que contém todos os princípios constitucionais da Administração Pública, a despeito da moralidade.

[791] Art. 37 [...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

ISBN 978-85-62288-05-0

administrador, em consonância com todos os demais princípios que se impõem à Administração Pública.

Nessa perspectiva, a probidade administrativa equivale à atuação administrativa que se coaduna, respeita e cumpre todos os princípios reguladores da administração pública.

> A probidade atende, portanto, a honestidade de meios e fins empregados pela Administração Pública e seus agentes, sublinhando valores convergentes à ideia de boa administração, de cumprimento das regras da ética interna da Administração Pública.
>
> O princípio da probidade – do qual se irradiam deveres concretizadores de suas premissas fundamentais – visa a assegurar a rígida eficácia social dos princípios da Administração Pública (que não se esgotam nos quatro postulados condicionantes de sua atividade), tendo como base a preservação dos valores éticos fundamentais inerentes à Administração Pública e seus agentes.[792]

Essa ideia vem também fundamentada pelas disposições da Lei nº 8.429/92, que regula, em âmbito infraconstitucional, a figura jurídica da improbidade administrativa.

Ora, se o art. 11 do mencionado diploma considera ato de improbidade administrativa a violação a qualquer dos princípios reguladores da Administração, disso decorre que a probidade administrativa representa o cumprimento do princípio da moralidade e de todos os demais princípios, tais como a impessoalidade, a legalidade, a eficiência, a publicidade.

Não é outra a conclusão de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, os quais sustentam que "a improbidade administrativa não reclama tanta elaboração para que seja reconhecida. Estará caracterizada sempre que a conduta administrativa contrastar qualquer dos princípios fixados no art. 37, caput, da Constituição Federal [...]"[793].

As observações acima expostas são relevantes para o presente estudo, pois visam a demonstrar que os fundamentos lógico-jurídicos do instituto improbidade administrativa são, além da moralidade, todos os princípios constitucionais da Administração Pública.

Evidente que a moralidade, como inovadora e relevante norma constitucional, inseriu na legislação o conteúdo ético que a sociedade almeja ver

---

[792] MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva Martins Júnior. **Probidade Administrativa**, 3 ed.; São Paulo: Saraiva, 2006, p.111

[793] **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1996, p. 36.

ISBN 978-85-62288-05-0

consolidado nas práticas estatais, o que deu a tal princípio um *status* quase especial no estudo do Direito Administrativo, mas objetivamente analisadas as normas da Lei nº 8.429/92 e seu fundamento constitucional (art. 37, § 4º), constata-se que todos os princípios constitucionais da Administração dão sustentação e conteúdo à probidade administrativa.

E justamente pela matéria de que trata, o próprio legislador constituinte excepcionou a incidência da prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário, quando os danos forem decorrentes de improbidade administrativa.

O § 5º, do art. 37 da CF, como já mencionado, trata da necessidade de se fixarem prazos prescricionais para os ilícitos praticados por agentes públicos ou terceiros, fazendo, no entanto, ressalva quanto às respectivas ações de ressarcimento.[794]

Pois bem, nota-se que o legislador constituinte deixa evidente que as ações de ressarcimento ao erário não devem se submeter aos prazos prescricionais estipulados (art.23, da Lei de Improbidade Administrativa) para punição dos ilícitos cometidos contra a Administração.

Nesse sentido:

> Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito; não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao Erário. É uma ressalva constitucional – e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non sucurrit ius*).[795]

Não se poderiam aplicar os prazos mencionados à pretensão de ressarcimento ao erário, exatamente por ser necessária a interpretação de acordo com o regramento constitucional existente.

É esse o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves: “assim, deve-se dispensar ao art. 23 da Lei de Improbidade interpretação conforme à Constituição, sendo ele inaplicável às hipóteses de ressarcimento do dano”[796].

A prática de atos ímprobos, da corrupção no trato da coisa pública, vale dizer, a sobreposição de interesses particulares sobre o interesse público, a desonestidade representa violação direta aos direitos fundamentais, na medida em que impede a concretização da democracia participativa e a promoção do bem comum.

---

[794] É válido frisar que esse dispositivo é o seguinte àquele que cria a figura da improbidade administrativa, o § 4º do mesmo artigo.
[795] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constitutição**, 6 ed.; São Paulo: Malheiros, 2009, p. 349.
[796] Op. cit., p.500.

ISBN 978-85-62288-05-0

A indenização aos cofres públicos é forma de compensação e tentativa de reparação aos cidadãos pelos danos causados em razão de conduta ímproba e ilegal praticada pelo agente público, de maneira que o reconhecimento da sua imprescritibilidade se coaduna com o ideal de justiça social.

4 – Da aplicação da técnica interpretativa da ponderação de valores para a solução do problema

Nos tempos atuais, é já difundida entre nós a teoria ou técnica de interpretação da ponderação de interesses, valores ou normas.

A evolução da ciência jurídica provocou a superação do positivismo jurídico, especialmente pelo reconhecimento de plena eficácia normativa aos princípios[797]. Nesse contexto, a tradicional técnica de subsunção do fato à norma trouxe aos juristas sérios problemas na solução de casos diversos que induziam à aparente antinomia entre regras e princípios ou mesmo entre os princípios jurídicos.

Em apertada síntese, é possível afirmar que a partir do reconhecimento da normatividade dos princípios, surgiu para o intérprete o dever de investigar a carga valorativa e os fundamentos éticos que eles contém, ponderando-os nas hipóteses de conflito.

Para tanto deve-se levar em consideração que a aplicação do preceito contido nos princípios depende das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado por princípios colidentes e a solução pela precedência do princípio de maior peso.[798]

Vale consignar também que o sentido (ou solução) a ser dado sobre qualquer norma de conduta que envolva um direito que se traduz em princípio constitucional, deve, a despeito da obediência às regras de hermenêutica e de interpretação, primar pela sua plena efetividade.

Sua condição de norma constitucional obriga o intérprete e aplicador do direito a conferir-lhe também a eficácia que lhe é devida, principalmente tomando em conta a premissa de que "não há norma constitucional alguma destituída de eficácia"[799].

Esse pensamento é reforçado pela lição de Humberto Ávila:

---

[797] Relevante, neste diapasão, mencionar a lição de Robert Alexy quanto a definição de princípios como mandamentos de otimização, da qual decorrem consequências no âmbito de interpretação e aplicação do direito: "Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas". **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

[798] Cfr. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 93-94.

[799] SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 6 ed.; São Paulo: Malheiros, 2002, p. 81

ISBN 978-85-62288-05-0

> Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.[800]

Os critérios de interpretação devem pautar-se pela compreensão dos fatos e do texto normativo[801], a fim de que o intérprete produza a norma a ser aplicada ao caso concreto, e os elementos analisados no processo interpretativo serão considerados de acordo com sua relevância e pertinência. Eis o que se denomina técnica[802] de ponderação de princípios.

> A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta da ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.[803]

Como toda técnica de interpretação, a aplicação da ponderação exige que sejam percorridas pelo aplicador algumas etapas como a preparação da ponderação, a sua realização e por fim, sua reconstrução, que resultarão na construção (criação) da norma que, solucionando o problema, será aplicada ao *caso concreto*[804].

O método concretista da norma jurídica[805], impõe destarte, a sua construção a partir do caso concreto. "O direito é a correspondência ou a ponte de ligação entre o dever (decorrente de comandos gerais e abstratos, presentes nas regras e nos princípios) e o ser (consistente nas situações fáticas que compõem o caso

---

[800] Teoria dos Princípios, 12 ed.; São Paulo: Malheiros, 2011, p. 97. Assim é que o texto que trata da imprescritibilidade contida no § 5º do art. 37, da CF deve ser interpretado de acordo com os princípios que lhe são sobrejacentes.

[801] GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, 4 ed.; São Paulo: Malheiros,2006, p. 75

[802] Ou postulado, cf. Humberto Ávila. *Op. cit.*, p. 155.

[803] Luís Roberto Barroso. *Op. cit.*, p. 359. A tradução do termo "casos difíceis" decorre da expressão *hard case* introduzida em reconhecida obra de Ronald Dowrkin: Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem segundo tal teoria, o 'poder discricionário' para decidir o caso de uma maneira ou de outra.(grifado no original). *In* **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.127.

[804] Trata-se aqui da norma de decisão. Segundo J.J. Gomes Canotilho: "Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a 'medida de ordenação' nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir [...]". *In* **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed.; Coimbra: Almedina, 2003, p. 1221.

[805] Decorrência da superação do positivismo jurídico e da necessidade de se dar significado à norma.

ISBN 978-85-62288-05-0

concreto).”[806]

O intérprete deve avaliar quais as normas aplicáveis ao caso e identificar o conflito entre elas, bem como seu reflexo sobre os fatos em concreto para, num último momento, ponderar quais interesses devem prevalecer[807], bem como determinar a aplicação daquela norma que garanta esta prevalência.

Na hipótese aventada no texto, vislumbra-se a colisão entre o princípio da segurança jurídica (ou estabilização das relações sociais) e o princípio da probidade administrativa como pano de fundo para a solução quanto ao reconhecimento ou não da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento do dano ao erário, vale dizer, quanto a aplicação da regra contida no § 5º, art. 37 da CF.

De um lado, a necessidade de se garantir a paz social pela cessação da incerteza quanto à perpetuação das relações jurídicas, à “situação de eterna sujeição de um sujeito à atuação do Estado-juiz”[808] e de outro, o imperativo de boa gestão da coisa pública, honestidade, boa-fé e, consequentemente o respeito aos direitos do cidadão.

Conclusão

Assim é que, levando em consideração os elementos apresentados, é plenamente viável o reconhecimento e aplicação da imprescritibilidade da pretensão do ressarcimento ao erário pelos danos decorrentes de ato de improbidade administrativa.

Não se olvide que a revelada colisão entre princípios dá-se *in casu* com relação à segurança jurídica e à probidade administrativa.

Esta última, como já sustentado neste texto, traz em seu conteúdo, na verdade, todos os outros princípios constitucionais da administração pública, assumindo, pois, relevância ímpar, dada a abrangência de mandamentos como moralidade, impessoalidade, eficiência, publicidade e, inclusive, legalidade.

Vale dizer, dar prevalência à segurança jurídica na controvérsia analisada implica preterir todos esses preceitos, em um país tão carente de retidão na conduta pública.

Mencione-se ainda que a grande maioria das fraudes e desvios de bens públicos ocorre de maneira clandestina, oculta, demandando grandes esforços de autoridades controladoras, da imprensa, dos cidadãos ou de outros atores sociais para que sejam descobertos.

---

[806] CAMBI, Eduardo Cambi. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: RT, 2009, p. 108. Sobre este pensamento, conclui o autor afirmando que “o método concretista aposta na teoria da argumentação como forma de concretização da norma jurídica”. *Idem*, p. 111.

[807] Aplica-se aqui a atribuição geral de pesos já defendida por Alexy (*op. cit.*) e mencionada claramente por Luis Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 362.

[808] ANDRADE, Marcelo Saintiago de Padua. *Op. cit.*, p.157.

ISBN 978-85-62288-05-0

Não raras vezes, a apuração de ilicitudes praticadas contra o erário consome longos períodos de tempo, pela própria complexidade dos fatos e das provas a coligir.

Estes são os fatos e os princípios relevantes que se submetem à apreciação do intérprete e que, em razão da teoria normativa dos princípios, devem ser sopesados de acordo com os valores que representam.

Todas essas razões hão de ser consideradas na interpretação das normas constitucionais em comento e no entendimento e conclusão acerca da opção feita pelo legislador constituinte no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário.

Por fim, é importante frisar que, a despeito das assertivas desenvolvidas no presente estudo, o modo de ser da chamada técnica da ponderação de valores e princípios permite que casos concretos diversos sejam decididos de maneira distinta, muito embora envolvam aparentemente semelhante conflito de interesses ou colisão de normas.

Há que se consignar, então, que não se despreza a possibilidade de se proferirem decisões que privilegiem a segurança jurídica em detrimento da probidade administrativa, dadas determinadas circunstâncias especiais de caso concreto que se apresente.

Isso porque o direito não se confunde com a constatação de um sentido preexistente no texto normativo, mais que isso, é uma escolha do intérprete dentre os diferentes valores trazidos pelos princípios postos em discussão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. *Prescrição da pretensão de ressarcimento de dano causado ao erário.* Revista de Processo, ano 36, vol. 197. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/2011.

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios.* São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros Editores, 27 ed., rev. e atual., 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* São Paulo: Editora Saraiva, 7 ed., 2009.

CÂMARA LEAL**,** Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência.* Rio de Janeiro: Forense, 2 ed., 1959.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra:

ISBN 978-85-62288-05-0

Almedina, 7 ed., 2003.

D'ANGELO, Élcio; D'ANGELO, Suzi. *O Princípio da Probidade Administrativa e a Atuação do Ministério Público.* Campinas: LZN Editora, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa.* São Paulo: Malheiros Editores, 5 ed., atual. e ampl., 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4 ed. rev. e ampl., 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2006.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa.* São Paulo: Editora Saraiva, 3 ed. rev. e atual., 2006.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Prescrição. Cláusulas gerais e segurança jurídica. Perspectivas hermenêuticas dos direitos fundamentais no novo Código Civil em face da Constituição.* Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* São Paulo: Malheiros Editores, 6 ed., 2002.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 6 ed., 2009.

ISBN 978-85-62288-05-0

AINDA SOBRE O PREÂMBULO: UMA DISCUSSÃO HISTÓRICA E DOUTRINÁRIA

Gabrielle dos Santos ROSA[809]
Marco Antonio TURATTI JUNIOR[810]

RESUMO

O objetivo do presente artigo é de uma forma aumentar a temática sobre o preâmbulo constitucional na literatura jurídica, sem que seja de uma maneira breve e tendenciosa. Procura-se por meio dos métodos compilativa-doutrinário e histórico uma discussão, ainda não escassa, sobre o tema. Para tanto propõe se analisar os tópicos sobre o histórico dos preâmbulos constitucionais brasileiros, assim como suas funções, classificações e opiniões da doutrina especializada, a fim de que se estabeleça um paralelo de seu valor na hermenêutica constitucional para a análise sistêmica da lei que ele precede. É compreendido pela doutrina majoritária a sua ausência de força normativa, desta maneira, procura-se compreender o porquê sendo este uma grande ferramenta interpretativa. Conclui-se que mesmo com o seu princípio norteador claro, ele não possui a força de lei, como aqui é mostrado.

ABSTRACT

The objective of this article is tried to increase this subject – constitutional preamble – in legal literature, without being a brief or tendentious approach. By the doctrinaire and historical methods, we look for a new discussion – not yet remedied – about this issue. The topics below will show the history of Brazilian constitutional preambles, as it function, it classification and opinion of specialty doctrines, to make a parallel of its value on constitutional hermeneutics for a systemic analysis of law. The major doctrinaire understand the loss of it normative power, thus we will know the reason of this, because the preamble is a great tool on interpretation. That concludes its head principle is strong, but not clear to change a law.

PALAVRAS CHAVE: Direito constitucional. Preâmbulo. Hermenêutica jurídica.

---

[809] Coautora: Acadêmica de graduação no segundo ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), vinculado à Fundação Araucária como bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da própria UENP, sob a orientação do Professor Doutor Vladimir Brega Filho. *gabriellesrosa@hotmail.com*

[810] Coautor: Acadêmico de graduação no segundo ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), vinculado à Fundação Araucária como bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da própria UENP sob a orientação do Professor Mestre Fernando de Brito Alves. *juniorturatti@hotmail.com*

ISBN 978-85-62288-05-0

KEY-WORDS: Constitutional law. Preamble. Legal hermeneutics.

INTRODUÇÃO[811]

No campo da literatura jurídica, há alguns temas tão controversos que se tornam ausentes nas maiorias de obras resumidas, como se não possuíssem grande importância. Quando se encontra uma doutrina especializada e confiável sobre o tema, ela é breve ou então tendenciosa e não atribui toda importância que cabe ao assunto. Na maioria das vezes, a busca por algo mais conciso no ramo jurídico, caracterizado por suas extensas regras e exceções, faz com que esses assuntos percam espaço na compilação de material, para assuntos onde a doutrina é una, e não traz discussões acirradas entre seus autores. O caso que se trabalha nesse artigo é o preâmbulo, tema que por muitas vezes, lhe é dedicado algumas considerações, mas sempre rapidamente nas obras de cunho constitucional.

Dessa maneira, procura-se aqui, concentrar tais fragmentos em uma leitura descomplicada e igualitária quanto aos posicionamentos divergentes da doutrina. Este artigo, de maneira ambiciosa, traz um relato sobre todos os assuntos relevantes relacionados ao preâmbulo e compreende que esse tema é indispensável para uma eficaz aplicação das leis constitucionais, uma vez que se insinua nele, os traços gerais do ordenamento jurídico do país, como será comentado abaixo.

A primeira parte do presente artigo tratará sobre o que é o preâmbulo em si, proporcionando o seu significado e caráter dentro de um texto jurídico. Depois, é tratado da evolução histórica e analisando os contornos sociais e políticos da sociedade da época. Posteriormente, é tratado a sua classificação e função, onde se discute o seu papel na interpretação legal e também como encontrar semelhanças nos mais diversos tipos de preâmbulos presente na literatura jurídica. Por fim, mas não menos importante para a discussão, tratemos sobre o que pensa a doutrina majoritária e também a minoritária, a fim de traçar um paralelo e um retrato do uso e importância do preâmbulo e a questão de sua força normativa.

Os artefatos que se utiliza em uma interpretação de uma constituição são apenas auxiliares na força normativa da mesma, assim afirmar a inexistência completa de uma força normativa no preâmbulo é contraditório; uma vez que ele não se apresenta em qualquer lugar e sim no topo da lei máxima. Mesmo assim, a interpretação é destinada aos aplicadores de direito e não fruto da obra dos legisladores – pequeno e relevante limiar do direito constitucional aplicado, discutido abaixo.

[811] O presente artigo teve a orientação do Professor Doutor Vladimir Brega Filho, professor responsável pelo grupo de pesquisas “Eficácia dos Direitos Fundamentais”, o qual os dois coautores fazem parte e realizaram uma apresentação sobre mesmo tema nos trabalhos do grupo.

ISBN 978-85-62288-05-0

1 O QUE É UM PREÂMBULO?

É sabido que para entender em sua completude a relação subjetiva entre todos os indivíduos que são regidos pelas leis do direito é necessário se compreender tais leis que os regem. Numa análise geral, nenhuma parte ou fragmento que a compõe é desnecessária ou simplesmente integrante de formalidade ou solenidade. Em leis, nos atos de suas promulgações, componentes são adicionados ao texto legal bruto, dando caráter uniforme em todas e traçando padronizações ao ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, encontra-se listados o período de vacância de uma lei, artigos que tratam da disposição transitória de uma lei e outra, a maneira de formatação do Diário Oficial da União, entre outros. Nessa lista, destaca-se uma parte que, em muitas divergências doutrinárias existentes, é alvo de críticas e temas de discussões sobre sua efetiva e real importância e necessidade no conjunto legal é o preâmbulo e seu motivo presencial.

No Direito brasileiro, há quem se posiciona a favor de sua existência, e há quem diga ser desnecessário. Outra dúvida recorrente sobre o assunto é a sua maneira de se tratá-lo na aplicação das normas legais e constitucionais: ele deve interferir? Esse texto que comumente aparece antes dos artigos, mas também pode aparecer no final do rol de artigos de uma lei, tem força normativa ou apenas se faz apresenta como uma tradição nas mostras legislativas brasileiras? Algumas dessas perguntas transcritas acima sempre arraigadas em tal ponto da matéria constitucional doutrinária serão tratadas no presente artigo, buscando discutir tal aspecto sem convencionar respostas certas ou erradas, apenas buscando fundamentos da existência (ou de sua ausência) do preâmbulo no texto legal.

No dicionário, preâmbulo é sinônimo de prefácio e traz como seu sinônimo a palavra preliminar (FERREIRA, 2004). Assim, por meio da semântica, compreendemos a primeira vista desse verbete, em termos legais, o preâmbulo contém um escrito que antecede uma lei, mas que pode ser esse sem referência concreta ou baseada em palavras sem especificação de sentido.

No dicionário jurídico de Maria Helena Diniz que traz um léxico de palavras do ramo jurídico, preâmbulo pode ser uma parte preliminar onde se anuncia ou justifica a promulgação de uma norma; ou um relatório que antecede uma lei ou decreto; ou ainda, uma exposição de motivos (p.460, 2011). Compreendemos, pois que o preâmbulo serve para a lei como uma forma de introdução ou maneira introdutória da lei, antes começá-la com os artigos em forma simples.

Como uma introdução para uma história ficcional, onde o autor se preocupa em fornecer a quem lê uma gama de fatos e detalhes que farão compreender a história e a sequência de fatos que vem pela frente determinando os motivos e justificativas para atitudes futuras, o preâmbulo se mostra com uma finalidade de mostrar os fundamentos gerais que o legislador quis incutir naquela lei que virá descriminada, sejam esses filosóficos, políticos, ideológicos, culturais,

ISBN 978-85-62288-05-0

antropológicos que ajudarão a traçar o contorno mais amplo do texto constitucional. Assim, como na novela, elementos dos prólogos são essenciais para entender o todo, assim se faz o preâmbulo na Constituição, por ser uma revelação de pressupostos para a criação da mesma, auxiliando numa interpretação sistêmica de um jurista, ou mero leitor atento da lei maior.

2 HISTÓRICO DOS PREÂMBULOS DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Nesse fragmento histórico do artigo, construiremos uma evolução do que foi para o país sua constituição no momento de promulgação e quais características circunstanciais se apresentaram no seu preâmbulo. Na cultura jurídica brasileira, mais que uma necessidade a nova constituição demarca processos históricos sociais e políticos que a sociedade vivia. Cada aspecto seu é um elo de estudo para a evolução do ordenamento jurídico que encontramos em vigor nos dias de hoje.

A primeira constituição, que fez parte da perda de vínculo legal do país com as leis que vinham de fora do seu próprio Poder Constituinte interno, foi, justamente, a primeira do Império. Convocada por Dom Pedro I por meio de uma Assembleia Constituinte que teve divergências com os interesses políticos da época, esta foi dissolvida, e a Constituição acabou materializada pela outorga do imperador. Entre a maioria dos institutos inéditos do país, se destaca o Poder Moderador, que se traduzia como um discreto poder tirano com grandes repercussões nos demais poderes da clássica divisão tripartite.

O seu preâmbulo é apenas uma frase que denota a escolha da Igreja Católica Apostólica Romana como religião oficial do Estado (mesmo assim, a Constituição previa liberdade religiosa dentro das casas): “EM NOME DA SANTISSIMA TRINDADE [sic]”. Apesar de alguns lugares considerarem o preâmbulo, um longo texto escrito por Dom Pedro I como escolhido do povo e apto para ser o constituinte daquela edição, o texto integral que está disponível pelo governo se encontra apenas essa frase.

A próxima constituição brasileira, a de 1891, grande modificação se vê no preâmbulo, não se traz referência alguma à Deus conforme de praxe na maioria dos textos preambulares constitucionais brasileiros. A intenção justamente era de mostrar que o novo momento do Brasil, na época (a transição do Estado de um império para uma república), afastava a religião das decisões governamentais, achou-se para tal fim que a retirada de qualquer aspecto religioso na constituição surtiria efeito na totalidade da população. O preâmbulo ainda traz o tipo de regime nessa nova disposição legal (livre e democrática) com ênfase na promulgação da mesma.

A próxima constituição, a de 1934, tem caráter liberal e democrático, ampliando os poderes do governo federal. É característico do novo governo que o

ISBN 978-85-62288-05-0

Brasil vivencia com Getúlio Vargas sendo chefe de Estado. O preâmbulo volta a citar referências religiosas, com a frase "confiança em Deus" e tal fragmento foi bastante discutido, pontua Zulmar Fachin (2006, p.84):

> Ao contrário da [constituição] anterior, que havia silenciado, a constituição invocou o nome de Deus. (...) A discussão sobre a inclusão ou não do nome de Deus, no preâmbulo foi acirrada, visto que no ante projeto elaborado pela *Comissão do Itamaraty* o nome de Deus não estava presente.

Ainda no preâmbulo dessa edição, traz o objetivo de assegurar à Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem estar social e econômico.

A constituição de 1937, três anos após a precedente de uma existência brevíssima, sendo a mais de todas as brasileiras, trouxe de modo autoritário e inesperado uma versão outorgada da lei máxima do ordenamento. O Brasil vivenciava o golpe de Getúlio no cargo máximo do país que não condizia mais com a rápida constituição anterior, para tanto, uma nova foi feita. Seu preâmbulo é dos maiores que se tem notícia na literatura jurídica, que traz a "legitimação" da circunstância frente à inédita lei. Vale a transcrição do mesmo, para observar e identificar elementos históricos e ideologias presentes no contexto do país:

> O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, ATENDENDO às legitimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, **profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários**, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de **apreensão criado no País pela infiltração comunista**, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; **Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional**, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua

ISBN 978-85-62288-05-0

> segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País. (grifo nosso)

A quarta constituição brasileira promulgada em 1946, teve um preâmbulo curto e com objetivo explicito de reorganizar a dinâmica do país abalada pelo golpe militar, com as disposições que traria nos institutos seguintes. O nome de Deus foi citado, mas amplamente assegurado à liberdade religiosa das pessoas dentro do ordenamento jurídico. Com o caráter mais democrático o preâmbulo reflete a intenção de mudança pós-Estado Novo.

As próximas constituições, e seus preâmbulos respectivamente, são marcados pela era da ditadura e a massiva presença dos Atos Institucionais para governar e intensificar o período da ditadura, e de certa maneira, legitimá-la.

O que o preâmbulo da constituição de 1967 tinha de enxuto e objetivo, o da constituição de 1969 traz a motivação pela qual a constituição irá incorporar o Ato Institucional nº. 5 seguindo as vontades do governo que possuía comportamento autoritário naquela época.

Por fim, temos a constituição de 1988, que também se faz necessária a sua transcrição de seu preâmbulo para melhor interpretação com caráter essencial ao conteúdo de todo o trabalho aqui presente.

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O preâmbulo atual direciona-se à população do Brasil que a constituição que agora vigora terá caráter um mais humano e focado dos direitos fundamentais do homem, e mesmo que publique o nome de Deus, ele referencia à cultura e à tolerância que essa lei terá com a cultura brasileira, mais plural e dinâmica que possa ser. É representativa e expressa aquilo que quer legislar.

Nessas referências conseguimos compreender que o preâmbulo se faz presente para que o legislador, aplicador do direito ou até mesmo o leitor leigo saiba em que momento da história aquela constituição foi escrita e quais são as necessidades da sociedade para aquela lei, e se estas serão remediadas e sanadas.

ISBN 978-85-62288-05-0

3 CLASSIFICAÇÃO DOS PREÂMBULOS

Alguns doutrinadores que estudam o preâmbulo classificam-no de modo a facilitar o estudo jurídico buscando semelhanças também em culturas e leis que possam suportar um paralelo em vetores culturais, sociais, religiosos e até mesmo político.

Dentre tantas classificações, há aquelas que se baseiam onde o que determina o enquadramento deles é o seu tamanho, uns são mais enxutos e sintéticos e outros longos e mais extensos, dependendo da ocasião que se faz necessária.

A divisão em termos para facilitar o estudo não determina qualidade ou especifica legitimidade dos prefácios constitucionais, apenas mostram que tal texto ajuda realmente a traçar pensamentos dominantes no texto legislativo que precede que surtiram efeito proveniente da situação que encontra a sociedade que será afetada pelos reflexos dessa lei.

Liav Orgad, jurista israelense criou cinco modalidades de preâmbulos diferentes para facilitar o estudo do tal. São eles: o soberano (*sovereign*), o histórico-narrativo(*historical narratives)*, metas supremas (*supreme goals*), identidade nacional (*national identity)* e Deus ou Religião (*God or Religion)*. (2010)

O primeiro tipo tratado em sua obra é o soberano, do qual se especificam as fontes da soberania. Em alguns casos, o poder soberano é do povo. Geralmente identificado como (nós, povo de...), uma expressão de caráter neutro, facilmente identificado pela população. Em federações e uniões, o preambulo frequentemente identifica o estado constitucional como fonte de soberania.

Outro tipo identificado em sua pesquisa, Liav traz como histórico-narrativo, os preâmbulos costumam incluir as narrativas históricas de um estado, de uma nação ou do povo e contando a história nacional de fundação da linguagem, entre outras.

O terceiro tipo de preâmbulo chamado de metas supremas são aqueles que frequentemente listam metas sociais. Essas podem ser objetivos universais, como avanço da justiça, fraternidade e direitos humanos; tanto metas econômicas ou outros dependendo dos interesses da União.

No tipo identidade nacional, os preâmbulos usualmente contem preceitos sobre o credo da nação. Os entendimentos constitucionais sobre cada estado e sua filosofia constitucional são incluídos no preambulo a fim de se tornar um elemento adicional de inspiração de novas leis e princípios.

A última modalidade é o preambulo que reverencia Deus, alguns dizem da supremacia divina, outros à ícones religiosos, como a Santíssima Trindade, e prevalecem na cultura e identidade religiosa de um país.

ISBN 978-85-62288-05-0

Essa divisão se apresenta eficaz na separação dos diversos objetivos que um preâmbulo pode ter podendo o mesmo se apresentar em apenas uma ou todas as categorias acima detalhadas. O preâmbulo demonstra caminhos que a sociedade chegou a ser o que é, e onde busca evoluir.

4 FUNÇÃO DO PREÂMBULO

Juntamente ao fato de ser uma ponte no tempo, que fala do presente para o presente, evocando o passado e mirando o futuro, ao preâmbulo são acarretadas diversas funções como o valor hermenêutico para se compreender a Constituição, a que ele serve de texto de abertura, seja como enunciado normativo que para a maioria se trata de uma fórmula política que não são regras essenciais ao ordenamento jurídico e por isso não tem pretensão jurídica com suporte na Constituição.

O valor hermenêutico funciona como ponto de partida para quem interpreta a constituição para uma possível compreensão, se expressando como sua lei fundamental. Quanto ao valor normativo, a doutrina atenta-se a não acarretar essa função ao preâmbulo, pois deles não se pode retirar diretamente direitos e deveres, ao mesmo tempo em que apresenta função hermenêutica, o que nos leva a dar um valor ao menos indireto a esses textos inaugurais.

Pelo entendimento do STF, no Brasil o preâmbulo carece de valor normativo e não tem força para sustentar pretensões fundadas em seu conteúdo, mas faz parte da constituição e sua atenção ao que se traz é essencial a uma análise sistêmica. Podemos citar como exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.076 que teve como relator o Ministro Carlos Velloso onde foi entendido, por meio de votação ordinária ao caso, que, na seguinte situação, o preâmbulo seria parte integrante da Constituição, com todas as consequências de um texto de tal patamar jurídico. E não se distinguir dela pela origem, sentido ou instrumento em que se contém, apenas por sua eficácia ou pelo papel que desempenha, sendo similar às declarações de direitos.

A questão do preâmbulo é muito discutida, a sua função e como considerá-lo dentro da Constituição, assim, cabe aceitá-los como textos jurídicos políticos, cujo status ficam a depender de como eles se inserem na história e cultura de cada povo, na experiência constitucional concreta, e não de conceitos abstratos anteriormente. O preâmbulo mostra a ruptura com a ordem jurídica anterior e antecede a carta, não tem eficácia jurídica, e serve como principio por ter valores. Vários artigos da constituição são baseados em nesses fundamentos que o preâmbulo busca, assim temos uma integração além da sua função interpretativa e uma busca de concretizar tais fundamentos exemplificativos trazidos na lei.

As normas terão de ser baseadas nestes, na sua interpretação e aplicação,

ISBN 978-85-62288-05-0

assim para ter a maior explanação possível e o mais perto de seu total cumprimento e sua eficácia.

Pontua a doutrina que, o preâmbulo é uma:

> "Introdução solene que expressa às ideias políticas, morais e religiosas que a Constituição tende a promover, que o seu texto não sinaliza nenhuma norma definida em relação à conduta humana, carecendo por isso de um conteúdo juridicamente relevante; Que possui caráter mais ideológico do que jurídico, razão por que, se vier a ser suprimido, isso não mudará em nada o significado real da Constituição; e que, afinal, ainda assim, o preâmbulo serve para conferir maior dignidade e um grau mais elevado de eficácia a Constituição." (MENDES, Gilmar et al,2008,p.74)

No que se diz à natureza jurídica do preâmbulo, Jorge Miranda ressalta como a doutrina se posiciona a respeito com três teses: irrelevância jurídica, onde o preâmbulo não faz parte do direito e sim da politica a história, a tese da plena eficácia que diz ele ter a mesma eficácia da norma apesar de não ser uma, o mesmo nível hierárquico, inclusive no que diz respeito à inconstitucionalidade. E a tese da relevância jurídica a qual o preâmbulo faz parte das características jurídicas da constituição, mas não se confunde com norma. Ele apenas suprirá a norma em caso de algum conflito ou algo que tenha lacuna. (1983, p.206/212)

O preâmbulo integra a constituição diferenciando-se apenas pela sua eficácia e papel que desempenha, é aprovado nas mesmas condições e o ato de aprovação possui o mesmo modo jurídico, incluindo-se com as outras coisas na constituição formal.

5 DISCUSSÃO: PREÂMBULO TEM FORÇA NORMATIVA?

Como já citado pelas doutrinas e jurisprudências brasileiras ele carece de força normativa, e não faz parte da Constituição material, mas ao menos serve de fórmula política e vetor interpretativo, pois transmite uma mensagem ao legislador, demonstrando sua verdadeira função dentro do mandato jurídico-político para exercer os poderes que o povo lhe outorgou como depositário inicial, autônomo e incondicionado da soberania nacional.

Em caso de algum conflito, é no preambulo que se deve buscar a orientação e o caminho a ser seguido. As normas contidas no preâmbulo se aplicam imediatamente e são como princípios orientadores, e não enumerados como normas dispositivas, portanto não faz parte do texto constitucional. É apenas uma mensagem, uma orientação para o legislador.

Apesar de ser breve, o preâmbulo expõe toda uma história, tradição e

ISBN 978-85-62288-05-0

período vivido quando construído. Exaltam valores e objetivos. O caráter politico e ideológico do preâmbulo nas constituições brasileiras são muito relevantes, pois todas as leis apresentaram algum.

As maiorias dos doutrinadores entendem que o preâmbulo não possui força normativa, não produz efeitos, não anula atos, não gera inconstitucionalidade, mesmo que moralmente ir "contra" o preâmbulo possa gerar algum efeito negativo. Enfim, para essa linha de juristas, juridicamente, não apresenta valor. Portanto, podemos afirmar que, apesar de não ser norma jurídica (justificativa para não ser utilizado como parâmetro de controle de constitucionalidade), o preâmbulo é um importante instrumento no processo de interpretação dos dispositivos da Constituição.

Temos divergências doutrinárias em relação ao preâmbulo na Constituição no que se trata de sua força normativa. Manuel Gonçalves Ferreira Filho afirma que o preâmbulo da Constituição é um texto que traça um ideal, expressando uma série de explanações e objetivos, e não tem força obrigatória, apenas declara a intenção do legislador na Carta Magna com princípios e não são considerados como normas jurídico-constitucionais de aplicação e exigibilidade imediata (2007).

Podemos destacar nesse sentido a ação direta de inconstitucionalidade N. 2. 076-5 que tratou da omissão do "sob a proteção de Deus" do preâmbulo da constituição do Acre e quem propôs foi o Partido Social Liberal (PSL), contra a Assembleia Legislativa do Estado do Acre, por que ofendia a Constituição a omissão do termo, e o relator da mesma foi o Ministro Carlos Velloso. Discutiram se a interpretação das leis acreanas, se não apresentassem o mesmo molde de preâmbulo da Constituição Federal iam ter os mesmos princípios da mesma já que seu preâmbulo era "completo". E a conclusão foi que não se tem necessidade de colocar as mesmas informações nos dois preâmbulos, pois o da Constituição Federal que é a lei maior já invoca os princípios de justiça, igualdade, relogiosidade e serve como base para as constituições dos Estados, que estão inseridas na Carta Maior. O Partido Social Liberal não apoiava a supressão da expressão "sob proteção de Deus" e com a Ação Direita de Inconstitucionalidade contestou, e para ele todos os estados membros deveriam seguir o modelo da Constituição Federal apresentando assim como essa o preâmbulo inicial por tratar-se de "Ato Normativo de Supremo princípio básico com conteúdo programático e de absorção compulsória pelos Estados".

Mesmo o preâmbulo fazendo parte da constituição, como carece de normatividade, isso não obriga o seu uso nas constituições estaduais, cada estado é livre para fazer sua própria carta. O preâmbulo não invocará inconstitucionalidade em qualquer lei, ou "faltará" em alguma Constituição, a obrigação das cartas é ter objetivos, valores, sejam sociais políticos que o texto prega, mas jamais ele em si, assim "não constitui norma central".

ISBN 978-85-62288-05-0

O doutrinador J.J Gomes Canotilho, se explana no mesmo ideal pois se baseia na tese de relevância juridica específica para conceituar o preâmbulo, ela se estrutura na idéia de que o mesmo não se confunde com preceitos constitucionais, é apenas uma base para a interpretação, ele faz sim parte da constituição, pois é aprovado com a mesma, mas juridicamente não tem relevância. O seu valor jurídico é subordinado, apenas ajuda na interpretação e algumas vezes na integração das normas constitucionais. É uma certidão de origem, e uma declaração de princípios (2004).

Segue a mesma linha de raciocínio, Pedro Lenza, pois para ele, o preâmbulo não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do Constituinte. Não contém, porém relevância jurídica, não constitui norma central da constituição e não tem obrigação de sua expressão para ao estado membro. Nele contém princípios inscritos e esses sim constituem obrigatoriedade, sendo que a constituição não pode ir de forma contrária, exposto ou não terão repercussão no ordenamento respectivo (2008, p.76).

O preâmbulo deve sintetizar o que a constituição objetiva é, e a partir dele que se interpretam as normas na prática e é traçado o caminho politico do governo. Quanto sua natureza jurídica ele entende que não é norma constitucional e não pode então prevalecer sob a as normas da constituição, além de não ser método de comparação para declaração de inconstitucionalidade, e traça apenas ideologias, e diretrizes sejam elas politicas, filosóficas, além de apresentar uma síntese dos objetivos e os fins maiores do Estado,como expressa Alexandre de Moraes. (apud ALVES JUNIOR).

Outro caso prático que podemos destacar, mas em sentido divergente é a Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 2649 que trata do fornecimento de passe livre para as pessoas portadoras de deficiência à luz de interpretação do preâmbulo. Foi ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros - ABRATI contra a lei nº 8.899, de 29 de Junho de 1994, que dava o direito ao passe livre para pessoas portadoras de deficiência nos transportes coletivos entre os estados, e a empresa de ônibus EMBRATI se sentiu lesada econômica e moralmente. A lei propunha que nos moldes do preâmbulo houvesse a prática de igualdade, justiça, dignidade na construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. E que estabelecendo um passe livre para essas pessoas estaríamos integrando-as ao sistema.

O Superior Tribunal Federal entendeu ser constitucional o passe livre pela iniciativa de liberdade tratada pela Constituição Federal pela igualdade de oportunidades e humanização de relações sociais, é isso que a República prega cidadania e dignidade. A ADI foi julgada improcedente com base nos valores do preâmbulo e pela existência de uma convenção sobre os direitos das pessoas com

ISBN 978-85-62288-05-0

deficiência assinado pelo Brasil tramitando no congresso. A ministra relatora foi Carmem Lúcia.

O renomado doutrinador é José Afonso da Silva, traça diretrizes referentes a essa ideia,já que para ele, o preâmbulo serve para dar eficácia interpretativa além de orientar na aplicação de normas, ou seja, seria uma "regra de princípio progmático". É uma abertura solene, com ideais e uma breve manifestação do que ocorreu na Assembleia Constituinte quando foi elaborado. É a mensagem dos constituintes para o povo. Para ele o preâmbulo, assim como as disposições transitórias, são normas de aplicabilidade da Constituição no que se referem à eficácia, se colocando em uma posição muitas vezes a favor da força normativa do mesmo. Podendo também funcionar como uma claúsula de promulgação e um referencial de obediência. Para ele é o que precede o texto articulado das Constituições. E quanto à sua natureza jurídica entende ser um elemento formal de aplicabilidade e então pode ser considerado como uma regra materialmente constitucional para a interpretação sistemática da Constituição. (2008, p.21/22)

Indo ao encontro de sua opinião, Lênio Streck ressalta que todas as normas da constituição têm eficácia, e não tem como negar a força vinculante que o preâmbulo apresenta, e tudo que está presente na Constituição é considerado, pois de alguma forma acaba acarretando consequências no ordenamento seja na formulação ou aplicação das leis. A partir do momento que determinadas estruturas estão formuladas firma-se um "compromisso" e também são chamadas de normas "progmáticas", que dão um norte a atividade do legislador buscando a igualdade, dignidade traçando objetivos, já que o preâmbulo tem força vinculante (2007, p. 88/89).

CONCLUSÃO

É inegável a participação do texto preambular no corpo da lei fundamental de um país, norteando os aplicadores de direito e legisladores das leis infraconstitucionais, dando embasamento ao ordenamento jurídico. O seu texto é fora da estrutura de artigos, é o cabeçalho, é o norte da lei, mas não a lei propriamente dita. Portanto, desse modo, sua obrigatoriedade é mais social e cultural que legal. Essa afirmação não exclui, em nenhuma hipótese a importância e a legitimidade que o preâmbulo possui para todas as manifestações legislativas do país, contudo, a sua existência, única e sintética, não atribui força de norma para julgamentos.

Portanto, apesar do preâmbulo ter um valor elementar na Constituição não tem força normativa, entretanto tem valor teleológico de ideais sociais. Ele constitui em uma breve sinopse da lei que ele precede, tendo em vista os objetivos que o legislador quis alcançar e que dominou a vontade de todos aqueles artigos, como são sabidos, os direitos fundamentais da nossa constituição, em um breve exemplo.

ISBN 978-85-62288-05-0

O preâmbulo, a grande ferramenta da interpretação do texto legal, segundo a maioria da discussão aqui proposta, não tem reprodução obrigatória nas constituições, não serve de parâmetro para constitucionalidade e não impõe limite ao poder constituinte derivado de reformar, mesmo sendo de valiosa importância para o caráter social do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMANAQUE Abril 2008. 34. Ed. São Paulo: Editora Abril, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda**.** *Miniaurélio:* o minidicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2008

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico universitário.* São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Zulmar. *Teoria geral do direito constitucional.* 2ªed. Londrina: Universidade Estadual de Londrina. 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 76.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Coimbra: Coimbra, Ed., v.2, 1983.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição.* 5. ed. São Paulo : Malheiros, 2008,

Artigos Científicos da internet

ALVES JUNIOR, L. C. M. *O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988*. Disponível em http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31731-36570-1-PB.pdf Acesso em: 06 jul 2012.

BORGES, A. W.; ALVES, P. F. P. A. *Analise Funcional do preãmbulo constitucional com a utilização pelos métodos tradicionais de interpretação constitucional*. Disponivel em <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-125-Artigo_Alexandre_Walmott_Borges_e_Paula_Fernanda_Pereira_de_Araujo_e_Alves_(Analise_Funcional_do_Preambulo_Constitucional).pdf> Acesso em: 07.jul 2012.

BRUNO NETO, F. *Preâmbulo*. Disponível em: http://www.profbruno.com.br/03%20DIREITO%20CONSTITUCIONAL/RES%2017a%20AULA%20-%20PRE%C2MBULO.pdf Acesso em 07.jul.2012

CARDOSO, André Luís Firmino. *Preâmbulo***.** Disponível em <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria= Constituição de

1988> Acesso em :26 de julho de 2012

SILVA, L. N. *Poder normativo do preâmbulo da constituição,* Jus Vigilantibus. Disponível em <http://jusvi.com/files/document/pdf_file/0000/1686/pdf_file_texts_1686.pdf> Acesso em:06 jul 2012

ORGAD, L. *The preamble in Constitutional Interpretation* (O preâmbulo na interprteação constitucional), 2010. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1686745 Acesso em 07.jul.2012.

STRECK, Lenio Luiz , *Bem jurídico e constituição*: os limites da liberdade de conformação legislativa e aplicação (corretiva) da nuidade parcial sem redução de texto à lei dos juizados especiais. In RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 41, n. 48, p. 85-118, jul./dez. 2007. Disponível em: http://www.ite.edu.br/ripe_arquivos/ripe48.pdf. Acesso em 26/07/2012.

Legislações e documentos

ADIN N° 2076-5 ACRE; Relator Ministro Carlos Velloso. Requerente: Partido Social Liberal – PSL. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324

ADIN N° 2649; Relatora Ministra Carmen Lucia. Requerente: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros - ABRATI. Requerida: lei nº 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517

CONSTITUICÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

ISBN 978-85-62288-05-0

DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Laiana Delakis RECANELLO*
Levi Rosa TOMÉ **

RESUMO:
Este trabalho tem por objetivo demonstrar que, mesmo nos dias atuais, é possível argumentar com a desobediência civil como mecanismo factível de intervenção política. Em tempos de débil democracia e de apatia política, a lei se deslegitima como mecanismo capaz de captar os anseios da maioria, e se transforma em instrumento veiculador da vontade de minorias organizadas - com isso oprimindo e fragilizando grande contingente de pessoas. O objetivo aqui é descrever o quadro sociopolítico em que se produzem as leis, a partir disso situar a desobediência civil como instrumento de comunicação entre governante e governado, cujo exercício é plenamente possível, ao menos no âmbito dos direitos afetos à própria dignidade da pessoa humana. Para tanto, valer-se-á neste trabalho dos métodos dedutivo e histórico, com pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da desobediência civil, suas possibilidades e seus limites.

ABSTRACT:
This paper aims to demonstrate that, even today, one can argue with civil disobedience as a means of political intervention feasible. In times of weak democracy and political apathy, the law is illegitimated as a mechanism capable of capturing the aspirations of the majority, and becomes an instrument of the disseminator will of organized minorities - thus weakening , overwhelming a large number of people. The goal here is to describe the sociopolitical context in which laws are produced, and from that, place civil disobedience as a tool for communication between ruler and ruled, which practice is entirely possible, at least in the context of the rights pertaining to the dignity of the human person . To this end, it will be worth in this paper deductive and historical methods with doctrinal and jurisprudential research about civil disobedience, its possibilities and its limits.

PALAVRAS-CHAVE: Desobediência civil. Dignidade da pessoa humana.

* Mestranda do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista da Fundação Araucária. Professora universitária. E-mail de contato: laiana_delakis@hotmail.com.
** Mestrando do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Processual Civil, pelas Faculdades Integradas de Ourinhos. Juiz do trabalho. E-mail de contato: levitome@uol.com.br.

ISBN 978-85-62288-05-0

Democracia. Exclusão social.

KEYWORDS: Civil disobedience. Human dignity. Democracy. Social exclusion.

INTRODUÇÃO

O tema proposto neste trabalho é árduo e espinhoso, porque trata de uma questão que, aos olhos de muitos, pode parecer revolucionário ou anárquico.

Este trabalhou tratou da questão da desobediência civil como mecanismo de resistência à opressão e que, muito ao contrário de servir como instrumento de desrespeito à lei, tem a finalidade de legitimá-la.

Nesse contexto, a "lei" foi analisada pelos flancos sociológico e filosófico, de modo a situá-la no contexto da atualidade, explicitando a sua finalidade e as suas falhas – mais estas do que aquelas.

Além disso, o legislador também mereceu especial atenção, principalmente no que se refere à sua legitimação para a produção legislativa, ou à falta dela, diante das inconsistências verificadas na própria representatividade popular.

A partir dessas ponderações, intentou-se situar a desobediência civil como alternativa à inaptidão do legislador, procurando plasmar a questão a partir da visão empreendida por Habermas e Alexy, a respeito do discurso, do consenso e do agir comunicativo, como temas ligados à própria legitimação do sistema legislativo.

A desobediência civil, nesse passo, é tratada como mecanismo capaz de destravar o diálogo entre os interessados, entre os "concernidos", de forma a que a lei seja produzida com a participação de todos e proficiente em relação a todos.

O trabalho levou e conta visões de filósofos que enfrentaram a questão da desobediência civil, dentre eles Hannah Arendt, Norberto Bobbio e John Rawls.

Além disso, a par de se reconhecer a possibilidade de manejo da desobediência civil, como mecanismo de resistência à opressão, também restou estabelecido que limites devem ser impostos, para que tal mecanismo não se banalize e para que sua função não se desvirtue, concluindo-se, ao final, que tais limites devem ter referência na própria Constituição Federal, especificamente na questão dos direitos fundamentais.

Para a evolução deste texto, foram utilizados métodos dedutivo e histórico, além de pesquisas bibliográficas.

Este artigo foi estruturado em seis tópicos. O primeiro deles tratou da lei no seu contexto sociológico e filosófico; o segundo abordou a questão do legislador e do modo como se produzem as leis; a crise de legitimidade do legislador foi tratada no terceiro tema, enquanto que a desobediência civil, como alternativa à inaptidão do legislador foi apresentada no quarto tópico. O quinto tópico centrou-se no objetivo da desobediência civil, sendo certo que os limites na utilização desse mecanismo

ISBN 978-85-62288-05-0

foram explicitados no sexto tema. Ao final, foram expostas as conclusões a que se chegou neste trabalho.

1 A LEI

Desde a antiguidade clássica, com Aristóteles, já se dizia que ante o questionamento sobre ser melhor o governo dos homens ou o governo das leis, a escolha deve recair sempre sobre a segunda opção, de vez que sob todos os pontos de vista seria "um mal confiar o poder a um homem só, sempre sujeito às paixões próprias de sua natureza, ao invés de o confiar à lei".[812] Aliás, o mesmo Aristóteles também assevera que:

> é possível que os que formam a multidão, embora não seja cada um deles um homem superior, prevaleçam, quando reunidos, sobre os homens mais eminentes, não como indivíduos, mas como massa (do mesmo modo que os banquetes de despesas comuns são mais belos que aqueles cuja despesa é paga por uma única pessoa). Cada indivíduo, em uma multidão, tem a sua parte de prudência e virtude. Da união desses indivíduos faz-se, por assim dizer, um só homem que possui uma infinidade de pés, mãos e sentidos. O mesmo acontece com relação aos costumes e à inteligência. Aí está por que a multidão julga melhor as obras dos músicos e dos poetas; porque um aprecia uma parte, outro outra, e todos reunidos apreciam o conjunto.[813]

E a lei é, ou deveria ser, exatamente essa confluência de sentidos e de vontades, essa obra coletiva que deve exprimir o desejo de um povo. Como assevera Montesquieu, "sem um governo, nenhuma sociedade poderia subsistir. 'A reunião de todas as forças particulares', como diz muito bem Gravina, 'forma aquilo que denominamos Estado Político'".[814]

Aliás, é de Norberto Bobbio, discorrendo sobre "Política e Direito", e sobre o poder coativo característico do Estado, apto a produzir normas, a assertiva de que:

> Quando se exige que o poder seja legítimo, espera-se que aquele que o detém tenha o direito de possuí-lo. Quando se invoca a legalidade do poder, exige-se que quem o detém o exerça não segundo o próprio capricho, mas em conformidade com as regras estabelecidas e dentro dos limites dessas regras. O contrário do poder legítimo é o poder de fato, o contrário do poder

[812] ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Escala Educacional, 2006. p. 89.
[813] Ibidem.
[814] MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 21.

ISBN 978-85-62288-05-0

legal é o poder arbitrário.[815]

Nesse contexto, não há dúvidas de que a lei permeia o comportamento de governantes e governados, perdurando no tempo "como um depósito da sabedoria popular e da sapiência civil que impede as mudanças bruscas, as prevaricações dos poderosos, o arbítrio do 'sic volo sic iubeo'." [816] .

"A regra de direito", diz Jean-Louis Bergel, "não é nem improvisada nem arbitrária e que procede de uma profusão de fatores materiais e morais, sociológicos e ideológicos, históricos e atuais".[817]

Mas o quê fazer então quando a lei não atende aos anseios da sociedade?

Sim porque a lei nem sempre se produz com a aptidão que dela se espera. Nem sempre a "lei" é "lei" no sentido que lhe é próprio, no sentido de "depósito da sabedoria popular e da sapiência civil", como acima dito, e apesar disso, ainda que em tese, deve imperar num Estado de direito.

Aliás, no Brasil, sempre se diz que existem leis que "pegam" e leis que "não pegam", querendo-se expressar com tais afirmações, que existem leis cuja formulação não se coaduna com a realidade social onde se fará sentir. Na lição de Miguel Reale, lembrando Duguit, "uma regra moral ou econômica, esclarece-nos o ilustre constitucionalista, passa a ser norma jurídica quando a *massa dos espíritos* (preste-se bem atenção nesta expressão) sente a necessidade indeclinável dessa norma, por considerá-la essencial à convivência e à solidariedade social[818]".

Nesse contexto, essa essencialidade à convivência e à solidariedade social nem sempre é percebida pelo legislador na produção de uma norma. Pior que isso, em certas situações a lei produzida não se conforma sequer com o sistema jurídico do qual é originária, menos ainda com os valores por ele preconizados. Como assevera Cláudia Servilha Monteiro, citando Perelman, "o impasse se estabelece quando do próprio legislativo emanam normas iníquas, quando 'um Estado soberano se porta de modo criminoso'".[819] Celso Lafer, baseado em Hannah Arendt, fala da "crise de legalidade", ainda viva nos dias atuais, consistente no "processo de deslegitimação da identificação de justiça com a lei que caracteriza o positivismo jurídico[820]".

E neste ponto aflora-se uma grande questão, talvez a principal delas, quando se pretende abordar o problema da desobediência civil: o legislador, o editor

---

[815] BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política.** A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 237.
[816] Ibidem.
[817] BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 46.
[818] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.446.
[819] MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Temas de Filosofia do Direito.** Decisão, argumentação e ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 155-156.
[820] LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos:** um diáologo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 196.

ISBN 978-85-62288-05-0

da lei, a respeito de quem, ou pelo menos acerca de sua legitimidade, tecem-se sérias objeções, como se tentará demonstrar ao longo deste texto.

2 O LEGISLADOR

Jean-Jacques Rousseau, no seu "Do Contrato Social", abomina a ideia de que a soberania popular possa ser exercida por intermédio de representantes. Para ele, um tal procedimento só pode decorrer da diminuição do amor à pátria, da proeminência do interesse particular, da vastidão dos Estados e do abuso dos Governos.[821] Mais à frente, na mesma obra, Rousseau é explícito ao sustentar que:

> A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade absolutamente não se representa. É ela mesma ou é outra, não há meio-termo. Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissários seus, nada podendo concluir definitivamente. É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar; em absoluto, não é lei.[822]

Francis Wolf, depois de comparar as comunidades indígenas pré-coloniais à Polis Grega, e a ambas empreender a qualificação de comunidades políticas em sua essência, porque não há uma relação de exterioridade entre a comunidade e o poder, mas sim um todo harmônico, destaca que o exercício da soberania por intermédio de representantes é totalmente estranha aos gregos e à tradição democrática, porque distorce essa relação, exatamente porque retira da comunidade o seu poder deliberativo; e cita B. Manin para sustentar que "o regime de representação destinava-se justamente, no espírito de seus fundadores, a afastar os membros da própria comunidade das decisões políticas e a reservá-las a alguns cidadãos particularmente selecionados[823]".

É verdade que nos dias atuais, a essas constatações se pode objetar com a própria inviabilidade técnica ou mesmo física, na maior parte das nações, de o sistema de deliberação coletiva se dar de modo direto, pela própria comunidade, sem se valer de representantes, em típica assembléia do povo - a "Ekklesia" da antiguidade grega. O Brasil, com suas dimensões continentais e seus milhões de habitantes, é mostra inconfundível dessa impossibilidade quase natural.

Mas seja como for, o fato é que a ideia-força da assembleia do povo deve persistir, senão por intermédio da expressão imediata da vontade de cada cidadão,

---

[821] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** Trad. MACHADO, Lourdes Santos. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 186.
[822] Ibidem, p. 186-187.
[823] WOLF, Francis. **A Invenção da Política.** In: NOVAES, Adauto (org.). **A Crise do Estado Nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 35.

ISBN 978-85-62288-05-0

quanto à deliberação legiferante, ao menos por intermédio de um sistema que se aproxime desse objetivo, que seja resultado, o mais próximo possível, da vontade popular.

E aqui valem as ideias de Hannah Arendt, realçadas por Celso Lafer, no sentido de que poder não é opressão e nem coerção, senão que aptidão humana para agir e conjunto. Confira-se:

> Trata-se de um fenômeno coletivo – plural – que surge da comunicação entre os homens, ensejando a concordância quanto a um caminho comum de ação. O poder reside no povo – potestas in populo – e, para Hannah Arendt, esta premissa é não só teórica quanto prática. Para ela o poder é sempre potencial, como se vê nas palavras correspondentes em grego, dynamis, e em latim, potentia. O poder fala a linguagem da persuasão, dando Hannah Arendt realce, na sua análise, ao processo de geração do poder.[824]

A esse respeito, ou seja, quanto ao "processo de geração do poder", J.J. Gomes Canotilho fala do Princípio Democrático e do direito ao sufrágio, inferindo que este, o sufrágio, "é um instrumento fundamental de realização do princípio democrático: através dele, legitima-se democraticamente a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, estabelece-se a organização legitimante de distribuição dos poderes, procede-se à criação do "pessoal político" e marca-se o ritmo da vida política de um país[825]".

Numa palavra: ainda que possível não seja que cada cidadão possa participar do sistema legislativo, contribuindo, diretamente, para a produção da lei, inafastável a necessidade de se engendrar processos ou mecanismos através dos quais o cidadão, de alguma forma, empreenda legitimidade a esse sistema, e controle o seu manejo.

3 A CRISE DE LEGITIMIDADE DO LEGISLADOR

Norberto Bobbio, na mesma obra antes citada, depois de sustentar que as ideias rousseaunianas sobre democracia participativa têm sido alvo de grande contestação, reconhece a existência de uma grave crise nesse sistema, principalmente em virtude da "apatia política, o fenômeno, tantas vezes observado e lamentado, da despolitização das massas nos Estados dominados pelos grandes aparatos de partido".[826]

Na verdade, segundo o mesmo Bobbio, essa apatia política decorre da soma

---

[824] LAFER, op. cit., p. 204-205.
[825] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 294.
[826] BOBBIO, op. cit., p. 259.

ISBN 978-85-62288-05-0

de três fatores principais: o parlamento não é mais o centro do poder; mesmo que fosse, a participação popular na sua formação é periódica e limitada à escolha de uma classe política restrita; ainda assim, essa participação é distorcida ou manipulada pela propaganda das poderosas organizações religiosas, políticas, sindicais, etc.[827]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho atrela a "crise da lei" à "falência dos Parlamentos", inferindo que "o modo de escolha de seus membros torna-os pouco freqüentados pela ponderação e pela cultura, mas extremamente sensíveis à demagogia e à advocacia em causa própria. Os interesses não têm dificuldades em encontrar porta-vozes, o bem comum nem sempre os acha".[828]

Especificamente quanto à questão brasileira, Antonio Carlos Segatto e Leandro de Paula Assunção Abate, abordam o problema do "presidencialismo de coalizão" e da "infidelidade partidária", fenômenos explícitos no Brasil, como processos de desvirtuamento do princípio da tripartição dos poderes, pelos quais o Executivo administra à base de acordos políticos, firmados com diversos partidos, da chamada "base aliada", cujo comprometimento com a ideologia que os fez surgir é infrequente, obtendo apoio para o seu programa de governo, mas à custa de dividi-lo com esses seus aliados, nem sempre tão aliados assim, nem sempre dispostos à defesa do bem comum.[829] Marilena Chaui vislumbra o mesmo cenário e o descreve com cores ainda mais sombrias:

> Esse conjunto de determinações sociais manifesta-se na esfera política. Em lugar de democracia, temos instituições vindas dela, mas que operam de modo autoritário. Assim, por exemplo, os partidos políticos costumam ser de três tipos: os clientelistas, que mantém relações de favor com seus eleitores, os vanguardistas, que substituem seus eleitores pela vontade dos dirigentes partidários, e os populistas, que tratam seus eleitores como um pai de família (o despótes) trata seus filhos menores. Favor, substituição e paternalismo evidenciam que a prática da participação política, por meio de representantes, não consegue se realizar no Brasil. Os representantes, em lugar de cumprir o mandato que lhes foi dado pelos representados, surgem como chefes, mandantes, detentores de favores e poderes, submetendo os representados, transformando-os em clientes que recebem favores dos mandantes.[830]

---

[827] Ibidem.

[828] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 14.

[829] SEGATTO, Antonio Carlos; ABATE, Leandro de Paula Assunção. **O Sistema Representativo Presidencial Brasileiro e a sua Fragilidade Democrática: Conflitos e Soluções.** In: **Argumenta - Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.** Vol. 11. Jacarezinho-PR, 2009, p. 163-166.

[830] CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011. p. 508.

ISBN 978-85-62288-05-0

Em linha de conclusão para este tópico, e relembrando as palavras de Duguit, transcritas por Miguel Reale, diante da deslegitimação do legislador e, de consequência, da própria inadequação social da lei por ele produzida, parece imperativo buscar caminhos que suplantem a lei injusta, socialmente inábil, aquela que atende aos objetivos particulares, mas não aos anseios da "massa dos espíritos".

4 DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO ALTERNATIVA À INAPTIDÃO DO LEGISLADOR

Ainda segundo Norberto Bobbio, no decorrer do século XIX perdeu interesse, em grande proporção, a questão do direito de resistência. Tal fato se deu pela crença oitocentista de que a força do Estado gradualmente pereceria, em face da desmonopolização do poder ideológico-religioso e do poder econômico, antes nele concentrados, assim como pelo acolhimento de vários pleitos da burguesia em ascensão, limitando e delimitando o poder estatal, "constitucionalizando" o direito de resistência e de revolução, seja pela instituição do Estado de Direito, seja pelo reconhecimento constitucional da oposição (verdadeiro contrapoder), seja pela eleição popular de governantes e sua verificação periódica, através do sufrágio universal.[831]

Mas o fato é que uma tal tendência, forjada na práxis política do Estado liberal e democrático, inverteu-se ao longo do tempo, especialmente porque o desenvolvimento da sociedade industrial não diminuiu as funções do Estado, mas ao contrário fortaleceu o seu aparato burocrático. Além disso, a monopolização ideológica e econômica antes afeta ao Estado, ainda persiste, embora transferida, numa espécie de remonopolização, agora em prol dos partidos de massa (ideológica) e das grandes empresas (econômica), inclusive detentores dos meios de formação da opinião pública.[832]

E exatamente em função dessa realidade inquestionável dos dias atuais, afirma Bobbio, a resistência ou a desobediência civil se apresenta perfeitamente possível. Afinal, se aquelas condições ideais vislumbradas no tempo do liberalismo preponderante não se concretizaram, se o direito de resistência e de revolução, cristalizado nos ordenamentos jurídicos vigentes, não fez surtir o efeito desejado, não há mesmo qualquer dúvida de que, ainda que sob nova roupagem, ou sob nova justificativa, a desobediência civil, ou a resistência à opressão, apresentem-se como alternativas válidas. Aliás, ainda segundo Bobbio, nos tempos atuais não se discute sequer a licitude das diversas formas de resistência, em termos jurídicos, mas sim a sua conveniência, em termos políticos. Como sustenta o jusfilósofo, tal resistência

[831] BOBBIO. op. cit., p. 256-257.
[832] Ibidem, p. 258.

ISBN 978-85-62288-05-0

não se volta mais contra o Estado, propriamente, mas em relação a "uma determinada forma de sociedade, da qual as instituições políticas são apenas um aspecto".[833]

Numa palavra: não pode mesmo haver qualquer perplexidade em afirmar que a resistência, ou a desobediência civil, é mecanismo passível de utilização, factível diante da realidade circundante, como forma de reverter a lei injusta, produzida por representantes que não representam, urdida no interesse de poucos e em detrimento de muitos.

Nesse mesmo contexto, Gilvan Luiz Hansen assevera que "ao contrário dos séculos XVI a XVIII, a contemporaneidade, em face do contexto global (econômico, político, cultural, social) apresenta uma predisposição para aceitar a desobediência civil e a resistência popular à autoridade injusta como elementos válidos, e até mesmo necessários, no âmbito do Estado de direito".[834] Mais à frente, nesse mesmo trabalho, Hansen inspira-se em John Rawls, para sustentar que:

> A desobediência civil é hoje, não obstante a complexidade de situações nela implicadas e os riscos à ordem social que ela possa trazer, uma das poucas alternativas que se põem no horizonte social no sentido de sensibilizar a opinião pública e as autoridades quanto à injustiça de determinadas leis fixadas por uma maioria ou por um governo respaldado por uma maioria, os quais agem apenas por interesses empíricos e nada razoáveis.[835]

Nos seus fundamentos teóricos, esse mesmo autor também faz menção ao pensamento de Hannah Arendt, que concebe, como características básicas desses movimentos de resistência, o seu aspecto coletivo, o partilhar de opiniões e não de interesses, a feição pública que esse tipo de manifestação deve ostentar e o seu caráter não violento - inferindo ser possível a validação dos movimentos de desobediência civil, inclusive no plano constitucional.[836]

Aliás, Celso Lafer, inspirado no pensamento arendtiano, faz um comparativo entre os pensamentos de Thoreau e Gandhi, a respeito da desobediência civil, sintetizando-os para definir que:

> Em síntese, creio que se pode dizer que a desobediência civil, no século XX, conserva de Thoreau o caráter predominantemente não-violento da resistência individual à opressão e à injustiça, e de Gandhi a dimensão de

[833] Ibidem, p. 261.
[834] HANSEN, Gilvan Luiz. **Facticidade e Validade da Desobediência Civil como Garantia da Justiça e da Democracia.** In, **Em Tempo – Revista da área de Direito do UNIVEM (Centro Universitário Eurípedes de Marília)**, Vol. 9. Marília, 2010, p. 10.
[835] Ibidem, p. 18.
[836] Ibidem, p. 10-12.

ISBN 978-85-62288-05-0

> uma ação de grupo, que se exprime através de uma resistência coletiva, afirmada eticamente através da convergência de meios e fins.[837]

Mas para além dos pensamentos de Arendt e Rawls, destaca-se do trabalho elaborado por Hansen a posição de Jürgen Habermas, que concebe a desobediência civil como a "pedra de toque no Estado Democrático de Direito" [838]; e assim o faz Habermas, porque detecta a existência de um "agir comunicativo", baseado no Princípio do Discurso, e que considera fundamental na própria legitimação do sistema legal. Segundo Habermas, nas palavras de Hansen:

> Ocorre que esta normatividade jurídica, sedimentada na legalidade, não pode prescindir do reconhecimento dos concernidos por essas leis dentro de uma comunidade de direito, que vem da legitimidade conferida ao sistema legal por parte das pessoas enquanto membros da sociedade. A legitimidade, porém, só é conquistada porque há um processo de legitimação que implica a participação comunicativa e ativa dos concernidos.[839]

Como se verá no próximo item, uma frase, pinçada do texto acima transcrito, é suficiente a demonstrar a força das argumentações habermasianas: "participação comunicativa e ativa dos concernidos".

5 O OBJETIVO DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Cláudia Servilha Monteiro explica que, para Habermas, o Direito "é o amálgama entre facticidade e validade, entre o mundo da vida e o sistema, impedindo a colonização do primeiro pelo segundo", barrando os excessos dos sistemas econômico e político, além de, a um só tempo, regulamentar o poder e a economia, assim como as expectativas dos sujeitos do mundo da vida.[840]O projeto ético de Habermas alicerça-se em dois princípios básicos, o da Universalização, também chamado de princípio "U", pelo qual:

> toda norma válida deve satisfazer à condição (de) que as conseqüências e efeitos colaterais que (previsivelmente) resultarem, para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, do fato de ela ser universalmente seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de

[837] LAFER, op. cit., p. 200-201.
[838] Ibidem, p. 18.
[839] Ibidem, p. 25.
[840] MONTEIRO, op. cit., p. 167.

ISBN 978-85-62288-05-0

regragem) [841],

e o da Ética do Discurso, o princípio D, segundo o qual:

> só podem reclamar validez as normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um discurso prático.[842]

Nesse contexto, e para explicar essa relação entre política, direito e mundo da vida, e a própria aplicação desses princípios, Habermas se utiliza da metáfora "centro-periferia", concebendo a existência de um poder administrativo, que permite a constituição de instâncias do estado de direito, legislação e administração; de um poder comunicativo, consubstanciado nos diversos meios discursivos, hábeis à materialização de um consenso; e de um poder social, formado pelos diferentes interesses corporativos.

Na metáfora de Habermas, o poder administrativo situa-se nuclearmente, no centro, a partir disso envolto pelo poder social, que pressiona o poder administrativo no intuito de vergá-lo aos seus interesses, e só depois dele, na periferia, postado o poder comunicativo, que representa o mundo da vida. A partir disso, "o desafio do poder comunicativo, situado na periferia, no mundo da vida, é engendrar mecanismos para, tanto, neutralizar a influência do poder social sobre o poder administrativo quanto, penetrar o poder administrativo e contaminá-lo com as expectativas e os valores inerentes ao mundo da vida".[843]

Mas acontece que essa tarefa cometida ao poder comunicativo, de se fazer ouvir pelo poder administrativo, não é tão simples assim.

Robert Alexy explica que a obtenção do consenso sobre determinado argumento "depende da capacidade de ir e vir de forma ilimitada de um nível para outro até que se chegue a um consenso. As características formais do discurso, portanto, devem ser tais, que assegurem a transição entre os níveis de discurso." [844]

E essas características formais propiciadoras do discurso e do consenso, dependem do que Habermas chama de "situação ideal de fala", o que ocorre quando a "comunicação não pode ser impedida nem por fatores contingentes externos, nem por coações internas da própria estrutura de comunicação", entendendo-se como comunicação livre de coação, "apenas se ocorre uma distribuição simétrica de oportunidades para todos de escolher e efetuar atos de fala[845]".

---

[841] MAIA, Antonio Cavalcanti. **Habermas, Alexy e o Discurso Prático**. In: **Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional.** Vol. 2. 2008. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.
[842] Ibidem.
[843] HANSEN, op. cit., p. 26-27.
[844] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 123.
[845] Ibidem.

ISBN 978-85-62288-05-0

Habermas distingue, no âmbito do diálogo, efeitos "perlocucionários" e "ilocucionários", sendo que nestes "os participantes da comunicação entendem-se uns com os outros", chegam a um "acordo" a respeito de determinado fato detectado no mundo da vida, enquanto que naqueles, não há propriamente uma confluência, um "agir comunicativo", mas um agir estratégico, no qual um dos falantes age para intervir no mundo da vida, a seu favor, e não para refletir sobre ele. Nesse sentido, o "agir comunicativo" a que se refere Habermas, é "o tipo de interações em que todos os participantes buscam sintonizar entre si seus planos de ação individuais e em que, portanto, almejam alcançar seus objetivos ilocucionários de maneira irrestrita[846]".

Ora, a partir da fixação desses parâmetros, parece fácil concluir que os parlamentos não se fazem ouvir pelo mundo da vida. O "poder administrativo" a que se refere Habermas ainda se faz hermético em relação aos anseios populares, em especial modo nos países ainda não completamente desenvolvidos, inclusive em termos democráticos. O discurso não busca os efeitos "ilocucionários" a que se refere Habermas, mas "perlocucionários". Para que assim se conclua, basta relembrar o que já se disse linhas atrás, sobre a deslegitimação do legislador; sobre a "apatia política" vislumbrada por Bobbio; sobre a "falência dos parlamentos" detectada por Ferreira Filho; sobre o "presidencialismo de coalizão" e a "infidelidade partidária" apuradas por Segatto e Abate; sobre a inversão de papéis e de valores entre representantes e representados a que se refere Marilena Chaui.

E essa hermeticidade do poder administrativo, em relação aos anseios populares, essa falta de diálogo e de discurso entre o centro e a periferia, quase um "autismo político", se traduz nas tragédias diárias que se descrevem nos jornais, que especialmente no Brasil são expressas na truculência da polícia, quando da retirada de famílias ocupantes de terrenos irregulares, a quem não se propicia moradia digna; na falta de mínimas condições de operacionalidade dos hospitais públicos; na educação deficitária, equiparada aos países de menor desenvolvimento econômico do mundo; no "pinheirinho" e na "cracolândia".[847] Tudo isso ocorrendo num país que alcança o topo do "ranking" dos países de maior desenvolvimento econômico do mundo.

Entra pelos olhos, portanto, que procedimentos de desobediência civil, ou de resistência à opressão, servem como instrumentos capazes de quebrar essa crosta formada pelos interesses particulares, agrupadas no que Habermas chama de

[846]HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo:** racionalidade da ação e racionalização social. Tradução SOETHE, Paulo Astor. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Vol. 1. p. 508-509.

[847]Refere-se aqui à desocupação truculenta do bairro Pinheirinho, em São José dos Campos – SP, onde a polícia agiu com demasiada violência, desalojando 1500 famílias, que a partir disso tiveram de ser alojadas em igrejas ou escolas; assim como à desocupação da chamada "cracolândia" no centro da capital do Estado de São Paulo, local habitado por pessoas viciadas em "crack", que banidas do local, não tinham e não têm outro lugar para ficar, muito menos para se tratar da dependência química.

ISBN 978-85-62288-05-0

"poder social", que envolve e impede o poder administrativo de comunicar-se com o mundo da vida (poder comunicativo).

Trata-se de instrumento necessário, imprescindível mesmo, especialmente quando em jogo aqueles direitos fundamentais, elencados na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais, cujo cumprimento reluta o poder administrativo.

6 OS LIMITES DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

À primeira vista parece mesmo uma contradição em termos, falar-se em "limites da desobediência civil", na medida em que, concebida como mecanismo de desafio à ordem jurídica posta, limitá-lo seria tolher-lhe a sua própria essência.

Mas não é essa a perspectiva sobre a qual a questão deve ser analisada.

Ainda que se tenha em conta a validade, mesmo nos dias atuais, da resistência à opressão, da qual a desobediência civil é um dos mecanismos, o fato é que tão importante instrumento não pode ser banalizado, muito menos servido de mera contestação à ordem jurídica instituída. Hannah Arendt, citada por Celso Lafer, reconhece na lei positivada elemento de estabilização da política e propiciador da própria durabilidade do Direito[848], sendo certo que apenas concebe a desobediência civil em situações-limite, sempre passíveis de parametrização, "para que a resistência à opressão, através da desobediência civil, não descambe no anarquismo[849]". Nesse contexto, Arendt elege o interesse público como o balizamento máximo a ser observado. Confira-se:

> Entretanto, não é na consciência individual e numa filosofia da subjetividade que se fundamenta a desobediência civil. O desejo de ser bom está na esfera do privado e corresponde a uma legítima preocupação com o próprio ser. Entretanto, na ação política a preocupação não é com o *eu*, mas com o *mundo* e, portanto, na esfera do interesse público é que se coloca o tema da desobediência civil, enquanto expressão do direito de residência à opressão. É interessante, neste contexto, apontar que a Lei Fundamental de Bonn, que constitucionalizou o direito de resistência no seu artigo 20 – sem dúvida por força da experiência anterior de ruptura -, destaca que este direito conferido a todos os alemães está ligado ao interesse público na manutenção dos princípios constitucionais contemplados na Constituição Alemã[850].

E é exatamente nesse contexto, do interesse público, que a desobediência civil é encarada neste trabalho. Aliás, mais do que o interesse público, o que deve

[848] LAFER, op. cit., p. 217.
[849] Ibidem, p. 235.
[850] Ibidem, p. 231-232.

ISBN 978-85-62288-05-0

mover a desobediência civil são os valores constitucionais, em especial modo a questão dos direitos humanos. A desobediência civil, portanto, somente se justifica quando tenha em conta a afronta àqueles valores máximos reconhecidos na Constituição como fundamentais ao próprio desenvolvimento humano - quando seja possível aferir a própria justiça do ato de desobediência civil pela lente desses valores constitucionais.

Pietro de Jesús Lora Alarcón, mencionando Robert Alexy, explica que os direitos humanos somente reúnem condições de se desenvolver, quando são reconhecidos pelo direito positivo, de forma a alcançarem efetiva proteção. Nesse contexto, e segundo Alarcón:

> Uma íntima relação entre direitos humanos, Estado de Direito e Democracia parece, contudo, irrefutável. Isso porque os direitos humanos constituem limites ao poder do Estado ou às razões de Estado dos governantes, gerando um status para que o indivíduo participe das ações estatais, é dizer, para que deixando de serem meros súditos consigam fazer valer a sua cidadania. Mas, os direitos humanos também devem ser opostos aos particulares, quando estes atentam com seu poder econômico, político ou militar ou com qualquer atitude discriminatória ou atentatória à dignidade[851].

No mesmo sentido é a lição de Paulo Bonavides, que falando a respeito da normatividade dos princípios, em especial modo aqueles albergados na Constituição Federal, assevera que:

> São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina, de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio[852].

Em linha de conclusão para este tópico, portanto, sustenta-se aqui a possibilidade da utilização da desobediência civil, como instrumento de resistência à opressão e de validação do próprio sistema legal.

Entretanto, esse mecanismo não pode ser banalizado, devendo ter por parâmetros rígidos os valores elencados na Constituição Federal, em especial modo

[851]ALARCON, Pietro de Jesús Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público:** uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade**.** São Paulo: Verbatim, 2011. p. 267.
[852]BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 276.

ISBN 978-85-62288-05-0

aqueles tidos pela própria Carta Magna como fundamentais, tanto para autorizar o manejo da desobediência civil, quanto para limitar o seu campo de atuação.

CONCLUSÃO

Neste trabalho procurou-se demonstrar que, entre o governo dos homens e o governo das leis, sempre será preferível a segunda opção, já que a lei, ainda que em tese, corresponde àquele ideal de "depósito da sabedoria popular e da sapiência civil" a que se refere Bobbio.

Também por intermédio deste arrazoado, pretendeu-se demonstrar que a despeito de preferível a lei, ao invés do tirano, não é possível ignorar a crise de legitimidade que acometeu o sistema legislativo secular, diante das graves inconsistências de representação do povo no parlamento.

A partir dessa constatação, sustentou-se que a lei nem sempre corresponde aos anseios do povo, porque influenciados os seus editores, pelo interesse particular e não pelo bem comum.

A desobediência civil se apresenta, a partir dessa perspectiva, como um instrumento de comunicação entre o "mundo da vida" (poder comunicativo), e o centro do poder (poder administrativo). O seu objetivo não é outro que não o de quebrar as barreiras que se formam em torno do poder, impedindo ou distorcendo essa necessária comunicação.

Em suma, no contexto em que se procurou situar a questão da desobediência civil, o seu objetivo é proporcionar aquilo que Habermas chama de "situação ideal de fala", destravando o discurso e distribuindo, simetricamente, as oportunidades de escolha e exercício dos atos de fala.

A desobediência civil, como instrumento ensejador do diálogo, por óbvio, não poderá ser banalizado, a ponto de ser utilizado ao menor sinal de descontentamento para com o ordenamento jurídico vigente. Apenas em "situações-limite", como sustenta Hannah Arendt, onde afetados aqueles valores constitucionalmente reconhecidos, em especial modo os ligados aos direitos fundamentais, se poderá falar na legítima utilização desse mecanismo.

Gandhi mostrou ao mundo que isso é possível, insurgindo-se contra leis iníquas, através da prática da não-violência[853]. O mesmo fizeram Marthin Luther King e Nelson Mandela. O que se apresenta de comum nos episódios protagonizados por esses personagens da história é o enfrentamento, pacífico, de questões cruciais à própria dignidade da pessoa humana.

A medida para a utilização da desobediência civil continua sendo a mesma dos tempos de Gandhi, Luther King e Mandela: a desobediência civil se transforma em instrumento de comunicação entre o mundo da vida e o poder, e se mostra

[853] BOBBIO, op. cit., p. 262.

ISBN 978-85-62288-05-0

passível de utilização, quando direitos afetos a própria dignidade da pessoa humana forem sobrepujados pelo sistema legal.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Pietro de Jesús Lora. *Ciência Política, Estado e Direito Público:* uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011.
ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Escala Educacional, 2006.
ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito.* Trad. GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política.* A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 26. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia.* 14. ed. São Paulo: Ática, 2011.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo.* 3. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo:* racionalidade da ação e racionalização social. Tradução SOETHE, Paulo Astor. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
HANSEN, Gilvan Luiz. *Facticidade e Validade da Desobediência Civil como Garantia da Justiça e da Democracia.* In, *Em Tempo – Revista da área de Direito do UNIVEM (Centro Universitário Eurípedes de Marília),* Vol. 9. Marília, 2010.
LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
MAIA, Antonio Cavalcanti. Habermas, Alexy e o Discurso Prático. In: *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional.* Vol. 2. 2008. Disponível em <www.direitopublico.com.br>.
MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Temas de Filosofia do Direito***.** Decisão, argumentação e ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis.* São Paulo: Martin Claret, 2002.
REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social.* Trad. MACHADO, Lourdes Santos. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
SEGATTO, Antonio Carlos; ABATE, Leandro de Paula Assunção. *O Sistema Representativo Presidencial Brasileiro e a sua Fragilidade Democrática: Conflitos e Soluções. In: Argumenta - Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da*

Universidade Estadual do Norte do Paraná. Vol. 11. Jacarezinho-PR, 2009.
WOLF, Francis. A Invenção da Política. In: NOVAES, Adauto (org.). *A Crise do Estado Nação.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

ISBN 978-85-62288-05-0

O PAPEL DA HISTÓRIA DO DIREITO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Thiago Freitas HANSEN•

RESUMO:

O presente texto tem o objetivo de apresentar a História do Direito como ferramenta para melhora e ampliação das técnicas de hermenêutica constitucional. Partindo de um referencial teórico baseado na crítica da modernidade, o argumento se desenvolve no entorno da filosofia da história de Walter Benjamin para demonstrar que o direito contemporâneo não se constitui como um monumento da racionalidade e que sua formação histórica abriu mão de importantes e inteligentes construções teóricas do direito pré-moderno, seja medieval seja do antigo regime. Por fim, elenca três categorias contemporâneas do direito e busca analisá-las no período pré-moderno para mostrar as devidas rupturas, sendo elas: propriedade, soberania e memória.

ABSTRACT:

The present have the objective to present the Law History as a tool which improves and amplifies the techniques of constitutional hermeneutics. Starting from a theoretical reference based on the critic of modernity, the argues develops the philosophy of history of Walter Benjamin to demonstrate that the actual law doesn't constitutes in a monument of rationality and its historical formation relinquished important and intelligent theoretical constructions from pre-modern law, such as medieval or old regime. At the end, lists three contemporary categories of law and seek to analyzes the pre-modern period to show due ruptures, such as: property, sovereignty and memory.

PALAVRAS-CHAVE: Walter Benjamin – História do Direito – Propriedade – Soberania - Memória

KEYWORDS: Walter Benjamin – Law History – Property – Sovereignty - Memory

INTRODUÇÃO

"Precisamos da História, mas não como precisam dela os ociosos que passeiam no jardim da ciência."

• Possui graduação em História (2010) e Direito (2011) pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. É mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2012).

ISBN 978-85-62288-05-0

Nietzsche

Um dos objetivos da História do Direito é relativizar o presente e mostrar que as construções históricas que recorrentemente a modernidade advoga, muitas vezes de maneira irrefletida ou imbuída em uma ideologia unívoca, não são um caminho natural e progressivo, tão aceitável quanto incontornável. É preciso que se questione a base estrutural do direito à maneira de Paolo Grossi, um dos bastiões da História do Direito, como feito no texto *Mitologias Jurídicas da Modernidade*:

> É satisfatória, de um ponto de vista substancialmente justicial, a garantia oferecida pela legalidade, pela segurança jurídica, pela divisão de poderes? É possível se satisfazer com a lei como justiça quando a mesma lei é reduzida a comando respeitável, mas passível de todo tipo de conteúdo e, portanto, vazio? Por que manter a infalibilidade e, consequentemente, a irresponsabilidade jurídica dos detentores do poder político perante as pesadas responsabilidades que recaem sobre os ombros dos detentores do poder administrativo e, atualmente, também do poder judiciário?[854]

Ao se analisar as consequências mais drásticas que o pensamento do Esclarecimento ocasionou no meio jurídico ocidental e a consequente crise que o pensamento jurídico contemporâneo vem atravessando, mostra-se necessário muito antes de propor novos conceitos e respostas, fazer novas perguntas e questionar aquilo que há tanto tempo foi sacralizado pela tradição jurídica moderna.

A opção por este método tem fundamento no fato de não existirem apenas respostas erradas a problemas certos. Existem também, e até com maior frequência, problemas errados, que na maneira em que são formulados, mitificam o próprio problema e geram respostas viciadas desde seu surgimento.

Para se utilizar a História do Direito como mecanismo de hermenêutica jurídica, é preciso se trabalhar com dois conceitos fundamentais: rupturas e permanências. Ao se observar o passado é preciso que o historiador tenha com seu objeto uma relação de estranhamento aos moldes que o antropólogo tem quando estuda outras populações. A diferença é que o objeto do historiador é o tempo passado e portanto precisa ser reconstruído para a partir de então reapresentado como uma ruptura ou uma permanência da História.

Ruptura em História tem o sentido de uma rachadura epistemológica que permite criar a interpretação de um antes radicalmente diverso de um depois, abrindo a reflexão para o campo da alteridade histórica. É o instrumento que a

[854] GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. – 2. ed. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2007, p. 17.

ISBN 978-85-62288-05-0

História utiliza para compreender o passado radicalmente diverso do presente ao ponto deste passado servir de método de comparação capaz de abrir a linha histórica para outras concepções possíveis do objeto (o direito), relativizando o presente como única possibilidade de existência do Direito.

Por outro lado, as permanências tem o objetivo de investigar "os fios e os rastros" que conduzem a sobrevida do passado no presente em instituições e nas formas de poder, capacitando o jurista avaliar seu momento em busca de anacronismos e reformas estruturais. São com esses mecanismos hermenêutico-históricos que o Direito, bem como o Estado, devem ser compreendidos e avaliados pelo jurista contemporâneo.

A defesa da História como método de interpretação das relações políticas foi proposta por diversos filósofos críticos contemporâneos. Cite-se, a título de exemplo, Karl Marx, Friedrich Nietzsche, Walter Benjamin e Michel Foucault. A linha adotada no presente trabalho diz respeito à perspectiva de história advogada por Walter Benjamin em diversos textos, ressaltando a importância das debatidas *Teses sobre o conceito de História*. Tal escolha tem como justificativa a recente retomada do pensamento benjaminiano por Giorgio Agamben no campo da filosofia política, bem como por parte dos historiadores do direito brasileiros, em especial nas obras de Ricardo Marcelo Fonseca e Luís Fernando Lopes Pereira.

Assim, a primeira parte deste artigo tratará em termos de teóricos da noção de história proposta em Walter Benjamin, para nos itens subsequentes tratar de questões de ordem pontuais sobre possíveis rupturas e permanências no Direito.

1 Recuperar questões perdidas a partir de Walter Benjamin

Um dos temas mais importantes na Filosofia da História de Walter Benjamin é a relação entre memória, passado e projeto político. O autor alemão compreende que a modernidade gerou uma temporalidade linear e vazia que ocasionou o esquecimento de tradições e experiências, fenômeno este que tem como consequência uma cegueira do pensamento com relação ao presente. Em outras palavras: na medida em que a velocidade trazida pela modernidade permitiu um sistema de consumo e vida fetichista, que se consubstancia num eterno retorno à semelhança do mito de sísifo, o passado perdeu sua substância, e juntamente com ele, também se perderam as perguntas que não foram respondidas e os vários projetos políticos que restam inacabados.

Esta perspectiva inicial é o chão da filosofia histórica da memória em Walter Benjamin. A partir de então, com sua receita de *organizar a melancolia*, o autor busca fundamentar uma filosofia da memória que seja capaz de recuperar o passado, mas não em sua totalidade, que seria o típico projeto positivista de um Fustel de Coulanges, e sim como um relâmpago gerado em um momento de

ISBN 978-85-62288-05-0

desconforto e que abre a história para novas possibilidades de ação. Por isso se diz que Walter Benjamin é o teórico da "História Aberta"[855].

Em sua Tese sobre o conceito de História de número cinco, Benjamin apregoa:

> A verdadeira imagem do passado perpassa, veloz. O passado só se deixa fixar, como imagem que relampeja irreversivelmente, no momento em que é reconhecido. "A verdade nunca nos escapará" – essa frase de Gottfried Keller caracteriza o ponto exato em que o historicismo se separa do materialismo histórico. Pois irrecuperável é cada imagem do presente que se dirige ao presente, sem que esse presente se sinta visado por ela.[856]

A receita benjaminiana para a História é de que a típica separação trifásica e linear do tempo deve ser rompida em favor de um presente que dialoga com o passado e remete suas possibilidades utópicas ao futuro. Não há que se falar em um passado morto, um presente alienado e reificante e um futuro incerto, mas cativante. É preciso ver o passado vivo como um relâmpago que ocorre no levante dos escravos em que uma tradição é recuperada em contraposição ao discurso oficial e unilateral.

É desta perspectiva que Benjamin lança um novo conceito para sua filosofia histórica: o agora (*jetztzeit*). Este momento que passa veloz, cheio de significados e materializa-se no presente é a chave da porta que abre a História oficial e permite novos futuros. É a maneira em que passado, presente e futuro se condicionam e convergem a um mesmo ponto, formando uma mônada temporal que irrompe as perspectivas do discurso oficial. É a tese de número 14 que traz essa proposta:

> "A origem é o alvo."
> Karl Kraus, *Palavras em verso*

> A história é objeto de uma construção cujo lugar não é o tempo homogêneo e vazio, mas um tempo saturado de 'agoras'. Assim, a Roma antiga era para Robespierre um passado carregado de 'agoras', que ele fez explodir do *continuum* da história. A Revolução Francesa se via como uma Roma ressurreta. Ela citava a Roma antiga como a moda cita um vestuário antigo. A moda tem um faro para o atual, onde quer que ele esteja na folhagem do

[855] MARIE-GAGNEBIN, Jeanne. Prefácio – Walter Benjamin ou a história aberta. In: BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política*: ensaios sobre literatura e história da cultura. – 7. ed. – São Paulo: Brasiliense, 1994.
[856] BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política*: ensaios sobre literatura e história da cultura. – 7. ed. – São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 224

ISBN 978-85-62288-05-0

> antigamente. Ela é um salto de tigre em direção ao passado. Somente ele se dá numa arena comandada pela classe dominante. O mesmo salto, sob o livre céu da história, é o salto dialético da Revolução, como concebeu Marx.[857]

A citação inicial de Karl Kraus resume a perspectiva benjaminiana: não se trata de buscar um ídolo das origens, já denunciado por Marc Bloch e demais historiadores da tradição francesa dos Annales, mas antes de se resgatar um tempo perdido que gera sentidos e permite uma relação direta, ainda que anacrônica, entre projetos inacabados. É a busca por uma História libertadora. A figura do salto do tigre é lapidar, mostra de forma única a ideia de velocidade e violência – divina, como dito – que a escrita histórica é capaz de reunir em seu bojo.

Constrói-se, assim, um *continuum* de tradições que, na perspectiva política de esquerda e do tempo em que Benjamin vivia, permitia aglutinar Spartacus, Irmãos Gracco, os luditas, Robespierre, Blanchi e a Comuna de Paris como um mesmo movimento por liberdade.

Este novo tempo é denominado de Tempo Messiânico. Recupera-se o conteúdo teológico do tempo, perdido na modernidade pelo tilintar das máquinas, em busca do juízo final. Não se pode esquecer que Benjamin era um estudioso da teologia judaica e defendeu este saber contra as agulhadas modernas de um deus supostamente morto pela ciência. Benjamin acredita na ressurreição do deus morto, ressurreição esta que será realizada pelo homem e não virá externamente numa pacífica e comedida espera. O instrumento para recuperar o caráter messiânico do tempo, é, em essência, a História.

> Articular historicamente o passado não significa conhecê-lo 'como ele de fato foi'. Significa apropriar-se de uma reminiscência, tal como ela relampeja no momento de um perigo. Cabe ao materialismo histórico fixar uma imagem do passado, como ela se apresenta, no momento do perigo, ao sujeito histórico, sem que ele tenha consciência disso. O perigo ameaça tanto a existência da tradição como os que a recebem. Para ambos, o perigo é o mesmo: entregar-se às classes dominantes, como seu instrumento. Em cada época, é preciso arrancar a tradição ao conformismo, que quer apoderar-se dela. Pois o Messias não vem apenas como salvador; ele vem também como vencedor do Anticristo. O dom de despertar no passado as centelhas da esperança é privilégio exclusivo do historiador convencido de que também os mortos não estarão em segurança se o

[857] BENJAMIN, W. Op. cit. p. 229-230.

ISBN 978-85-62288-05-0

> inimigo vencer. E esse inimigo não tem cessado de vencer.[858]

Trazer a vida ao morto, expressão também já utilizada por Michel de Certeau, em um clássico texto denominado *A operação historiográfica*, significa que é material da História, bem como seu objetivo, encontrar o silêncio e o não-dito pelo discurso oficial. Ao se operar à contrapelo a escrita da História é que se traz à luz os *agoras* capazes de religar passado, presente e futuro. Resta esclarecer o que é o conteúdo messiânico do *agora*.

Já evidenciado na tese acima descrita, bem como na discussão sobre o tempo, Walter Benjamin prioriza a análise teológica da revolução, da violência e da memória. O Messias que vem como vencedor do anticristo, ou seja, do discurso oficial, do sistema político em vigor, bem como do capitalismo, é a verdadeira mola propulsora da História que desde a secularização do mundo moderno, teve sua potencialidade mitigada, possuindo uma sobre-vida na forma secularizada do voluntarismo do Estado. Acontece que o papel da teologia é mais importante do que se deseja aceitar, e Benjamin, atento a esta tarefa, escreve em sua primeira Tese sobre o Conceito de História:

> Conhecemos a história de um autômato construído de tal modo que podia responder a cada lance de um jogador de xadrez com um contralance, que lhe assegurava a vitória. Um fantoche vestido à turca, com um narguilé na boca, sentava-se diante do tabuleiro, colocado numa grande mesa. Um sistema de espelhos criava a ilusão de que a mesa era totalmente visível, em todos os seus pormenores. Na realidade, um anão corcunda se escondia nela, um mestre no xadrez, que dirigia com cordéis a mão do fantoche. Podemos imaginar uma contrapartida filosófica desse mecanismo. O fantoche chamado 'materialismo histórico' ganhará sempre. Ele pode enfrentar qualquer desafio, desde que tome a seu serviço a teologia. Hoje, ela é reconhecidamente pequena e feia e não ousa mostrar-se.[859]

O sentido desta primeira tese de Benjamin é de demonstrar que o Tempo Messiânico é fundamental para proporcionar terreno às mudanças, e que qualquer materialismo histórico que utilize as noções de progresso técnico e Esclarecimento está condenado a falhar por se sufocar dentro de sua própria corda. A única substância capaz de irromper o passado no presente é a memória de um tempo libertador, e portanto, messiânico. A potencialidade messiânica funciona como força-motriz dos movimentos libertários.

---

[858] BENJAMIN, W. Op. cit. p. 224-225.
[859] BENJAMIN, W. Op. Cit. p. 222.

ISBN 978-85-62288-05-0

A timidez da teologia denunciada na tese é fruto de teorias que podem ser traçadas, pelo menos, desde a Segunda Escolástica Ibérica de Francisco Suarez e Francisco Vitória. Tais pensadores foram fundamentais para a ruptura da Teoria do Direito medieval juntamente com a Escolástica Franciscana, reformulando os conceitos que sustentavam a lógica jurídica do medievo. A laicização do Direito, ainda que em diversos níveis[860], ocorreu paulatinamente até atingir seu ápice no fenômeno do absolutismo jurídico que foi denunciado por Paolo Grossi. A partir deste ponto o Direito como instrumento moderno ganha cada vez mais importância nas estratégias de controle estatal.

A busca pelo Tempo Messiânico é tarefa também do Historiador do Direito. A tradição jurídica pré-moderna é bastante esquecida na academia, relegando-se a este tempo uma sombra de irracionalidade, obscurantismo e práticas jurídico-religiosas. O mito da Idade Média como Idade das Trevas já foi amplamente combatido pelos historiadores mais comprometidos com um saber histórico responsável e crítico. Entretanto, o Direito ainda parece não ter compreendido – ou talvez tenha compreendido até demais – sua capacidade messiânica.

O morto esquecido do Direito é a tradição oposta à estatalização e à legolatria descarada iniciada nos séculos XVIII. O Direito vinculado ao ambiente político secularizado absorve os mitos em seu conteúdo e é o mecanismo de repressão e controle da sociedade, e não de sua libertação. O poder messiânico que o Direito pode liberar é fundamental na medida em que é capaz de reordenar a lógica da sociedade para além das categorias impostas de cima a baixo pelo Estado, tendo como fundamento a rememoração da tradição do medievo e do Antigo Regime. Este é o morto jurídico que se encontra em perigo e que o Anjo da História tenta recolher os cacos.

Sobre o conceito de categorias, António Manuel Hespanha, em texto que busca resgatar a tradição pré-moderna do Direito, aduz que:

> Realmente, muitos nomes não são apenas nomes. 'Intelectual', 'burguês', 'proletário', 'homem', 'demente', 'rústico', são, além de sons e letras, estatutos sociais pelos quais se luta, para entrar neles ou para sair deles. Numa sociedade de classificações ratificadas pelo direito, como a sociedade do Antigo Regime, estes estatutos eram coisas muito expressamente tangíveis, comportando direitos e deveres específicos, taxativamente identificados pelo direito. Daí que, ter um ou outro destes nomes era dispor de um ou outro estatuto. Daí que por outro lado, classificar alguém era marcar a sua posição jurídica e política.

[860] HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio. - Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2005.

ISBN 978-85-62288-05-0

> [...]
> Por isso é que podemos encarar a categorização social como uma forma de institucionalização de laços políticos; e as tentativas de recategorização como uma espécie de revolução.[861]

O Direito, longe de um marxismo vulgar que reduz seu alcance e autonomia ao produto de uma infra-estrutura, é, em verdade, o *locus* da luta de classes, conceito que Walter Benjamin faz questão de não abrir mão. Esta luta incessante se dá hoje entre Estado e Sociedade, mas para a sociedade poder resistir à opressão que a cerca é preciso recuperar as questões e tradições daquele Direito que foi, por mais de mil anos, desvinculado do Estado. O século XXI precisa mais que nunca de novas formas de coletividade, mas o que se vê é a valorização do individualismo e a relação Estado-indivíduo como preponderante. Mesmo a contribuição dos Direitos Difusos e Coletivos, por mais que tenham contemplado melhoras pontuais, em verdade são falhas na medida em que dependem do Estado ou de sua estrutura para valer-se, como, por exemplo, é o caso do Ministério Público. A insistência na vinculação estatal do jurídico, baseia-se em supostas teorias historicistas que buscam legitimar a jurisdição em contraposição a uma autotutela violenta e irracional, como se o Estado fosse efetivamente um pacificador social, o que em verdade só comprova a perspectiva benjaminiana de um Direito firmado na dualidade poder-violência.

A tradição do medievo pode trazer à tona as experiências (*Erfahrung*) de uma realidade em que o Direito buscava na carnalidade cotidiana – para se usar um termo caro a Paolo Grossi – sua construção paulatina e independente de uma *iurisdictio* estatal. Para tanto, elencou-se aqui, de forma arbitrária mas sistemática, três temas jurídicos pré-modernos e se buscou recuperar a forma como estes institutos respondiam aos conflitos sociais da época. O primeiro tema tratará da questão do conceito de propriedade no medievo e as diferenças na sua formatação moderna; em seguida voltar-se-á ao conceito de soberania, para demonstrar qual era o tratamento jurídico em um mundo cercado pelo pluralismo jurídico em contraposição ao hodierno monismo; a terceira questão corresponderá ao papel da memória no cotidiano social e jurídico, sua importância na teoria e prática jurídica pré-moderna e em que medida sua organização é capaz de gerar novas questões ao mundo jurídico atual.

Frise-se: não se busca aqui, de maneira alguma, uma recuperação anacrônica e uma resposta medieval a problemas contemporâneos. Não, como se afirmou nas primeiras linhas desta parte do trabalho, apenas se está recuperando questões e revivendo o morto pré-moderno a fim de que suas experiências não

[861] HESPANHA, António Manuel. *A política perdida*: ordem e governo antes da modernidade. - Curitiba: Juruá, 2010, p. 19.

ISBN 978-85-62288-05-0

sejam desconsideradas deletérias e desprezíveis simplesmente por não serem modernas.

2 Propriedade: entre poder e ordenamento

Um dos objetivos da História do Direito é o de relativizar conceitos e demonstrar que seus significados sofrem com a temporalidade. O tempo gera rupturas profundas na semântica e muitas vezes alguns conceitos são erroneamente considerados fechados e ahistóricos, havendo necessidade, portanto, do historiador para investigar tais modificações.

O conceito de propriedade, amplamente absorvido sem uma análise rígida de sua história gera a ilusão de que o seu horizonte significativo foi sempre o mesmo. Todavia, a propriedade no período medieval possuía características muitas vezes inversas das que assumiu sua formatação moderna. Cabe, seguidamente, analisá-las.

As relações reais no medievo possuíam uma lógica que com certeza geraria estranheza no leitor moderno. Sua formação se dava de maneira "reicêntrica", ou seja, com uma objetividade material clara com relação às coisas. Em contraposição à realidade clássica greco-romana, a relação sujeito-objeto se modifica fundamentalmente no período medieval, tanto pelo isolamento das pessoas quanto pela forçosa política de desapego material constituída no imaginário cristão após influência de Santo Agostinho.

> As coisas, antes oprimidas pela vontade dominadora do sujeito, agigantam-se e tornam-se os elementos essenciais de uma paisagem que apresenta sempre menores traços da ação humana; coisas inacessíveis nas suas enormes proporções, mas que devem ser respeitadas a todo custo porque condições elementares de sobrevivência em um mundo onde a sobrevivência é o duro problema de cada dia. O sujeito, desprovido de vontade incisiva, encolhido no interior da realidade cósmica como tessela de um grande mosaico, sepultado na concha protetora de sufocantes ordens micro-comunitárias, depõe toda veleidade imperativa e sofre o complexo de forças que do exterior se projetam sobre ele.[862]

As atitudes com as coisas eram guiadas pela noção de utilidade, exercida segundo uma lógica interior ao objeto. Neste sentido é visível que a relação propriedade-proprietário fundamentava-se de maneira oposta da atual, onde o domínio estava submetido aos conceitos de uso e não de poder. Lembra Ricardo

[862] GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. - Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006, p. 42.

ISBN 978-85-62288-05-0

Marcelo Fonseca[863] que o ambiente medieval tem como centro significativo a valorização do todo em contraposição do singular, motivo pelo qual se compreende que um objeto em si não tem significado próprio, a não ser que ele possa contribuir com a construção de um todo. Assim, Grossi explica a valorização do *dominium utile,*

> Como pano de fundo desse primado do objetivo e do efetivo, que mais e mais se afirma e consolida, está o triunfo e o império das situações ligadas à efetividade. Enquanto as titularidades abstratas sofrem aviltamentos e marginalizações, todo exercício sobre a coisa – desde que dotado de um mínimo de autonomia, isto é, desde que seja uma situação dotada de uma corposa efetividade – encontra aqui a sua revalidação.[864]

Com o advento do nominalismo, especialmente por via da Escolástica Franciscana de Duns Scotus e Guilherme de Ockham, os pensadores do Direito fizeram uma releitura do *Corpus Iuris Civilis* e reformularam a posição do sujeito como soberano das coisas. Mais que isso: criou-se uma relação de dependência entre proprietário e propriedade a fim de se definir a própria noção de sujeito. Esta é uma irrupção jurídica da cisão entre cultura (humano, proprietário, soberano) e natureza (objetos e coisas necessárias a definição, pela negativa, do homem).

> trata-se da reflexão franciscana sobre a pobreza que, formulando uma nova noção de homem [...] afasta-o daquela intrincada relação que ele sempre teve com as coisas na reflexão medieval, colocando-o como um ser apartado e autônomo com relação aos bens. Tratou-se do primeiro passo, como se pode prever (ao menos para a noção jurídica "moderna" de propriedade) para uma concepção do sujeito como um in-dividuo desprendido da totalizante e interdependente realidade que o cerca e que, por isso, poderia estar apto a, a partir 'de fora', construir uma relação com os bens.[865]

O sujeito moderno, agora proprietário, deita sua sombra soberana sobre as coisas e funda sua superioridade e sua subjetividade jurídica. A propriedade moderna diferencia-se da medieval em seu aspecto ontológico e na sua submissão ao poder do sujeito moderno, que com esta liberdade-propriedade, é capaz de explorá-la economicamente, permitindo inclusive, mesmo que à custa da sociedade,

---

[863] FONSECA, Ricardo Marcelo. A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil. In: *Anuario Mexicano de história del derecho*, Mexico, XVII, 2005, pág, 99.
[864] GROSSI, Op. Cit. p. 43.
[865] FONSECA, Ricardo Marcelo. Op. Cit. p. 101.

ISBN 978-85-62288-05-0

sua destruição.

Esta nova concepção que busca relacionar subjetividade e propriedade será redefinida anos mais tarde por John Locke ao tratar do estado selvagem do homem e a função do Estado no contrato social, como aquele que deve proteger a propriedade e garantir o livre desenvolvimento dos cidadãos.

> Para Locke a autoconservação do indivíduo em estado de natureza não se converte, necessariamente, na destruição do outro. Capaz de um racional e visionário autocontrole, o sujeito deve e pode satisfazer as suas necessidades na forma da propriedade; e é justamente a liberdade-propriedade a regra que já no estado de natureza permite a convivência ordenada dos sujeitos. Toda a ordem se desdobra então em dois níveis ou momentos distintos: um momento pré-político, onde os sujeitos, graças ao respeito da liberdade-propriedade, dão lugar a uma forma não conflitiva de convivência; e o momento político, onde o soberano, por um mandato dos sujeitos, respeita e reforça as regras fundamentais da ordem pré-política.[866]

A propriedade não tem mais capacidade de constituir o ordenamento jurídico, ou seja, aquela característica que permitia, como discorre Santi Romano[867] em sua teoria da instituição, a construção do complexo de normas de baixo para cima, como emanado pelo corpo social. Agora, a propriedade é parte integrante e constitutiva da soberania e da subjetividade, conceitos fundamentais para a construção do contratualismo moderno e para a formação do estado-monopólio do Direito.

3 Soberania: monismo e pluralismo

O conceito de soberania está intimamente marcado com a noção de Estado. Assim, pensar a palavra soberania em um contexto medieval pode soar anacrônico e metodologicamente suspeito. Entretanto, não se trata de enxergar no medievo a contemporânea soberania – vinculada as noções da teoria política moderna, em especial de Estado Nação – nem de se procurar elementos idênticos e sua conformação absoluta em outro tempo histórico. É preferível adotar a postura de Pietro Costa[868] no sentido de se adotar "uma definição de conteúdo 'fraco' (*debole*) de soberania: convém desvinculá-la de qualquer estorvante parentesco com o 'Estado moderno' e assumi-la como um termo que indica uma posição qualquer de excelência dentro de um determinado sistema político".

A busca por um local de excelência no medievo não corresponde que este

[866] COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. – Curitiba: Juruá, 2010, p. 85.
[867] ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
[868] COSTA, Pietro. Op. Cit. p. 102.

ISBN 978-85-62288-05-0

mesmo local seja o centro absoluto e único de emanação do poder, que seria muito mais próximo ao Estado Moderno, antes, o medievo viveu um período de grande descentralização do poder a partir de seu sistema de Suserania e Vassalagem, que em nada se confunde com a lógica da servidão feudal. A distribuição de poder na sociedade medieval seguia preceitos rígidos e estruturantes que não eram ditados por um único homem ou pessoa, mas sim se construíam, paulatinamente, a partir da observação e da crença da existência de uma ordem natural constituída por Deus.

> A imagem medieval da ordem política é correspondente à visão de um cosmo hierarquicamente estruturado: como o inteiro universo, também a sociedade humana é composta de papéis desiguais, de poderes e obediências rigidamente estabelecidos. A unidade do todo se rege sobre a desigualdade das partes: a diferenciação social, política e jurídica dos *status* dos sujeitos e a sua disposição hierárquica tornam possível a existência da ordem. A ordem não depende da vontade 'despótica' do detentor do poder: é inscrita na natureza própria dos seres e repousa sobre as suas diferenciações 'objetivas'. É a inteira sociedade humana que se dispõe numa rede de supremacia e de obediência: a ordem política e a ordem social são duas faces da mesma moeda.[869]

A formatação política e social não se dava a partir de uma abstrata noção de liberdade, advogada séculos mais tarde nas revoluções liberais. Muito bem estudado por Georges Duby[870], a sociedade medieval respeitava sua lógica tripartite entre nobres, clero e servos, com uma pequena classe mercantil e urbana que anos mais tarde viria a ganhar um espaço econômico e político fundamental. Esta conformação, ainda que com diversas e importantes resistências, ordenavam o imaginário político e jurídico da época.

A posição do rei não retinha semelhança com a ideia de soberania moderna. Longe de ser criador da ordem jurídica através de comandos soberanos, o rei era considerado o Grande Juiz na terra, aquele que assumindo o papel que lhe é dado, devia aplicar o Direito que lhe é externo e entregue por via divina. Em uma sociedade escatológica, como era a medieval, o rei cumpria uma posição teológica, muito bem analisada por Ernst Kantorowicz, em que concentrava no seu entorno dois corpos: o poder político perene, relacionado a ordem posta e posição nobre que exercia, e a sua constituição física, passageira porém imortalizada pela memória. Pietro Costa[871] esclarece o cunho teológico deste Direito:

---

[869] COSTA, Pietro. Op. cit. p. 82.
[870] DUBY, Georges. *As três ordens*: ou o imaginário do feudalismo. 2. Ed. – Lisboa: Editorial Estampa, 1982.
[871] COSTA, Pietro. Op. cit. p. 106.

ISBN 978-85-62288-05-0

> Devemos levar em consideração, como pano de fundo, o *pathos* religioso e escatológico segundo o qual do juízo justo e inapelável de Deus se espera a fundação agostiniana de Cidade de Deus: é um juízo, no juízo 'final', que culmina a história humana e a onipotência divina se desdobra conclusivamente no 'dar a cada um o que é seu', na perfeita transparência de uma justiça finalmente triunfante. É enquanto juiz, portanto, que o rei é a mais fidedigna *imago dei*: a soberania (de Deus como monarca) se traduz no poder de prestar justiça. [...] uma ordem já dada, sustentada por normas consuetudinárias, longe de ser identificada com a vontade de legislar do soberano. O soberano exercita então o seu poder não tanto criando quanto 'dizendo', declarando, o direito: o direito já existe, é uma forma do ser, e o monarca é chamado a proclamá-lo, a reafirmá-lo prestando a justiça, exercitando o papel (ao mesmo tempo sacro e jurídico) do juiz justo.

Este caráter religioso do Direito medieval, sem dúvida alguma repressivo e gerador de injustiças, ainda assim possui uma qualidade invejável em relação a moderna soberania: a desvinculação do Direito a vontades singulares, seja de um Estado, seja de um governante. O Direito, ainda que questionado por ter relações com Deus, não exercia sua prática conforme uma teocracia "irracional", mas a partir do conceito de equidade (aequitas), bastante terreno e vinculado aos casos concretos. O Direito moderno, filho do Esclarecimento, absorveu de forma secularizada a representação da soberania, e abstraiu a prática, reduzindo a base racional do Direito medieval à submissão da lei e do comando voluntarista do soberano.

> Em realidade, se no medievo símbolos religiosos se entrelaçam com argumentações rigorosamente 'racionais' na representação e na legitimação da soberania, tampouco a cultura político-jurídica moderna parece privada de ecos e de remissões a uma dimensão religiosa do poder. Deste ponto de vista, a 'secularização' moderna poderia talvez ser concebida não tanto como uma simples 'amputação' da esfera do 'sacro', quanto uma sua redefinição e recolocação dentro da estratégia de representação da soberania. E, inversamente, poderia ser entendido como sinal de permanência de uma 'estrutura de mentalidade' tipicamente medieval a ideia de uma ordem já dada, desenvolvida em torno de uma escala hierárquica de posições de poder, reflexo, no mundo histórico-social, de um cosmos diferenciado, hierárquico e orientado 'para o alto'.[872]

[872] COSTA, Pietro. Op. cit. p. 108.

ISBN 978-85-62288-05-0

A aplicação desta equidade, ou seja, a prática jurídica medieval, estava estritamente vinculada ao conceito de *iurisdictio*, traduzido modernamente por jurisdição – dizer o direito. Diferente de hoje, a *iurisdictio* medieval, resgatada a partir de uma releitura do *Corpus Iuris Civilis* – texto que era considerado uma verdade normativa inquestionável –, tinha a função de trazer a completude do sistema jurídico, não exercitando o monopólio do dizer o direito, mas creditando na figura do imperador (resgatado dos romanos) o poder de julgar e não ser julgável.

O mundo medieval, portanto, é um mundo colonizado por uma pluralidade de *iurisdictio*, existente entre os corpos sociais mais remotos e distantes, gerando um direito e um ordenamento construído como reflexo de uma ordem natural imutável, mas, mesmo assim, com amplo leque de atuação da sociedade na construção do direito. A *iurisdictio plenissima*, aquela dada ao Imperador, não se confunde com o voluntarismo moderno, singular e prepotente.

> O imperador é para o jurista um símbolo de validade, a válvula de fechamento do sistema jurídico. Ele não é tanto a encarnação de uma vontade onipotente quanto é o fundamento de validade de um sistema normativo – o *Corpus Iuris* – retirado do longínquo passado da Roma imperial e colocado em uma espécie de presente eterno. Se é verdadeiro, assim, que o *Corpus Iuris* é, quanto à sua origem, o fruto de uma vontade de legislar, é igualmente verdadeiro que para o jurista medieval ele parece principalmente na expressão de uma racionalidade capaz de conter em si mesma a essência da ordem. O momento 'voluntarista' do ordenamento jurídico perde-es nas névoas das origens, enquanto se torna dominante, na apresentação atual (e atualizante) da *lex* justinianeia, o componente da 'razão': o direito romano como *ratio scripta*, portanto, como dirá Baldo, introduzindo uma denominação destinada a uma grande fortuna.[873]

É com a tradição moderna de soberania, iniciada especialmente por Jean Bodin[874], somado ainda com o voluntarismo, sistematizado pela Escolástica franciscana, que Lei, Direito e Poder se misturam e se unificam, gerando o moderno monismo jurídico.

---

[873] COSTA, Pietro. Op. cit. p. 111.

[874] COSTA, Pietro. Op. cit. p. 83 explica a postura de Bodin: "Nos confrontos da tradição medieval, Bodin introduz notável diferença: em primeiro lugar, ele 'territorializa' a soberania atribuindo-a ao monarca; em segunda lugar, acentua seu papel apresentando-a como a alma, o sustento imprescindível da ordem; em terceiro lugar, assume-a como ponto de referimento primário para os súditos: o cidadão para Bodin não é mais o membro de uma cidade, mas sim é o súdito do soberano. A soberania, a relação de domínio-obediência, a troca entre proteção e sujeição, e não mais o pertencimento e a obrigação para com a comunidade, intervêm agora para definir a relação política fundamental."

ISBN 978-85-62288-05-0

O senso de comunidade, de construção externa, consuetudinária e lenta do Direito esvai-se de sentido. A coletividade perde espaço em detrimento do moderno sujeito individualista. A propriedade moderna ajuda a construir uma irresponsabilidade social, e o Estado, na tentativa de aparar esta desigualdade marcante funda os Direitos Sociais. Evidentemente, como visto, estes são melhores que nada, mas estão longe de modificar o cenário jurídico e garantir um direito que não seja controle mas sim libertação.

> Delineia-se, em alguns setores do discurso público, uma preocupação diversa, que faz uso do conflito internacional e repensa o Estado como um organismo chamado a afirmar a sua vontade de potência e a sua capacidade expansionista. É reforçado, então, nesta perspectiva, um tema, ademais já presente na tradição (e marcadamente em Hegel): o nexo constitutivo entre o Estado e a guerra. A ideia do caráter absoluto da soberania – um perfil característico da modernidade – se traduz na atribuição ao Estado de uma incontrolável vocação à expansão e à guerra: a natureza e o fim do Estado se resumem numa vocação 'imperial' em nome da qual as reivindicações econômico-sociais e a atenção aos direitos dos sujeitos devem ser silenciados como expressão de um hedonismo e de um individualismo indiferente aos interesses superiores da nação.[875]

Urge repensar, considerando tradições esquecidas a figura moderna de soberania. Como se analisou, com Carl Schimitt o soberano se torna aquele que decide quanto ao Estado de Exceção. Numa sociedade em que cada dia mais a exceção é a regra, a soberania se torna o principal instrumento de instauração da barbárie, motivo pelo qual é urgente revisitar seu conceito.

4 Memória: conceito teórico e prático

Poucos tópicos são tão importantes na filosofia de Walter Benjamin como o conceito de memória. Esta noção está intimamente relacionada a ideia de experiência, que, como analisado, é central no projeto político Benjaminano. Associado ainda a uma tradição judaica, o conceito de rememoração se torna fundamental, base lapidar a construção da comunidade de crentes.

A recuperação da experiência de maneira política, ou seja, por via da memória, imbuído num tempo messiânico de esperanças, gera, por sua vez, significados que transcendem o conceito contemporâneo que se tem de memória, basicamente desconectado de seu reverso clássico: o destino.

A passageira e contemporânea explicação de memória é explicada por Aldo

[875] COSTA, Pietro. Op. cit. p. 92.

ISBN 978-85-62288-05-0

Mazzacane[876] que ressalta seu esvaziamento de sentido ao relacionar seu conceito com uma "função servil [...] de que desempenha tarefas subalternas, de mero apoio do aprendizado, e de que caracteriza os engenhos opacos e repetitivos". Essa perspectiva intimamente moderna de memória está vinculada ao próprio fenômeno de rompimento das tradições trazido pelo Esclarecimento, somado ainda, com a aceleramento das relações sociais e a desvinculação, cada vez mais evidente, entre as gerações. Afinal, memória, em essência, tem um papel antropológico em nossa cultura ocidental:

> Na mitologia grega, sede dos arquétipos da antropologia ocidental, a memória é uma deusa, Mnemosine. Filha de Urano e Gaia, engendrou as Musas com Zeus. É, portanto, um elo entre as duas gerações de deuses; a memória une a primeira geração, a dos deuses ainda submersos na obscuridade inicial ou dela recém-emersos, com a segunda, a de Zeus, introdutor da ordem ao caos primogênito. Nascida das profundezas do cosmos, das mesmas vísceras do mundo, vem acompanhada pelo princípio de ordem e é mãe de todas as formas de representação. Ela evoca na mente dos homens as façanhas de heróis e deus; nelas o poeta se inspira porque cantar é recordar.[877]

A excessiva operacionalização da memória possui história recente e pouco estudada. As leituras clássicas e medievais sobre a memória mantiveram, ao menos em essência, um mesmo cerne significativo: memorar era a cola social entre gerações e a principal forma de transmissão de experiências construídas, em um âmbito eminentemente oral, paulatinamente e discursivamente.

Walter Benjamin, em seu texto *Experiência e Pobreza*, demonstrou que o descolamento das gerações, provocada especialmente pelo florescer técnico-industrial, calou a humanidade e liquidou a cultura oral desenvolvida séculos – até mesmo milênios – a fio no ocidente. Como resultado, tem-se leituras rasas e um acúmulo pobre de experiências que "impele a partir para a frente, sem olhar nem para a direita nem para a esquerda"[878]. A técnica moderna avançou seus tentáculos também na forma como a própria memória era disposta:

> Na cultura ocidental, a partir de então, a memória passou a pertencer à retórica, mudando naturalmente de função e de significado em virtude das alterações sofridas por essa disciplina. [...] Sua inserção na arte oratória a faz, precisamente, mais que um dote natural, uma *ars*, uma *téchne*, que se deve

[876] MAZZACANE, Aldo. O jurista e a memória. In: PETIT, Carlos. (org.) *Paixões do jurista*: amor, memória, melancolia, imaginação. – Curitiba: Juruá, 2011, p. 90-91.
[877] MAZZACANE, Aldo. Op. cit. p. 92.
[878] BENJAMIN, W. Op. cit. p. 116.

ISBN 978-85-62288-05-0

> aprender de modo apropriado e que deve ser continuamente aperfeiçoada com o exercício.[879]

A memória tecnicizada perde seu sentido histórico e também seu sentido jurídico. Sendo o Direito medieval fruto da construção cotidiana e com uma geometria móvel de fontes, em especial por via da prática da equidade e da rememoração dos ensinamentos do cristianismo, o papel da memória era fundamental na medida em que constituía a própria ligação entre as experiências terrenas – e portanto, emanantes do direito – e a prática jurídica. Longe de constituir uma mera parte da retórica, a memória medieval busca adicionar ao seu corpo um conteúdo dialético de construção do conhecimento. Aldo Mazzacane esclarece que "nos antigos sistemas de cultura oral, a memória se ensina, se laiciza e se institucionaliza na figura daqueles que recordam, com a finalidade precisa de tomar uma decisão jurídica."[880]

O melhor exemplo físico deste vazio de significados vivido por este Direito filho do absolutismo jurídico é a sua biblioteca. Mais e mais há um impulso por atualização das teorias, velocidade no julgamento das lides, sobre o pretexto um tanto quanto cinzento de "acesso à justiça", tentativas desesperadas de operacionalizar, por via da técnica, o saber jurídico.

> A nova edição de um manual torna inútil a precedente, destinada a jazer sem fortuna entre os despojos expostos pelo *bouquinistes*. Coleções inteiras de revistas e tratados, que seguiram de perto a marcha da legislação e doutrinas, desaparecem atrás do horizonte pela entrada em vigor de novas disposições. É famosa a observação sarcástica de Kirchmann: *'três palavras de retificação do legislador, e bibliotecas inteiras se convertem em papel de rascunho'*.[881]

A cultura jurídica, bem como o homem moderno, parecem esvaziados de experiências. Abstraídos por projetos megalomaníacos, mas, paradoxalmente, de curto-prazo e pouca efetividade. Impulsionado para o progresso, o Direito se torna uma banca de prestação de serviços, vinculado ao Estado capenga e monopolista, que, mesmo em suas ações que visam compartilhar o poder com a sociedade civil, ainda mantém um íntimo vínculo que exige sua anuência para aprovação, legitimação e aceitação de todo meio extra-judicial. Além disso, impossível fica um poder plural em vistas de um paradigma individualista que conserva em seu seio uma relação simplista entre o cidadão e o Leviathan. Aldo Mazzacane mostra que a

[879] MAZZACANE, Aldo. Op. cit. p. 93.
[880] MAZZACANE, Aldo. Op. cit. p. 93.
[881] MAZZACANE, Aldo. Op. cit. p. 91.

ISBN 978-85-62288-05-0

cegueira temporal, o esquecimento das experiências passadas é prova de que o "território da memória coincide com o da 'modernidade' e o 'hoje' foi condensando-se em torno a um período de cem anos"[882].

Os papéis que o jurista assume hoje são cada vez mais simplistas e obscenos. Longe de buscar a aplicação de um Direito em parâmetros móveis, com esferas de discussão e racionalização terrena do jurídico, o jurista contemporâneo aceita como seu o desprezível termo "prestação jurisdicional" ou "assistência judiciária". É na arte que se observa a materialização do homem moderno: de destino irracional, despolitizado, imóvel no eterno retorno de experiências sem sentido.

> Tanto um pintor complexo como Paul Klee quanto um arquiteto programático como Loos rejeitam a imagem do homem tradicional, solene, nobre, adornado com todas as oferendas do passado, para dirigir-se ao contemporâneo nu, deitado como um recém-nascido.[883]

Pegue-se, por exemplo, o mito de Édipo Rei. Existem duas versões importantes que caracterizam o momento em que Édipo encontra a esfinge e se depara com seu destino, a pintura de Ingres, de 1808 e a de Francis Bacon – que não é o filósofo – de 1983. Suas diferentes versões mostram também diferentes mentalidades.

A pintura de Ingres retrata Édipo desvendando a charada da esfinge e, ao fundo, a cidade em que ele se tornaria rei e cumpriria seu destino – qual seja, matar seu pai e casar-se com sua mãe. De forma otimista, a relação entre destino e história fica explicitada na pintura, com suas formas claras e bem delineadas, numa oposição entre natureza e cultura, como adverte Olgária Matos. Agora, quando analisada a pintura do irlandês Francis Bacon, tem-se um quadro completamente diverso: um Édipo vestido de roupas atléticas e modernas, com seu pé enfaixado e ensangüentado – o mesmo pé ferido e inchado quando ele é encontrado, ainda criança – representando a intensa e alienada busca por sentidos da modernidade contemporânea, enquanto o destino, antes representado em Ingres pela cidade, agora se transforma em um obscuro e incompreensível quadro negro com manchas ensanguentadas. Assim que Olgaria Matos[884] delineia que a

> [...] tragédia moderna não é a de Édipo rei – a intriga, o assassinato, a incompreensão da fatalidade – mas [...] quando o destino, tendo se realizado,

[882] MAZZACANE, Aldo. Op. cit. p. 97.
[883] BENJAMIN, W. Op. cit. 116.
[884] MATOS, Olgaria Chaim Feres. Desejo de evidência, desejo de vidência: Walter Benjamin. In: NOVAES, Adauto. (org.). *O desejo*. – São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 299.

ISBN 978-85-62288-05-0

> nada mais ocorre ao herói, nada mais lhe está destinado. A perda do destino é essencial à modernidade e é a origem da busca da origem, a busca de um ponto de pertencimento. O enigma moderno não se aloja mais na natureza mas está na própria história.

Esta batalha moderna por sentidos gera uma procura incessante mas cega, porque vazia de experiências. "Assim também a história – toda história – se abre como o caminho de um cego em busca dos signos, para agarrar o mais escorregadio significado: o destino"[885]. O exercício da memória jurídica, devidamente politizada e construtora de sentidos, é fundamental para a reformulação de um Direito preocupado com qualidade e não quantidade, para um Direito que permita a construção do destino e não a imposição estatal deste.

> A historiografia, a 'erudição de antiquario', e a literatura de fim do século partem da nova percepção do tempo e do irrepetível passado. Este é algo perdido e separado de nós; é uma paisagem de ruínas que a memória se esforça em decifrar para vencer a sua dupla inseparável, o esquecimento.[886]

É preciso que se repense o papel da História do Direito dentro da própria "Ciência Jurídica". Sua atuação não objetiva esbanjar cultura e recontar um passado linear e cheio de grandes feitos, mas possui uma potencialidade política de mudança da estrutura jurídica contemporânea.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de se desejar fechar o assunto, estas considerações finais deveriam ser, em verdade, propostas iniciais para uma pesquisa ulterior. O trabalho se constituiu de uma defesa aberta da importância da História do Direito, comprometida e séria tanto metodologicamente quanto teoricamente, para o jurista. Longe de um resgate prepotente de conceitos antigos com o objetivo apenas de demonstrar "cultura" ou "conhecimento erudito" nos moldes do bacharelismo do século XIX e XX, o objetivo de se *historicizar* o Direito é revelar as estruturas acomodadas, aceitas piamente e defendidas – inclusive por acadêmicos – como se eternas e transhistóricas fossem.

A História, tão mal vista pelos juristas, relegada à disciplina acessória ou de segundo plano, em verdade é um dos mais importantes conhecimentos propedêuticos que o jurista deve ter. O Brasil vive hoje um momento de crescimento do Poder Judiciário, decisões importantíssimas estão sendo tomadas no Supremo

[885] MAZZACANE, Aldo. Op. cit. p. 93.
[886] MAZZACANE, Aldo. Op. cit. p. 108.

ISBN 978-85-62288-05-0

Tribunal Federal, inclusive, por exemplo, a revisão da Lei de Anistia, que politicamente e – seria até possível dizer, obscuramente – foi mantida em defesa de militares torturadores e assassinos, imbuídos em uma política de Terror de Estado.

Walter Benjamin perdeu sua vida para o Terror de Estado. Deixou de ser professor na Universidade de São Paulo, como cartas ao seu colega Scholem atestam, por causa do Terror de Estado. Suas lições se mostram mais atuais que nunca, e o Anjo da História está mais atento ainda. Sérgio Alcides[887] conseguiu captar a experiência brasileira do Anjo da História benjaminiano em uma bela poesia abaixo transcrita:

Nosso Angelus

Olhar esbugalhado. Sujo de terra, sujo de ter
visto demais.
Uma tempestade sopra aí. Não vem do paraíso.
Nem é mesmo uma tempestade.
Berro. Canivete. Cassetete. Coturno. Porão. Pua.
O trópico é o pau de arara onde foi pendurado o anjo da história
do Brasil, para ser torturado.
Aura escangalhada, sem chance de alegoria.
Asas abertas porque foram quebradas, asas repuxadas.
Boca aberta porque foi atada ao cano de descarga de um jipe da Força
[Aérea em 1971, que acelerou e o arrastou pela boca até o fim
e depois.

Sem que pudesse enxergar as ruínas atrás.
Desenho de manchas de sangue no pátio de cimento,
projeto de rachaduras futuras sob o trópico.
Revelação / ocultamento / desvio e retorno
em abismo. Nenhum outro anjo deixou cadáver.
Para ser engolido. E nunca ser encontrado.
Sem que possamos encerrar a busca.

O que resta? Que cacos precisam ser resgatados? Este é o objetivo do historiador do Direito, esta tarefa deve ser defendida publicamente por todos, ou

[887] ALCIDES, Sérgio. Nosso Angelus. *Folha de São Paulo*, 13 de março de 2011, ano 91, nº 29.929, pág. 8, Caderno Ilustríssima.

ISBN 978-85-62288-05-0

então até “os mortos estarão em perigo”.

REFERÊNCIAS

ALCIDES, Sérgio. Nosso Angelus. *Folha de São Paulo*, 13 de março de 2011, ano 91, nº 29.929, pág. 8, Caderno Ilustríssima.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política*: ensaios sobre literatura e história da cultura. – 7. ed. – São Paulo: Brasiliense, 1994

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. – Curitiba: Juruá, 2010

DUBY, Georges. *As três ordens*: ou o imaginário do feudalismo. 2. Ed. – Lisboa: Editorial Estampa, 1982.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil. In: *Anuario Mexicano de história del derecho*, Mexico, XVII, 2005

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. – 2. ed. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. - Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

HESPANHA, António Manuel. *A política perdida*: ordem e governo antes da modernidade. - Curitiba: Juruá, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio. - Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2005.

MATOS, Olgaria Chaim Feres. Desejo de evidência, desejo de vidência: Walter Benjamin. In: NOVAES, Adauto. (org.). *O desejo*. – São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

MAZZACANE, Aldo. O jurista e a memória. In: PETIT, Carlos. (org.) *Paixões do jurista*: amor, memória, melancolia, imaginação. – Curitiba: Juruá, 2011.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ISBN 978-85-62288-05-0

SOBRE HERMENÊUTICA, DIREITO E LITERATURA: ITINERÁRIOS FILOSÓFICOS, POLÍTICOS E JURÍDICOS DE ANTÍGONA

Caio Henrique Lopes RAMIRO[888]
Tiago Clemente SOUZA[889]

Resumo

Neste artigo nos ocuparemos basicamente em investigar alguns possíveis temas político-jurídicos de relevante interesse para a construção do saber jurídico dentro do universo filosófico de Antígona, conhecida obra de Sófocles. O esforço de reflexão se concentrará no inacabado enfretamento entre direito natural e positivo e quais seriam as razões e reflexos políticos que possivelmente podem ser identificados dentro deste clássico texto da literatura universal.

Abstract

In this article we will deal primarily to investigate some possible political and legal issues of relevant interest for the construction of legal knowledge within the philosophical universe of Antigone, Sophocles' famous work. The effort of reflection will focus on coping unfinished between natural law and positive and what are the reasons and political consequences that could possibly be identified within the text of this classic of world literature.

Palavras-chave: Filosofia do direito, filosofia política, direito natural, direito positivo. Sófocles.

Keywords: Philosophy of law**,** political philosophy, natural law, positive law. Sophocles.

I. Afinal, o Direito possui uma única voz? Sobre o discurso jurídico através do discurso literário.

Em primeiro lugar, destaca-se que se observam neste texto os contornos e peculiaridades que estão em questão em uma tentativa de leitura do direito através da literatura. Não obstante, há que se reconhecer que a aproximação entre direito e

[888] Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP modalidade 1. Possui especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Membro do Grupo de Pesquisa Bioética e Direitos Humanos – UNIVEM. Advogado.
[889] Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM. Bolsista CAPES/PRSUP modalidade 1. Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual – CoDiP/UNIVEM. Advogado.

ISBN 978-85-62288-05-0

literatura é uma interessante forma de abordagem do fenômeno jurídico, pois existem várias formas de discurso possíveis (poético, político e científico, por exemplo), sendo o discurso jurídico apenas uma destas possibilidades argumentativas.

Obviamente não se tem a pretensão neste artigo de se esgotar o tema acerca das possibilidades discursivas existentes e, muito menos, de uma análise semiótica do texto que servirá de base ilustrativa. O que se pretende é apenas e tão somente destacar que a lei, invariavelmente colocada como objeto de análise do discurso jurídico, pode ser tematizada de outras formas e o contato com textos clássicos da literatura e do teatro, por exemplo, pode servir como instrumento de fundamental importância para uma formação cultural do agente do direito, bem como para a construção do saber jurídico crítico.

A fim de ilustrar a aproximação entre direito e literatura, podemos identificar três fases de evolução, tomando como referência os trabalhos desenvolvidos nos Estados Unidos da América do Norte e em parte da Europa.

A primeira fase se desenvolve nos Estados Unidos da América a partir de 1908 com a publicação de *A list of legal novels* de John Henry Wigmore, sendo que o vínculo epistêmico entre o saber jurídico e o literário possivelmente pode ser identificado na obra de Benjamin Nathan Cardozo (*Law and literature)* e Lon L. Fuller. (GODOY. 2012, p.1). Por oportuno, ressalta-se que o último autor é bastante conhecido do público leitor por seu famoso livro *o caso dos exploradores de cavernas.*

Em Europa o desenvolvimento dos trabalhos dentro da perspectiva a que chamamos de primeira fase se inicia em idos dos anos trinta em terras alemãs com Hans Fehr e a publicação de seus livros *Das Recht im Bilde (1923)*[890] e *Das Recht in der Dichtung (1931)*[891]*,* sendo que o autor destaca o direito como cultura. Ainda em solo germânico há que se destacar o trabalho de Gustav Radbruch a respeito do sintagma direito e literatura, com a publicação em 1938 da obra *Psicologia do sentimento jurídico dos povos*. (SANSONE; MITTICA. 2012, p. 3)

Por fim, há reflexão acerca da possibilidade de aproximação de direito e literatura em Itália, com a publicação em 1936 da obra *La letteratura e la vita Del diritto,* de autoria de Antonio D'Amato, que observa a literatura como instrumento capaz de por os fatos mais típicos do universo jurídico em questão. (SANSONE; MITTICA. 2012, p. 3).

A segunda fase ou etapa intermediária se desenvolve entre os anos de 1940 e 1980 nos países da primeira fase de forma a buscar um aprofundamento dos debates e, no contexto continental europeu, há o desenvolvimento de pesquisas em

[890] Em uma tradução livre: *O direito na pintura.*
[891] *O direito na literatura*

ISBN 978-85-62288-05-0

outros países como é o caso da França, Bélgica e Espanha, por exemplo.

A partir da década de 1980 há uma afirmação das investigações a respeito do selo *direito e literatura,* podendo aqui ser encarada tal perspectiva como a última fase dessa proposta de ilustração cronológica. Nos Estados Unidos da América, os principais autores são James Boyd White (*The legal imagination),* Richard Weis, Richard Posner, Ian Ward, Paul J. Heald, Martha Nussbaum, Richard Rorty, Owen Fiss, Stanley Fish e Sanford Levinson. Em Alemanha destacam-se os nomes de Jörg Schönert, Hans-Jürgen Lüsebrink, Klaus Lüdersen, por exemeplo. Ainda, nos países de língua francesa Régine Dhoquois e, mais recentemente, François Ost. Por fim, em solo italiano podemos citar os nomes de Mario A. Cattaneo, Alessandro Manzoni, Carlo Goldoni e Antonio Bevere. (SANSONE; MITTICA. 2012, pp. 4/5)

Não obstante, as investigações que vêm se desenvolvendo dentro do eixo *direito e literatura,* em certa perspectiva, pretendem dar ênfase não só a possibilidade de uma leitura do direito através da literatura, bem como destacar uma proposta outra que não a convencional leitura de códigos legais e manuais de ensino tradicionais.

Segundo Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2007, p.1):

> A aproximação entre direito e literatura é recorrente na tradição cultural ocidental. Em tempos pretéritos o vínculo era menos problemático; o homem das leis o era também de letras, e Cícero pode ser o exemplo mais emblemático. A racionalização do direito (cf. WEBER, 1967, p. 301 ss.), a burocratização superlativa do judiciário (cf. FISS, 1982), bem como suposta busca de objetividade por meio de formalismos (cf. UNGER, 1986) podem ter afastado esses dois nichos do saber. Ao direito reservou-se entorno técnico, à literatura outorgou-se aura estética. Tenta-se recuperar o elo perdido. [...].

A relação entre literatura e direito, em tempos passados, não parecia tão problemática, sendo que textos clássicos da literatura ocidental continham questões muito caras ao universo jurídico, aqui podemos lembrar obras como *Antígona,* de Sófocles, *O Mercador de Veneza* de Shakespeare e *O Processo,* de Kafka. Não obstante, parece impossível o não reconhecimento da riqueza intelectual e espiritual de tais autores.

Devido às incongruências e polêmicas nos domínios culturais e acadêmicos o direito e a arte, aqui em especial a literatura, distanciaram-se, chegando, em alguns momentos, a se oporem fortemente, restando ao jurídico o domínio da técnica (inclusive no que se refere aos conhecimentos ligados à linguagem e suas formas, por exemplo, a retórica e a hermenêutica) e a literatura capturou o saber

ISBN 978-85-62288-05-0

estético.

Gustav Radbruch (2004, p. 156) entende, no entanto, que:

> O direito pode servir-se da arte, e esta dele. Como todo fenômeno cultural, o direito necessita de meios corpóreos de expressão: da linguagem, dos gestos, dos trajes, dos símbolos e edifícios. Como qualquer outro meio, também a expressão corpórea do direito está submetida à avaliação estética. E como fenômeno, o direito pode penetrar no domínio específico da valoração estética como matéria da arte.

Ainda, prossegue o texto do autor alemão (2004, p. 157), vejamos:

> [...] A linguagem jurídica é fria: renuncia a todo tom emocional; é áspera: renuncia a toda motivação; é concisa: renuncia a todo doutrinamento. Desse modo surge a pobreza propriamente buscada de um modo lapidar, que expressa de modo insuperável a segura consciência de força do Estado autoritário, e que, em sua exatíssima precisão, pode servir de modelo estilístico a escritores de primeira ordem como Stendhal.

No entender de Roberto Bueno (2011, p. 10):

> A literatura é um instrumento promissor, provavelmente mais do que a filosofia, quando temos em perspectiva um processo de autoreferenciação. Essa autoreferenciação deriva do processo de reconstrução de nós próprios a partir de nossa ocupação em reconstruir nossos léxicos, algo que repetidamente se faz necessário porque vivemos em situação de contingência, vale dizer, transitoriedade ou historicidade.

Por fim, ao comentar a possibilidade de aproximação entre direito e literatura, François Ost (2006, p. 334) argumenta que:

> La relación entre Derecho y literatura podemos entenderla, al menos, desde três distintas dimensiones:
>
> Primero, nos encontramos con el derecho *de la* literatura, una perspectiva que normalmente ha sido reservada para los abogados. Bajo esta perspectiva se pueden analizar la libertad de expresión que gozan los autores, la historia jurídica de la censura, las demandas que surgieron a propósito de obras que, en su tiempo, fueron consideradas como

ISBN 978-85-62288-05-0

> escandalosas; desde *Madame Bovary* hasta *Los versos satánicos,* desde *Las flores del mal* hasta un Pierre MERTENS con su *Une paix royale.* Se pueden hacer comparaciones entre sistemas de marcas y de derechos de autor, se puede estudiar desde la regulación de bibliotecas públicas hasta los programas escolares o las políticas de subsidios editoriales.
>
> Una segunda perspectiva puede ser el estudio del Derecho *como* literatura. En este caso, se puede considerar la retórica judicial y parlamentaria; se puede estudiar el estilo particular de los abogados, un estilo que es a la vez dogmático, tautológico y performativo. Se pueden comparar métodos de interpretación entre textos literarios y textos jurídicos. Esta clase de perspectiva ha sido desarrollada ampliamente en los Estados Unidos, basta echar un vistazo al trabajo de algunos autores como Ronald DWORKIN y Stanley FISH.
>
> Por último, la perspectiva por la que yo me decanto estudia el Derecho *en* la literatura. Desde luego no se estudia el Derecho técnico, aquel que encontramos en los diarios oficiales, en los tratados y en las doctrinas (aunque cabe decir que en ciertas páginas de BALZAC se puede aprender mucho más acerca de la bancarrota que en antologias completas de jurisprudencia). No, el Derecho que busco en la literatura es el que asume las cuestiones más fundamentales a propósito de la justicia, del Derecho y del poder. Orestes y Hamlet nos invitaron a pasar por el estrecho sendero que separa la venganza de la justicia; es la conciencia problemática de Antígona la que cuestiona el reto del Derecho natural ante la institucionalización del Derecho en cada época; es la aparentemente arbitraria incriminación de Joseph K. la que levantó la esquina del velo que cubría la arcaica Ley de las necesidades, la que toma el mando cuando las instituciones están corrompidas y los procedimientos pervertidos.

O problema central do jurídico (e porque não também do literário) parece estar sedimentado na questão da interpretação, principalmente quando os juristas estão de frente a um caso mais complexo. Sendo assim, segundo Ronald Dworkin (2001, p. 220/221) o ponto que aproxima literatura e direito é a interpretação, sendo que a literatura coloca em reflexão o direito para uma melhor compreensão de seu universo, não tratando a interpretação jurídica como uma questão *sui generis* ou instrumental, e sim, vislumbrando-a como um conhecimento.

Acerca da aproximação entre literatura e direito, há uma dissonância teórica no tocante a caracterização do direito *na ou como* literatura, a literatura *no* direito, o direito *da* literatura, tendo em vista que os léxicos direito e literatura podem não dizer muito a respeito da proposta de uma leitura do jurídico através do literário. Ainda, destaca-se que no Brasil há, desde o ano de 2006, um esforço de leitura do direito

ISBN 978-85-62288-05-0

através da literatura com maior visibilidade, sendo que tal movimento pode ser conferido por aqueles que têm acesso ao canal *TV Justiça,* o que não significa dizer que as investigações acerca do tema se iniciaram neste período, pois há juristas brasileiros que não só possuem textos literários, como se preocupavam com a questão da linguagem, como, por exemplo, Rui Barbosa.

Assim, verifica-se a fecunda contribuição a ser dada pelos discursos literários na formação do saber jurídico crítico e, desse modo, de uma possível transformação do direito.

II. Hermenêutica, Hegemonia do Formalismo Jurídico e o distanciamento entre Direito e Literatura:

Em primeiro lugar, parece conveniente algumas reflexões iniciais a respeito da questão hermenêutica, em especial quando de sua imagem jurídica. Inicialmente, deve-se considerar a origem teológica do termo, pois em um primeiro momento a hermenêutica se apresentava como uma metodologia e por alguns era encarada como instrumento de interpretação dos textos antigos em especial o texto das escrituras (Bíblia). (JAPIASSU; MARCONDES. 2006, p.131)

Segundo Jean Grondin (1999, p. 23):

> Por hermenêutica entende-se, desde o primeiro surgimento da palavra no século XVII, a ciência e, respectivamente, a arte da interpretação. Até o fim do século passado, ela assumia normalmente a forma de uma doutrina que prometia apresentar as regras de uma interpretação competente. Sua intenção era a natureza predominantemente normativa e mesmo técnica. [...] Ela desfrutava de uma existência externamente em grande parte invisível, como “disciplina auxiliar” no âmbito daqueles ramos estabelecidos da ciência, os quais se ocupavam explicitamente com a interpretação de textos ou de sinais. Por isso formou-se, desde a Renascença, uma hermenêutica teológica (hermenêutica sacra), uma hermenêutica filosófica (hermenêutica profana), como também uma hermenêutica jurídica.

Ainda, podemos considerar o que diz Streck (2007, p.125) a respeito:

> A palavra *hermenêutica* deriva do grego *hermeneuein,* adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a idéia (sic) de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus,* Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o

ISBN 978-85-62288-05-0

> que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza todo o problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido [...].

Como dinâmicas que se desenvolvem pela atuação humana, mediante técnicas de comunicação (escritas, faladas, etc) direito e literatura, conforme já salientado por Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, tradicionalmente caminhavam próximas, já que "o homem das leis o era também de letras". Porém, a racionalização formalista do direito, a burocratização superlativa do judiciário, bem como suposta busca de objetividade podem ter afastado essas fontes do saber. "Ao direito reservou-se entorno técnico, à literatura outorgou-se aura estética" (GODOY, 2012, p. 1).

O formalismo jurídico, juntamente ao positivismo exegético de origem francesa, corrente de pensamento esta que não admitia uma abordagem do jurídico por qualquer espécie de "filosofia", foram movimentos que buscaram trazer ao campo jurídico uma racionalidade tecnicista, um controle geométrico das manifestações jurídicas mediante pressupostos determinados. Aqui apresenta-se oportuno uma advertência, o léxico positivismo tem uma característica conceitual e, portanto, há várias manifestações teóricas a seu respeito. Como exemplos, podemos citar o positivismo normativista de Hans Kelsen ou os estudos e debates feitos em solo inglês em uma perspectiva positivista analítica representada pelas reflexões de Hart.

Neste sentido, não se confundem formalismo jurídico e positivismo jurídico, uma vez que, segundo Thomas da Rosa de Bustamente, valendo-se das reflexões de Manuel Atienza:

> No que concerne às teorias da interpretação jurídica, o *formalismo* sustenta que interpretar seria simplesmente conhecer/descobrir o significado de um texto, situando-se numa posição *antagônica* às denominadas teorias *realistas* ou *céticas*, para as quais 'o interprete não descobre mas cria o significado de um texto – de modo que não teria sentido dizer que um enunciado interpretativo é verdadeiro ou falso [...]

Neste momento, o que se pretende com essa distinção é evitar um equívoco metodológico quando da análise do positivismo jurídico, pois, parece que esta percepção do ponto de vista jurídico é apenas um reflexo de uma concepção maior

ISBN 978-85-62288-05-0

ligada ao positivismo enquanto fonte conceitual, que em última instância nos remete ao paradigma da consciência, ou seja, uma das formas em que se apresenta a razão esclarecida.

Do ponto de vista da teoria do direito, a concepção positivista em sua vertente analítica não irá necessariamente determinar o enrijecimento da interpretação ou de certa liberdade ou subjetividade quando da observação hermenêutica. Thomas da Rosa Bustamante entende que:

> A teoria pura do direito de Kelsen, por exemplo, confere ao intérprete do direito uma ampla margem de atuação e criatividade. A atividade de interpretação é considerada um processo inovador pelo qual o juiz fixa o sentido da norma jurídica a partir dos enunciados normativos que compõe o Direito Positivo. Neste processo, a *decisão* sobre qual dos sentidos semanticamente possíveis de um enunciado normativo deve ser adotado é absolutamente *livre;* a norma jurídica é vista como "quadro a ser preenchido" pelo interprete, cuja moldura é definida pelo texto da norma, sendo que não se pode estabelecer pautas ou diretivas para vincular o processo de interpretação (BUSTAMANTE, 2005, p. 24).

Sendo assim, a atuação criativa do interprete apresenta congruência sistêmica quando diante do positivismo analítico, que possibilita o livre preenchimento das normas de textura aberta, dinâmica esta negada pelo formalismo jurídico.

Neste linear, a literatura, como um dos discursos que permeia a cultura, bem como o discurso jurídico que também está inserido nesta conjuntura cultural, podem vir a manter alguma conexão ou, ainda, se apresentar como referencial de fundamental importância para outra construção do saber jurídico, principalmente no que se refere ao ônus argumentativo do interprete. O mundo da vida reclama respostas do universo jurídico, sendo assim, a literatura poderá servir como substrato linguístico para delimitar e externar o subjetivo no discurso interpretativo jurídico, pois a literatura é a linguagem carregada de significado (POUND, 1997, p. 32).

Pensando o literário como forma de expressão do jurídico, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy analisando as reflexões do juiz estadunidense Benjamin Nathan Cardozo argumenta:

> A substância (jurídica) circulava por meio de forma (literária). E não haveria como se dissociar as duas grandezas. Cardozo lembrou que os filósofos tentam especificar diferenças entre substância e aparência, no mundo

ISBN 978-85-62288-05-0

> material; e não teriam melhor sorte se o tentassem também no mundo do pensamento. Para Cardozo, a forma não se adere à substância como mero adereço; forma e substância fundem-se, matizam unidade única. Direito e literatura, substância e forma, nesse sentido, subsistiriam amalgamados (GODOY, 2012, p. 13).

Vale ressaltar, mais uma vez, que Arnaldo Godoy também entende que o selo *Direito e Literatura* pode pouco revelar; há proliferação de campos epistêmicos que acrescentam ao Direito outro ponto de partida, ou de chegada. Direito e literatura pode suscitar interações frutíferas, conduzindo o debate relativo às possibilidades e limites da compreensão do direito. A partir do momento em que os estudos literários alcançam maior número de manifestações humanas, elege-se o direito como campo privilegiado para apreensão dos contextos sociais; trata-se de bem sucedido esforço de se aplicar a teoria literária fora do campo literário propriamente dito (GODOY, 2012, p. 01).

Nesse sentido, os horizontes se multiplicam. Tem-se o direito *na* literatura, a literatura *no* direito, o direito *da* literatura, a literatura com padrão e impulso para a reforma do direito, bem como o amálgama entre direito e ficção, na busca de referenciais éticos, entre outros (GODOY, 2012, p. 02).

Sendo assim, no presente trabalho iremos nos preocupar com a relação direito *como* literatura, já que nesta possível relação as estratégias literárias são aplicadas aos textos legais. Estudam-se métodos estilísticos e retóricos. Cuida-se, conforme salienta Godoy, da hermenêutica. Ao direito reserva-se função de narrativa. Tenta-se encontrar o literário no jurídico, subliminar e explicitamente (GODOY, 2012, p. 02).

Por fim, a aproximação dos léxicos direito e literatura pode contribuir para o rompimento da clausura em que foi posta a subjetividade no tocante à interpretação do jurídico, sendo que a pretensão de neutralidade por meio de certa concepção de objetividade não parece verossímil, pois nos dizeres de Lauro Frederico Barbosa da Silveira, referenciado por Charles S. Peirce, do mesmo modo como dizemos que um corpo está em movimento e não que o movimento está num corpo, devemos dizer que estamos em pensamento e não que um pensamento está em nós (SILVEIRA, 1999, p. 64).

III. Antígona em questão: notas sobre o confronto central entre direito natural e direito positivo no conflito tébano

Feitas as considerações que se referem à salutar leitura do jurídico através da arte, no caso, da literatura, ressalta-se que o texto que ilustrará este artigo é a tragédia *Antígona* de Sófocles. Inicialmente, por questão de metodologia, convém

ISBN 978-85-62288-05-0

salientar que Sófocles (495-405 a.c.) foi um dramaturgo grego, talvez um dos mais importantes de seu tempo, tendo se destacado no teatro helênico por sua produção no gênero trágico.

Antes de se tentar uma leitura da tragédia em questão, merece destaque a riqueza intelectual da obra de Sófocles, tesouro este que coloca inúmeras questões do ponto de vista filosófico, ou seja, o texto que serve de base apresenta ao público leitor problemas ligados à questão da moralidade, da política, bem como à questão da juridicidade. A tragédia grega tem pelo menos três funções básicas: a expressão artística, a educação do público e a função catártica. (FREITAG.1992, p. 21)

Segundo Bárbara Freitag (1992, p.21):

> [...] a tragédia grega exprime, nos planos dramático e literário, os trações essenciais da questão moral. Mostra com toda a nitidez os dilemas e as contradições nas quais envolvem-se os seres humanos, inseridos em situações conflitantes que os impelem para a ação. Agir é perigoso. Mas é preciso agir, pois a ação exprime, em sua essência, a vida.

Ainda, para Freitag (1992, p. 21-22) a peça Antígona é um belo exemplar do enfrentamento da questão da moralidade. Acerca do desenvolvimento ou dos contornos gerais da peça entende que:

> Antígona é filha de Édipo, rei de Tebas. Em outra tragédia, Sófocles havia relatado o triste destino desse personagem, que, por desvendar o enigma da esfinge e virar rei de Tebas, tornara-se – sem saber – duplamente culpado. Édipo comete parricídio e pratica incesto, atraindo a ira dos deuses sobre si e sobre Tebas. Para apaziguar os deuses e fazer penitência, ele abandona o trono de Tebas, errando cego pelo mundo.

O palco do conflito se dá na cidade de *Tebas,* sendo que do casamento incestuoso de Édipo com sua mãe nasceram quatro filhos, a saber, Antígona, Polinice, Eteócles e Ismena. A cidade vive a dimensão de uma luta pelo poder (*Esfera de discussão política)*, pois Creon[892], que é tio da heroína, usurpou o trono de Tebas, sendo que da luta travada pelos irmãos Polinice e Eteócles, aos portões da cidade, resulta o fim de suas vidas.

Importante destacar que Polinice havia se retirado da cidade e retorna para contestar a legitimidade do reinado do tio pelas armas, a fim de retirar-lhe o poder, sendo que Etéocles aparece como um defensor de Tebas. Neste sentido, Créon que

[892] Este é nome do personagem na tradução que consta na referência, contudo, há traduções em que o nome é Creonte.

ISBN 978-85-62288-05-0

é apresentado como uma figura ditatorial e tirana (*Soberania e estado - O Estado democrático tem soberano?*) proíbe (por uma decisão soberana[893]) que o invasor (Polinice) tenha observado os ritos fúnebres e seja sepultado, para que insepulto fique e seja pasto de aves e de cães, hediondo quadro a quem o vir (SÓFOCLES, 1965, p.13). (*Dignidade humana?*)

Inconformada com a exposição do corpo do irmão lançado a toda sorte de flagelos, Antígona se opõe à lei decretada por Creón. Para tanto, argumenta a personagem que há leis divinas e costumes que, segundo ela, são superiores as leis criadas pelos homens histórica ou temporalmente. (*desobediência civil?*)

Ainda, Antígona além de apresentar as razões que a levaram ao descumprimento da lei de Créon, com fundamento em um direito natural, não se curva à autoridade do parente, não sendo flexível para com o a injustiça praticada com seu irmão mesmo diante da morte. E, assim, Créon *sentencia* Antígona à pena capital, questionando se ela não era irmã daquele que teria uma sepultura digna, bem como se ela não o estava desonrando. Em resposta, o príncipe tirano recebe outro questionamento, se ele tinha certeza que era desta forma que pensava o irmão que estava sepultado.

A peça possui outros personagens e acontecimentos, contudo, o elemento central para este artigo é o debate entre Antígona e Créon acerca da aplicação da lei. Nota-se claramente que os argumentos estão fundamentados em "perspectivas *jurídicas"* diferentes, ou seja, o soberano se fundamenta na lei por ele posta *(direito positivo)* e a heroína trágica nas leis divinas (*direito natural*).

Segundo Norberto Bobbio (1996, p. 15) toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre 'direito positivo' e 'direito natural', distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino [...]. Apresenta-se, desse modo, a marca da cultura jurídica do ocidente, sendo importante destacar que a partir da argumentação dos personagens supra mencionada, o direito natural se apresenta como uma crítica dos fins por meio do argumento de um poder legítimo "metafísico" e o direito positivo legitima um poder histórico que observa apenas os meios.

Oswaldo Giacóia Junior (2008, p.267) destaca que desde a Antigüidade clássica, filósofos e juristas têm se dedicado à uma reflexão profunda sobre o inesgotável tesouro espiritual de *Antígona:*

> Esse tema recebe uma inflexão decisiva na aurora da modernidade política, no século XVII, depois do esfacelamento do poder espiritual concentrado no papado romano, por força dos movimentos de reforma protestante, assim,

[893] Aqui podemos nos lembrar dos escritos de Carl Schmitt no que tange ao subjetivismo do soberano quando do momento de sua decisão sobre a situação de exceção. (Schmitt. 1996, p. 87)

ISBN 978-85-62288-05-0

> como com o surgimento dos modernos estados nacionais, surgidos em decorrência do desmoronamento da autoridade ainda centralizada na unidade política do sacro império romano-germânico.

Neste linear, é possível verificar que, desde o século XVII, há uma transição, no que tange à racionalidade, entre direitos naturais e direitos humanos, ou seja, talvez os direitos naturais evocados por *Antígona* tenham historicamente tomado a forma dos direitos humanos e, assim, dos direitos políticos fundamentais que o constitucionalismo convencionou chamar de direitos de primeira dimensão.

É possível afirmar que grande parte da filosofia política contemporânea e mesmo do constitucionalismo vêm se detendo a uma análise dos direitos humanos, em especial com relação à forma de sua fundamentação e sua relação com a democracia, o que pode ser demonstrado pela obra *Direito e Democracia* de Jürgen Habermas, onde o pensador alemão destaca a tensão interna do direito entre faticidade e validade, bem como analisa a questão da relação entre direitos humanos e soberania popular, pelo viés discursivo.

Assim, o direito natural a que recorre *Antígona* pode ser enxergado como verdadeiras liberdades públicas negativas que, desde sua positivação, tomam a forma histórica de direitos constitucionalmente assegurados a fim demarcar uma forma de resistência do cidadão contra o autoritarismo do poder soberano.

Considerações finais

A proposta da primeira parte deste artigo é apresentar em linhas gerais a possibilidade de reflexão do jurídico através da literatura, com um caminhar por algumas fases deste movimento.

Mas, afinal, qual seria a importância de aproximação entre literatura e direito e, ademais, no que a primeira poderia contribuir para a construção do saber jurídico? Uma possível resposta a estes questionamentos deve levar em consideração que o afastamento destes fenômenos culturais se dá pela perspectiva do fechamento do direito em si mesmo, elegendo como seu objeto cientifico a norma jurídica objetivamente considerada, ou seja, numa tentativa de afastamento da subjetividade, restando, assim, à literatura o ponto de vista estético.

Com uma perspectiva de crise do modelo de cientificidade do Direito, o papel da literatura pode estar ligado a uma perspectiva de (re)construção do saber jurídico, levando em consideração o viés emancipatório e libertário do saber literário, rompendo com as barreiras impostas à subjetividade pelo paradigma cientifico tradicional do saber jurídico.

Neste sentido, levando em consideração a luta de *Antígona* para exercer o direito de sepultar seu irmão, qual seria a probabilidade de aplicação ou

ISBN 978-85-62288-05-0

possibilidade de um exercício de crítica da realidade social a partir desta tragédia grega?

Por fim, uma resposta possível parafraseando nosso autor: *Ai de mim!* Talvez tenhamos que nos valer de um "gemido grego" para lembrarmo-nos da luta das *mães da praça de maio*, em Buenos Aires, mulheres que se reúnem para reivindicar o direito de sepultar seus filhos desaparecidos durante o período sombrio (1973-1983) daquele país. Destarte, quiça não seja diferente com as *mães de acari* que lutam pelo direito de reaver os corpos dos filhos vítimas de desaparecimento forçado no Brasil (*Não tem corpo não tem crime?*).

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Avanilson Alves. *Direito de papel: crítica e utopia*. Maringá: Massoni. 2004.

BENJAMIN, Walter. *Crítica da violência – crítica do poder.* In: Documentos de cultura, documentos de barbárie. São Paulo: Cultrix/USP, 1986, pp 160-175.

_____. *Franz Kafka. A propósito do décimo aniversário de sua morte. In: Obras escolhidas:* magia e técnica, arte e política. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense. 2008.

BOBBIO, Noberto. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.* São Paulo: Icone. 2006.

BUENO, Roberto. O papel da literatura na reconstrução das subjetividades. In: *Em tempo***.** Marília. v. 10, p. 9-25. 2011.

_____. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do Direito. In: Revista de Informação Legislativa, v. 47, p. 275-290, 2010

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação Contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis.* São Paulo: Renovar. 2005.

CHAHRUR, Alan Ibn. Filosofia do direito: uma questão preliminar. In: *Em tempo*. Marília. v. 10, p.25-42. 2011.

COSTA, Caetano Ernesto da Fonseca. A atuação diversificada e necessária do juiz e a afetividade das leis de igualdade de gênero. In: *Revista EMERJ.* v. 15, n°57. 2012, p. 173-181.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio***.** São Paulo: Martins Fontes. 2001.

FREITAG, Bárbara. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade*. 2 ed. Campinas: Papirus. 1992.

FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas.* Trad. Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.1976.

ISBN 978-85-62288-05-0

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo, Kant, Schonpehauer e o direito de mentir. In: *Em tempo.* Marília. v. 3. 2001, p. 103-110.

_____, Sonhos e pesadelos da razão esclarecida. In: *Revista Olhar*. São Carlos. N° 7. 2003, p. 9-35.

_____, Sobre direitos humanos na era da bio-política. In: *Kriterion***,** Belo Horizonte, n° 118, pp. 267-308. 2008.

_____, Princípios e interpretação do ECA**.** In: NAHAS; Thereza Christina; GENOVA. Jairo José; SILVA. Nelson Finotti. *ECA: efetividade e aplicação*. São Paulo: Ltr. 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e literatura.* Os pais fundadores*:* John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardoso e Lon Fuller. Disponível na internet: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25388-25390-1-PB.pdf. Acesso em 04/03/2012.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica.* Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: editora Unisinos. 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HART, Hebert Lionel Adolphus. *El concepto del derecho.* 2 ed. Trad. Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1968.

HERRERA, Luiz Henrique Martim; GUILHERME. Thiago Azevedo. Retórica e princípio da dignidade da pessoa humana. In: AGOSTINHO. Luiz Otávio Vincenzi de; HERRERA. Luiz Henrique Martim. *Tutela dos direitos humanos e fundamentais***:** ensaios a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito. Birigui-SP: Boreal editora. 2011.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES. Danilo. *Dicionário básico de filosofia.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1991.

LEMINSKI, Paulo. *Ensaios e anseios crípticos.* Curitiba – Pr: Pólo editorial do Paraná. 1997.

OST. François, El reflejo del derecho en la literatura**.** In: *Doxa, cuadernos de la Filosofia del Derecho.* Nº 29, 2006, p. 333 – 348.

_____. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: *Doxa, cuadernos de la Filosofia del Derecho.* Nº 14. 1993, p. 169-194.

PAGLIONE, Eduardo Augusto. Rui Barbosa: direito e literatura. *Em tempo.* Marília – V.4 – 2002, p. 41-47

PIETROFORTE, Antonio Vicente Seraphin. O discurso jurídico através do discurso poético**.** In: *Em tempo*. Marília, v. 4, p.24-34, Agosto. 2002.

ISBN 978-85-62288-05-0

POUND, Ezra. *ABC da literatura.* Trad. Augusto de Campos e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix. 1997.

POZZOLI, Lafayette. Humanismo = dignidade da pessoa humana. In*: Em tempo*. Marília – V.4 – 2002, p. 78 – 82.

PROUST, Marcel. *Contre sainte-beuve: notas sobre crítica e literatura*. Trad. Haroldo Ramanzini. 1988.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito.* Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Imparcialidade e neutralidade: identidade?. In: Disponível em: http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Caio_Imparcialidade.pdf> . Acesso em: 17 de ago. 2012.

RORTY, Richard. *Filosofia sem salvação.* Entrevista a Bernardo Carvalho. Folha de São Paulo, 8 mai. 1994b. Disponível na internet: http://almanaque.folha.uol.com.br/entrevista_filosofia_richard_rorty.htm. Acesso em: 04/05/2010.

_____. A conversation with Richard Rorty. In: *An interview***.** STOSSEL, Scott. The Atlantic. 23.abr.1998. Disponível na internet: http://www.theatlantic.com/past/docs/unbound/bookauth/ba980423.htm. Acesso em: 25/10/2011.

SANSONE, Ariana; MITICA. M. Paola. Diritto i Letteratura. Storia di uma tradizione i stato dell'a arte**.** In: *ISLL – Italian society for law and literature*, p. 1-10, 2008.

SCHMITT, Carl. Teologia Política. Tradução: Inês Lohbauer. In: *A crise da democracia parlamentar.* São Paulo: Scritta. 1996.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. Pensar é estar em pensamento**.** In: SILVA, Dinorá Fraga da; VIEIRA, Renata (Org.). *Ciências cognitivas em semiótica e comunicação.* São Leopoldo: editora da Unisinos. 1999.

_____, Filosofia e jurisprudência nos primórdios do pragmatismo: Charles S. Peirce e Oliver Wendell Holmes, JR. In: *Em tempo*. Marília. v.4, p. 84 – 97. .2002

STRECK, Lênio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. In: *Filosofia no Direito e Filosofia do Direito. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.* Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. v. 1, n. 5, p. 125-145. 2007.

SÓFOCLES. *A Antígona.* Transcrição de Guilherme de Almeida. Petrópolis: Vozes. 1965.

SOUZA, Tiago Clemente. Epistemologia do processo de conhecimento. In: *REGRAD UNIVEM.* Disponível em: http://revista.univem.edu.br/index.php/REGRAD/article/viewFile/261/284. Acesso em: 17 de ago. de 2012.

ISBN 978-85-62288-05-0

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES AMBIENTAIS

Francisco Antonio Nieri MATTOSINHO[894]

RESUMO

Este estudo procura demonstrar como o princípio da insignificância, construído pela doutrina e pela jurisprudência, pode ser aplicado para os crimes previstos na Lei 9.605/98 (Lei de crimes ambientais). Parte-se do contexto de inserção do meio ambiente na Constituição de 1988, passando pela definição de bem jurídico para o Direito Penal e sobre a problemática de sua titularidade como direito transindividual. A fim de demonstrar a aplicação do princípio, recorre-se aos ensinamentos do professor Miguel Reale, que com sua teoria tridimensional afirma ser o Direito uma integração normativa de fatos segundo valores. Sendo assim, conclui-se que a aplicação do princípio da insignificância é possível todas as vezes que o fato, por mais que seja típico, não contrarie o valor atribuído a ele pela sociedade.

ABSTRACT

This study seeks to demonstrate how the principle of insignificance, built by the doctrine and the jurisprudence, can be applied on the crimes of the Law 9.605/98 (Environmental crimes Law). It starts from the context of insertion of the environment in the 1988 Constitution, going through the definition of legal interest for Criminal Law and about the issue of its ownership as a transindividual right. Demonstrating how the principle is applied, professor Miguel Reale´s teachings about the tridimensional theory of Law as a normative integration of facts according to values are used. Thus, the conclusion about the principle shows that it is possible to be applied every time the fact, even if it is typical, does not counterwork the value given to it by society.

PALAVRAS-CHAVE: direito ambiental; princípio da insignificância; crimes ambientais.

KEY-WORDS: environmental law; principle of insignificance; environmental crimes

INTRODUÇÃO

Em 1992, a comunidade internacional se reuniu na cidade do Rio de Janeiro para a Conferência das Nações unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento,

[894] Acadêmico do 3º ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná

ISBN 978-85-62288-05-0

evento que ficou marcado na história como Rio-92. Vinte anos mais tarde, na mesma cidade, outra reunião entre os membros da ONU colocou em pauta, mais uma vez, as discussões sobre meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

A preocupação em relação ao meio ambiente cresce de maneira paulatina entre os governos dos países, fazendo com que muitos governantes incluam, em suas pautas, políticas voltadas à proteção do meio ambiente.

No Brasil, a conscientização ecológica é o foco tanto das ações governamentais quanto de organizações não governamentais. Diante desse quadro, a preocupação com o meio ambiente fez com que o legislador brasileiro, baseado em ditames constitucionais, dedicasse sua atenção, em especial à tutela penal do meio ambiente, redigindo a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98).

A problemática trazida pelo presente estudo foca na possibilidade de aplicação do princípio da insignificância – com reiterada aplicação nos casos tipificados pelo Código Penal e outras legislações penais extravagantes – em relação às condutas previstas na Lei de Crimes Ambientais, tendo em vista a sua peculiaridade em relação à titularidade do bem jurídico tutelado.

Tratando-se de um bem jurídico de titularidade transindividual, os crimes que atentam contra o meio ambiente, sua harmonia e estabilidade fazem com que a tutela penal incida tanto na vítima imediata – o povo – quanto na sua vítima mediata – o Estado. Todavia, a análise do valor imputado pelo legislador ao tipo penal ambiental revela uma preocupação em relação às práticas que causam grandes transtornos e impactos ao meio ambiente. Diante da previsão de sanções administrativas e civis para esses casos, quando o valor da conduta não se enquadra àquele previamente visualizado pelo legislador no momento da elaboração do texto legal, incide a aplicação do princípio da insignificância, construído pela doutrina e pela jurisprudência.

Assim, a análise dessas peculiaridades em relação ao campo penal e ambiental é o objetivo central do presente estudo para uma melhor compreensão da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em relação aos crimes ambientais.

1) A TUTELA PENAL AMBIENTAL E O BEM JURÍDICO AMBIENTAL

O constituinte de 1988 inovou ao incluir a tutela ao meio ambiente na Carta Magna brasileira. Ao seguir as preocupações já existentes no cenário internacional, aliada à riqueza natural do país, o constituinte elevou à matéria constitucional uma questão anteriormente tratada somente no âmbito legal. O art. 225 da CF/88 abrange todos os ramos do Direito, desde a consolidação do direito ao meio ambiente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida como direito fundamental, passando pelas esferas administrativas e cíveis, e atingindo o ramo de

ISBN 978-85-62288-05-0

última repercussão, ou *ultima ratio* do Direito, que diz respeito à tutela penal.

O Direito ao meio ambiente posto na Constituição tem natureza de direito fundamental. Diante desse quadro inovador do novo momento jus-político vivenciado pelo país, vale buscar algumas considerações a respeito do Estado Democrático de Direito e sua relação com os direitos humanos.

Para o juiz inglês Geoffrey Rivlin:

> It is also the duty of every citizen to obey the law. This should be quite easy when we know what the laws are, but how is it possible when there are many thousands of laws, and we may know only a small fraction of them? In fact, contrary to popular belief, we are not all presumed to know the law. John Selden, the jurist, wrote: 'Ignorance of the law excuses no man: Not that all men know the law, but because ´tis an excuse every man will plead, and no man can tell how to refute him'. Again, in 1937, Lord Atkin said, 'The fact is that there is not and never has been a presumption that every one knows the law'. Lord Atkin said the rule is 'that ignorance of the law is no excuse', and that is the position. This means that if anyone offends against the law, it is no answer to say that, as they did not know the law, they should not be responsible for breaking it. Genuine ignorance of the law may be a matter that the court can take into account when deciding how to deal with a case, but, as Selden explained, if ignorance of the law could always be an answer to any charge, the entire justice system would be unworkable.[895]

Dessa forma, além da vasta gama de direitos e garantias assegurados pela Constituição de 1988, deve-se atentar para a vigência do Estado Democrático de Direito, onde a vontade da Lei deve ser respeitada. Nessa vertente, o respeito às tipificações penais relativas ao meio ambiente se fazem necessárias, mas atenuadas quando da falta de valoração negativa dada pela sociedade diante de um fato típico que não causa grandes prejuízos e se apresenta de maneira insignificante em relação ao verdadeiro valor epistemológico atribuído pela sociedade àquele tipo

[895] "É também dever de todo cidadão obedecer à lei. Isso deveria ser fácil quando se sabe quais são as leis, mas como isso é possível quando há milhares de leis, e nós talvez conhecemos apenas uma pequena fração delas? De fato, ao contrário da crença popular, não se espera que todos nós conheçamos as leis. John Selden, o jurista, escreveu: 'A ignorância da lei não escusa ninguém: não é que todos os homens conhecem a lei, mas porque essa é a desculpa que todo homem alegaria, e ninguém poderia dizer como rebatê-lo'. De novo, em 1937, Lord Atkin disse, 'O fato é que não há e nunca houve uma presunção de que todos conhecem a lei'. Lord Atkin disse que a regra é 'que a ignorância da lei não é escusável', e essa é a posição. Isso significa que se alguém ofende a lei, não seria uma resposta dizer que, como ele não conhecia a lei, ele não deveria ser responsabilizado por tê-la infringido. Ignorância genuína da lei pode ser uma questão que a corte pode levar em consideração quando decidir como lidar com um caso, mas, como Selden explicou, se a ignorância da lei pudesse ser sempre uma resposta para toda acusação, todo o sistema legal seria inoperável." Tradução livre do autor. RIVLIN, Geoffrey, *Understanding the Law*, 5. Ed., Oxford, 2009, p. 45.

ISBN 978-85-62288-05-0

penal.

"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"[896]

O uso do pronome indefinido, nas palavras de Paulo Affonso Machado, "alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja[897]". Ainda em sua obra, o professor atenta para o fato de que "o direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo 'transindividual'. Por isso o direito ao meio ambiente entra na categoria de *interesse difuso*, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade".[898]

Paulo de Bessa ensina que: "após a entrada em vigência da Carta de 1988, não se pode mais pensar em tutela ambiental restrita a um único bem. Assim é porque o bem jurídico *ambiente* é complexo. O meio ambiente é uma totalidade e só assim pode ser compreendido e estudado." [899]

Luiz Regis Prado explica essa preocupação, que foi trazida ao texto constitucional brasileiro em decorrência da repercussão internacional, com base na Resolução da Conferência de Estocolmo de 1972, que aduz:

> 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.[900]

Ele ainda acrescenta que:

> O tratamento constitucional aqui adotado reflete, como se vê, tendência exclusiva das Constituições contemporâneas, elaboradas num momento em que é forte a consciência ecológica dos povos civilizados. A intenção do

[896] Art. 225, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
[897] MACHADO, Paulo Affonso, *Direito ambiental brasileiro*, 19. Ed., rev. atual. ampl., Malheiros Editores, 2011, p.133.
[898] Apud MACHADO, Paulo Affonso, *Direito ambiental brasileiro*, p. 133.
[899] ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito ambiental*, 4. Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p.46.
[900] PRADO, Luiz Regis, *Direito penal ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 22.

ISBN 978-85-62288-05-0

> legislador constituinte foi a de dar uma resposta ampla à grave e complexa questão ambiental, como requisito indispensável para garantir a todos uma qualidade de vida digna. Aliás, essa é uma consequência lógica da própria concepção de Estado de Direito – democrático e social – consagrada na Lei Magna.[901]

Em matéria de direito comparado, a maioria dos países da Europa pune a pessoa física e jurídica que atenta contra o meio ambiente, não só administrativa e civil, mas também penalmente. A realidade brasileira não é distante, sendo, muitas vezes, considerada a mais rigorosa em comparação aos demais países.

Todavia, na esfera administrativa, das multas aplicadas pelo IBAMA, em 1997, somente seis por cento foram recolhidas aos cofres públicos e, na seara cível, nem todas as ações civis públicas têm sido coroadas de êxito, especialmente pela demora no seu trâmite. [902]

Frente a esses problemas de efetivação da tutela ao meio ambiente, tanto o constituinte como, mais tarde, o legislador infraconstitucional, decidiram por bem adotar a tutela penal do meio ambiente, tendo-se em vista seu efeito intimidativo e educativo e não só repressivo. Nas palavras de Luís Paulo Sirvinskas, "trata-se de uma prevenção geral e especial".[903]

O bem jurídico de maior relevância é o patrimônio ambiental; sem essa tutela não há se falar em vida sobre o planeta que habitamos. O meio ambiente, como um todo, é o bem jurídico mais importante depois do homem.

A tutela penal ambiental, no direito penal moderno, deve ser reservada à lei, partindo-se do princípio da intervenção mínima no Estado Democrático de Direito. Conforme Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado:

> Se, por um lado, o princípio do Estado Social indica a imprescindibilidade de proteção desse bem jurídico pela legislação penal, por outro, tal proteção deve ser concretizada à luz dos princípios de direito penal constitucional, aos quais, por sua vez, imprime-se nova dimensão, pois, na tentativa de conciliar valores individuais e sociais, algumas vezes os primeiros precisam ser limitados para salvaguarda dos últimos.[904]

Como dito, a tutela penal deve ser tratada como a *ultima ratio*, ou seja, só depois de esgotadas todas as possibilidades de aplicação de outros mecanismos

---

[901] Apud Luiz Regis Prado, *Direito penal ambiental*, cit., p.26-7.
[902] SIRVINSKAS, Luís Paulo, *Tutela penal do meio ambiente*, 4. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.
[903] Apud Sirvinskas, Luís Paulo, *Tutela penal do meio ambiente*, cit., p. 25.
[904] *Proteção penal do meio ambiente*, São Paulo, Atlas, 2000, p. 167.

ISBN 978-85-62288-05-0

intimidatórios é que se procurará, na tutela penal ambiental, a eficácia punitiva.

Importante, para tanto, é dominar o conceito de bem jurídico, que, nas palavras de Luiz Regis Prado "implica a realização de um valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano".[905]

Aqui se percebe a função de garantia da conceituação de bem jurídico no Direito Penal, o que corresponde à ideia de bem jurídico como conceito limitador da atividade punitiva do Estado, que permite sancionar unicamente aquelas condutas que lesionem ou ponham em perigo bens jurídicos.

Binding considera que o bem jurídico é uma criação do Direito, que elege aqueles bens que na opinião do legislador são merecedores de proteção. Identifica, ou melhor, associa o bem jurídico ao conceito de norma jurídica, mantendo com ele uma concepção de Direito Penal extremamente formalista, na qual o delito aparece definido como oposição a uma norma penal sem nenhum tipo de conotação metajurídica.

A flexibilização do conceito de bem jurídico possibilitaria, todavia, incluir interesses e valores que, pela teoria constitucional, não poderiam ser considerados bem jurídicos, o que deixaria o bem jurídico sem forma e conteúdo estritos, voltando a ser a mera *ratio legis* do crime, perdendo assim seu conteúdo crítico.

Ensina Figueiredo Dias que os valores básicos da sociedade devem estar:

> Submetidos à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, então também a ordem legal dos bens jurídicos há de construir, antes de mais, uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição, verificando-se entre as duas ordens uma mútua relação. Relação que não é por certo de identidade ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido, a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucionais constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado.[906]

Até pouco tempo, o bem jurídico era estudado pelo prisma eminentemente individual. Com a chegada de diversas leis protetivas aos interesses difusos e coletivos se fez necessário procurar delimitar o conceito de bem jurídico coletivo na esfera penal.

Diante dessa discussão ainda sem conclusão objetiva e consolidada, a análise de um conceito objetivo e claro sobre bem jurídico penal ambiental ajuda a

[905] Luiz Regis Prado, *Direito penal ambiental*, cit., p. 64.
[906] Luiz Regis Prado, *Direito penal ambiental*, cit., p. 64.

ISBN 978-85-62288-05-0

compreender melhor o objeto estudado e a complexidade da questão. Assim, o conceito de Paulo José da Costa Jr. e Giorgi Gregori permite essa melhor visualização da questão; para eles:

> O bem tutelado é normalmente constituído pela limpeza e pureza da água, do ar e do solo. Semelhante definição de elementos naturais indispensáveis à vida humana conheceu, porém, com o progredir da legislação ambiental, ulteriores especificações e enriquecimentos. Ao lado dos elementos constitutivos do ambiente – água, ar e solo – passaram a ser objeto de tutela fatores essenciais ao equilíbrio natural, como aqueles climáticos ou biológicos, afora aqueles alusivos à contenção de ruídos ou à preservação do verde.[907]

Assim, tem-se a justificativa da tutela penal ambiental, partindo do texto constitucional e chegando à Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais).

2) A INTERVENÇÃO PENAL

A consideração de certas condutas como constitutivas de delito e a conseguinte intervenção dos Tribunais é o resultado do que poderíamos qualificar como a segunda reação do Direito para a proteção do meio ambiente.

A primeira reação foi e segue sendo de caráter administrativo, com o protagonismo lógico da Administração, não somente na intervenção preventiva, senão também no plano repressivo que nos interessa, mediante sanções administrativas. Chega um momento, no entanto, em que se abre uma nova dimensão na consideração de certas condutas e contravenções que passam a ser contempladas e tipificadas pela Lei infraconstitucional.

São várias as explicações da entrada do Direito Penal no sistema jurídico que se configura para a proteção do meio ambiente. A primeira é a crescente valoração do meio ambiente nas chamadas sociedades pós-industriais e o conseguinte e contundente combate social às condutas que mais gravemente atentem contra elas. Prever essas preocupações na Lei brasileira, mediante a tipificação de um quadro de delitos, é reconhecer a alta relevância que a sociedade concede ao seu próprio entorno ambiental. Relevância que se constata se se repara na inequívoca significação, também simbólica, que tem esta Lei de Crimes Ambientais. Com ela se pretende proteger os valores e bens jurídicos de maior consideração social.

Há uma segunda explicação – na verdade muito conectada com a anterior – de ordem estritamente constitucional. É que a própria Constituição acolhe esse

[907] Luiz Regis Prado, *Direito penal ambiental*, cit., p. 68.

ISBN 978-85-62288-05-0

interesse e preocupação social pelo meio ambiente e sua proteção, exigindo de maneira direita que se dispense também uma proteção desde o Direito Penal.

Há também uma terceira explicação que atende a considerações mais pragmáticas de política e eficácia legislativa. E é que tanto a legislação administrativa – com seu leque de sanções – como a legislação civil – com seu regime de responsabilidade por danos – vinham mostrando algumas limitações significativas: fundamentalmente pelo elemento estritamente patrimonial das medidas que impõem – multas, indenizações, atividades reparatórias – pelo que, na maioria dos casos, se transferem ao patrimônio da pessoa jurídica que ordinariamente é o titular da instalação cuja atividade está na origem do dano ou da infração. As pessoas que, desde seus postos de direção ou desde suas esferas de decisão técnica ou profissional, adotaram as decisões – ou incorreram nas omissões – que puderam estar na origem do dano ou da infração ficam, assim, à margem do impacto da sanção ou da indenização a recair sobre o patrimônio da empresa.

Ante essa sensação de impunidade de certos sujeitos responsáveis, o Direito Penal abre a via de atuação direta contra os autores das condutas tipificadas como delitivas. E não só oferecem essa reação circunscrita ao caso concreto de que se trata, senão também o efeito geral de dissuasão que tem a inclusão de uma conduta no Código Penal. Um efeito que se tem percebido com competências e capacidades decisórias em matéria ambiental.

Nas palavras do professor espanhol José Esteve Pardo:

> Tendremos ocasión de constatar cómo el desarrollo de las ecoauditorías y otras fórmulas de autocontrol guardan una reconocida relación con el endurecimiento de la legislación ambiental y muy particularmente con la tipificación penal de ciertas conductas. Al no ser la sanción penal trasladable al patrimonio de la empresa, eran los propios directivos – como pudo comprobarse en Estados Unidos – quienes exigían estas ecoauditorías para detectar y evitar posibles infracciones que pudiera suponer para ellos una sanción penal intransferible.[908]

Esta apelação à intervenção do Direito Penal na tutela do meio ambiente não tem tido, no entanto, uma fácil resposta. Os próprios postulados básicos do Direito Penal, rigorosamente desenvolvidos por uma dogmática de alto nível, tornavam muito difíceis a tipificação de algumas condutas, a elaboração de alguns tipos penais, com perfis de acordo com esses requisitos e conceitos básicos da dogmática penal, que a tempo puderam resultar operativos em seu propósito de proteção do meio ambiente.

[908] PARDO, José Esteve, *Derecho del medio ambiente*, 2. Ed, Madri, 2008, Marcial Pons, p. 113.

ISBN 978-85-62288-05-0

Precisava-se, primeiramente, definir um elemento imprescindível na tipologia penal: o bem jurídico protegido. Os bens que tradicionalmente têm justificado a proteção penal mediante a tipificação como delito das condutas que atentem contra eles, tinham e têm uns contornos perfeitamente reconhecíveis. Assim, ocorre, por exemplo, com a vida, a integridade física, ou o patrimônio; bens que pertencem a todas as pessoas físicas com a concretização e definição que o bem supõe.

Ocorre, no entanto, que este problema de caracterização do bem jurídico vem sido discutido no Direito Penal com relação a certos valores e elementos muito relevantes na sociedade atual. É assim que a doutrina penal tem elaborado a teoria dos chamados bens jurídicos macrossociais, entre os quais se encontram a saúde pública e o meio ambiente.

3) O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Se a Constituição abriga valores, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça, tal preocupação demonstra a grandeza destes valores, para os quais o Direito Penal não poderá virar-lhes as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais.

Nessa linha, Paulo de Souza Queiroz ensina:

> É a Constituição que delineia o perfil do Estado, assinalando os fundamentos, objetivos e princípios basilares (particularmente, arts. 1º e 5º da CF) que vão governar a sua atuação. Logo, como manifestação da soberania do Estado, o Direito, em especial, o Direito Penal partem da anatomia política (Foucault), devem expressar essa conformação político-jurídica (estatal) ditada pela Constituição, mas, mais do que isso, devem traduzir os valores superiores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça e da igualdade, uma vez que o catálogo de direitos fundamentais constitui, como ressalta Gómez de la Torre, o núcleo específico de legitimação e limite da intervenção penal e que, por sua vez, delimita o âmbito do punível nas condutas delitivas.[909]

Uma vez escolhidos os bens a serem tutelados, estes integrarão uma pequena parcela que irá merecer o foco protetivo e legalista do Direito Penal, em virtude de seu caráter fragmentário. No entanto, como todos os aspectos que se encontram intimamente ligados à natureza humana, os extremos são repudiáveis por não atenderem a proporcionalidade e a razoabilidade da intervenção na vida cotidiana.

Dessa forma, surge a relativização dessa atenção dispensada pelo

[909] QUEIROZ, Paulo de Souza, *Direito penal* – Introdução crítica, p. 17-8.

ISBN 978-85-62288-05-0

legislador que, ao tutelar um bem jurídico, não se atentava para os fatos corriqueiros da vida que, se analisados através de um prisma frio e calculista, acaba se amoldando ao fato típico abstrato previsto. A *mens legislatoris* estava focada no anseio de proteção à sociedade diante da prevenção geral que o Direito Penal causa. Essa relativização, advinda a partir de construções pretorianas e doutrinárias, passou a ser aplicada, até mesmo nos casos de crimes ambientais, que tutelam o meio ambiente como um todo, um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Mesmo em se tratando de um bem jurídico com titularidade indeterminada, porém determinável, de caráter transindividual, que levaria a crer que uma possível relativização seria uma afronta à coletividade, aplica-se o princípio da insignificância, pois, frente ao caso concreto, as sanções administrativas e cíveis já seriam suficientes para punir os infratores, sem ter que se socorrer da *ultima ratio*.

Considerar algo insignificante é abrandar-lhe em tal proporção o seu valor que a justificativa teórica que embasava o funcionamento do aparelho estatal para garanti-lo não mais subsiste e ele é excluído do ordenamento jurídico.

A insignificância representa a ideia do total desprestígio de algum objeto que, teoricamente, seria amparado pelo Direito Positivo. Bem de ver que o valor jurídico da insignificância traz inarredável diminuição em sua conceituação, que a justificativa teórica que embasava o funcionamento do aparelho estatal para garanti-la, não mais subsiste e ela é excluída do sistema jurídico, portanto da apreciação judicial.

A insignificância ou bagatela representam ideias desprestigiadoras de algum objeto, no caso, de algum objeto jurídico, ou seja, por alguma forma amparado, protegido pelo Direito dentro de seu sistema. Esse desprestígio manifesta-se sobre a consideração de desimportância da coisa, ou seja, sobre a inexistência de significado jurídico para o objeto que, teoricamente, estaria amparado pelo sistema de proteção naturalmente desenvolvido pelo Direito Positivo.

O princípio se apresenta sobre dois enfoques básicos e reciprocamente complementares. Pelo primeiro deles realiza-se o princípio, excluindo do sistema tudo quanto, interior a ele, por suposto, tenha perdido relevância de molde a tornar-se injustificável sua mantença. Pelo segundo, impede-se que, algo de diminuta repercussão jurídica ou social, venha a ingressar no sistema legal. O primeiro adquire um sentido ou um caráter excluidor da falta de relevância jurídica das ações causadoras do delito, enquanto o segundo ganha uma notoriedade inibitória do ingresso dessas ações na esfera jurídica. Há um processo de seleção interno e outro externo ao sistema penal positivo da importância dos atos para composição do crime.

O princípio da insignificância é princípio também porque determina, inspirado nos valores maiores do Estado Democrático – proteção da vida e da liberdade

ISBN 978-85-62288-05-0

humanas –a validade da lei penal diante de seus métodos de aplicação ordinários, como que exigindo uma extraordinariedade fática para incidência da lei penal em sentido concreto, qual seja, um significado juridicamente relevante para legitimá-la.

Por fim, inegável seu caráter vinculante para garantia de outros princípios e normas do Direito Penal. Assim, só haverá de se falar em preservação do princípio da proporcionalidade da sanção penal, correspondendo a gravidade da sanção à gravidade do delito, se, para as infrações desprovidas de conteúdo lesivo, houver a possibilidade de se afastar a incidência da pena.

O conceito de delito de bagatela não está na dogmática jurídica. Nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que se aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral. É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes de Direito. Por outro lado, mercê da tônica conservadora do Direito, afeta seu grau de recepcionalidade no mundo jurídico.

O princípio da insignificância se ajusta à equidade e correta interpretação do Direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em uma sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, se exige uma hermenêutica mais condizente do Direito, que não pode se ater a critérios inflexíveis de exegeses, sob pena de se desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças.

Para a salvaguarda do princípio constitucional da liberdade, matriz do modelo construtivo de sociedade, há que se preservar os momentos de cometimento de ilícitos. Funciona, pois, o princípio da insignificância como de intervenção da pena criminal aos momentos máximos de gravidade no instrumento representativo do direito de liberdade, conferindo um determinado padrão de atuação ética ao Direito Penal e valorizando o princípio da dignidade da pessoa humana em sua expressão libertária.

A lei é um critério de justiça, mas não é o único critério de justiça, de forma que pode e deve ser superada na interpretação judicial para garantia do sentido material de justiça, preservada a presunção absoluta garantidora do conteúdo ético mínimo que se contém em sua formulação. Vale dizer, a lei representa apenas um máximo que pauta a atividade judicial – substituidora da qualidade social – nada estando a impedir que seus limites possam ser rompidos em benefício do interesse de liberdade e justiça, ambas expressões da qualidade do modelo social proposto pela Constituição.

A função de garantia é a que corresponde à ideia de bem jurídico como conceito limitador da atividade punitiva do Estado, que permite sancionar unicamente aquelas condutas que lesionem ou ponham em perigo bens jurídicos.

ISBN 978-85-62288-05-0

4) REFLEXÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Alguns doutrinadores, no entanto, entendem que todo e qualquer bem merece a proteção do Direito Penal, desde que haja previsão legal para tanto, não se cogitando, em qualquer caso, do seu real valor. Posição essa que pode levar a extremos e a situações potencialmente injustas, o que contrairia o espírito da vontade social.

A respeito dessas situações, alguns doutrinadores sopesam essa questão e ensinam:

> Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.[910]

Claus Roxin defende o princípio da insignificância, pois entende que este tem por finalidade auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, para fazer excluir do âmbito de incidência da lei aquelas situações consideradas como de bagatela. [911]

Assim, diante de casos concretos em que se vislumbra uma ofensa de menor monta, socialmente irrepreensível, insignificante diante da verdadeira intenção e proteção jurídica dada ao bem em questão, deve o intérprete, mesmo diante de uma conduta tipificada, inclinar-se no sentido de absolver o agente.

5) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES AMBIENTAIS

A problemática em questão leva à reflexão do aspecto da titularidade do bem jurídico ofendido. Quando um agente furta um objeto de outrem, o bem jurídico lesado é o patrimônio dessa vítima em específico. Não há reflexos materiais para outras pessoas que não tiveram seus patrimônios lesados por aquele agente, mediante aquela conduta, naquele momento do crime praticado. No entanto, há uma ofensa à sociedade por ter ocorrido uma quebra da harmonia e paz social,

---

[910] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.
[911] GRECO, Rogério, *Curso de direito penal*, 13. Ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2011, p. 65.

ISBN 978-85-62288-05-0

instalando o sentimento de insegurança nos demais membros da comunidade, que para readquirirem a confiança e a tranquilidade, necessitam testemunhar a punição daquele agente infrator. Assim, se a lesão imediata afeta a vítima da conduta típica, a lesão mediata afeta o Estado, ente político personalizado que representa a sociedade.

Tendo em vista, ainda, o caráter publicístico do Direito Penal, a antinomia entre *jus libertatis* e *jus puniendi* encaminha o legislador a selecionar os bens jurídicos de maior relevância para esse ramo do Direito. E como essa tutela atenta diretamente contra um direito fundamental – a liberdade – o *jus puniendi* é exclusivo do Estado, que por meio do Estado-juiz, aplicará a norma penal geral e abstrata ao caso específico e concreto, buscando a melhor interpretação e melhor aplicação, a fim de reconquistar os valores de harmonia e paz social, e ainda, reconquistar a confiança e o sentimento de segurança dos demais membros da sociedade.

Nos casos em que se aplica o princípio da insignificância, não há uma reprovação social diante do fato típico, pois a conduta é tão singela e não era aquela que se pretendia evitar quando da sua tipificação. Até mesmo a vítima, quando lesada em seu íntimo – e somente ela sabe os sentimentos de angústia, medo, insegurança e injustiça que a assolam naquele momento – quando se dá conta da insignificante lesão que sofreu, acaba se conformando com uma simples repreensão ao agente. Mas, toda essa situação atinge o bem material de um único indivíduo, ou ainda, em alguns casos, de um pequeno grupo de indivíduos de fácil determinação. Assim, percebe-se que há certa individualidade em tela.

Nos casos de crimes ambientais, se o bem jurídico lesado é, por exemplo, a fauna, a flora, as águas fluviais, as águas marítimas, o ar, o solo, o patrimônio cultural, o patrimônio genético, em suma, o bem jurídico lesado é o meio ambiente em todos os seus aspectos e desmembramentos, não há como individualizarmos as vítimas, pois, como prevê o texto constitucional, o meio ambiente é “bem de uso comum do povo”. Seus titulares são indeterminados, mas determináveis, pois se pode verificar a área atingida por um dano ambiental. Mas essa determinação transcende a identificação de uma comunidade ou de uma região, atingindo o conceito de maior abrangência de titularidade, o povo.

Se o legislador infraconstitucional decidiu tutelar penalmente o meio ambiente, mais uma vez, frente ao caráter publicístico do Direito Penal, a punição do infrator será levada a cabo pelo Estado, detentor exclusivo do *jus puniendi*. Da mesma forma, todos os princípios do Direito Penal se aplicam aos casos de crimes ambientais, e diante da problemática apresentada, o princípio da insignificância também incide sobre essas condutas tipificadas.

Mesmo por se tratar de uma conduta que não atinge o bem jurídico de um único indivíduo, ou de um pequeno grupo de indivíduos, é possível a aplicação do princípio da insignificância diante de um caso específico e concreto que assim o

ISBN 978-85-62288-05-0

permita, pois, por mais que a lesão atinja o maior conceito de titulares de bens jurídicos definido pelo próprio texto constitucional, não se pode punir com a mesma severidade uma conduta irrisória frente à verdadeira intenção do legislador ao tipificar aquele crime.

Alguns doutrinadores divergem quanto à natureza do princípio da insignificância, dizendo uns que se trata de princípio com aplicação processual e outros com aplicação material. Essa divergência não será discutida neste presente trabalho científico, mas os dois aspectos de aplicação serão apresentados.

O processo antes de ser apenas método de solução de conflitos (visão científica) é palco da vida (visão pragmática, pois trata de valores, sabores e dissabores, morte e vida, prisão e liberdade, sonhos e frustrações, e como tal, apesar de recheado por vezes de antíteses, como a própria vida é, não pode deixar de buscar seu fim principal: assegurar à sociedade a felicidade; sentimento e fenômeno consequente e inarredável quando o Estado proclama no seio social promoções e julgamentos justos.

Nas palavras de Caio Marcio Loureiro:

> O problema maior desta concepção tradicional de ordem jurídica é que, por ser positivista, resume o Direito ao posto, à lei. Entretanto, as complexidades que envolvem o cotidiano do mundo jurídico, o fato de a sociedade trazer como característica inerente à dinâmica, as soluções para as lides, podem não ser encontradas no ordenamento jurídico de forma escancarada. Não se pretende com isso desmerecer o positivismo, mas que ele não se mostra suficiente para embasar uma concepção de ordem jurídica. Imprescindível, com isso, a superação da lógica tradicional, e isto é viável através de uma visão interdisciplinar do direito.[912]

Ainda com essa visão mais próxima do cotidiano, Luiz Fernando Bellinetti menciona: “É preciso ir além dessa visão linear do mundo para se construir uma nova ideia de ordem jurídica, mais consentânea ao que efetivamente ocorre no dia a dia”.[913]

Para tanto, a hermenêutica das normas, e aqui se insere a construção pretoriana e doutrinária que originou o conceito da insignificância, se mostra de grande relevância para se atingir tais propostas. Peter Häberle em escrito sobre a hermenêutica explicou:

---

[912] LOUREIRO, Caio Marcio, *Ação civil pública e o acesso à justiça*, São Paulo, Método, 2004, p. 30.
[913] BELLINETTI, Luiz Fernando, *Sentença Civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 45.

ISBN 978-85-62288-05-0

> Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação Constitucional.[914]

Frente à necessidade da realização de uma interpretação participativa, tem-se como necessária, também, a análise do que lecionou Miguel Reale, entendendo que o "Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores".[915]

Nas palavras de Miguel Reale:

> Como se vê, a Teoria Tridimensional do Direito e do Estado, tal como a venho desenvolvendo desde 1940, muito embora não empregasse então aquele termo, distingue-se das demais de caráter genérico ou específico, por ser *concreta* e *dinâmica*, isto é, por afirmar que: a) *Fato*, *valor* e *norma* estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (*tridimensionalidade como requisito essencial ao direito*), b) a correlação entre aquele três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a "implicação-polaridade" existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (*concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementariedade*).[916]

Há implicação dialética entre o fato, o valor e a norma consequente, de tal maneira que o Direito vive da valoração dos fatos sociais, de onde nascem as normas jurídicas. Daí a necessária conclusão de que fatos são normatizados porque a sociedade atribuiu valor aos mesmos. Bem por isso que a ordem jurídica é dinâmica, pois a própria sociedade por essência o é também; sendo certo que a norma que possui como escopo principal assegurar a convivência harmônica da sociedade, nasce como substrato do valor que a própria sociedade atribuiu ao fato.

Nessa vertente, se uma conduta praticada por um agente, mesmo em se

---

[914] HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 15.
[915] REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do direito*, 5. Ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p.119.
[916] Apud Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. 57.

ISBN 978-85-62288-05-0

tratando de crimes ambientais com sua peculiar titularidade do bem jurídico tutelado, tendo em vista os fatos que serviram de paradigmas e sobre os quais a sociedade brasileira atribuiu valor e, como consequência, concebeu a norma ambiental, há a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância por não guardar relação com os fatos e os valores imputados à norma.

Não há que se falar, no entanto, de aplicação de uma teoria crítica do raciocínio interpretativo. Utiliza-se um raciocínio interpretativo zetético, onde parte-se da norma para se concluir pela adequada interpretação hodierna da mesma. Melhor dizendo, não se desconsidera o direito posto, mas considera os valores propostos, inclusive para formação da regra jurídica.

Luiz Fernando Coelho estudando as teorias de interpretação da norma jurídica indica três orientações fundamentais neste raciocínio: dogmática, zetética e crítica. Explica que na dogmática jurídica, o intérprete, ao realizar sua atividade interpretativa e aplicativa do direito, infere que seu atuar é basicamente uma atividade de inteligência. Por isso para o autor, o ponto central da proposta feita pela dogmática está relacionado à ideia de se buscar uma unidade do sistema jurídico, partindo do pressuposto que o sistema é unitário, e sendo um todo não possui lacunas. Assim sendo, ainda que aparentemente apenas uma regra jurídica esteja sendo utilizada para a solução do caso concreto, para os dogmáticos o que estaria sendo realmente utilizado seria o sistema como um todo.

No que tange a teoria zetética, esclarece Luiz Fernando Coelho, esta pretende resolver os problemas encontrados na dogmática, partindo da premissa segundo a qual não se pode buscar as soluções para os conflitos em fontes formais alheias aos desejos da sociedade, ou melhor, que não vão ao encontro de seus anseios. Daí concluir que a teoria zetética, portanto, concede maior importância às fontes materiais e possui como base de sustentação de seu ponto de vista a afirmação de que o direito não é estático, devendo por isso se adaptar e adequar às realidades sociais. Referida teoria afirma que o direito existe não para seguir e acompanhar dogmas, mas para solucionar problemas.

Por fim, a teoria crítica consiste em uma atividade intelectual com o fim de alterar e revisar os parâmetros epistemológicos em vigência. Desta maneira, a teoria crítica se constitui como uma forma de raciocínio jurídico que busca trazer novos parâmetros epistemológicos para a ciência jurídica.[917]

Partindo, pois do direito positivado, com assento constitucional da questão ambiental, que traz como pressuposto axiológico o princípio da sustentabilidade consagrado no art. 225 da CF/88, bem como o art. 4º, I, da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, o qual dispõe que a "Política Nacional do Meio Ambiente visará à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação

[917] COELHO, Luiz Fernando, *Lógica jurídica e interpretação das leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 206.

ISBN 978-85-62288-05-0

da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico".

Insta ressaltar que os extremos quanto às concepções da posição do homem no meio ambiente não se amoldam ao sistema constitucional de proteção ao meio ambiente e a vida.

Não é desejo da sociedade e não está no texto constitucional que a visão antropocêntrica ou ecocêntrica do homem em relação ao meio ambiente deve prevalecer em matéria de tutela ambiental. Tem-se, pois, que a postura biocêntrica revela-se consentânea, eis que conciliadora e que propugna o equilíbrio entre os valores.

Luís Paulo Sirvinskas explica que:

> Antropocentrismo, ecocentrismo e biocentrismo são concepções genéricas atribuídas pelos cientistas em face da posição do homem no meio ambiente. O antropocentrismo coloca o homem no centro das preocupações ambientais, ou seja, no centro do universo. O ecocentrismo, ao revés, posiciona o meio ambiente no centro do universo. O biocentrismo, por sua vez, procura conciliar as duas posições extremas, colocando o meio ambiente e o homem no centro do universo.[918]

Quanto à análise do princípio da lesividade na seara penal demonstra ser verdadeiro despropósito obrigar a sociedade a conviver com a punição sem lesividade efetiva ao bem jurídico. Sobre isso, Eugenio Raúl Zaffaroni leciona:

> A irracionalidade repressiva do sistema penal não pode chegar ao ponto de pretender imputar uma pena sem a pressuposição de um conflito no qual resulte afetado um bem jurídico. Este princípio deve ter valor absoluto nas decisões da agência judicial, já que a sua violação funciona como porta de entrada a todas as tentativas subjetivas e arbitrárias de "moralização" do exercício do poder do sistema penal. A pena, como resposta a uma ação que não afeta o direito de ninguém, é uma aberração absoluta que, como tal, não pode ser admitida, porque lesiona de modo excessivo o princípio da racionalidade republicana.[919]

Pondere-se que, a simples concepção quanto ao comportamento e a previsão legal não são suficientes para concluir-se pela tipicidade penal, pois se

---

[918] SIRVINSKAS, Luís Paulo, *Tutela penal do meio ambiente*, 4. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 45.

[919] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, traduzido por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro, Revan, 1991, p. 240-1.

ISBN 978-85-62288-05-0

revela necessário que a conduta praticada não seja imposta ou fomentada pela ordem concreta e que seja materialmente típica, e aqui se revela a outra corrente que define o princípio da insignificância, relacionando-o ao direito penal material. É dizer, não basta a tipicidade formal, é preciso que presente esteja também a tipicidade conglobante.

Rogério Greco explica que:

> A tipicidade penal, necessária à caracterização do fato típico, biparte-se em: a) formal e b) conglobante. Tipicidade formal é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal. No caso em exame, haveria a chamada tipicidade formal, uma vez que o legislador fez previsão expressa para o delito de lesão corporal de natureza culposa cometido na direção de veículo automotor. Contudo, será que poderíamos falar em tipicidade conglobante? Para que se possa concluir pela tipicidade conglobante, é preciso verificar dois aspectos fundamentais: a) se a conduta do agente é antinormativa; b) se o fato é materialmente típico. O estudo do princípio da insignificância reside nesta segunda vertente da tipicidade conglobante, ou seja, na chamada tipicidade material. Além da necessidade de existir modelo abstrato que preveja com perfeição a conduta praticada pelo agente, é preciso que, para que ocorra essa adequação, isto é, para que a conduta do agente se amolde com perfeição ao tipo penal, seja levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção. Quando o legislador penal chamou a si a responsabilidade de tutelar determinados bens – por exemplo, a integridade corporal e o patrimônio – não quis abarcar toda e qualquer lesão corporal sofrida pela vítima ou mesmo todo e qualquer tipo de patrimônio, não importando seu valor.[920]

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito do tema na ambiência penal ambiental em julgamento de *Habeas corpus* (HC 143.208/SC, relator Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma) datado de 25/05/2010, que trouxe em sua ementa: “Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento de HC 5018100-80.2011.404.0000, a Sétima Turma, sob relatoria do Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro, decidiu: “É cabível a aplicação do princípio da

[920] GRECO, Rogério, *Curso de direito penal*, cit., p. 63.

ISBN 978-85-62288-05-0

insignificância aos crimes cometidos contra o meio ambiente, em situações excepcionais, quando evidenciada a ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, a ausência de periculosidade social da ação, o grau ínfimo da reprovabilidade da conduta e a inexpressividade da lesão ao bem jurídico".

Não se propõe, contudo, desconsiderar o direito posto. Não se quer propor uma postura prospectiva e crítica. Aplicar a lei infraconstitucional cegamente implicaria em inacesso à justiça. Por isso o hermeneuta é convidado à participar da interpretação da norma, deixando de lado a medíocre postura de mero expectador.

Neste contexto, emprestam-se as palavras de Plauto Faraco de Azevedo:

> Interpretando e aplicando a lei, sentem-na, por vezes com agudeza, os práticos do direito, ao buscar solução aos casos concretos que lhes são submetidos. São eles que naturalmente deparam com a possível inadequação entre as normas legais e os fatos a que são prepostas. Para resolver esse problema, cuja configuração é vária e inerente à natural interação entre o esquema jurídico e a evolução da vida, faz-se necessária ampla formação jurídica – abrangendo o conhecimento das regras jurídicas, dos valores que as orientam, das exigências e condicionamentos do meio de que brotam e a que serão aplicadas, bem como dos contornos e peculiaridades dos fatos reclamando solução jurídica e dos valores que lhes são imanentes. A não ser assim, se o jurista de modo geral e o juiz de modo a particular aceitar e optar conscientemente por uma visão cindida do direito, em que a Dogmática Jurídica se esqueça de sua dimensão e missão social, ao mesmo passo em que se aparte da Filosofia do Direito e da Sociologia do Direito – o problema, ainda que ocorrente e relevante, terá que ser negado. É no que dá o insulamento técnico-jurídico.[921]

6) CONCLUSÃO

A preocupação do legislador brasileiro, pautada na previsão constitucional de posição pioneira no Brasil, permite que o bem jurídico ambiental seja tutelado em todos os seus aspectos e da melhor maneira possível.

Socorrer-se do Direito Penal para promover a prevenção geral e especial em relação aos crimes ambientais leva a sociedade brasileira a estar mais consciente e mais próxima da preocupação em relação ao meio ambiente.

O Brasil é conhecido pela comunidade internacional por suas riquezas naturais, cabendo aos brasileiros e ao Estado preservar-lhes para as presentes e futuras gerações. Como a consciência ecológica do brasileiro vem angariando níveis

[921] AZEVEDO, Plauto Faraco de, *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p.37-8.

ISBN 978-85-62288-05-0

cada vez mais sensíveis, o próprio comportamento e prática do povo brasileiro passam por mudanças em relação ao meio ambiente.

Diante dessa evolução da consciência ambiental, fruto de anos de planos, propagandas e incentivos do Estado e de Organizações Não-Governamentais, percebe-se que o brasileiro se preocupa cada vez mais com a manutenção de um meio ambiente equilibrado e saudável.

Em relação aos crimes ambientais, as riquezas naturais brasileiras são rigorosamente tuteladas pela Lei de Crimes Ambientais. Mas, como abordado nesse estudo, a tutela penal visa abarcar aquelas condutas que trarão grandes consequências ao bem jurídico.

Quando uma conduta se enquadra ao tipo incriminador previsto no ordenamento jurídico, mas suas consequências são insignificantes para conduzir a uma intervenção penal na vida do agente, que já será responsabilizado no campo administrativo e cível que não interferem no seu *jus libertatis*, percebe-se que não há uma valoração negativa, a ponto de punir o agente com a sanção mais drástica permitida pelo vigente Estado Democrático de Direito.

Assim, utilizando-se, mais uma vez os ensinamentos de Miguel Reale sobre a teoria tridimensional do Direito, defende-se a aplicação do princípio da insignificância, que mesmo não havendo previsão legal para tanto, surgiu como uma construção doutrinária e jurisprudencial acerca da falta de valoração negativa imputada a um fato, que levaria a uma punição jurídica desmedida em relação ao fato em concreto, mesmo se tratando de um bem jurídico de titularidade transindividual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito ambiental*, 4. Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco de, *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BELLINETTI, Luiz Fernando, *Sentença Civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

COELHO, Luiz Fernando, *Lógica jurídica e interpretação das leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

GRECO, Rogério, *Curso de direito penal*, 13. Ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2011.

HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do direito*, 5. Ed., São Paulo, Saraiva, 1994.

ISBN 978-85-62288-05-0

LOUREIRO, Caio Marcio, *Ação civil pública e o acesso à justiça*, São Paulo, Método, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso, *Direito ambiental brasileiro*, 19. Ed., rev. atual. ampl., Malheiros Editores, 2011.

PARDO, José Esteve, *Derecho del medio ambiente*, 2. Ed, Madri, 2008, Marcial Pons.

PRADO, Luiz Regis, *Direito penal ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

RIVLIN, Geoffrey, *Understanding the law*, 5. Ed., Oxford, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo, *Tutela penal do meio ambiente*, 4. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, traduzido por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro, Revan, 1991.