

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS E BIOÉTICA

Raquel Cristina Ferraroni Sanches
Edinilson Donisete Machado
(Orgs.)

INSTITUTO RATIO JURIS



Raquel Cristina Ferraroni Sanches & Edinilson Donisete Machado
(Orgs.)

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS E BIOÉTICA



INSTITUTO RATIO JURIS



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

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

Rachel Cristina Ferraroni Sanches & Edinilson Donisete Machado
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

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

Comissão Científica do IV SIACRID

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema Constitucional de Garantia de Direitos e Bioética / Rachel Cristina Ferraroni Sanches, Edinilson Donisete Machado, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. (Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-62288-19-7

1. Direito Constitucional. I, Sanches, Rachel Cristina Ferraroni. II Machado, Edinilson Donisete.

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional
342

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

SUMÁRIO

<i>A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.</i>	5
Flademir Jerônimo Belinati Martins	
<i>A CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA APÓS 50 ANOS DO GOLPE MILITAR</i>	26
Izabela Maria de Faria Gonçalves Zanoni	
<i>A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: ASPECTOS DOCTRINÁRIOS E JURISTRUDENCIAIS SOBRE O TEMA</i>	38
Rafael Gomiero Pitta	
<i>A IMPRESCINDIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA DAS LIBERDADES PÚBLICAS PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS</i>	52
Gabriela Eulalio de Lima Sinara Lacerda Andrade	
<i>A IMUTABILIDADE RELATIVA DA CLÁUSULA PENAL SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL</i>	66
Marcos Vargas Fogaça	
<i>A INEFICÁCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL</i>	89
Marinara Montanari	
<i>A LEI 6.683/79: REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA LEI DE ANISTIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</i>	108
Alana Fagundes Valério Sérgio Tibiriçá Amaral	
<i>A MAIORIDADE PENAL NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO</i>	129
Ariadine Defendi Vicentini Guilherme Prado Bohac de Haro	
<i>A NECESSIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO ATRAVÉS DA RADIODIFUSÃO</i>	148
André Luiz de Aguiar Paulino Leite	

<i>A PROBLEMÁTICA DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS E OS DIREITOS SOCIAIS</i>	164
Vivianne Rigoldi Priscila Kutne Armelin	
<i>A PROIBIÇÃO DO USO DE MÁSCARAS NAS MANIFESTAÇÕES POPULARES: UMA GARANTIA DO EXERCÍCIO LEGÍTIMO DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS</i>	177
Hugo Rafael Pires dos Santos Hiago da Silva Baggio	
<i>A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA ENFERMA</i>	193
Jamile Gonçalves Calissi	
<i>RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E EXCLUSÃO SOCIAL: OBSERVANDO O LADO DA ISONOMIA</i>	216
Filipe Braz da Silva Bueno	
<i>A TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE: A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS</i>	236
Caio Cesar Prado Gomes Gabriela Lopes Cirelli	
<i>O DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO E O RECONHECIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA SOCIEDADE</i>	260
Lucas Emanuel Ricci Dantas Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior	
<i>A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTER JAKOBS NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONDENADO</i>	271
Rafael Hirann Almeida Kirsch Tayla Lydia Dummer	

A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.

Fladimir Jerônimo Belinati Martins¹

Resumo

A Constituição de 1988 reconheceu um amplo catálogo de direitos fundamentais à pessoa humana, inclusive de natureza social, com pretensão normativa de modificar a realidade social. Dentre estes direitos, podemos citar como de grande alcance social o Benefício de Prestação Continuada, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal (CF). Tal benefício, também conhecido como LOAS, foi regulamentado pela Lei nº 8.742/93. Com a aprovação legislativa da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, com o quórum qualificado de 3/5 (três quintos), em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional e sua ratificação pelo Brasil, em 2008, inúmeros direitos da pessoa com deficiência passaram a fazer parte - material e formalmente - do bloco de constitucionalidade da CF de 1998, nos termos do que dispõe o art. 5º, § 3º, da Carta. A expressa inclusão da Convenção na Constituição Formal e Material refletiu na interpretação das leis já existentes e levou a alterações legislativas posteriores. Especificamente em relação ao Benefício de Prestação Continuada - LOAS, como a Convenção produziu alterações significativas no conceito de deficiência até então vigente, causou também repercussões de ordem prática na concessão administrativa e judicial do benefício.

Introdução

A Constituição (CF) de 1988, elaborada em reação ao período autoritário que então findava, buscou instaurar um Estado Democrático e Social de Direito, marcado pelo reconhecimento de amplo rol de direitos fundamentais à pessoa humana, com especial atenção para os direitos sociais. Assim, em seus arts. 6º a 11, estabeleceu rol não exaustivo de direitos sociais, bem como em seu Título VIII, traçou os contornos da ordem social desejada, estabelecendo no art. 193 que a mesma *“tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”*.

A Carta esclareceu, ainda, em seu art. 194, que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Visando tornar efetivo o direito à assistência social estabeleceu em seu art. 203, V, *“a garantia de um salário mínimo de benefício mensal a pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”*.

A aprovação legislativa da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, com quórum qualificado de 3/5 (três quintos), em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, com sua conseqüente incorporação formal no bloco de constitucionalidade da

¹ Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério de Público do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Professor de Direito na Instituição Toledo de Ensino - ITE/Presidente Prudente. Juiz Federal.

Constituição de 1988, produziu não apenas alteração do conceito de pessoa com deficiência até então vigente, mas também refletiu amplamente na interpretação das leis já existentes, levou a alterações legislativas e produziu repercussões na concessão do Benefício de Prestação Continuada - LOAS, tanto no que tange à concessão administrativa, quanto no que tange à concessão judicial do benefício.

Este artigo se propõe a estudar, em breves linhas, as alterações do conceito de pessoa com deficiência ocorridas por conta da Convenção, com especial atenção às repercussões legislativas e de ordem prática causadas sobre a concessão do Benefício de Prestação Continuada - LOAS. Para realizar tal intento, mister que se faça inicialmente uma síntese das principais inovações convencionais de interesse para o artigo, o que se fará a seguir.

1. A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência

A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e seu Protocolo Facultativo foi concluída e assinada, em 30 de março de 2007, em Nova York, tendo entrado em vigor para o Brasil, no plano internacional, somente em 31 de agosto de 2008. Aprovada por Decreto Legislativo do Congresso Nacional Brasileiro em 9 de julho de 2008 (Decreto Legislativo nº 186/2008) e ratificada² ainda no mesmo mês de julho, com depósito do instrumento de ratificação pelo Governo Brasileiro junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008, referida Convenção e seu Protocolo Facultativo³ entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008, mas somente em 25 de agosto de 2009 (Decreto nº 6.949/2009) foram promulgadas por meio de Decreto Presidencial.

Esta demora na promulgação presidencial de referidos atos internacionais poderia atrasar a entrada em vigor destes instrumentos de proteção no plano interno, não fosse a circunstância de que sua aprovação na forma prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (CF), como equivalente às Emendas Constitucionais, dispensa a promulgação presidencial para a entrada em vigor na órbita interna, bastando para tanto a aprovação e promulgação por meio do Decreto Legislativo respectivo do Congresso Nacional.

Primeiro - e até agora único - instrumento de proteção internacional de direitos humanos aprovado conforme o procedimento previsto no § 3º do art. 5º

² Ratificação é ato jurídico internacional, por meio do qual a autoridade nacional informa formalmente a autoridades de outros Estados que o tratado é a partir de então obrigatório para o Estado que esta autoridade representa no plano internacional. Na processualística internacional, a ratificação é o último ato jurídico que se produz antes da promulgação e publicação do texto no diário oficial da União. A ratificação se materializa mediante a expedição de um documento chamado carta de ratificação, assinada pelo Chefe de Estado e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*, p. 224-239.

³ A fim de facilitar o desenvolvimento do tema, doravante passaremos a nos referir à Convenção sobre os Direitos das Pessoas e seu Protocolo Facultativo apenas como Convenção.

da Constituição⁴, a Convenção passou a integrar expressamente a Constituição formal brasileira, pois aprovada com o quórum qualificado de 3/5 (três quintos), em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, sendo, portanto, equivalente às Emendas Constitucionais. Ora, nesta perspectiva, resta evidente que ao equivaler a uma Emenda Constitucional a Convenção passou a ter primazia formal e material sobre as demais normas infraconstitucionais, levando não apenas a revogação da legislação em contrário, como também a uma mudança dos parâmetros de interpretação da legislação não revogada. Da mesma forma, sua aprovação com status de Emenda Constitucional é apto a produzir a parcial revogação da própria Constituição naquilo que lhe for contrária. Falar do status da Convenção enquanto Emenda Constitucional implica em admitir que ela, tal qual todo o texto constitucional, passa a ter a pretensão constitucional de modificar a realidade social.⁵

Eduardo Garcia de Enterría explica que toda a Constituição, ou seja, a totalidade do texto constitucional, deve ser entendida como norma jurídica. Assim, independentemente da matéria regulada ou da natureza das normas constitucionais, todas elas, sem exceção, têm juridicidade e vinculatividade.⁶ Com base nas lições do autor, podemos concluir que todas as normas constitucionais, incluindo, portanto, os atos internacionais aprovados na forma prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (CF), como equivalentes às Emendas Constitucionais, vinculam não só os poderes estatais, mas também os cidadãos e os particulares. Nesse contexto, a Constituição é vista como norma jurídica hierarquicamente superior que se encontra no ápice do ordenamento jurídico, ou seja, como norma fundamental, *lex superior*, não somente em função de definir o sistema de fontes formais do Direito, mas também porque tem uma pretensão de permanência, da qual se deduz não apenas a rigidez constitucional, que lhe assegura a 'superlegalidade formal', mas se lhe reconhece também uma 'superlegalidade material'.⁷

Pois bem, explicada a superioridade formal e material da Convenção em relação às demais normas infraconstitucionais, passemos à análise da Convenção. A Convenção reconhece que a deficiência é um conceito em

⁴ O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, estando redigido nos seguintes termos: "*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*".

⁵ Konrad Hesse, in: *A Força Normativa da Constituição*, passim, demonstra que a Constituição, ao contrário do que propunha Lassalle, não é somente um pedaço de papel. Ao contrário, ainda que a Constituição jurídica esteja condicionada pela realidade histórica ela não configura apenas a expressão desta dada realidade, sendo capaz, graças a seu elemento normativo, de ordenar e conformar a realidade política e social. A Constituição jurídica logra, assim, converter-se em força ativa que influi e modifica a realidade social. Na verdade, embora ela não possa, por si só, realizar nada, ela transforma-se em força ativa se as tarefas por ela instituídas forem efetivamente realizadas. Em outras palavras, quanto mais esteja presente na consciência geral não só a vontade do poder, mas também a vontade de Constituição, maior a sua força normatizadora da realidade. Além disso, a força normativa da Constituição será tanto maior quanto mais ampla for a convicção de sua inviolabilidade.

⁶ *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, passim.

⁷ Op. Cit., passim.

evolução que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas a atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (alínea “e” do preâmbulo); que é necessário trazer as questões relativas à deficiência ao centro das preocupações da sociedade (alínea “g” do preâmbulo); que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, viola a dignidade da pessoa humana (alínea “h” do preâmbulo); que se faz necessário promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência (alínea “j” do preâmbulo), inclusive mediante cooperação internacional (alínea “l” do preâmbulo); que se deve buscar o pleno desenvolvimento das pessoas com deficiência, tanto sob a ótica de sua autonomia individual, quanto sob a ótica de sua inserção comunitária (alíneas “m, n e o” do preâmbulo); que é necessário promover políticas inclusivas para crianças com deficiência (alínea “r” do preâmbulo); que se deve incorporar a perspectiva de gênero na promoção das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência (alínea “s” do preâmbulo); que a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza (alínea “t” do preâmbulo); que se deve adotar políticas de acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, e à saúde, à educação, à informação e à comunicação (alínea “v” do preâmbulo); e que tanto a pessoa com deficiência quanto sua família devem receber proteção e assistência necessárias (alínea “x” do preâmbulo).

A Convenção informa em seu art. 1º que o seu objetivo “*é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito por sua dignidade inerente*”. No mesmo dispositivo define pessoas com deficiência como “*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*”. Já em seu art. 2º esclarece que a discriminação por motivo de deficiência “*significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbito político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro*”, abrangendo inclusive a recusa de adaptação razoável.

Segundo a Convenção, a adaptação razoável diz respeito às modificações e ajustes necessários e adequados, que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, para que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, os direitos humanos e liberdades fundamentais de que são titulares. Logo, se a adaptação razoável acarretar, no caso concreto, ônus desproporcional ou indevido, a recusa pode a princípio ser justificada, com o que não haveria discriminação nos termos da Convenção. Tal afirmação, contudo, deve ser vista com cautela, pois a desproporcionalidade do ônus só pode ser verificada à luz das peculiaridades do caso concreto, não devendo ser utilizada para fundamentar uma negativa geral ao direito à adaptação razoável.

A Convenção estabelece inúmeras obrigações gerais para os Estados-Partes, tanto na esfera legislativa, quanto no que tange à efetiva implementação

de políticas públicas concretas destinadas a reduzir desigualdades (art. 4). Além disso, traz regras sobre Igualdade e não discriminação (art. 5); sobre mulheres com deficiência (art. 6) e crianças com deficiência (art. 7). Estimula a adoção pelos Estados- Membros de medidas de conscientização (art. 8), de acessibilidade (art. 9) e de mobilidade pessoal (art. 20). Reconhece o direito à vida (art. 10), o direito de acesso à justiça (art. 13) e o direito de ter uma vida independente e inclusiva na comunidade (art. 19). Garante, ainda, liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação (art. 21), o respeito à privacidade (art. 22), o respeito pelo lar e pela família (art. 23). Em relação a educação, a Convenção determina que ela deve ser inclusiva em todos os níveis, com aprendizado ao longo de toda vida (art. 24).

A Convenção veda, ainda, que o direito à saúde das pessoas com deficiência seja objeto de discriminação baseada na deficiência (art. 25) e estabelece a obrigação dos Estados-Partes adotarem medidas efetivas e apropriadas para habilitação e reabilitação que permitam a inclusão da pessoa na comunidade, com a utilização do máximo de suas potencialidades (art. 26). Garante também o direito ao trabalho e emprego, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (art. 26), bem como o direito à participação na vida política e pública (art. 29), na vida cultural e em esporte e lazer (art. 30). Especificamente em relação ao tema da proteção social adequada, a Convenção (art. 28) estabelece a obrigação dos Estados-Partes reconhecerem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive no que tange a moradia, alimentação e vestuário, bem como a melhoria contínua de suas condições de vida. O direito das pessoas com deficiência à proteção social deve ser exercido sem discriminação baseada na deficiência, devendo os Estados-partes tomar as medidas adequadas para salvaguardar e promover a realização desse direito. Entre as medidas sugeridas para salvaguardar e promover a realização deste direito, a Convenção estabelece o direito de acesso das pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico; o direito de acesso a programas de proteção social e de redução de pobreza; o direito de acesso das pessoas com deficiência e suas famílias a programas de assistência social relacionados a treinamento adequado, ajuda financeira e cuidados de repouso; o direito de acesso a programas habitacionais públicos; e o direito de acesso das pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

Fica claro que as medidas sugeridas pela Convenção são um mínimo social que os Estados-Partes devem buscar garantir a fim de promover o direito à proteção social efetiva da pessoa com deficiência, sendo recomendável que, além destas, outras medidas de proteção social sejam adotadas pelos Estados partes. Importante consignar que uma boa parte das determinações da Convenção já vinham sendo cumpridas, com maior ou menor intensidade, pelo Brasil, por força da concretização legislativa e administrativa dos comandos insertos principalmente nos arts. 3º (Objetivos Fundamentais da República), 6º a 11 (Direitos Sociais) e no Título sobre a Ordem Social (especialmente nos arts. 194 a 203) da CF de 1988.

De fato, ao longo destes mais de 25 anos após o advento da

Constituição de 1988, o Poder Público adotou inúmeras medidas legislativas e administrativas visando a assegurar a efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição. Da mesma forma, o Judiciário tem tido um papel ativo na concretização destes direitos. Isto não significa, contudo, que a promessa constitucional de um verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito tenha sido efetivamente realizada, mas parece-nos que houve avanços significativos. Em relação a proteção das pessoas com deficiência podemos citar diversos instrumentos legislativos de concretização de direitos, como, por exemplo, a Lei nº 7.853/1989 (que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social e institui a tutela jurisdicional de interesses difusos e coletivos dessa pessoas); a Lei 8.112/90 (que estabelece o estatuto civil dos servidores públicos federais e disciplina a reserva de vagas para pessoas com deficiência em concursos públicos federais, nos termos do que dispõe o art. 37, inciso VIII, da CF); a Lei nº 8.742/93 (que dispõe sobre a organização da assistência social e disciplina o benefício de prestação continuada, nos termos do que dispõe o art. 203, V, da CF); a Lei nº 8.213/91 (que em seu art. 93 garante a reserva de vagas para pessoas com deficiência em empresas com mais de 100 empregados, em percentual que varia de 2% a 5%) e a Lei nº 10.845/2004 (que institui o programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas portadoras de deficiência).

Além disso, podemos citar algumas leis que instituíram mecanismos de proteção social global, que embora não sendo específicas para pessoas com deficiência, indiretamente também promovem (e promoveram) proteção social para estes, como a Lei nº 10.219/2001 (que criou o Bolsa Escola); a Lei 10.689/2003 (que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação); e a Lei nº 10.836/2004 (que unificou os programas sociais anteriores e criou o Bolsa Família). Mais recentemente, podemos mencionar também a Lei Complementar nº 142/2013 (que regulamenta a aposentadoria especial da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, nos termos do que dispõe o art. 201, § 1º, da CF).

Mas quais as principais inovações da Convenção em matéria de proteção social à pessoa com deficiência? E quais as repercussões em relação a legislação já existente? Dessas questões passaremos a nos ocupar no próximo tópico.

2. As Principais Inovações da Convenção e a Evolução do Conceito de Pessoa com Deficiência

Luiz Alberto David Araújo, em obra já clássica sobre a proteção constitucional das pessoas com deficiência, traça um histórico sobre a terminologia utilizada, demonstrando que os conceitos podem traduzir preconceito e mascarar atitudes discriminatórias.⁸ Lembrando que o problema da deficiência atinge cerca de 10% (dez por cento) da população a brasileira, sendo causado em grande parte por conta da violência urbana, em razão de

⁸ *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*, passim.

problemas de nutrição e higiene, o autor demonstra que não há uniformidade na nomenclatura utilizada para tratar das pessoas com deficiência, já tendo a doutrina se utilizado dos termos ou expressões “deficiente”, “excepcional” ou “pessoas portadoras de deficiência”.⁹

O autor esclarece que foi a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 que trouxe a primeira proteção específica à pessoa com deficiência, sendo que a Emenda Constitucional nº 12 de 1978 ampliou estes direitos. Informa também que até 1978 a Constituição brasileira se utilizava da palavra “excepcional”. Depois se adotou o termo “deficiente”. E, finalmente, lembra o autor que apesar da Constituição de 1998 ter se utilizado da expressão “pessoas portadoras de deficiência”, parte da doutrina também já se valeu da expressão “pessoa portadora de necessidades especiais”.¹⁰

Feitas estas considerações iniciais, voltando novamente a texto da Convenção, temos que sua leitura atenta nos permite concluir que a principal inovação da Convenção parece ter sido conceitual. Explicamos. A Convenção não criou propriamente novos mecanismos de proteção social desconhecidos do legislador brasileiro¹¹, mas aperfeiçoou alguns já existentes e principalmente alterou conceitos de extrema relevância para a proteção social da pessoa com deficiência. De fato, da leitura da mesma sobressai que ela não se utiliza da locução “pessoa portadora de deficiência”, consagrada na CF de 1988, mas da locução “pessoa com deficiência”. Tal sutileza semântica poderia passar em branco, não fosse o fato de que a opção convencional não parece ter sido por acaso. Ao contrário, se deu de forma consciente e intencional, buscando construir um novo conceito de proteção da pessoa com deficiência, compatível com a relevância que a proteção das pessoas com deficiência adquiriu no mundo contemporâneo. Isto significa dizer que se encontram parcialmente revogados todos os artigos da atual Constituição Federal que se referem a “pessoa portadora de deficiência”, devendo ser lidos como “pessoa com deficiência”.¹²

Esse também o entendimento de Luiz Alberto David Araújo, o qual sublinha a importância da nova terminologia, mais adequada à situação contemporânea. A pessoa continua sendo o núcleo central da expressão, mas reconhece-se que ela tem uma deficiência, e não que a porta, como se fazia anteriormente.¹³ Afinal, a Convenção deixa claro que a deficiência é um conceito em evolução que resulta da interação entre pessoas com deficiência e

⁹ Op. Cit., p. 4.

¹⁰ Op. Cit., p. 4-5.

¹¹ No âmbito internacional os direitos das pessoas com deficiência já haviam sido reconhecidos em outros atos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem; o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos; a Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, entre outros, o que demonstra que a importância da Convenção reside principalmente no fato de que a mesma resulta de um novo consenso internacional sobre a necessidade de se preservar e promover os direitos das pessoas com deficiência mediante políticas públicas inclusivas, bem como sobre os instrumentos de fiscalização das obrigações dos Estados-Partes.

¹² À guisa de exemplo, podemos mencionar os arts. 37, VIII; art. 40, § 4º, I; art. 201, § 1º; art. 203, V; e art. 208, III, todos da Constituição Federal.

¹³ *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*, p. 5.

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.

A deficiência, portanto, não é resultado automático de alguém ter um impedimento físico, intelectual, mental ou sensorial, mas resultado da interação dessas pessoas com diversas barreiras (relacionadas ao ambiente e às atitudes discriminatórias de outras pessoas) que possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.¹⁴ Este aspecto da nova concepção da deficiência reforça seu caráter relacional com a noção de inclusão social. Assim, não basta ter algum impedimento físico, intelectual, mental ou sensorial, fazendo-se necessário que a pessoa não consiga se inserir em seu meio social e comunitário por conta desta.

Por outro lado, em algumas situações a pessoa pode até não ter um impedimento físico, intelectual, mental ou sensorial, mas suas condições pessoais impedem que a mesma usufrua plenamente dos direitos ou liberdades, havendo, no caso concreto, sob a ótica da (não) inserção social, uma deficiência. Lembre-se das situações em que pessoas sofrem de graves problemas de pele, causando repugnância ao senso comum; daqueles que possuem aparência repugnante ao senso comum em decorrência de anomalias congênitas ou de acidentes; daqueles que tem graves deficiências metabólicas e necessitam de cuidados, alimentação e até mesmo ambiente de trabalho especiais; daqueles são portadores não sintomáticos de HIV, mas não conseguem inserção social em decorrência de baixo nível de qualificação profissional e de atitudes discriminatórias, e se poderá ter a exata noção do que se quer dizer.

Sob a ótica da (não) inserção social, inúmeras outras situações concretas poderiam resultar em deficiência. Ocorre que para a Convenção, o impedimento resultante da deficiência deve ser de longo prazo; mas a Convenção não estabelece o que vem a ser longo prazo. Não obstante, se o impedimento for de curto prazo, como, por exemplo, o decorrente de uma cirurgia de rotina ou de um acidente que não deixará sequelas – ambos com prognóstico de poucos dias de recuperação – não haveria propriamente deficiência, embora haja impedimento temporário para o trabalho. Neste ponto parece importante sublinhar que a Convenção não exige que a deficiência seja permanente, mas apenas que seja de longo prazo, de tal sorte que mesmo limitações temporárias poderiam, eventualmente, caracterizar situação de deficiência. A deficiência, então, passa a ser vista menos como um conceito técnico e mais como um conceito social. A deficiência resulta justamente da dificuldade de inserção social e comunitária da pessoa com deficiência, por força da existência de barreiras ambientais (no ambiente de trabalho, de estudo, de lazer e até mesmo familiar) e de barreiras relacionadas a atitudes discriminatórias das demais pessoas.

A discriminação por motivo de deficiência, por sua vez, passa a ter seu conceito ampliado, pois decorre de qualquer exclusão, restrição ou simples

¹⁴ O mesmo Luiz Alberto David Araújo sublinha que, a seu ver, a deficiência também pode resultar de um excesso sensorial ou motor, citando como exemplo a situação dos superdotados. Cf. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*, p. 7-8.

diferenciação baseada em deficiência, com o propósito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou exercício, em igualdades de oportunidades com as demais pessoas, de direitos humanos e liberdades de fundamentais, abrangendo, inclusive, a recusa a adaptação razoável. Assim, a falta de estrutura mínima (física, material e de recursos humanos) para garantir o exercício de direitos por parte de pessoas com deficiência pode vir a configurar discriminação por motivo de deficiência.

Ao estabelecer diversas obrigações gerais para os Estados-Partes (art. 4), e uma série de outros direitos, a Convenção, ainda que indiretamente, acaba estimulando a adoção de medidas inclusivas, legitimando, agora sob o prisma constitucional (já que a Convenção equivale a uma Emenda Constitucional), as chamadas ações afirmativas em favor de pessoas com deficiência já adotadas nas diversas esferas do poder político brasileiro. Ainda nesta linha de pensamento, é importante lembrar que a inclusão da Convenção na Constituição formal brasileira não poderá significar a diminuição ou mesmo a restrição de direitos das pessoas com deficiência já consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. A Convenção (art. 4, item 4) é expressa no sentido de que: *“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”*. Proíbe-se, assim, eventual retrocesso social que a Convenção poderia representar em ordenamentos jurídicos mais avançados na proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência.

Não obstante, após o advento da Convenção foram editadas Leis protetivas dos direitos das pessoas com deficiência que visaram adequar o ordenamento jurídico interno ao âmbito da Convenção. Como exemplo, podemos citar as Lei nº 12.435/2011 (de 06 e julho de 2011) e nº 12.470/2011 (de 31 de agosto de 2011), as quais alteraram o art. 20 da Lei nº 8.742/93, estabelecendo novo conceito de deficiência e de pessoa com deficiência para fins de concessão do benefício de prestação continuada (LOAS) previsto no art. 203, V, da CF, e a Lei Complementar nº 142/2013, já mencionada anteriormente (que regulamenta a aposentadoria especial da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, nos termos do que dispõe o art. 201, § 1º, da CF).

Passemos, então, à análise do Benefício de Prestação Continuada (LOAS) e das Repercussões da Convenção sobre este importante instrumento de proteção social das pessoas com deficiência.

3. O Benefício de Prestação Continuada (LOAS) e a Repercussão da Convenção em sua Concessão

Antes de falarmos das repercussões da Convenção na concessão do Benefício de Prestação Continuada (LOAS) é preciso discorrer sobre os critérios legais para a concessão de tal benefício assistencial, sob pena de não restar esclarecido quais foram as repercussões produzidas.

Marisa dos Santos Ferreira sublinha que a Assistência Social foi concebida como um instrumento de transformação social e não apenas assistencialista, de tal forma que suas prestações devem promover a integração e a inclusão dos assistidos na vida comunitária, reduzindo a desigualdade real a que estão sujeitos.¹⁵ Trata-se de instituto que melhor atende o preceito de redução de desigualdades sociais e regionais, pois não deve apenas combater a pobreza, mas criar condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais.¹⁶ É nesse contexto, portanto, que se insere o benefício de prestação continuada.

Costuma-se afirmar que a concessão do benefício de prestação continuada exige a comprovação cumulativa de dois requisitos concomitantes. Um de natureza subjetiva: a deficiência. Outro de natureza objetiva: a miserabilidade.¹⁷ O advento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência produziu reflexos diretos e indiretos nestes dois requisitos, conforme se verá a seguir.

Lembramos que o Benefício de Prestação Continuada (LOAS) previsto no art. 203, V, da CF, foi regulamentado pela Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social). Dispunha o art. 20 de referida Lei, em sua redação originária, que:

“Art. 20 O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. § 1º Para efeitos do disposto no caput, entende-se como família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes. §2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. § 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o de

¹⁵ *Direito Previdenciário Esquematizado*, p. 107.

¹⁶ *Op. Cit.*, p.109.

¹⁷ A doutrina costuma falar em miserabilidade e não em simples hipossuficiência, pois o benefício seria reservado apenas para aquelas situações em que o beneficiário não tem sequer condições econômicas mínimas de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pela família.

assistência médica. § 5º A situação de internado não prejudica o direito do idoso ou do portador de deficiência ao benefício. § 6º A deficiência será comprovada através de avaliação e laudo expedido por serviço que conte com equipe multiprofissional do Sistema único de Saúde ou do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), credenciados para esse fim pelo Conselho Municipal de Assistência Social. § 7º Na hipótese de não existirem serviços credenciados no Município de residência do beneficiário, fica assegurado seu encaminhamento ao Município mais próximo que contar com tal estrutura”.

Posteriormente, a Lei nº 9.720/98, passou a considerar como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91, desde que vivessem sob o mesmo teto, ou seja, poderiam ser considerados como família o cônjuge ou companheiro, os filhos não emancipados ou inválidos, os pais, os irmãos não emancipados ou inválidos, o enteado e o menor tutelado equiparado a filho mediante declaração do segurado (mas desde que vivessem sob o mesmo teto). Tal Lei passou também a só admitir a comprovação da deficiência por meio de exame exclusivo da perícia médica do INSS, excluindo, assim, o exame do SUS como prova da deficiência.

Com o advento da Lei 10.741/2003 (estatuto do idoso) a idade mínima para o idoso receber o benefício foi reduzida para 65 anos¹⁸, sendo que o art. 34 de referida Lei passou a permitir que o valor de um salário-mínimo, recebido por qualquer membro da família a título do mesmo benefício (LOAS), fosse excluído do cálculo da renda familiar per capita, para fins de se aferir o critério objetivo de miserabilidade do idoso requerente do LOAS.

Como o Estatuto do Idoso não tratava das pessoas com deficiência, acabou-se criando uma distorção na apuração da miserabilidade para fins de concessão do benefício de prestação continuada (LOAS), pois na concessão em favor do idoso poder-se-ia excluir do cálculo da renda per capita o valor de um salário mínimo recebido a título de LOAS por qualquer outro membro da família, mas no caso de concessão em favor da pessoa com deficiência isto não era possível (salvo se o outro membro que recebesse o LOAS fosse idoso). Aos poucos, contudo, a jurisprudência pátria foi estendendo o benefício de exclusão do valor de um salário-mínimo recebido a título de LOAS também para as situações em que o requerente era pessoa com deficiência, corrigindo a distorção concreta da Lei.¹⁹ A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal

¹⁸ Na redação originária a idade mínima do idoso para percepção do benefício era de 70 anos, sendo reduzida para 67 anos em 1998 e para 65 anos em janeiro de 2000, por conta do que dispunha o art. 38 da Lei 8.742/93. A Lei 9.720/98 modificou o art. 38 da Lei 8.742/93, alterando novamente a idade mínima para 67 anos. Finalmente, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) reduziu a idade mínima para 65 anos.

¹⁹ A jurisprudência passou a entender também que o valor de um salário-mínimo a ser excluído não deveria ser decorrente apenas do recebimento de LOAS, mas de qualquer benefício, ainda que de natureza previdenciária, recebido por outro idoso ou deficiente membro do núcleo familiar.

(STF), o qual, em sede de recurso repetitivo, ao apreciar os Recursos Extraordinários nºs 567985 e 580963, em 18/04/2013, declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, e a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Na ocasião, entenderam os Ministros que tanto o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, quanto o art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 padeciam de omissão parcial inconstitucional, com o que haveria desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Reconheceu-se a ocorrência de processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). A consequência prática da decisão do STF foi de referendar o entendimento jurisprudencial no sentido de que a exclusão do valor de um salário-mínimo recebido a título de LOAS também deve ser observada para as situações em que o requerente era pessoa com deficiência e no sentido de que os parâmetros objetivos de miserabilidade, fixados em Lei em $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, não são absolutos, podendo o juízo verificar, por outros meios, se no caso concreto há situação real de miserabilidade. Chama atenção o fato de que, apesar da decisão do STF estar em total sintonia com a Convenção, em nenhum momento os Ministros se valeram da Convenção para fundamentar seus raciocínios jurídicos. Tal situação demonstra a dificuldade que ainda se tem para fundamentar as decisões judiciais com base em instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos.

Feito este pequeno parêntese, voltemos, então, a evolução legislativa do LOAS. Pois bem. A Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011, promoveu profunda alteração na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) adaptando parcialmente a legislação vigente, no que tange às pessoas com deficiência, ao comando da Convenção. Logo após sua promulgação, entretanto, a Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, promoveu nova alteração da Lei 8.742/93 com vistas a sua total adequação ao que diz a Convenção (modificando os arts. 20 e 21 e acrescentando o art. 21-A à Lei nº 8.742, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência).

De acordo com referida Lei nº 8.742/93, na redação atual que lhe deram as Leis nº 12.435/2011 e nº 12.470/2011, são contemplados com o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição da República, no valor de um salário mínimo, a pessoa com deficiência e o idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Transcreve-se a nova redação do artigo 20, da Lei nº 8.742/93 (com a nova redação dada pelas Leis nº 12.435/2011 e nº 12.470/2011), para melhor elucidar a questão:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que

comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 1º Para os efeitos do disposto no **caput**, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)

§ 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição

de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem. (Vide Lei nº 9.720, de 30.11.1998)

§ 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no caput, ou em caso de morte do beneficiário.

§ 2º O benefício será cancelado quando se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização.

§ 3º O desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 4º A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos definidos em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o

recebimento concomitante da remuneração e do benefício.
(Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

Da leitura do texto legal é possível extrair algumas conclusões. A primeira é que a Lei foi modificada para adequar a terminologia legal ao que diz a Convenção. Assim, não mais se vale a Lei da expressão “pessoa portadora de deficiência”, utilizando-se da terminologia adequada, qual seja, “pessoa com deficiência”. Ainda na mesma linha da Convenção, o conceito legal de deficiência passou a evidenciar o contexto social da deficiência, pois a pessoa com deficiência passou a ser definida como *“aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”*.

Nesse ponto, parece-nos que houve grande evolução na noção de deficiência, pois a redação originária do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, confundia (e até certo ponto igualava) o conceito de deficiência com o conceito de incapacidade, o que levava a uma contradição de ordem prática. De fato, enquanto os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos buscavam ressaltar os potenciais e as capacidades das pessoas com deficiência, tentando estimular a capacitação e a inserção social das pessoas com deficiência, a legislação brasileira acabava por desestimular a qualificação destes ao igualar conceitos desiguais (deficiência e incapacidade).²⁰

Embora ainda existam distorções na aplicação concreta da Lei, o texto legal atual busca estimular a qualificação do deficiente, pois deixa claro que a remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo do valor da renda familiar per capita (art. 20, § 9º, da Lei nº 8.742/93); que o desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência (art. 21, § 3º, da Lei nº 8.742/93); e que a contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício (art. 21-A, § 2º, da Lei nº 8.742/93).

Ainda não se resolveu o dilema prático de como se estimular de forma significativa a capacitação e a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, mas avançou-se no sentido de tentar evitar que a concessão do benefício seja um desestímulo a efetiva inclusão social e laboral da mesma. Mas como o benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual (art. 21-A, caput, da Lei nº 8.742/93), há indiretamente um estímulo ao subemprego para fins de complementação da renda pessoal. Houve, contudo, evidente avanço da Lei

²⁰ Eugênia Augusta Gonzaga Fávero, *Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*, p. 189-190, apud Marisa Ferreira dos Santos, *Direito Previdenciário Esquemático*, p. 114/115.

neste ponto, pois não mais se obriga o INSS a cessar o benefício, mas somente a suspendê-lo, no aguardo da efetiva inserção laboral e social da pessoa com deficiência.

Mas qual o prazo da suspensão? O próprio art. 21-A, § 1º, da Lei 8.742/93 esclarece que a suspensão deve perdurar pelo prazo do contrato de trabalho; da percepção do seguro desemprego (no caso de empregado despedido sem justa causa), desde que não haja direito a percepção de benefício previdenciário; ou pelo prazo do efetivo exercício de atividade remunerada, em caso de autônomos e daqueles a estes equiparados. Assim, se a pessoa com deficiência conseguir se inserir formalmente no mercado de trabalho, por meio de relação de emprego, ou por meio do exercício regular de atividade autônoma ou equiparada a esta, deverá o INSS apenas suspender o benefício, abstendo-se de cessá-lo.²¹ A atual previsão legal consiste em verdadeira homenagem aos princípios e fundamentos da Convenção, pois prioriza a reinserção social e laboral da pessoa com deficiência.

Como a Lei fala apenas em suspensão, caso a pessoa com deficiência tenha cessado seu vínculo de emprego ou em caso de tentativa frustrada de exercício de atividade autônoma, o benefício poderá vir a ser novamente reativado, sem necessidade de nova perícia médica e social, mediante requerimento expresso do beneficiário, nos termos do que dispõe o art. 21, § 4º, da Lei 8.742/93. O avanço, portanto, se apresenta evidente, concretizando-se por meio da Lei o que diz a Convenção quanto à proteção social efetiva da pessoa com deficiência.

A Lei, entretanto, passou a considerar como impedimento de longo prazo aquele que produz efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. Como a Convenção não estabelece o que vem a ser impedimento de longo prazo, parece-nos que o legislador infraconstitucional, desde que o fizesse de forma razoável e proporcional, estaria autorizado a fixar um prazo mínimo para caracterizar o “impedimento de longo prazo”. O problema residiria justamente naquelas situações limites em que não há como ter certeza de que o

²¹ O Decreto nº 6.214/2007, que regulamenta a Lei no que tange a concessão do LOAS, também é expresso no sentido de que na situação narrada o benefício será objeto apenas de suspensão de caráter especial, sendo restabelecido mediante requerimento do interessado, prescindindo de nova avaliação da deficiência e do grau de impedimento. Confira-se o que diz o Decreto nº 6.214/2007. “Art. 47-A. O Benefício de Prestação Continuada será suspenso em caráter especial quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual, mediante comprovação da relação trabalhista ou da atividade empreendedora. § 1º O pagamento do benefício suspenso na forma do **caput** será restabelecido mediante requerimento do interessado que comprove a extinção da relação trabalhista ou da atividade empreendedora, e, quando for o caso, o encerramento do prazo de pagamento do seguro-desemprego, sem que tenha o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício no âmbito da Previdência Social. § 2º O benefício será restabelecido: (...) § 3º Na hipótese prevista no **caput**, o prazo para a reavaliação bienal do benefício prevista no art. 42 será suspenso, voltando a correr, se for o caso, a partir do restabelecimento do pagamento do benefício. § 4º O restabelecimento do pagamento do benefício prescinde de nova avaliação da deficiência e do grau de impedimento, respeitado o prazo para a reavaliação bienal. § 5º A pessoa com deficiência contratada na condição de aprendiz terá seu benefício suspenso somente após o período de dois anos de recebimento concomitante da remuneração e do benefício, nos termos do § 2º do art. 21-A da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993”.

impedimento tem (ou terá) prazo mínimo de 2 anos. Veja-se, por exemplo, o caso de alguns transtornos mentais (depressões, crises de ansiedade, transtornos de personalidade e etc.) em que embora a recuperação possa ocorrer em prazo inferior a 2 anos não há como ter certeza de que isto irá ocorrer.²² Nesses casos, assume extrema importância a análise do histórico médico do requerente e da sua real condição social. Não por acaso, a concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento por meio de avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do INSS (art. 20, § 6º, da Lei nº 8.742/93).

A Lei neste ponto inovou, pois passou a exigir também a efetiva avaliação de assistentes sociais do próprio INSS.²³ Antes havia necessidade de perícia médica para verificar a existência de deficiência, ficando a avaliação social a cargo de servidor do INSS, que na maioria das vezes não tinha formação técnica de assistente social. Mas agora a avaliação por assistente social é pré-requisito para a própria conceituação da condição de deficiente pela autarquia.²⁴ A inovação encontra amparo no novo conceito de deficiência previsto na Convenção, que privilegia a dificuldade de inserção social da pessoa para fins de caracterização da deficiência.

Com base nesta alteração legislativa e em interpretação administrativa da Convenção, o INSS vem se utilizando do critério previsto pela Organização Mundial da Saúde (OMS) para a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)²⁵ para identificar a efetiva existência da deficiência

²² O INSS, via de regra, se opõe à concessão administrativa e judicial do LOAS a pessoas com transtornos mentais justamente em razão de se tratar de impedimento de curto prazo. Lembrando novamente que deficiência não é o mesmo que incapacidade, mas que a incapacidade pode, eventualmente, também caracterizar deficiência, entendemos que somente a detalhada análise do histórico médico e social dos requerentes poderá permitir, no caso concreto, verificar se o impedimento é ou não de longo prazo. Assim, em caso de transtornos mentais parece adequado observar se o quadro clínico é refratário a tratamento clínico medicamentoso; se já houve internações médico hospitalares e com que frequência; se a pessoa conseguiu em algum momento exercer atividade remunerada e por quanto tempo; qual a qualificação profissional da pessoa e etc. A análise do conjunto destas informações poderá oferecer maior segurança quanto ao fato do impedimento ser ou não de longo prazo.

²³ O quadro de assistentes sociais do INSS é reduzido, sendo este provavelmente o motivo pelo qual o Decreto nº 6.214/2007 permite que a avaliação da deficiência e da incapacidade fique restrita ao exame médico pericial e laudos realizados pelos serviços de perícia médica do INSS.

²⁴ O Decreto 6.214/2007 esclarece em seu artigo 16, § 5º, que a avaliação da deficiência e do grau de impedimento tem por objetivo: a) comprovar a existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial; e b) aferir o grau de restrição para a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade, decorrente da interação dos impedimentos com barreiras diversas, ressaltando o § 6º, de referido art. 16, que o benefício pode ser concedido mesmo nos casos em que não seja possível prever a duração dos impedimentos, mas existam a possibilidade de que se estendam por longo prazo.

²⁵ A CIF é uma nova linguagem unificada e padronizada, estabelecida pela Resolução nº 54.21 da OMS, aprovada na 54ª Assembleia Mundial de Saúde, em 22 de maio de 2001, em substituição à Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Limitações (ICIDH). A CIF complementa a CID – Classificação Internacional de Doenças, valendo-se de domínios da saúde e de domínios relacionados à saúde, no que toca à análise das funções e estruturas do corpo, bem como interação desses domínios com Fatores Ambientais. Cf. informação que consta em Contestação padrão apresentada pelo INSS em ações judiciais que visam a concessão de LOAS.

e em qual grau. Primeiramente, por meio da Portaria nº 1 de 15 de junho de 2005, foi instituído Grupo de Trabalho Interministerial do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do Ministério da Previdência Social para análise da aplicação da CIF na concessão do LOAS à pessoa com deficiência. Posteriormente, o Decreto nº 6.214/2007 passou a regular o benefício sujeitando sua concessão à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade.²⁶

Competiria à perícia médica avaliar as funções e estruturas do corpo, a atividade e a participação da pessoa e o grau de deficiência. Já à perícia de assistência social caberia examinar a atividade e participação da pessoa e os fatores ambientais, quanto ao grau de dificuldade e extensão de barreiras.²⁷ A princípio a conjugação de avaliação médica e social, por profissionais de formação técnica e habilitados em suas respectivas áreas, pode ser vista como um avanço da administração pública brasileira na proteção social efetiva das pessoas com deficiência. Contudo, na prática nem sempre tem se demonstrado ser assim, pois a avaliação médica administrativa do INSS às vezes realiza considerações, nem sempre expressamente expostas no laudo, sob o aspecto da possibilidade ou não de inserção social da pessoa com deficiência em perspectiva que seria reservada à análise do assistente social. Esta sobreposição de avaliação deve ser evitada, urgindo que o INSS estruture de forma adequada seu quadro de assistentes sociais, a fim de preservar e promover a efetiva inserção social da pessoa com deficiência também por meio do LOAS.

Por fim, importante sublinhar que a alteração promovida pela Lei nº 12.470/2011, em total consonância com a Convenção, afastou o fugaz entendimento previsto na Lei nº 12.345/2011²⁸ no sentido de que impedimento

²⁶ Confira-se o que diz o Decreto nº 6.214/2007. “Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde nº 54.21, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001. § 1º A avaliação da deficiência e do grau de impedimento será realizada por meio de avaliação social e avaliação médica. § 2º A avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, a avaliação médica considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades.

§ 3º As avaliações de que trata o § 1º serão realizadas, respectivamente, pelo serviço social e pela perícia médica do INSS, por meio de instrumentos desenvolvidos especificamente para este fim, instituídos por ato conjunto do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do INSS. § 4º O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e o INSS garantirão as condições necessárias para a realização da avaliação social e da avaliação médica para fins de acesso ao Benefício de Prestação Continuada. § 5º A avaliação da deficiência e do grau de impedimento tem por objetivo: I - comprovar a existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial; e II - aferir o grau de restrição para a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade, decorrente da interação dos impedimentos a que se refere o inciso I com barreiras diversas.

§ 6º O benefício poderá ser concedido nos casos em que não seja possível prever a duração dos impedimentos a que se refere o inciso I do § 5º, mas exista a possibilidade de que se estendam por longo prazo. § 7º Na hipótese prevista no § 6º, os beneficiários deverão ser prioritariamente submetidos a novas avaliações social e médica, a cada dois anos”.

²⁷ Cf. informação que consta em Contestação padrão apresentada pelo INSS em ações judiciais que visam a concessão de LOAS.

²⁸ A redação dada ao artigo 20, pela Lei nº 12.435/2011, se encontrava vazada nos seguintes termos: “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à

de longo prazo seria aquele em que haveria incapacidade para a vida independente e para o trabalho. A redação atual da Lei deixa claro que não há necessidade de incapacidade para a vida independente para restar configurado o impedimento apto à concessão do benefício, bastando que haja impedimento para o exercício de atividade laborativa que permita o próprio sustento (incapacidade para o trabalho).²⁹

Também houve alteração do conceito de família, que passou a ser composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. Lembre-se que na antiga redação, que fazia expressa referência ao art. 16, da Lei nº 8.213/91, não se falava da madrasta ou do padrasto. Por outro lado, a redação, a princípio, afasta os irmãos inválidos do núcleo familiar, mas esta interpretação deve ser rechaçada. Nos termos do que dispõe a Convenção, parece-nos que a nova redação do art. 20, da Lei nº 8.742/93 deve ser interpretada no sentido de que os irmãos inválidos que convivem sob o mesmo teto também compõe o mesmo núcleo familiar.

Verifica-se claramente que a *ratio legis* da Lei nº 8.742/92 foi a de assegurar àqueles que, por motivo de deficiência ou pela idade, acrescido do critério da hipossuficiência econômica (*miserabilidade*), não estejam em condições de permanecer no mercado de trabalho em condições de igualdade com as demais pessoas, venham a ser amparados pelo Benefício de Prestação Continuada (LOAS), previsto no art. 203, V, da CF, em direta homenagem aos fundamentos da República Federativa do Brasil, tais como os valores sociais do trabalho, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF/88), e à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Considerações Finais

A entrada em vigor para o Brasil, no plano internacional, em 31 de agosto de 2008, da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, concluída e assinada em 30 de março de 2007, em Nova York, produziu alteração no conceito de pessoa com deficiência vigente,

*pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. § 1º Para os efeitos do disposto no **caput**, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se: I – pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo 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; II impedimentos de longo prazo: aqueles que **incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho** pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (...)*

²⁹ Sob a égide da antiga redação dada pela Lei nº 12.435/2011, caso se adotasse uma interpretação restritiva, no sentido de que somente a cumulação de incapacidade para a vida independente e para o trabalho caracterizaria a deficiência, acabaríamos por ter uma indevida limitação do âmbito de incidência da norma protetiva.

refletiu na interpretação das leis já existentes e levou a alterações legislativas, que repercutiram na concessão do Benefício de Prestação Continuada - LOAS.

Primeiro instrumento de proteção internacional de direitos humanos aprovado conforme o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção passou a integrar expressamente a Constituição formal e material brasileira, sendo equivalente às Emendas Constitucionais, com todas as repercussões normativas que a aprovação de uma Emenda Constitucional poderia ter.

As medidas protetivas sugeridas pela Convenção são um mínimo social que os Estados-Partes devem buscar garantir a fim de promover o direito à proteção social efetiva da pessoa com deficiência, sendo que a principal inovação da Convenção parece ter sido conceitual.

Na verdade, a Convenção não criou propriamente novos mecanismos de proteção social desconhecidos do legislador brasileiro, mas aperfeiçoou alguns já existentes e principalmente alterou conceitos de extrema relevância para a proteção social da pessoa com deficiência. Além de não se utilizar da locução “pessoa portadora de deficiência”, consagrada na CF de 1988, mas da locução “pessoa com deficiência”, a Convenção deixa claro que a deficiência é um conceito em evolução que 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.

A deficiência deixa de ser considerada como resultado automático de alguém ter um impedimento físico, intelectual, mental ou sensorial, passando a ser resultado da interação dessas pessoas com diversas barreiras (relacionadas ao ambiente e às atitudes discriminatórias de outras pessoas) que possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. A deficiência, então, passa a ser vista menos como um conceito técnico e mais como um conceito social. A deficiência resulta justamente da dificuldade de inserção social e comunitária da pessoa com deficiência, por força da existência de barreiras ambientais (no ambiente de trabalho, de estudo, de lazer e até mesmo familiar) e de barreiras relacionadas a atitudes discriminatórias das demais pessoas.

Esta nova concepção da pessoa com deficiência implica em necessidade de uma releitura interpretativa de inúmeros instrumentos de proteção social consagrados no ordenamento brasileiro, inclusive do Benefício de Prestação Continuada, popularmente conhecido como LOAS, previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal, e regulado pela Lei nº 8.742/93.

Com as alterações legislativas da Lei nº 8.742/93 pelas Leis nº 12.345/2011 e nº 12.470/2011, buscou o legislador adequar a concessão do LOAS ao espírito protetivo da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. As principais inovações dizem respeito à adoção da nova terminologia “pessoa com deficiência”; à expressa utilização legislativa do novo conceito de deficiência; ao estímulo à qualificação e requalificação profissional da pessoa com deficiência, visando a sua reinserção social e laboral; e principalmente à transformação do LOAS em um benefício de

efetiva inclusão social e não apenas de natureza assistencial.

O Benefício de Prestação Continuada (LOAS), previsto na Lei nº 8.743/92, pode ser um importante instrumento de concretização da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, principalmente quando conjugado com outras políticas públicas destinadas à efetiva inclusão social da pessoa com deficiência e com a vedação de práticas discriminatórias.

Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4ª ed., revista, ampliada e atualizada. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011. Disponível em <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em 05/02/2004.
- BRASIL. Legislação de Direito Internacional. *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*. Decreto nº 6.949, de 26 de agosto de 2009. Brasília, DF: Planalto, 2014. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1#content>>. Acesso em 05/02/2014.
- BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria Geral da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de & LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 15ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- CORREIA, Érica Paula Barcha & CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. 5ª ed. *Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1983.
- FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga Fávero. *Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004, apud DOS SANTOS, Marisa Ferreira dos Santos, *Direito Previdenciário Esquematizado*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: RT, 2012.
- SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquematizado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA APÓS 50 ANOS DO GOLPE MILITAR

Izabela Maria de Faria Gonçalves Zanoni³⁰

Resumo:

Considerando que os idosos de hoje viveram a época do Golpe Militar, o presente artigo foi elaborado para analisar, sob o prisma dos direitos humanos, os compromissos assumidos pelo Estado Democrático de Direito, a situação dos idosos à luz da teoria de justiça de John Rawls e a corrente libertária de Robert Nozick, a fim de demonstrar a melhor aplicabilidade da primeira na implementação de políticas públicas. Verifica-se a compatibilidade da teoria de Rawls com a tutela de minorias, com destaque para os direitos dos idosos, já que estes se encontram em uma situação de desvantagem diante dos demais membros da sociedade. Assim, após 50 anos do golpe militar é possível verificar a evolução no exercício dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente e também quais as medidas necessárias para que as políticas públicas voltadas ao idoso alcancem seus objetivos.

INTRODUÇÃO

Quando se completam 50 anos do Golpe militar de 1964, a reflexão a respeito dos direitos humanos após meio século não pode deixar de lado o estudo da situação do idoso em termos de conquistas e desafios que ainda precisam ser conquistados para aqueles que vivenciaram a experiência de viver sob os mantos de um regime autoritário e de repressão.

Assim, pretende-se analisar a situação do idoso sob a ótica dos direitos humanos tendo como base teórica os pensamentos de John Rawls e Robert Nozick. Já que o envelhecimento da população mundial é um tema da agenda global, a situação do Brasil merece atenção, pois, em relação aos outros países o envelhecimento da população ocorreu muito rápido.

De acordo com Rawls, defensor do igualitarismo, a distributividade de direitos e oportunidades deve ser realizada de forma igualitária, compensando-se as desigualdades geradas pelo acaso. Nozick faz um contraponto por meio do liberalismo, no qual, devido às características das pessoas e a busca pela proteção do mercado, o Estado deverá se afastar das principais questões particulares e assegurar somente direitos negativos.

Assim, na Teoria da Justiça de John Rawls se estabelece o princípio da diferença, segundo o qual as desvantagens naturais devem ser compensadas, encontrando solo fértil em um Estado democrático. Esse princípio fundamenta a implementação de políticas públicas efetivas de atenção ao idoso, contribuindo para o bem-estar da sociedade de um modo geral e à efetivação dos direitos humanos.

As conquistas alcançadas em termos de respeito e proteção à população idosa acabam sendo uma conquista em termos de qualidade de vida

³⁰ Mestranda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Graduação em Direito pela ITE – BAURU. Membro do Grupo de pesquisa Políticas Públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Advogada.

e reflexo do avanço da cidadania. Embora com a atual pirâmide demográfica os idosos não seriam minoria, eles são assim considerados por necessitarem de uma proteção especial do Estado. Isso porque, em muitos casos o idoso é um ser fragilizado pela sua situação de desigualdade e exclusão dentro de uma sociedade de consumo, na qual não só os produtos são substituídos por outros novos, mas também as pessoas muitas vezes são deixadas de lado.

A postura do Estado em termos de políticas públicas passa a ser uma reflexão necessária para o avanço dos direitos humanos de uma sociedade que conta com apenas 25 anos de sua redemocratização.

1. A PESSOA IDOSA

Primeiramente, é importante destacar o conceito de idoso. De acordo com o art. 1º do Estatuto do Idoso, são consideradas idosas pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. No sentido do dicionário percebe-se que a definição de “velho” e “idoso” são diferentes, já que idoso é aquele que tem muitos anos de vida, e velho tanto pode ter isso, quanto pode ser utilizado para se referir a coisas antigas, antiquadas. A palavra “idoso” vem do latim, do substantivo *aetas*, palavra feminina que corresponde a idade ou espaço de tempo, da qual se originou a palavra “idade” (VILAS BOAS, 2005, p.1).

Atualmente, no Brasil se convencionou utilizar o termo idoso ou pessoa idosa. Este termo não era utilizado no antigo Código Civil de 1916 e se tornou comum em razão do conceito estabelecido no Estatuto do Idoso. Assim, o Estatuto (Lei 10.741/2003) incluiu nesse conceito as pessoas com idade igual a 60 (sessenta) anos, contrariamente à previsão do artigo 2º da Política Nacional do Idoso (Lei 8.842/94), que somente considerava idosa a pessoa maior de sessenta anos de idade. Em outras Constituições, como por exemplo, a de Portugal, utiliza-se também a expressão terceira idade para se referir ao idoso.

O tratamento dos idosos no decorrer dos séculos sofreu várias modificações na sociedade ocidental. Cumpre ressaltar que, tradicionalmente, a velhice não era discriminada. De maneira contrária, já foi considerada sinônimo de sabedoria, já que os mais velhos eram muitos bem tratados e havia grande respeito às suas limitações.

Para Bobbio (1997, p. 20), na atual marcha da história acelerada a marginalização dos velhos é impossível de ser ignorada quando se pensa numa sociedade comprometida no respeito dos direitos humanos. Não se passou muito tempo dá época em que os idosos acumulam suas experiências de vida e as transmitem aos mais jovens. Contudo, na atual sociedade esse processo foi modificado pela velocidade das informações, onde as constantes mudanças não permite estabelecer quem ensina e quem aprende, e onde o respeito muitas vezes perdeu-se no meio do caminho.

Neste cenário, a sociedade contemporânea faz a colocação do idoso em sua população isolada, esquecendo-se de suas necessidades, características e peculiaridades, contribuindo para que ele se esqueça de si mesmo e, assim não cobre nada de ninguém (FOGAÇA, 1998, p. 156 apud SOUSA, 2004, p.166).

Infelizmente, a sociedade capitalista, que está a todo tempo sofrendo mudanças e transformações, passou a encarar o idoso como aquele que já não

pode mais acompanhar um mundo em ebulição. Por esse motivo, os idosos, os quais vêm sendo vítimas de desrespeito, intolerância, desprezo, maus-tratos, inclusive dentro de suas próprias casas, clamando por uma proteção especial do Estado.

Embora o envelhecimento seja um fenômeno natural, ele só começou a ser debatido a partir do surgimento do capitalismo, devido à necessidade de se criar um homem para reproduzir o capital. Dentro desse pensamento, o Estado direcionou suas políticas para melhorar as condições dessas pessoas, através da prevenção de doenças, planejamento, controle sanitário, entre outros (JACOBI, 1993).

Ainda, mesmo após a adoção do capitalismo no Brasil, as políticas públicas na área de bem-estar coletivos na área de saúde, saneamento, educação, habitação ainda tinham pouco destaque. Somente com a Constituição Federal de 1988 que inúmeros princípios e direitos foram efetivados, e, após a criação do Estatuto do Idoso estes direitos estão se consolidando (MELO, 2011, p. 30).

Pesquisas recentes demonstram que a população de idosos mais que dobra no Brasil, o que faz merecer atenção especial do Estado. Em 1960, 3,3 milhões tinham mais de 60 (sessenta) anos, em 2010 passou para 20,5 milhões³¹. Dessa forma, a preocupação com a situação dos idosos se justifica por ser o envelhecimento dentro do ciclo natural da vida algo inevitável, e vivendo por mais tempo o ser humano deve se ter o pleno exercício de seus direitos e garantias fundamentais respeitadas em todas as fases do ciclo da vida.

Portanto, torna-se necessária uma mudança de comportamento na sociedade atual, a qual muitas vezes encara o idoso como algo arcaico que não merece mais atenção. A esse respeito, “a nova definição de direitos humanos sedimenta, no melhor dos casos, a tolerância; ainda é preciso consolidar a noção de solidariedade” (ZYGUMUNT, 2011, p. 375).

É nesse momento que se identifica a necessidade da luta pela proteção e respeito dos direitos humanos a qual leve à efetivação não só da tolerância em relação a essa parcela significativa e importante da população, como também à construção de laços de solidariedade que deve ter seu nascedouro na família, fazendo com que a velhice seja vivida com dignidade.

2. TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS VERSUS TEORIA LIBERALISTA DE NOZICK À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

A teoria de justiça de John Rawls foi criticada por Robert Nozick. Para o primeiro, uma sociedade justa necessitava de um Estado intervencionista para que todas as pessoas tivessem suas necessidades básicas supridas. Por outro lado, o segundo autor defendia um Estado mínimo que protegesse as pessoas contra o roubo, a fraude, o uso ilegítimo da força e assegurasse o cumprimento dos contratos. Este era um autor libertário preocupado com a intervenção mínima do Estado, afastando a possibilidade de violação de um direito

³¹ Disponível em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/em-50-anos-percentual-de-idosos-mais-que-dobra-no-brasil.html>. Acesso em 08 jan. 2013.

particular a fim de gerar bem estar em favor dos demais.

No entanto, Rawls entendia ser justo um sistema institucional em que os mais talentosos compartilhassem o benefício recebido com os menos talentosos, já que ninguém poderia merecer um talento que lhe foi dado por causas naturais. Desta forma, verifica-se que as correntes igualitárias se opõem à ideia de direitos de autopropriedade plenos, defendida pelos liberais

Conforme Gargarella (1999, p.49) Rawls entendia ser injusto que a sociedade premiasse ou castigasse alguém através de dons naturais. Desta forma, o Estado deveria intervir para que os menos favorecidos fossem beneficiados, nesse prisma tem-se a situação do idoso.

Para os libertários, este posicionamento não respeita a individualidade das pessoas, interferindo no direito de propriedade do particular, ao ponto de se falar em uma escravidão em nome da justiça. Em uma visão libertária, este tipo de transferência de talentos em benefício dos menos favorecidos implica no mesmo problema do utilitarismo, pois ignora a individualidade das pessoas e utilizar alguns como meios em favor dos demais (NOZICK, 1991, p. 172).

O liberalismo conservador preceitua que o único dever do Estado é assegurar a liberdade negativa das pessoas (direito que o Estado não interfira na esfera particular). Já o liberalismo igualitário considera importante a liberdade positiva das pessoas e a assistência do Estado aos indivíduos em suas necessidades básicas. (GARGARELLA, 1999, p.48).

Partindo desse posicionamento adotado pela corrente igualitária, é notório que Rawls não aceita o fato de que, as pessoas possam ser beneficiadas ou prejudicadas por questões alheias às suas próprias escolhas. Assim, para que a sociedade seja justa, a vida de cada um deve ficar somente sob sua responsabilidade. No entanto, cabe ao Estado nivelar as desigualdades naturais.

Contudo, para o ideal libertário os indivíduos devem ser responsáveis por suas ações e o Estado não deve agir como se estes fossem vítimas do acaso pelos talentos e dons recebidos.

Conforme expõe Gargarella (2008, p.28):

Para os libertários, não é cabível que a sociedade intervenha para tentar remediar ou suprimir circunstâncias como as mencionadas. Segundo esse pensamento, não é tarefa de uma sociedade tentar remediar esses fatos, mesmo que sejam capazes de ocasionar desigualdades mais graves e dolorosas, qualquer remédio institucional seria pior que a própria enfermidade. A pretensão de que um órgão estatal – um órgão dotado de poder coercitivo – resolva esses males abriria as portas para o aparecimento de uma entidade onipresente e intrusiva na vida privada de cada um.

No entanto, fazendo referência à questão dos idosos, assim como todos os grupos sociais vulneráveis, não há como aceitar que o Estado não interfira para garantir a dignidade deles. Tais grupos se encontram em uma situação de

desvantagem perante os demais, necessitando de prestações positivas do Estado em respeito aos direitos humanos.

Desta forma, não basta que seja aplicada a igualdade formal, apenas assegurando a “igualdade para todos” sem considerar as diferenças sociais que existem entre os indivíduos. Em nossa sociedade atual que se torna cada vez mais pluralista, uma postura do Estado que somente garantisse direitos negativos não seria suficiente para assegurar os fundamentos do Estado Democrático de Direito e o respeito aos direitos humanos.

Em seu livro “Uma teoria da justiça” (1997) Rawls reflete sobre o conceito de justiça social em um contexto pluralista e liberal. Para ele, a sociedade complexa e estruturada deve ser formada por cidadãos que sejam livres e iguais dentro de um Estado Democrático de Direito e este deve ser limitado pelo sistema de garantias e liberdades.

Neste sentido preceitua Rawls (1997, p.12):

Meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade.

A posição original de igualdade na justiça como equidade se assemelha ao Estado de natureza citado na teoria tradicional do contrato social. Para descrever a posição original foi criada uma situação hipotética na qual as pessoas se encontram cobertas pelo véu da ignorância de modo que não conhecem o seu lugar na sociedade, classe social e qualidades pessoais, como inteligência e força. Sendo assim, fica garantido que os princípios de justiça adotados serão escolhidos de maneira impessoal, evitando benefícios particulares (RAWLS, 1997, p. 13).

Na hipótese acima, não há favorecimentos, justamente pelo fato de os contratantes não terem o conhecimento da posição social onde estão situados e, desta forma, se alguma categoria de pessoas for prejudicada com a adoção de

critérios injustos, eles mesmos poderão ser desfavorecidos na sociedade. Sendo assim, uma vez que todos se encontram em situação semelhante e estão cobertos pelo véu da ignorância, os princípios devem ser resultado de um consenso ou ajuste equitativo.

Sob a ótica da proposta apresentada por Rawls de justiça como equidade, toda pessoa tem direito às mesmas liberdades básicas, de modo que isto seja compatível com um esquema similar de liberdade para todos e liberdades políticas iguais. Ainda, as desigualdades econômicas e sociais estão condicionadas a uma igualdade de oportunidades, e à busca pelo máximo de benefício aos membros menos favorecidos (RAWLS, 1997, p. 64).

Diante disso, o Estado deve ter responsabilidade na distribuição de oportunidades, em especial dando oportunidades para que aquele que está no fim da vida, a fim de que sejam tratados com respeito, dignidade e educação.

Por esse motivo, a declaração de direitos do homem de 1948 não abandonou os direitos individuais defendidos pelo liberalismo, mas os adotou como uma nova concepção de direitos, formando uma noção política de justiça. Assim, John Rawls demonstrou que era possível conciliar as responsabilidades do Estado com o respeito à liberdade do indivíduo (FARIA; KUNTZ, 2002, p. 34).

A ideia de compensação das desvantagens naturais se apresenta como fundamento para a tutela de idosos, visto que, em razão da idade, estas pessoas se encontram muitas vezes excluídas e numa posição desfavorável no corpo social. Dessa forma, uma das maneiras de compensar essas diferenças é a implementação de políticas públicas, visando a aplicação de uma igualdade material, e não somente a igualdade em seu aspecto formal.

A justiça social defendida por Rawls é incompatível com o conceito adotado no utilitarismo, no qual a perda da liberdade de alguns é justificada por um bem maior partilhado por outros, resultando na maximização do bem estar da sociedade.

Neste sentido preceituou Rawls (1997, p. 24-25):

Uma vez que o princípio para um indivíduo consiste em promover na medida do possível seu próprio bem-estar, seu próprio sistema de desejos, o princípio para a sociedade é promover o máximo bem-estar do grupo, realizar até o mais alto grau o abrangente sistema de desejos ao qual se chega com a soma dos desejos de seus membros. Exatamente como um indivíduo avalia vantagens presentes e futuras com perdas presentes e futuras, assim uma sociedade está adequadamente ordenada quando suas intuições maximizam o saldo líquido de satisfações e insatisfações entre diferentes indivíduos. Dessa forma, por meio da observação dos fatos, chega-se ao princípio da utilidade de um modo natural: uma sociedade está adequadamente ordenada quando suas intuições maximizam o saldo líquido de

satisfações.

Adotando-se a corrente do utilitarismo e, considerando a atual situação dos idosos no Brasil, por se tratar do que se convencionou chamar de minoria, entende-se que esta classe permaneceria prejudicada na sociedade utilitarista. Isso porque em uma sociedade na qual as políticas públicas voltadas ao idoso não trouxessem um bem estar social para a maioria das pessoas, não seria aritmeticamente favorável dispor de recursos para isso.

Assim algumas pessoas teriam que lutar individualmente para exercer seus direitos, e adotar essa postura significa admitir o sacrifício da minoria para a maioria usufruir de todas as comodidades.

Diferentemente, pela teoria da justiça adotada por Rawls, não seria possível sacrificar direitos de uma pessoa, ou de várias, para beneficiar outras. Isto significa que, as minorias, especificamente os idosos, não poderiam ficar desprotegidos simplesmente por serem minorias, pois se assim fosse, eles nunca atingiriam um patamar de igualdade com os demais para exercerem seus direitos.

Cumprе ressaltar que, não é possível que a vontade das minorais sempre prevaleça perante os demais indivíduos, sob pena de se falar em uma ditadura da minoria. Por outro lado, não se pode permitir que o direito de uma determinada classe seja suprimido, simplesmente porque a maioria das pessoas não se incomodam com esse fato.

Não se traduz um conceito justo a ideia de que as privações dos indivíduos sejam compensadas por um bem maior do todo. Ainda, seria difícil que um homem racional aceitasse uma situação desfavorável ou uma estrutura mais simples somente porque isso aumentaria a soma de vantagens entre todos os membros, independentemente das especificidades de cada grupo. Tal doutrina nos faz parecer que o interesse coletivo não é priorizado, não havendo uma cooperação para que se obtenha uma vantagem mútua (RAWLS, 1997, p. 16).

O princípio da maioria não significa somente realizar o interesse do maior número de pessoas, mas sim proteger a minoria contra as maiorias. Os direitos fundamentais surgem para limitar o poder da maioria, para evitar que a maioria realize um governo autocrático. Quanto mais forte for a minoria, mais a política democrática se tornará a política de compromisso.

Desta maneira, é possível concluir que o utilitarismo poderia gerar situações de injustiça na sociedade, visto que seu objetivo é obter o maior grau de felicidade para o maior número de pessoas, sem se preocupar com as peculiaridades de cada indivíduo. Sendo assim o princípio maior satisfação poderia gerar o benefício da sociedade como um todo, ainda que para isso a minoria fosse prejudicada.

3 A CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DA TEORIA DE JOHN RAWLS

As políticas públicas devem obedecer a um ciclo, que se inicia através da definição de uma agenda de prioridades em uma determinada sociedade.

Posteriormente deve se proceder à identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções mais viáveis e, finalmente ocorrerá a implementação do programa. Ainda, mesmo após a implementação, deverão ser realizadas novas avaliações, a fim de que sejam feitas as alterações que se mostrarem necessárias para o melhor exercício da medida no cotidiano.

De acordo com SANTIN (2013, p. 21):

As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos [...]. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente (SANTIN, p. 21).

Com decurso do tempo surgiram modelos de políticas públicas que se mostraram eficientes tanto para o mundo acadêmico quanto para a prática do cotidiano para que o setor público pudesse identificar problemas e oferecer soluções, abrangendo assuntos referentes à previdência social, educação, cultura, desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, idoso, entre outros (ILKIU, 2013, p. 17).

Verifica-se que as prioridades e a criação de políticas públicas nas áreas governamentais geralmente seguem o modelo dos países desenvolvidos ou em desenvolvimento. O Plano de Ação Internacional de Viena e a Declaração dos Direitos do Homem assinada em Paris em 1948 norteiam os governos sobre como incorporarem valores como independência, participação, assistência dentro de seus países (MELO, 2011, p. 32)

Sendo assim, ao se trazer modelos de políticas públicas de outros países, deve haver uma adaptação através da análise profunda deste problema no Brasil. Para Melo (2011, p. 33), a área de política pública voltada para os idosos é carente de estudos e pesquisas a respeito das políticas desenvolvidas na União, Estados e Municípios bem como as avaliações realizadas quanto à eficiência da medida. Assim, se torna impossível a realização de uma política pública de qualidade sem conhecer minuciosamente o público para o qual ela está voltada e às necessidades desse grupo.

As políticas públicas devem ser conciliadas com os recursos orçamentários, pois, na maioria das vezes, a ausência de recursos impede a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente. Em razão disso, deverá ser estabelecida uma lista de prioridades a fim de que seja garantido o mínimo existencial para uma vida com dignidade às pessoas idosas, de maneira que todos os homens tenham seus direitos fundamentais respeitados (GARCIA; LOPES, 2012, p.96).

Assim, a implementação de políticas públicas tem a função de promover a compensação das desvantagens existentes na sociedade, de maneira que os tratamentos devem ser desiguais se as características de determinadas pessoas as colocarem em uma situação desfavorável. Estas ideias se compatibilizam com o pensamento de John Rawls e com o princípio da igualdade de oportunidades, que tem como finalidade diminuir as diferenças

existentes entre indivíduos para que os menos favorecidos tenham acesso ao mesmo estilo de vida dos demais membros da sociedade, não sendo prejudicados e nem beneficiados pela loteria natural. No entanto, conforme se expôs acima, tais políticas devem ser mais estudadas para que se verifique se elas serão realmente eficiente nas condições existentes em nosso país

4. A INCLUSÃO SOCIAL DO IDOSO E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: ANTES E DEPOIS DO GOLPE MILITAR DE 1964

Aos idosos devem ser assegurados os direitos fundamentais previstos constitucionalmente e, entre eles está o direito à educação, previsto também no Estatuto do Idoso.

No Título II do Estatuto foram previstos os direitos fundamentais do idoso. Entre eles, devem ser ressaltados: o direito à vida, saúde, liberdade, dignidade, educação, trabalho, previdência e assistência social (direitos sociais). O referido estatuto reconheceu o envelhecimento como um direito da personalidade e garantiu sua proteção reforçando os direitos sociais.

De acordo com o artigo 20 desse Estatuto, o idoso tem direito à educação, respeitada a sua condição peculiar considerando o fator idade. Neste sentido, o artigo 10, III da Lei 8.842/94 que regula a política nacional do idoso, preceitua que deve haver a adequação da metodologia e do material didático para idosos, além da inclusão de matérias como geriatria e gerontologia como disciplina nos cursos superiores. Tal medida visa a inclusão social, como o objetivo de que todos tenham conhecimento sobre o processo de envelhecimento.

Assim, tendo em vista que a educação é um direito fundamental, o idoso deve fazer parte desse processo educacional para que não ocorra um isolamento social, mas sim uma inclusão dos idosos com os demais grupos.

A ideia de inclusão e condições dignas ao idoso somente se iniciou efetivamente a partir da Constituição Federal de 1988, que ficou conhecida como Constituição Cidadã. Anteriormente, principalmente durante o regime militar, o pensamento e crítica não eram incentivados e, aqueles que tinham ideias contrárias ao Estado sofriam perseguições, cassações, torturas e mortes. Sendo assim, até os dias atuais, o nosso país ainda busca superar as consequências causadas para a educação brasileira em razão do Golpe Militar, já que o regime autoritário teve grande influência no processo educacional brasileiro.

Ao final do século XIX no Brasil, as oportunidades de escolarização eram restritas, de maneira que somente a elite social tinha acesso a elas (UNESCO, 2008, p. 24). Posteriormente foram tomadas medidas visando implantar a educação para adultos, que começavam a evoluir. No entanto, após o Golpe Militar de 1964 os programas de alfabetização e a educação popular que aumentaram entre 1961 e 1964 foram reprimidos (HADDAD; DI PIERRO, 2000).

Para que seja promovido o bem de todos na sociedade atual, é necessário que todas as classes sociais tenham a mesma oportunidade de

exercer seus direitos.

Conforme bem ressalta Novellino (2011, p. 526), “todos os indivíduos são destinatários dos direitos sociais, ainda que a finalidade principal desses direitos seja proteger os hipossuficientes e os mais fragilizados”.

Partindo desse pressuposto e, tendo em vista que a sociedade moderna é marcada pelo pluralismo, existindo muitas diferenças sociais, econômicas e culturais entre seus membros, é necessário que o todo seja considerado, mas, além disso, que as minorias sejam incluídas na sociedade buscando um nivelamento entre seus membros.

Para Claudia Werneck (2000, p. 52) “(...) normalizar uma pessoa não significa torná-la normal. Significa dar a ela o direito de ser diferente e ter suas necessidades reconhecidas e atendidas pela sociedade.” No mesmo sentido, a autora afirma que: “Incluir é abandonar estereótipos”.

Aceitar que haja qualquer tratamento diferenciado às pessoas idosas, por parte de quem quer que seja, é aceitar a discriminação, ato atentatório a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art.3º., inciso IV da Constituição Federal), isto com a finalidade de promover o bem de todos (ROSTELATO, 2011, p. 113).

Além dos direitos e garantias fundamentais, na Constituição Federal de 1988, no título da Ordem Social, foram assegurados direitos ao idoso, como a gratuidade do transporte (art. 230, § 2º), o dever de amparo (art. 230) e o benefício de prestação continuada (art. 203, V).

No entanto, é necessário reconhecer que a previsão constitucional não foi suficiente, visto que passados mais de 15 (quinze) anos da promulgação da Constituição Federal, entrou em vigor a Lei n. 10.741/2003, melhor conhecida como Estatuto do Idoso, para reforçar direitos e garantias já assegurados, que não atingiram sua eficácia social.

Apesar da grande evolução social com a positivação dos direitos humanos, a proteção à dignidade humana, os avanços tecnológicos, e as descobertas da medicina, ainda não foi possível garantir condições dignas às pessoas idosas, o que as põem em uma situação de vulnerabilidade.

Diante disso, torna-se imprescindível que haja a inclusão social dos idosos até porque de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2050 o mundo terá 2 bilhões de idosos, e o Brasil segue a tendência de envelhecimento de sua população. Assim, a criação de políticas públicas que visam nivelar as desigualdades e o respeito não deve ser tratada como um tipo de favor concedido pelos governantes, mas sim como a realização das garantias asseguradas dentro de um Estado que se diz democrático de direito.

CONCLUSÃO

A efetividade dos direitos humanos voltados para o idoso relaciona o princípio da diferença defendido por Rawls com a atual necessidade de implementação de políticas públicas que beneficiem os idosos, já que eles são colocados muitas vezes à margem da sociedade e desamparados pela família.

O princípio da diferença defende que a concretização da justiça só é

possível se os benefícios que alguns possuem possam ser também acessíveis aos demais, em especial daquelas pessoas situadas em condições de fragilidade.

Portanto, a criação de políticas públicas não pode ser encarada como um tipo de caridade praticada pelo Estado. Esses direitos de prestações, que exigem do Estado uma atuação positiva compõe o compromisso do Estado Social. Estas prestações asseguradas com a redemocratização visam promover a igualdade material, intervindo em questões que antes eram deixadas à livre iniciativa.

Assim, existem situações que não poderão ser superadas unicamente pelo indivíduo, os desfavorecidos pela loteria natural em condições econômicas, sociais ou culturais, nunca alcançariam as mesmas vantagens dos demais membros da sociedade se não houvesse a intervenção do Estado.

Os idosos por sua vez, devem ser objeto de atenção na criação de políticas públicas que realmente nivelem as dificuldades geradas pelo curso normal da vida, ou seja, pela idade avançada.

Além disso, as políticas públicas devem ser criadas com uma lista de prioridades que efetivamente sejam essenciais, e não medidas paliativas de cunho político, que, na maioria das vezes, visam interesses particulares e não interesses coletivos. Desta forma, poderemos assegurar que, o fator da idade avançada poderá ser compensado pelo Estado e o idoso será incluído pelos membros da sociedade em geral.

Assim, após 50 (cinquenta) anos do Golpe Militar, uma sociedade que se diga democrática deverá estar atenta não só aos jovens, aos adultos, mas também aos idosos. Portanto, é possível concluir que após a Constituição Federal de 1988, com os direitos fundamentais sociais, o Estado vem buscando consolidar a aplicação da igualdade material e a inclusão social, o que demonstra uma grande evolução social em relação a 50 (cinquenta) anos atrás. No entanto, ainda temos que percorrer um grande caminho para o tratamento da situação do idoso, pois o país está envelhecendo sem ter superado as desigualdades sociais e étnico-raciais e com isso o sofrimento dos idosos é agravado.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de senectude e outros escritos biográficos*. Trad. Daniela Versiani. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos*. 1. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____, Roberto. *Las teorías de la Justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*. Buenos Áries/Barcelona/México: Paidós, 1999.
- HADDAD & DI PIERRO (2000), M.C. *Tendências atuais na educação de jovens e adultos*. Em aberto, V. 11, nº6, out/1992. Brasília: INEP, 1992.
- ILKIU, Ivan Moizés. *Limites do Controle de Jurisdição Constitucional*. 2013. 17 f. Dissertação. Mestrado UENP, Jacarezinho, 2013.

JACOBI, Pedro. *Movimentos sociais e políticas públicas: demandas por saneamento básico e saúde*. São Paulo: Cortez, 1993.

LOPES, Elisabete Mariuci; GARCIA, José Ailton. A inclusão jurídica e social do idoso. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.415, n., p.91-110, janeiro/junho. 2012.

MELO, Magaly Abreu de Andrade Palhares de Melo. Políticas Públicas de atenção ao idoso. *Universitas/JUS*, Brasília, v. 22,n.2, p.29-67, jul/dez. 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROSTELATO, Telma Aparecida. Direitos Humanos do Idoso e as nuances proteivas no ordenamento jurídico brasileiro: Uma abordagem acerca da (des) necessidade do Estatuto do Idoso; *Lex Humana*, v.3, n.2, 2011, p.105.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão do crime*. 2. ed. São Paulo. 2013: Verbatim, 2013.

SOUSA, Ana Maria Viola. *Tutela Jurídica do Idoso. A assistência e a convivência familiar*. 1. ed. Campinas: Alínea, 2004.

UNESCO. *Alfabetização de jovens e adultos no Brasil: lições da prática*. Brasília: UNESCO, 2008, 212 p.

VILAS BOAS, Marco Antônio. *Estatuto do Idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WERNECK, Claudia. *Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: WVA, 2000.

ZYGMUNT, Bauman. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2011.

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISTRUDENCIAIS SOBRE O TEMA

Rafael Gomiero Pitta³²

Resumo

A aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas ocupa uma importante posição entre os debates mais atuais dentro do Direito Privado. É necessário antes de mais nada conhecer os principais pontos da teoria dos direitos fundamentais para se falar em aplicação direta ou indireta de tais direitos na esfera privada. A Constituição Federal de 1988 está alicerçada sobre bases pluralistas e é preciso levar em consideração que o Brasil é um país em evolução tardia, e assim como vários outros países, desenvolveu seu sistema jurídico normatizador e de controle de constitucionalidade utilizando-se de outros modelos que supostamente funcionam em seus países de origem. Através dessas balizas, será possível sistematizar parâmetros para a determinar o alcance da eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas, de modo a considerar os aspectos práticos que surgem desta aplicação, suas impossibilidades e principalmente considerando a melhor maneira de introduzir ao mundo jurídico essa possibilidade levando em conta os atuais valores compartilhados pela sociedade brasileira.

1. BREVE HISTÓRICO

A eficácia vertical dos direitos fundamentais é há muito objeto de estudo de disciplinas atreladas ao direito como a Teoria Geral do Estado e Teoria do Direito Constitucional e desde as revoluções que colocaram em declínio as monarquias absolutistas – que culminaram com o surgimento do constitucionalismo moderno - não existem dúvidas com relação à supremacia da constituição no ordenamento jurídico bem como da irradiação de seus efeitos na esfera pública governamental. O Estado moderno surgiu com características bem definidas tais como liberdade dos indivíduos, igualdade formal e o império da lei sobre todos, especialmente da norma constitucional. O que o presente trabalho pretende abordar é o outro lado da aplicação dos princípios constitucionais, não de maneira vertical, em que a irradiação dos efeitos se dá de cima pra baixo, consubstanciando deveres do Estado em relação aos cidadãos e direitos dos particulares frente ao Estado, mas horizontal, ou seja, dos cidadãos entre si e para consigo. Assim, não é apenas o Estado que deve atentar para as regras constitucionais para com o cidadão, mas os próprios cidadãos em relação à si mesmos nas relações privadas que desenvolvem.

Os direitos fundamentais, então, vinculam os particulares, mas é preciso saber de que maneira isso ocorre, e nesse sentido é válido estudar os caminhos percorridos até chegar a um denominador comum. Ressalta STEINMETZ que:

³² Especialista em Direito Civil e Processo Civil, Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual Norte do Paraná e professor de Direito Civil e Processo Civil na Faculdade de Balsas e Faculdade Catuaí

“A vinculação dos particulares a direitos fundamentais como objeto da jurisprudência e da dogmática constitucionais tem origem na República Federal da Alemanha na década de 50 do século XX. Foi batizada de *Drittwirkung der Grundrechte* - literalmente, ‘eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais’.”³³

Evolutivamente falando, diz Steinmetz, são duas as questões que se apresentam, a primeira, já respondida acima, se os particulares vinculam-se aos direitos fundamentais, e a segunda seria de que forma e em que medida isto acontece. O tema suscita muitas controvérsias.

A teoria clássica ensina que os direitos fundamentais são limites à atuação do Estado, como uma defesa ante os poderes públicos, os chamados direitos negativos (Jellinek). Nesta época (século XIX), não se falava em eficácia de direitos fundamentais entre particulares, pois o contexto era o domínio do liberalismo, da valorização do indivíduo e imposição de deveres a um Estado reduzido. Em um momento mais atual, pós segunda guerra, não era costume que as constituições trouxessem em seu bojo limitações dos particulares concernentes aos direitos fundamentais, posto que até então somente os poderes públicos possuíam tal vinculação. No decorrer deste trabalho restará claro a dificuldade em fundamentar a aplicação e vinculação dos direitos fundamentais aos particulares posto se tratar de uma construção dogmática relativamente complexa.

Uma das primeiras iniciativas nesse sentido foi da Constituição da República Portuguesa de 1976, que em seu artigo 18, 1 diz que: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.³⁴ Em Portugal a vinculação dos entes públicos e privados às normas jusfundamentais é notório.

A leitura da Constituição de 1988 sobre o tema é um tanto mais relativa e menos objetiva. Em seu artigo 5º, parágrafo 1º, pode-se dizer que as normas ali constantes possuem aplicabilidade imediata, mas isso não significa que os destinatários das obrigações decorrentes das normas jusfundamentais seriam os particulares, pois isto definitivamente não constou de forma expressa naquele documento. De acordo com Ingo Sarlet, no entanto, os dois dispositivos, quais sejam, do art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Brasileira e art. 18, item I, da Constituição portuguesa possuem o mesmo sentido.³⁵

³³ STEINMETZ, Wilson, princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais- artigo. Interpretação constitucional. Virgílio Afonso da Silva, organizador.

³⁴ Disponível em http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/constituicao_p02.htm. Acesso em 26.09.2013.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 388

Historicamente, o destinatário inicial dos direitos fundamentais sempre foi o particular frente ao poder do rei, posto que estes foram concebidos originariamente no intuito de estabelecer certa imunidade do indivíduo em relação aos poderes do Estado em momentos revolucionários. Durante o século XX restou claro que a posição do Estado em relação aos cidadãos não deveria ser a de mero respeitador de direitos individuais, mas também deveria ser um agente interventor na sociedade civil e garantidor de princípios de liberdade e igualdade. Além do Estado, a sociedade contemporânea é composta por diversos outros fatores da esfera social que se mostram capazes de afetar a esfera de liberdade individual dos cidadãos, tais como grupos econômicos ou políticos, cada vez mais atuantes e influentes no mundo globalizado. Isto seria um fator que, em tese, poderia determinar que os direitos fundamentais também possam ser invocados contra os particulares.

O Estado, portanto, não pode ser um poder totalitário e arbitrário bem como da mesma forma não se pode dar chance para que tais grupos mencionados, participantes ativos na esfera civil e com caráter e potencial econômico agigantado pela globalização, ocupem esta mesma posição de poder arbitrário contra os quais o cidadão deva se defender.

Para alguns doutrinadores, como Ingo Sarlet, é possível afirmar que os direitos fundamentais que vinculam o Estado, seus órgãos administrativos e os Poderes da república, da mesma forma vinculam os particulares. Afirmam ainda que em relação ao poder legislativo, existe uma dupla vinculação aos direitos fundamentais, uma delas em sentido negativo, que proíbe a edição de atos legislativos que sejam contrários aos preceitos fundamentais, e outra de dimensão positiva, que diz que a vinculação do legislador significa dever de conformação com os parâmetros fornecidos pelas normas constitucionais de direitos fundamentais³⁶. Além disso, existe o dever de realização dessas normas, as quais têm a função de princípios informadores de todo o ordenamento jurídico. Determinadas normas de direitos fundamentais exigem do legislador infraconstitucional uma concretização e regulamentação que não podem ser esquecidas, sem que desta forma se descumpra o preceito fundamental.

Para o citado autor, a legislação infraconstitucional deve estar vinculada de forma plena ao incluir atos normativos editados por entidades públicas, como regulamentos e estatutos, mas também atos editados por entidades privadas devem obedecer a mesma linha, posto que a lei lhes outorga força jurídica em diversos casos. Como exemplo disso tem-se as convenções coletivas de trabalho, que atualmente possui status de lei com força normativa maior que a própria legislação trabalhista ordinária em determinados casos.

Partindo da idéia denatural vinculação dos órgãos administrativos à obediência e respeito aos direitos fundamentais, a administração pública poderia se recusar a cumprir determinada lei caso a aplicação da mesma implique ofensa aos direitos à vida e à integridade pessoal, ou ainda quando determinada lei violar núcleo essencial dos direitos fundamentais, caso em que

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 388

o poder público estaria autorizado a considera-las inexistentes. Dita vinculação alcança não apenas as pessoas jurídicas de direito público, mas também extensivamente as pessoas jurídicas de direito privado que possuem atribuições públicas, assim como as direito público quando em atuação na esfera privada.

Em relação à vinculação do poder judiciário, vale destacar a posição de Canotilho, que aduz que a vinculação dos órgãos judiciais se manifesta por meio da constitucionalização da organização dos tribunais e do procedimento judicial, por um lado e, por outro, pela vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais, devendo estes direcionar as decisões judiciais.³⁷

Aduz ainda a grande importância da vinculação do Poder Judiciário aos preceitos fundamentais, na medida em que seus órgãos não apenas se encontram estruturalmente vinculados à Constituição, mas, além disso, no exercício do controle da constitucionalidade dos atos normativos dos demais órgãos estatais. De modo que os órgãos judiciais têm, ao mesmo tempo, o poder e o dever de não aplicar os atos ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade.

Quando se fala em exercício de direitos frente ao Estado, os chamados negativos, considera-se uma teoria de aplicação subjetiva dos direitos fundamentais. Mas a doutrina reconhece que os direitos fundamentais possuem uma função autônoma por constituírem valores que a sociedade busca concretizar em todas as esferas, e isso dá o nome de dimensão objetiva dos direitos fundamentais de que resulta a eficácia dirigente que os direitos fundamentais desencadeiam em relação aos órgãos estatais. É a eficácia irradiante, que fornece padrões e diretrizes de aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, servindo ainda de parâmetro no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos estatais.

A eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, chamada eficácia horizontal (*Drittwirkung*), é tratada pela doutrina como um desdobramento da dimensão objetiva, sobretudo no que diz respeito às relações privadas em que há certo desequilíbrio entre a hipossuficiência do cidadão e a hipersuficiência do Estado e dos institutos privados, fazendo com que os direitos fundamentais exerçam função essencial para o deslinde da questão, restaurando ao sujeito ofendido a integridade de sua dignidade como pessoa humana.

2.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora haja grande dificuldade em definir de forma precisa o que sejam direitos fundamentais, seriam aqueles ligados à liberdade e à igualdade, que se encontram positivados no ordenamento jurídico pátrio, aqueles que surgem da condição humana e que estão previstos no ordenamento constitucional. Historicamente, os direitos fundamentais se solidificaram a

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 597.

partir do conceito de dignidade da pessoa humana.

No dizer de de Canotilho³⁸

“(...) os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. (...) direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa”.

Para Oscar Vilhena Vieira³⁹

"a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional."

É possível classificar os direitos fundamentais dentro da constituição da seguinte forma: Direitos Individuais (art. 5º); Direitos Coletivos (art. 5º); Direitos Sociais (arts. 6º e 193); Direitos à Nacionalidade (art. 12) e Direitos Políticos (arts. 14 a 17). A Constituição não incluiu Direitos fundados nas relações econômicas entre os Direitos Fundamentais, mas é possível considerar que estariam elencados nos arts. 170 a 192. Esta é uma classificação legislativa. Podemos ainda utilizar a classificação de Jellinek⁴⁰, de acordo com o qual, os direitos fundamentais dividem-se em três espécies: direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação.

Os Direitos de defesa são aqueles que tem como finalidade a defesa do indivíduo contra o arbítrio e força coercitiva do Estado. São direitos exigidos em face do Estado, direitos clássicos que surgiram com forte ligação com a liberdade, chamados direitos individuais. Tais direitos de defesa/liberdade têm conotação negativa, posto que exigem do Estado não uma atuação positiva mas sim uma abstenção, a obrigação de não intervir, não reprimir, não censurar.

Os direitos prestacionais são aqueles que exigem do Estado uma atuação positiva, não uma abstenção. Exigem prestações materiais jurídicas do Estado, tais como segurança, assistência judiciária, saúde, educação, empregos, transporte público e outros direitos sociais.

Os direitos de participação são os que permitem a participação do

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5º ed. Editora Livraria Almedina, 2002.

³⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo, Malheiros: 1999, p. 36

⁴⁰ *Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.*

indivíduo na vida política do Estado, direitos de cidadania por exemplo. Garantem a participação individual e coletiva na sociedade, na formação da vontade política da comunidade. São basicamente os direitos de nacionalidade e direitos políticos.

3. EFICÁCIA HORIZONTAL E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A eficácia vertical dos direitos fundamentais é entendida como a vinculação dos Poderes do Estado aos direitos fundamentais, e que permite que os particulares exijam diretamente do Estado as prestações positivas, e teve surgimento na Alemanha.

De acordo com Daniel Sarmento no momento em que o Estado e o Direito assumem novas funções, os direitos fundamentais devem aumentar seu raio de ação e irradiar para as relações entre governantes e governados, incidindo em outros campos, como o mercado e as relações de trabalho e a família.⁴¹

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que também é conhecida como eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre da constatação de que desigualdades em relação à força de atuação não se encontram somente na relação do Estado perante o particular, mas também entre os particulares em suas relações privadas.

Existem três teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais : a da INEFICÁCIA HORIZONTAL dos direitos fundamentais, a da EFICÁCIA HORIZONTAL INDIRETA dos direitos fundamentais, e a EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA dos direitos fundamentais. Segundo a teoria da Ineficácia Horizontal os direitos fundamentais, estes não podem ser aplicados às relações entre particulares e esta teoria é atualmente adotada nos Estados Unidos, adepto da eficácia clássica vertical dos direitos fundamentais, ou seja, aplicam-se somente às relações entre Estado e particulares e não às relações entre particulares.

O professor Virgílio Afonso da Silva entende que a teoria do *state action* na verdade não nega completamente a aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares, pois pretende viabilizar a aplicação entre particulares, mesmo na ausência de regulamentação. A doutrina teria a liberdade de determinar o alcance da aplicação, pois não há um engessamento promovido pela falta de regulamentação⁴². De acordo com o autor, a forma de se contornar a suposta ineficácia do *state action* é equiparar alguns atos privados a atos estatais. É sabido, no entanto, que a teoria que de fato relativizou a não aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas foi a "*public function theory*" que limita a atuação de particulares quando esses agirem no exercício de

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 332.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros.

atividades de natureza tipicamente estatal.

A segunda teoria, da eficácia indireta ou mediata, diz que os direitos fundamentais são analisados sob duas dimensões: a) dimensão negativa (proibitiva), que não permite que o legislador edite leis que violem direitos fundamentais; b) dimensão positiva (alemanha), que impõe ao legislador um dever de implementar direitos fundamentais e simultaneamente definir quais devem ser aplicados à esfera privada.

A particularidade desta teoria é que ela considera que não deve haver imposição de direitos fundamentais na relação entre particulares quando eles estiverem no mesmo nível. Esta teoria diz que os direitos fundamentais podem ser aplicados aos particulares, com uma intermediação através da lei, que por sua vez irá regulamentar a incorporação dos direitos fundamentais ao direito privado. Os direitos fundamentais, desta forma, irradiam os seus efeitos nas relações entre particulares, mas somente pela interferência e mediação legislativa. A doutrina alemã aduz que a entrada dos direitos fundamentais se dá, neste caso, pelas cláusulas gerais do direito privado.

A terceira e última teoria, da eficácia direta ou imediata, também surgiu na Alemanha na década 1950, mas não é prevaletente naquele país. De acordo com esta teoria, alguns direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente às relações privadas, sem a necessidade da intervenção legislativa.

Quando existe entre as partes aparente igualdade na relação jurídica, deve prevalecer o princípio da liberdade, somente admitindo-se eficácia direta dos direitos fundamentais na hipótese de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade. Este é o pensamento de Ingo Sarlet⁴³, que aduz ainda que quando a relação privada se dá entre um indivíduo (ou mais) e os detentores de poder econômico ou social, é de se admitir a aplicação da eficácia horizontal, pois tal relação privada é similar à eficácia vertical, àquela que se estabelece entre os particulares e o poder público.

Para Luís Roberto Barroso, no processo ponderativo, devem ser observados alguns fatores, tais quais: a igualdade material entre as partes; injustiça ou falta de razoabilidade de critério; preferência pelos valores existenciais em detrimento dos meramente patrimoniais; risco para a dignidade da pessoa humana.⁴⁴

Em países de desenvolvimento tardio, com grandes desigualdades sociais, como é o caso do Brasil, não permitir a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares seria temeroso. Mesmo a adoção da eficácia horizontal indireta não resolveria a maioria dos problemas, posto que a desigualdade é comum em todas as espécies de relações, seja material, seja intelectual ou de justiça. A maior desigualdade necessita de maior proteção, de acordo com o conceito atual de igualdade.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado a teoria da Eficácia

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: Revista de Direito Administrativo, n. 225, 2001, p. 28

Horizontal dos Direitos Fundamentais de forma sistemática. Vejamos:

“SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal.

A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. **O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa** (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO" (RE 201.819-8 RJ, Rel Originária Min. Ellen Gracie, Rel para o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ de 11/10/2005) (grifo nosso)

No mesmo sentido, o STF decidiu no Recurso Extraordinário no 158.215-4, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello pela aplicação direta dos direitos fundamentais em outra relação estritamente privada:

"DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de

processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa." (RE nº 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996)

É uma grande evolução que a Corte Suprema do Brasil tenha optado pela aplicação da Teoria da Eficácia direta e Horizontal dos Direitos Fundamentais, posto que este posicionamento é perfeitamente adequado à realidade social vivida no país.

4. APLICAÇÃO PRÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

As relações privadas costumam envolver uma grande diversidade de situações de possíveis lesões contra direitos fundamentais individuais, como por exemplo: a- conflitos entre as liberdades religiosas, liberdade de associação ou direitos personalíssimos, tais como: integridade física, intimidade, imagem, e a autonomia privada contratual; b- celebração de contratos de trabalho contendo cláusulas em que empregados renunciem a direitos, como por exemplo, se obrigam a deixar de exercer atividade partidária ou de sindicalizar-se, proibição de ter filhos durante o contrato de trabalho; c- proibir acesso a pessoas de determinado sexo, idade ou raça; d- a possibilidade de um contrato de compra e venda de imóvel que exclua a locação a praticante de determinada religião.

A força dos direitos fundamentais, que se encontram no ápice da pirâmide legislativa, deve ser compreendida como autorização para que sejam aplicados em todas as esferas, inclusive a privada. Esta é dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consubstanciadora dos valores mínimos da ordem jurídica. Como já dito acima, esta vinculação das normas às relações jurídicas entre particulares é denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou ainda eficácia privada (eficácia externa), tendo se desenvolvido na Alemanha, tanto na parte doutrinária como jurisprudencial, de forma inédita na segunda metade do século XX.

Tal vinculação é praticamente unânime na doutrina, a chamada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. O que fica pendente de regulamentação é a delimitação desta eficácia, pois não existe previsão para tal aplicação na constituição, e mesmo que houvesse, como na constituição portuguesa, ainda assim haveria como se determinar expressamente e de maneira precisa a respeito do alcance da eficácia.

Para Ingo Sarlet, os direitos fundamentais que tenham por destinatário exclusivo os órgãos estatais obviamente não se aplicariam aos particulares. Nesta lista se incluiriam os direitos à assistência e previdência social, os direitos políticos, e alguns direitos fundamentais sociais.⁴⁵

Como já demonstrado acima, a jurisprudência do Supremo Tribunal

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 332

Federal reconheceu a necessidade de se observar o devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório no caso de exclusão de associado de cooperativa, bem assim no caso de afastamento de associados em uma sociedade civil. É possível inclusive sustentar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas com base em princípios da dignidade da pessoa humana, no contexto do que se designou de “mínimo existencial”. Além disso, existem aqueles direitos que sofrem atentados cotidianamente e dizem respeito às relações privadas e que tem forte ligação com os direitos fundamentais, tais como indenização por dano moral pelo abuso do direito de livre manifestação do pensamento (art. 5º, incisos IV e V, da Constituição), inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, da Carta), o sigilo de correspondência (art. 5º, XII). Ainda assim, é certo dizer que são mais comuns as violações a direitos de trabalhadores, em alusão ao art. 7º, da Constituição Federal.

No Estado contemporâneo, a sociedade participa muito mais ativamente do exercício do poder, nas escolhas e cada vez mais diretamente influencia o meio político, especialmente os legisladores. Assim, as liberdades individuais ainda requerem proteção em face do poder público, e ainda em face daqueles que detêm o poderio econômico, posto que as liberdades individuais se encontram sob constante ameaça. Neste cenário, cresce a importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, exigindo-se do Estado o respeito e uma postura de proteção dos direitos fundamentais.

A respeito da vinculação aqui defendida, acredita-se que os direitos fundamentais, por serem princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, são aplicáveis a toda a ordem jurídica, inclusive nas relações privadas. É preciso entender que os particulares da mesma forma necessitam de proteção contra atos provenientes de outros particulares, desde que tais atos atentem contra direitos fundamentais.

Para responder à questão de como se aplicam os direitos fundamentais nas relações entre particulares, é correto dizer que para a teoria da eficácia direta ou imediata, os direitos fundamentais devem ser aplicadas na ocasião em que entidades privadas demonstrarem um grande poder econômico ou social. Em outras palavras, quando houver desequilíbrio entre os particulares envolvidos na relação, a aplicação deve ser imediata. Este mandamento está de acordo com o disposto no art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição, que declara a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais.

A eficácia será imediata no momento em que um dos particulares estiver em relação de subordinação fática ou jurídica, ou de hipossuficiência. O poder social faz surgir nas relações privadas diversas situações que geram desigualdades, agressões e discriminações contra bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana. Tal aplicação, no entanto, não pode olvidar de considerar o equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada, que não devem ser suprimidos de maneira a prejudicar a segurança jurídica dos negócios privados.⁴⁶

A teoria da eficácia indireta ou mediata tem aplicação mais complexa,

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

pois exige que os direitos fundamentais sejam recepcionados pelas regras de direito privado, em forma de legislação vigente. Isso significa que, nas relações jurídicas privadas, os direitos fundamentais só podem ser aplicados após um processo de interpretação dos dispositivos constitucionais integrados às cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado. A aplicação desta teoria, mais conservadora, oferece um maior resguardo do princípio da autonomia da vontade privada, não entendendo pela incidência direta dos direitos fundamentais na esfera privada. Para os adeptos desta teoria, a aplicação direta poderia levar a um aumento da ingerência governamental. A crítica então se encontra no possível aumento (via reflexa) do poder estatal sobre os particulares. Com o pretexto de fiscalizar o cumprimento dos deveres resultantes da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, o poder do Estado perante os particulares cresce.

Entre as duas teorias, certamente a da eficácia imediata confere maior força ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, encartado na constituição, enquanto na teoria da eficácia mediata prevalece a proteção à autonomia individual e segurança jurídica. Ambas são bem fundamentadas em princípios constitucionais e personificam pontos de vista jurídicos opostos.

É desejável que em uma relação jurídica as partes envolvidas estejam em situação de plena igualdade, ou pelo menos de igualdade aparente, e tal situação não enseja aplicação de normas de direitos fundamentais para reequilibrar a situação. No dizer de Ingo Sarlet, quando as partes da relação jurídica se encontram em condições de relativa igualdade, é preciso respeitar o princípio da liberdade. Para ele, seria possível falar em eficácia direta dos direitos fundamentais somente na hipótese em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça, ou ainda quando a relação se estabelece entre um particular e outro que seja um detentor de grande poder econômico ou social. É de relativo consenso na doutrina que, no caso de desequilíbrio notório, é correta a aplicação direta dos direitos fundamentais na esfera privada, posto que a relação se assemelha muito à relação entre os particulares e o poder público⁴⁷

Das formas que visam proteger os direitos fundamentais nas relações privadas, a elaboração de leis infraconstitucionais que assegurem a harmonia destas com os princípios de direitos fundamentais é um começo, mas não garante a plena proteção, posto que o legislativo não atua com esse foco. Intervenções legislativas como a de proteção ao consumidor e a de proteção à relação de trabalho, são bons exemplos de como a legislação adequada confere proteção aos particulares nas relações privadas. Outra maneira muito eficiente é a interpretação e aplicação de cláusulas gerais de direito privado, como jurisprudência formada sobre os contratos envolvendo particulares (eleição de foro em contrato de adesão), e neste contexto é possível visualizar a incidência direta de normas de direitos fundamentais no âmbito de relações jurídicas entre particulares.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do debate acima exposto, o que se pode determinar é que, quanto maior o nível de desigualdade entre os particulares, maior deve ser a proteção conferida, ou seja, maior a aplicação dos direitos fundamentais de forma direta.

Assegurar a observância do regular cumprimento das normas de direitos fundamentais por todos aqueles potencialmente capazes de violar tais direitos, seja o Estado ou o ente privado com maior potencial econômico e social é o objetivo do Estado de direito. A aplicação imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas, sejam elas equilibradas ou desequilibradas, é um tema que merece discussão. A controvérsia surge pelo fato de que, embora exista jurisprudência do STF referente ao caso, não existe posicionamento pacífico na doutrina e na jurisprudência.

O particular que se encontra em posição de hipossuficiência em uma relação privada é, assim como qualquer cidadão, detentor de direitos fundamentais que devem ser preservados em maior ou menor grau, em observância a princípios constitucionais como por exemplo: a dignidade da pessoa humana. A dignidade humana, aliás, costuma ser ameaçada em relações privadas como exemplificado acima, especialmente as de consumo e as trabalhistas, geralmente pelo abuso do exercício da autonomia privada de uma das partes.

Resta pacífico, no entanto, que em casos em que os particulares, sejam eles indivíduos ou empresas privadas, assumem funções do Estado ou recebem subsídios dos poderes públicos, os direitos fundamentais tem aplicação direta. Grosso modo, quanto mais proximidade de contexto a relação privada possui com a relação de Direito Público, mais se torna aplicável a incidência direta das normas de direitos fundamentais.

No momento em que o direito como um todo se aproxima da constitucionalização, é necessário que as relações privadas tenham suas balizas também aproximadas dos ideais defendidos pela Constituição e dos valores nela defendidos. Neste caso, é preciso ainda ponderar se os interesses constitucionais estão sendo observados nas relações privadas aqui apresentadas.

Referências Bibliográficas

- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.
- _____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5^o ed. Editora Livraria Almedina, 2002.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução e prólogo por Fernando de Los Rios. Editorial Albatros, 1954.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e

ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003

SILVA, Virgílio Afonso da, *Interpretação Constitucional*, ed. Malheiros, São Paulo, 2005.

_____. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2006

STEINMETZ, Wilson, princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais- artigo. *Interpretação constitucional*. Virgílio Afonso da Silva, organizador.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo, Malheiros: 1999.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. rev.ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

A IMPRESCINDIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA DAS LIBERDADES PÚBLICAS PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Gabriela Eulalio de Lima⁴⁸
Sinara Lacerda Andrade⁴⁹

Resumo

O artigo em tela tem como finalidade, evidenciar a importância da relativização dos Direitos e Garantias Fundamentais e suas influências no Estado Democrático de Direito quando invocado para solucionar casos concretos que tragam evidentes conflitos destes direitos. Destacando principalmente, que nenhum dos Direitos Fundamentais possuem caráter absoluto, pelo contrário, ocupam a mesma hierarquia constitucional, sendo papel do operador do Direito, então representante do Estado, solucionar os conflitos do modo mais eficaz, daí, a imprescindibilidade da aplicação do Princípio da Convivência das Liberdades Públicas, sem, contudo, ofender à dignidade humana dos sujeitos que estão envolvidos em cada conflito apresentado para a almejada solução.

INTRODUÇÃO

Após o decurso de um longo período de repressão, imperado pelo Regime Ditatorial Militar, com a ausência total de democracia no Estado Brasileiro, destacou-se um momento de ampla discussão oportunizada com a redemocratização do Brasil, que deu ensejo a promulgação da Carta da República de 1988, trazendo consigo, os Direitos Fundamentais no cenário jurídico e social, a propósito, uma diversidade deles, todos tendo a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial.

Ocorre que, quando colocados em discussão dentro de mesmo contexto fático, é bastante comum, ocorrer conflito entre eles e foi justamente sob esta ótica que o presente trabalho propõe-se a discutir.

Nenhum Direito Fundamental, embora revestido do caráter de eficácia imediata, que possui garantido constitucionalmente, não têm natureza absoluta, muito pelo contrário, intrinsecamente, possuem como particularidade, o critério da relativização, é o que se pode compreender, quando dentro de um caso prático, houver dois ou mais, Direitos Fundamentais em conflito, o operador do Direito terá que julgar por apenas um, sem contudo, eliminar outro, valendo-se da ordem principiológica constitucional, a iniciar pelo Princípio da Convivência das Liberdades Públicas ou da Relatividade, que por consequência, terá que aplicar o Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade, prevalecendo sempre

⁴⁸ Advogada regularmente inscrita na OAB/MG sob o n.º 138.790. Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, campus de Frutal/MG (2010). Especializanda em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP (2013).

⁴⁹ Advogada regularmente inscrita na OAB/MG sob o n.º 123.757. Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, campus de Ituiutaba/MG (2008). Especialista em Direito Processual Penal, com ênfase em Docência de Ensino Superior, pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro/RJ (2010).

a dignidade humana.

Portanto, a intenção do estudo será demonstrar que, ante os conflitos entre Direitos e Garantias Fundamentais, no mesmo cerne, exigirá do operador do Direito, sensibilidade nas suas decisões, valendo-se sempre de concessões recíprocas, pois, não há que se falar em hierarquia entre quaisquer direitos, de forma que a hegemonia de cada um, só poderá ser conferida, singularmente, à circunstância apresentada.

Para tanto se utilizará, o método não empírico, apontando-se jurisprudências de repercussão nacional e internacional, que julgaram casos concretos e emblemáticos no que tange aos conflitos de Direitos e Garantias Fundamentais, além de analisar doutrinária e legislativamente os aspectos que envolvem o tema.

1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1 Conceito

Uma das maiores dificuldades quando se estuda o tema, Direitos Fundamentais, é se atrever a conceituar o instituto, afinal, nem mesmo o Direito positivo, constitucional e internacional, e a respeitável doutrina estudiosa do tema, conseguiram em muitos anos, formarem um conceito arrojado sobre o assunto. Mas ainda assim, é necessário, tentar destacar os principais pontos que rondam a discussão, a fim de se chegar, não há um conceito exato, mas, a uma noção jurídica, sobre o que seja o destaque dos Direitos Fundamentais na órbita jurídica social.

Avaliando que existem várias expressões utilizadas para tratar o tema, citam-se as importantes, quais sejam: “direitos humanos”; “direitos do homem”; “direitos humanos fundamentais” e ainda “liberdade fundamentais”. Veja-se, portanto, que se tem uma heterogeneidade, isto é, uma verdadeira ambiguidade e total ausência de consenso sobre a terminologia e conceito dos Direitos Fundamentais, e como se percebe, também não há solidez conceitual sobre o significado e conteúdo de cada um dos termos utilizados.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não é precisa quando trata do assunto, é o que observou Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] encontramos em nossa Carta Magna expressões como:
a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º, §1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, inc. IV).
(SARLET, 2007, p. 34)

Portanto nota-se, que embora nem mesmo o Texto Constitucional tenha um conceito acabado sobre o tema, este não perde sua importância nem tira a expectativa dos estudiosos e da comunidade jurídica e social de discuti-lo cada vez mais.

Além disto, a preocupação do presente estudo, vai muito além de

conceituar precisamente os Direitos Fundamentais, sabe-se que na ciência do Direito, jamais haverão resultados exatos para qualquer problemática que se disponha a estudar.

Entretanto, é importante revelar a evidência no cenário jurídico interno, no âmbito de um Estado Democrático e Social de Direito e no palco do Direito Internacional.

Quando o assunto tem como foco o Direito Internacional, trata-se dos Direitos Humanos, que são aqueles direitos voltados à sociedade humana como um todo, conferidos através dos tratados internacionais. Por outro lado, quando o foco é o Direito Interno, aquele imperado dentro de um Estado Democrático e Social de Direito, destaca-se os Direitos Fundamentais, que de forma sintética, são aqueles positivados em um determinado ordenamento jurídico.

Logo, não há que se falar em conteúdos diferentes, isto porque, os Direitos Fundamentais, são também, por sua excelência, sempre Direitos Humanos, a referência de que seu titular sempre será uma pessoa humana, de forma que a diferença está, intimamente, ligada a fonte normativa, e não ao conteúdo, despontando-se na vasta área de intersecção.

1.2 A importância dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

Os Direitos Fundamentais nem sempre foram tratados com a importância que tem hoje no cenário jurídico e humano brasileiro.

Em termos doutrinários, de forma muito didática trata o assunto, Ingo Wolfgang Sarlet:

Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional. (SARLET, 2007, p. 75)

Portanto, percebe-se que foi com o advento do Texto Constitucional de 1988 que os Direitos Fundamentais tomaram forma na República Federativa do Brasil. Tudo isso se deve em virtude do amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do Brasil após o decurso de mais de 20 (vinte) anos do Regime Ditatorial Militar.

De 1964 a 1985, imperou no Brasil a Ditadura Militar, neste período, o Estado foi governado pelos militares, com ausência de democracia, suprimindo

todos os direitos humanos, com acirrada perseguição política, total censura e repressão a todo cidadão brasileiro que era contra o regime.

Ante o clamor social, o Direito brasileiro precisou passar por uma reforma geral, vindo a tona a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que fez refletir no seu Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, 07 artigos, 06 parágrafos e 109 incisos, de Direitos Fundamentais, além dos que estão dispersos pelo texto remanescente, todos então, positivados e garantidos constitucionalmente.

Neste jaez, é notável que foi com o advento do Texto Constitucional de 1988, que o povo brasileiro, passou a usufruir da vasta gama de Direitos Fundamentais, agora positivados no ordenamento jurídico interno, entretanto, vinha marcado pelo período de forte dose de autoritarismo. A importância, portanto, dos Direitos Fundamentais no direito interno, está intimamente ligada a formalização da Constituição Brasileira de 1988, que passou a consagrar o ser humano como destinatário final das garantias humanitárias, que pela natureza humana, espontaneamente, já são inerentes a cada qual, eis que desde o preâmbulo destacou com toda clareza a nova política nacional que se instalava:

PREÂMBULO - Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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, Preâmbulo)

Daí por diante, não se admite mais qualquer ação estatal ou particular, que venha a restringir quaisquer direitos fundamentais de um indivíduo e/ou da coletividade, sendo eles de eficácia imediata, entretanto, nenhum tem caráter absoluto, surgindo aqui os conflitos entre os direitos fundamentais e é neste contexto, que instala-se a problemática deste trabalho, no sentido de haver conflito entre eles, o que será discutido adiante, com a especial atenção.

1.3 As dimensões dos Direitos Fundamentais

Quando o debate são os Direitos Fundamentais, uma questão relevante que deve ser esclarecida, são as diversas dimensões que os envolve, entretanto, há também divergência sobre esta questão.

Antes de chegar ao *status* atual, os Direitos Fundamentais foram submetidos aos mais diversos estágios de evolução, o que se perdura até o presente momento, e acredita-se que assim será sempre, pois, a cada instante o

ser humano vai se revelando mais conhecedor dos seus direitos e garantias e assim, se coloca a lutar por todos eles.

Os Direitos Fundamentais foram divididos em gerações ou dimensões, mas, como já apontado anteriormente, na ciência jurídica, não há um consenso sobre a utilização dos termos dimensão e geração dos Direitos Fundamentais.

Apontando as referidas divergências, José Joaquim Gomes Canotilho:

Critica-se a pré-compreensão que lhes está subjacente, pois ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos de primeiras gerações. A ideia de generalidade geracional também não é totalmente correta: os direitos são de todas as gerações. Em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte coletivo - o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de *solidarity rights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão 'indimensionável' dos direitos econômicos, sociais e culturais. Precisamente por isso, preferem hoje os autores falar de três dimensões de direitos do homem e não de três gerações. (CANOTILHO, 2002, p. 387)

Muitas controversas destacam sobre este assunto, a questão terminológica também é motivo de discussão, mas ante a mutação histórica que é submetida de forma constante, nota-se que para os Direitos Fundamentais, o termo "dimensão dos Direitos Fundamentais" é o mais apropriado a ser empregado, justamente, pelo processo, permanente, de expansão, cumulação e fortalecimento de toda gama dos Direitos Fundamentais.

Paulo Bonavides, discursa neste sentido:

[...] o vocábulo "dimensão" substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo "geração", caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade [...]. (BONAVIDES, 2008, p. 571/572)

Santiago Guerra Filho Willis, também discorre sobre o tema:

[...] em vez de "gerações" é melhor se falar em "dimensões de direitos fundamentais", nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente

tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. (WILLIS, 1997, p.13)

Outra discussão gira em torno do número das dimensões que envolvem os Direitos Fundamentais, não há como definir quantas já existem no cenário jurídico e social do Direito.

De forma concisa, mas precisa, apontamentos sobre elas, serão feitos:

Os direitos de primeira dimensão, foram originários das Revoluções Americana de 1776 e a Francesa de 1879, que abarcam os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, esses são os primeiros direitos reconhecidos e positivados nas primeiras constituições.

Paulo Bonavides pondera sobre a primeira dimensão:

[...] os direitos da 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, 2008, p. 563/564)

Já os direitos de segunda dimensão, surgiram no século XIX, com os impactos da industrialização e dos graves problemas sociais, econômicos e culturais, impondo ao Estado desempenho ativo na efetivação da justiça social. Envolve então direitos sociais, interesses do proletariado, como a liberdade de sindicalização, reconhecimento dos direitos fundamentais aos trabalhadores, direito de greve, abrangendo de forma especial a classe operária.

Antonio Carlos Wolkmer faz referência aos direitos de segunda dimensão:

[...] são os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundamentados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do Poder Público. (WOLKMER, 2003, p. 8)

E ainda Paulo Bonavides pondera de forma muito sensata:

Os direitos sociais fizeram nascer à consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, também é necessário proteger a instituição, buscando uma realidade social mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade. Isso caracteriza o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculados a valores sociais que demandam realização concreta,

fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para a concretização de tais direitos. (BONAVIDES, 2008, p. 564/565 e 567)

No século XX, surgem os direitos de terceira dimensão, que levaram em consideração a questão da divisão mundial, das nações desenvolvidas e subdesenvolvidas; a tecnologia avançada, predominante nos países desenvolvidos, que ameaçavam a essência da própria humanidade. Portanto, esta terceira dimensão abrangeu a solidariedade e a fraternidade, primando pela qualidade de vida, necessária entre os seres humanos de todas as raças ou nações.

Paulo Bonavides mais uma vez, com muita prudência, traz apontamentos sobre os direitos de terceira dimensão:

[...] direitos da terceira geração não se destinam especificamente à proteção de um indivíduo, [...], têm por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2008, p. 569)

Até aqui as discussões existenciais são pacíficas, a questão de maior impasse, está nos direitos de quarta dimensão, apesar de ainda aguardar a consagração no cenário do Direito Internacional, que é proposta em consequência a ideia do Estado Neoliberal, que reconhece e contempla o direito à democracia, informação e ao pluralismo.

Paulo Bonavides também se posiciona quanto a quarta dimensão:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (BONAVIDES, 2008, p. 571)

Antonio Carlos Wolkmer também discorre:

São os “novos” direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos específicos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros. (WOLKMER, 2003, p. 12)

As dimensões, não param por aí e via de consequência, as discussões que rondam o tema. Com a passagem do século XX para o XXI, o modelo da sociedade industrial para a sociedade virtual, deu ensejo a formação de direitos de uma quinta dimensão, que são aqueles direitos oriundos das tecnologias, do conteúdo informativo que destaca a internet, portanto, de um contexto que forma uma realidade virtual em geral. Entretanto, uma pequena parcela da doutrina, entende que nesta dimensão, também cabe o direito a paz, sendo este, resultado do ato de conduzir a sociedade, punindo ações terroristas e julgando criminosos.

Em síntese, quando se estuda as dimensões dos Direitos Fundamentais, além das que já foram mencionados, existem diversas classificações que chegam até a sétima dimensão, destacando-se que os referidos direitos dizem respeito ao ser humano e as condições com que cada qual vive e com o passar do tempo, submetem-se a uma necessária metamorfose.

2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA DAS LIBERDADES PÚBLICAS OU DA RELATIVIDADE

O Princípio da Convivência das Liberdades Públicas, também conhecido como da relatividade, dispõe que os Direitos e Garantias Fundamentais, além de serem de eficácia imediata, não têm o condão de serem ilimitados, encontrando seus limites dos demais direitos, que de forma igualitária, são consagrados e amparados pela Carta Constitucional. Assim, por mais que sejam Direitos Fundamentais, inerentes a pessoa humana, nenhum deles pode ser considerado como absoluto, e por isso, devem ser relativizados.

A aplicabilidade imediata, consagrada no art. 5º, §1º, da CRF/88, teve como intenção essencial, evitar que as normas, os Direitos e Garantias Fundamentais, consagrados no Texto Constitucional não ficassem como letra morta.

Importante apresentar neste momento do trabalho que sempre que um Direito Fundamental estiver em conflito com outro, é impossível ditar qual deles irá se sobrepor no conflito, pois o direito predominante num caso, pode não ser de outro, desta feita, a solução para o impasse dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, aplicando-se o Princípio da Convivência das Liberdades Públicas.

Paulo Gustavo Gonet Branco ressalta:

[...] os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. [...] Até o elemental direito á vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada. (BRANCO, 2007, p. 230/231)

Ainda, importante apontar que, embora não absolutos, fazendo-se

necessária a aplicação do Princípio da Convivência das Liberdades Públicas, para a melhor harmonia da garantia dos Direitos Fundamentais, também não é possível restringi-los de forma ilimitada, do que o estritamente necessário, aplicando-se também os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade, é dividido nos subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Veja-se a jurisprudência do STF sobre o debate:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (STF, RMS 23.452/RJ, 2000, p. 20)

Deste modo, para que o Estado atinja soluções satisfatórias, quando invocado a decidir casos concretos, é imperioso aplicar o Princípio da Convivência das Liberdades Públicas ou da Relatividade, a fim de que se reconheça os Direitos Fundamentais como não absolutos, mas relativos, e quando em colisão entre um e outro, deverão ser colocados frente a frente, encontrando seus limites com os demais direitos, que de forma equânime, que devem passar pelo crivo da relativização.

3 A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme já anteriormente discutido, os Direitos Fundamentais possuem aplicação imediata, o próprio Texto Constitucional faz alusão a esta afirmação, é o que se verifica do art. 5º, §1º:

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:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[...] (BRASIL. Constituição 1988, Art. 5º, §1º)

Para tanto, apesar de ter caráter de aplicação imediata, segundo sua ordem principiológica, tem-se que não se tratam de direitos absolutos, portanto, nas situações em que houver conflito entre um Direito Fundamental e outro, cabe analisar a questão de forma relativizada, aplicando o Princípio da Convivência das Liberdades Públicas, a fim de que se resolva por aquele mais adequado ao caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, nas suas decisões, tem decidido pela possibilidade de limitação dos Direitos Fundamentais, de forma que não existe, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que possuam caráter absoluto.

Neste sentido, trata Alexandre de Moraes:

[...] os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade). (MORAES, 2003, p. 61)

Portanto, percebe-se que quando houver situações de risco iminente de choque entre Direitos Fundamentais, igualmente, consagrados pelo Texto Constitucional, se decidirá sempre aplicando o Princípio da Convivência das Liberdades Públicas, ou seja, a depender do caso concreto em discussão, o de menor peso, abdicará do seu lugar ao de maior valor, sem haver regras certas para serem seguidas, devendo ser analisados os casos individualmente, destacando que ponderar os Direitos Fundamentais e os princípios constitucionais que os regem, é uma das missões mais complexas e importantes, na intenção de manter a ordem constitucional coerente.

O STF decidiu alguns casos famosos, valendo-se da ponderação dos Direitos Fundamentais, relativizando-os pelo Princípio da Convivência das Liberdades Públicas, dos quais os mais emblemáticos, serão a seguir citados.

3.1 Do exame de investigação de paternidade forçado - Direito a integridade física x Direito ao conhecimento da paternidade

Em Porto Alegre, ante um caso de Direito de Família, investigação de paternidade, o Juiz daquele caso, determinou a realização de exame de DNA para resolver questões atinentes a paternidade. Ocorre que, o suposto pai, negou-se a colheita de sangue, ocasionando assim, a determinação da execução

forçada da ordem judicial.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido juridicamente por suas decisões de vanguarda, manteve a decisão e o STF, após receber a questão por *habeas corpus*, alegando que o suposto pai estava em flagrante perigo de sofrer coação da sua liberdade de locomoção, utilizando-se da ponderação entre os princípios, por maioria de 06 (seis) a 04 (quatro) votos, concedeu a ordem clamada no *habeas corpus*, após atribulados debates.

A corrente vencida, sustentou que a integridade física do suposto pai não poderia ser maior que o direito da criança em ter o reconhecimento da real paternidade. Já a vitoriosa, destacou que o caso não poderia ser provado no processo judicial, ferindo o direito a intangibilidade do corpo humano. Nota-se assim, que o que prevaleceu não foi o direito da criança de ter reconhecida a identidade paterna, decidiu-se a favor da defesa do ser humano não dispor da integridade do seu corpo.

3.2 Caso Glória Trévi - Direito à intimidade x Direito a honra

Também bastante emblemático, o caso do suposto “estupro carcerário”, que teria como vítima a cantora mexicana Gloria Trévi, que por estar sendo investigada em seu país, por envolvimento em prática de abuso de crianças e adolescentes, fugiu para o Brasil, sendo presa em seguida, entretanto, mesma encarcerada, a cantora ficou grávida.

Essa gravidez, segundo alegado por ela, era decorrente de um estupro, praticado por policiais federais, que estavam responsáveis por sua guarda; os policiais, para tanto, negaram qualquer participação no presumido crime.

Percebe-se que a alegação da cantora, colocaria em risco a reputação da instituição da Polícia Federal brasileira, pois, tratava-se de um crime, e ainda mais um crime hediondo, ferindo a honra dos policiais.

O contrário do que se esperava, a suposta vítima, não representou contra os então autores do crime, impossibilitando, portanto, o Estado de promover ação penal contra os eventuais agressores, que com o objetivo de esclarecer a discussão, requisitaram autorização ao Judiciário brasileiro, para colher material genético da placenta da cantora, no momento do parto, a fim de se fazer exame de DNA e provar o que alegou a vítima.

A Justiça Federal brasileira deferiu a autorização, mas, a cantora ingressou com reclamação no STF, tendo em vista que era contra a coleta do material. O Supremo foi, em parte, favorável à autora, entendendo que seria competente para julgar aquela reclamação, excepcionalmente, porque a cantora estava sob custódia brasileira e esperando o trâmite do seu processo de extradição. No mérito, a Corte, deferiu a ordem para que fosse realizado o exame, utilizando o material biológico da placenta retirada da cantora, valendo-se da ponderação dos Direitos Fundamentais constitucionais que estavam, no caso, em colisão.

A autora argumentou que a realização do exame, afrontaria sua dignidade humana, por lesar sua intimidade e também a intangibilidade

corporal. De outro lado, os argumentos contrários, dos supostos autores do crime de estupro, defendiam que o exame de DNA era o único meio disponível para esclarecer os fatos, provar as circunstâncias da gravidez e a partir daí, apurar as responsabilidades penais e administrativas.

O caso gerou repercussão midiática, alegando que existiam interesses do México, no que tange a extradição da cantora; questionando a credibilidade das instituições brasileiras e afirmando ainda, que estariam envolvidos 50 policiais e 11 detentos e ex-detentos, todos com o intuito de defender sua honra e a dignidade. Logo, o direito à intimidade da cantora, substancialmente, era inferior ao dos 61 envolvidos e de igual maneira, da criança que nasceria no que se refere ao direito de saber sobre sua paternidade. Assim, não haveria sequer a possibilidade de considerar que o procedimento de coleta da placenta seria invasivo, pois é considerada “lixo biológico”.

Analisando-se todo contexto que envolvia o caso, o STF decidiu pela coleta do material, para a realização do exame de DNA, buscando confirmar ou não a paternidade da criança pelos acusados e via de consequência, apurar se o crime de estupro, foi de fato praticado contra a extraditanda.

No desfecho do caso, realizou-se o exame e restou provado a negativa da paternidade pelos policiais federais que custodiavam a cantora. A presente decisão, reestabeleceu a honra e o decoro dos cidadãos envolvidos, provando que o verdadeiro pai da criança era o namorado da cantora.

CONCLUSÃO

Neste contexto, conclui-se que as Garantias e Direitos Fundamentais são uma conquista histórica do povo, que vem se aprimorando ao longo dos anos, com o surgimento das denominadas dimensões de direitos.

Contudo, mesmo sendo direitos básicos, os Direitos Fundamentais, não possuem caráter incondicional, logo, quando colocados em discussão num mesmo contexto fático, suscitam conflitos que deverão ser dirimidos através da relativização desses direitos, não havendo fórmula exata de como se decidir.

Os Direitos Fundamentais são, enfim, a condição basilar que dão sustentação a dignidade humana, entretanto, é imprescindível que o Estado, quando invocado, opere, relativizando-os dentro de um mesmo contexto fático, evitando assim, a ineficácia na resolução dos conflitos havidos entre eles.

Portanto, destaca-se, a relevância do embate trazido no estudo, uma vez que estes conflitos sempre estarão presentes no cenário jurídico-social e não existem regras a serem seguidas, de forma que, não há um rol taxativo, indicando qual o Direito Fundamental é mais ou menos importante, ou seja, qual deve prevalecer; haja vista, que todos têm a mesma proteção constitucional e por isso, devem ser analisados de forma subjetiva, mas não desprovida de parâmetros. O Estado deverá primar sempre pela dignidade humana, preservando o melhor interesse dos indivíduos envolvidos nos conflitos, relativizando, ponderando e mantendo o Princípio da Convivência das Liberdades Públicas dos bens jurídicos em questão.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais – Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2014.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GIUSTI, Daiane. *A evolução dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Daiane-Guisti.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2014.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.
- LEITE, José Rubens Moratto; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LOPES, Lorena Duarte Santos. *Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242&revista_caderno=9>. Acesso em: 28 abr. 2014.
- MARTINS, Daniele Dias. *A relatividade dos direitos fundamentais no estado democrático de direito e suas implicações*. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/monografias/upload_monografias/DANIELE%20DIAS%20MARTINS.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.
- MELO FILHA, Carmem Lúcia Gomes Lima. *A efetivação dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.jgmelocobrancas.com.br/artigo_03.html>. Acesso em: 13 abr. 2014.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo; Atlas, 2003.
- REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000.

WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

A IMUTABILIDADE RELATIVA DA CLÁUSULA PENAL SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Marcos Vargas Fogaça⁵⁰

Resumo

O presente estudo faz uma análise prática do instituto da cláusula penal à luz do Direito Civil Constitucional, especialmente no que tange à sua redução judicial. Isso porque, por vezes, a cláusula penal é utilizada como instrumento de iniquidades e abusos de direito pela parte economicamente mais forte da relação contratual. Deve, portanto, o magistrado face o caso concreto, enfrentá-lo mediante a utilização de princípios superiores aos patrimoniais das partes envolvidas, tais quais os individuais e sociais, que permeiam todas as relações contratuais. Quando verificado o descompasso da função de prefixar perdas e danos da cláusula penal com a sua natureza coercitiva/punitiva, em que o credor se utiliza do instituto com a finalidade de se enriquecer em detrimento do devedor, deverá o magistrado, através da equidade, reestabelecer o equilíbrio contratual, mediante a utilização dos fundamentos, valores, objetivos e princípios constitucionais, bem como dos princípios gerais inseridos no Código Civil de 2002, a fim de que seja promovida a justiça contratual. Para tanto foi utilizado o método dedutivo de pesquisa, viabilizada pela pesquisa bibliográfica do Direito Civil Constitucional e da cláusula penal, para, ao final, discutir sua função social através da união de ambas as construções doutrinárias e aplicá-la à realidade jurídica, econômica e social do caso concreto.

1 INTRODUÇÃO

A evolução histórica do Direito Civil demonstra que o modo de aplicação do direito privado é reflexo do período em que vive a sociedade, política, econômica e socialmente. Entre o abstrato Código Civil de 1916, enraizado nos ideais liberais, e o Código Civil de 2002 ocorreram diversas revoluções sociais e transformação de valores na sociedade, o que modificou os contornos das relações privadas.

Neste sentido, cumpre afirmar que os institutos e as normas civis são pautadas pelas aspirações e lutas sociais, não obstante, na maioria dos casos, quando passa a vigorar uma lei, a realidade social já é outra e as aspirações também. Com a decadência do Estado Liberal, implantou-se a política do *Welfare State*, de modo que sob a égide do Estado do Bem Estar Social os novos fatos sociais mereciam tutela diferenciada e passaram a ser solucionados objetivamente pelo legislador, por meio da elaboração de leis especiais e casuísticas.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 refletiu na elaboração do Código Civil de 2002, face à modificação dos paradigmas civis constitucionais. No entanto, o novo código adveio de um processo de elaboração anterior à Constituição, de tal forma que alguns institutos privatísticos precisam ser relidos sob uma ótica constitucional, o que requer um direito poroso aos valores constitucionais.

Dentre as evoluções da nova ordem civil está o instituto da cláusula penal, importante instrumento à segurança jurídica das relações negociais.

⁵⁰ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogado.

Todavia, por vezes é utilizado para o enriquecimento sem causa legítima do credor em detrimento do devedor, sobrepondo os direitos patrimoniais daquele aos individuais deste, além dos sociais. Tal ocorrência desvirtua-se das conjuntas funções da cláusula penal: prefixação de perdas e danos e a coercibilidade/punibilidade. Nestas ocasiões o credor utiliza a cláusula penal com o intuito meramente coercitivo/punitivo, marginalizando a função de prefixar perdas e danos, momento em que o instituto passa a ser utilizado como instrumento de abusos e iniquidades à vista da lei.

Desta forma, busca-se fazer uma análise pontual e específica da cláusula penal à luz do Direito Civil Constitucional, especialmente no que tange a natureza jurídica do instituto e sua aplicação prática, a fim de que se possa compatibilizar suas funções aos princípios, fundamentos, objetivos e valores da nova ordem constitucional.

A discussão assume relevância por se tratar de um instituto presente na maioria dos contratos, ocasião em que se busca dar segurança jurídica às relações contratuais. A partir de uma análise dos riscos do negócio torna-se possível a prefixação de perdas e danos de um eventual inadimplemento e, conjuntamente, uma atuação coercitiva/punitiva sobre o devedor. No entanto, a promoção desta segurança jurídica de quando em quando está descompassada com a o equilíbrio contratual, circunstância em que o mais forte na relação negocial utilizasse do instituto para se sobrepor ao mais fraco. Neste sentido, o presente estudo é de grande valor prático à sociedade, a fim de que se possa discutir a função social da cláusula penal e aplicá-la à realidade jurídica, econômica e social do caso concreto.

Desta forma, será melhor analisada a natureza jurídica da cláusula penal, especialmente quando seu caráter indenizatório se sustenta como uma pena civil, demonstrando toda sua potencialidade intimidatória, todavia, sem o objetivo de prefixar perdas e danos decorrentes de um eventual inadimplemento.

Neste instante, o desequilíbrio contratual acarretará numa lide e merecerá uma tutela jurisdicional a ser prestada pelo magistrado, a fim de que se possa reestabelecer o equilíbrio, mediante a aplicação equitativa dos valores constitucionais, bem como da sistemática principiológica do Código Civil de 2002.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA PENAL

Nem o Código Civil de 2002, nem outra lei extravagante brasileira conceitua a cláusula penal, tornando-se uma missão a ser cumprida pela doutrina.

Sílvio de Salvo Venosa explica o que é a cláusula penal, sendo:

[...] uma obrigação de natureza acessória. Por meio desse instituto insere-se uma multa na obrigação, para a parte que deixar de dar cumprimento ou apenas retardá-lo. Aí estão as duas faces da cláusula penal: de um lado, possui a

finalidade de indenização prévia de perdas e danos, de outro, a de penalizar, punir o devedor moroso. Trata-se basilarmente, como decorre da própria denominação, de uma modalidade de pena.⁵¹

Já Carlos Roberto Gonçalves conceitua dizendo que a:

Cláusula Penal é obrigação acessória, pela qual se estipula pena ou multa destinada a evitar o inadimplemento da principal, ou o retardamento de seu cumprimento. É também denominada *pena convencional* ou *multa contratual*. Adapta-se aos contratos em geral e pode ser inserida, também, em negócios jurídicos unilaterais, como o testamento, para compelir, por exemplo, o herdeiro a cumprir fielmente o legado.

A cláusula penal consiste, pois, em previsão, sempre adjeta a um contrato, de natureza acessória, estabelecida como *reforço ao pacto obrigacional*, com a finalidade de fixar previamente a liquidação de eventuais perdas e danos devidas por quem descumpri-lo.⁵²

Para Orlando Gomes:

A *cláusula penal*, também chamada pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa da obrigação. Admite-se, entretanto, que, para exigir o pagamento da multa, não precisa o credor alegar prejuízo.⁵³

A partir destes conceitos podem-se extrair algumas características da cláusula penal, também denominada de pena convencional, sanção civil ou multa contratual:

a) tem natureza jurídica de uma obrigação secundária e acessória, haja vista sua dependência para com a obrigação principal, possuindo existência e eficácia limitada ao objeto principal do negócio jurídico. Desta forma, face à sua dependência, em caso de nulidade da obrigação principal, também importará a nulidade da cláusula penal (convenção acessória), em conformidade ao preceito civilista de que o acessório segue o principal.

Segundo o artigo 409 do Código Civil a cláusula penal pode ser

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** v. 2. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 331.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações.** v. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 405, grifo do autor.

⁵³ GOMES, Orlando. **Obrigações.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190, grifo do autor.

convencionada como uma cláusula do instrumento constitutivo da obrigação principal, como normalmente ocorre, ou posteriormente, em termo apartado. Independentemente do momento em que foi convencionada, seja ao mesmo tempo da obrigação principal ou em ato posterior, possui sempre a mesma eficácia, desde que pactuada anteriormente a inexecução, pois caso assim não fosse, perderia sua razão de existir.

b) tem duas finalidades, a primeira⁵⁴ função, o que não significa ser a mais importante, é a coercitiva/punitiva, em que com a fixação de uma multa para o caso de descumprimento da obrigação o devedor se vê compelido a cumprir o pacto, a fim de não incorrer na obrigação estipulada na cláusula penal, o que desestimula o inadimplemento total ou parcial da obrigação e dá maior segurança jurídica ao negócio.

Considerando o princípio da *pacta sunt servanda* e a insegurança jurídica de um eventual inadimplemento culposos, a cláusula penal antes mesmo da formação do negócio já desestimula as partes de não partilharem dos princípios da probidade e da boa-fé contratual previstos no artigo 422 do Código Civil.

A própria denominação dada ao instituto, cláusula penal, indica a natureza jurídica originária e mais forte do mesmo à época de sua criação, ou seja, seu caráter coercitivo/punitivo, a fim de intimidar e coagir o devedor a cumprir sua obrigação. Quando convencionado entre as partes, destaca-se, inicialmente, sua força intimidatória ao cumprimento da avença, no entanto, em caso de efetivo inadimplemento da obrigação, esta função se concretiza na punibilidade, figurada pela prefixação das perdas e danos. A coercibilidade se converte em punibilidade.

A inexecução da obrigação implicará ao devedor o dever de arcar com o montante estabelecido a título de cláusula penal. No entanto, caso o intuito da cláusula penal não seja o de pré avaliar os prejuízos decorrentes de um eventual inadimplemento, concomitantemente a função coercitiva/punitiva, a cláusula penal estará funcionando como uma pena civil. Neste sentido, a natureza jurídica coercitiva/punitiva da cláusula penal não pode ser sua função principal, pois, se assim for considerado o instituto, estará se desvirtuando e sendo utilizado para abusos de direito, cujos quais o ordenamento jurídico não pode tutelar.

Importa ressaltar que a ideia de coerção e punição da cláusula penal é incisiva tão somente ao devedor, cujo qual fica intimidado a cumprir com sua obrigação, sem maiores implicações ao credor. Como dito, esta função pode ser utilizada como instrumento de injustiças e abusos de direito, porquanto há uma abertura de espaço para a ocorrência de prejuízos ao devedor em proveito do credor. Se apenas houver o caráter coercitivo/punitivo ou este se sobressair sobre a prefixação de perdas e danos, deve o julgador intervir com a redução judicial da pena.

Neste sentido, por ser a cláusula penal um benefício do credor, pode

⁵⁴ Há divergência doutrinária acerca de qual é a função principal da cláusula penal, se é a de reforçar o vínculo obrigacional, funcionando como uma pena civil para o caso de inexecução ou o de prefixar as perdas e danos. Caio Mário da Silva Pereira segue uma teoria eclética, no sentido de que a função da cláusula penal é tanto a de reforçar o cumprimento da obrigação, com força intimidatória de pena, como a de pré avaliar as perdas e danos.

interessar mais a ele que o devedor não cumpra com a obrigação e arque com a cláusula penal. No entanto, ao mesmo tempo que o instituto não pode ser utilizado para incentivar o inadimplemento do devedor, não pode se tornar o desejo do credor.

Destaque-se que não se negam os benefícios trazidos pela função intimidatória e punitiva da cláusula penal, no entanto, ela não pode ser empregada como instrumentos de iniquidades, de tal modo, que o princípio da intangibilidade da cláusula penal deve ser mitigado em certos casos, assunto que será melhor analisado na seção sobre a imutabilidade relativa da cláusula penal.

A segunda finalidade é a de prefixação das perdas e danos, para o caso de eventual inadimplemento culposo do negócio jurídico por alguma das partes, caracterizado pelo descumprimento: 1) da obrigação principal; 2) de alguma cláusula estipulada; 3) em caso de mora, conforme se extrai do artigo 408 do Código Civil, possibilitando àquele que não teve seu interesse contratual atendido satisfazer o seu crédito pela execução da multa contratual previamente estabelecida, sem que necessite liquidar eventuais perdas e danos, composto pelo dano emergente e pelo lucro cessante.

Segundo Roberto Senise Lisboa⁵⁵ a cláusula penal funciona como uma pena civil decorrente do inadimplemento culposo da obrigação contratual no tempo, modo ou lugar convencionados, verificada em três situações: para o caso de atraso no cumprimento da obrigação (inexecução total ou parcial, denominada mora); para a compensação de eventuais danos (multa compensatória de eventuais prejuízos); e como pacto acessório consequente da inexecução da obrigação.

Desde logo, cumpre mencionar que a função de prefixar perdas e danos para o caso de inadimplemento ou mora da obrigação, não impede o estabelecimento de uma cláusula que possibilite a discussão judicial de uma indenização suplementar àquela convencionada entre as partes, funcionando a cláusula penal como um valor mínimo indenizatório. Desta forma, com a aludida cláusula, eventuais perdas e danos superiores ao montante estabelecido deverão ser discutidos em juízo. No entanto, tal possibilidade de indenização não é objeto do presente trabalho.

Neste sentido, é de mais valia para ambas as partes que o negócio seja cumprido, face à possibilidade de que a cláusula penal seja insuficiente para indenizar os prejuízos decorrentes de uma inexecução. Desta forma, funciona o instituto como importante instrumento de manutenção e cumprimento dos contratos.

A cláusula penal inserida em um negócio jurídico pode ter ambas as naturezas jurídicas, a de coagir/punir o causador do descumprimento e o de pré avaliar os prejuízos causados por um eventual inadimplemento ou somente a última natureza, salvo a exceção do testamento com legado.

Normalmente os negócios jurídicos possuem esta dupla função, como ocorre nos contratos em geral (exemplo: contrato de locação). Uma exceção a

⁵⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 235-236.

ideia de que sempre existirá a função de preestabelecer perdas e danos na cláusula penal, tão somente com natureza coercitiva/punitiva, está presente nos testamentos com legado, em que o objetivo não é o de prefixar as perdas e danos, mas o de compelir o herdeiro ou legatário a entregar o bem a outrem, sendo, inclusive, fixada unilateralmente pelo testador, o que retira a ideia de autonomia da vontade das partes para prefixar o montante da cláusula penal.

c) conforme já mencionado, a cláusula penal pode ser estipulada tanto em negócios jurídicos bilaterais, como ocorre nos contratos bilaterais, quanto em negócios jurídicos unilaterais, como ocorre no testamento, em que é estipulada com o fim precípua de coagir/punir o herdeiro ou legatário a cumprir o legado ou os encargos deixados.⁵⁶

O campo de incidência mais comum da cláusula penal é o contratual, de onde provém o instituto. No presente trabalho, a cláusula penal será estudada com mais afeto no que tange aos contratos, especialmente ao tratar da imutabilidade relativa da cláusula penal, quando será melhor analisada sua aplicação prática, sob a ótica dos princípios civilistas reidos pelo Direito Civil Constitucional.

d) a princípio, não há a necessidade de se provar o prejuízo efetivo causado pelo inadimplemento, nem ser feita a liquidação do dano. O que não significa que em certos casos, faça-se necessário proceder-se de modo diverso, em virtude da prevalência de bens jurídicos superiores aos estabelecidos no ato negocial, conforme será abordado na seção a respeito da imutabilidade relativa da cláusula penal.

Desta forma, não obstante a inexistência de efetivo dano causado pelo inadimplemento culposos, haverá indenização a ser paga, sendo desnecessário o credor provar eventual dano ou sua extensão, tal como o prescrito no artigo 416 do Código Civil: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.”

Complementando os aludidos conceitos, importa saber o que pode ser objeto da cláusula penal. Comumente a obrigação estipulada para o caso de inexecução é apreciável economicamente, mediante o pagamento de determinada quantia em dinheiro (obrigação de dar), no entanto, nada impede que seja pactuada outra modalidade de obrigação, mediante uma obrigação positiva de fazer ou uma obrigação negativa de abster-se de fazer algo, caracterizada por um não fazer.

Segundo Arnaldo Wald:

A cláusula penal apresenta-se geralmente sob a forma de pagamento de determinada quantia em dinheiro, admitindo-se, todavia, a cláusula cujo conteúdo seja a prática de ato ou mesmo a abstenção por parte do inadimplente (v.g., enquanto não entregar a mercadoria não poderá ausentar-se do País; se não construir a casa dentro do prazo convencionalizado o empreiteiro deverá

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. v. II. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 169.

fazer mais um quarto).⁵⁷

Também importa saber que a cláusula penal tem caráter convencional, ou seja, deve ser fixada entre as partes, de tal forma que não pode ser imposta por lei, tal qual ocorre com a multa de trânsito, denominada de multa simples, ou aquela fixada pelo magistrado, denominada de astreintes. Por este motivo, alguns autores, como Orlando Gomes, afirmam que a cláusula estabelecida no testamento para constranger o legatário a cumprir com a obrigação estipulada unilateralmente, não se trata de cláusula penal, por inexistir a autonomia da vontade de ambas as partes em fixá-la.

Por fim, Christiano Cassetari, em sua obra específica sobre o tema, analisa diversos conceitos e características da cláusula penal, desde sua aplicação inicial até os dias atuais, e conceitua a cláusula penal, dizendo se tratar de uma convenção acessória “ [...] em que o devedor da obrigação se compromete, para o caso de inexecução completa da obrigação, de inexecução de alguma cláusula especial, ou simplesmente de mora, a uma sanção de natureza econômica, que pode ser de dar, fazer ou não fazer, nos limites fixados em lei.”⁵⁸

3 A IMUTABILIDADE RELATIVA DA CLÁUSULA PENAL SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Dentre os princípios contratuais está o da equivalência material das obrigações, em que se busca um justo equilíbrio entre a prestação e a contraprestação estabelecida pelas partes. As obrigações contratuais são fruto da autonomia da vontade dos contratantes, cujos quais podem escolher contratar, com quem e o que contratar. Desta forma, as partes só estabelecerão um vínculo jurídico com outra se tiverem uma vantagem condizente a sua contraprestação.

No entanto, com a massificação dos contratos e o aumento das necessidades básicas das pessoas, advindas da industrialização da sociedade, potencializou-se nas relações civis a desigualdade entre as partes que contratam. Dificilmente os contratantes estão em igualdade econômica e com o mesmo aparato jurídico para estabelecerem seus vínculos contratuais.

Isto reflete-se na cláusula penal, afinal, tem-se que analisar se ela foi realmente convencionalizada entre as partes, a fim de prefixar perdas e danos ou se foi incluída no negócio tão somente para coagir e punir o contratante faltoso, cujo qual apenas teve a alternativa de aceitar as condições estabelecidas pela parte economicamente mais forte, sem ter conhecimento dos reais efeitos da cláusula, o que dá azo ao enriquecimento sem causa legítima em detrimento de outrem.

⁵⁷ WALD, Arnaldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos, 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

⁵⁸ CASSETARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática da cláusula penal. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

Desta forma, a natureza jurídica da cláusula penal: prefixar perdas e danos e coagir/punir o devedor faltoso, será de grande importância para a análise da imutabilidade relativa da cláusula penal.

3.1 Redução Judicial da Pena

A cláusula penal é corolário do princípio da autonomia da vontade, em que as partes convencionam uma multa para o caso de eventual inexecução do negócio, vinculando o ressarcimento dos prejuízos ao montante previamente estipulado. No entanto, a imutabilidade da cláusula penal sob a ótica do princípio da *pacta sunt servanda* é relativa, a fim de coibir abusos e a usura, mitigando o princípio da intangibilidade da cláusula penal.

Roberto Senise Lisboa, acerca do princípio da intangibilidade, dispõe que:

Uma vez celebrado o contrato, o seu conteúdo é imutável, a fim de que sejam preservados os interesses que motivaram a sua formulação.

Trata-se, desse modo, de negócio jurídico irretroatável, diante da ideia de segurança jurídica. Tão-somente em situações excepcionais se terá por rompido o vínculo jurídico [...].⁵⁹

No entanto, segundo Cristiano Chaves de Farias “Com o intuito de coibir abusos, é mister que se tenha em tela a possibilidade constante (e independente de previsão contratual) de *revisão judicial do valor da cláusula penal*, em nome da ordem pública, garantindo o seu equilíbrio e função.”⁶⁰ Enquadram-se as situações prescritas pelo legislador como exceções ao princípio da intangibilidade da cláusula penal, cuja qual poderá ser analisada pelo magistrado no caso concreto.

Desta forma, dentre as inovações do Código Civil de 2002 para com o Código Civil de 1916 está a relativa à redução da cláusula penal quando preenchidos determinados requisitos estabelecidos em lei, o que, repita-se, mitiga o princípio da intangibilidade e promove a justiça contratual. Tal possibilidade já existia no código anterior, porém, foi revitalizada sob a sistemática do novo diploma, possibilitando uma releitura do instituto à luz do Direito Civil Constitucional.

Como dito, tal possibilidade de redução já existia no Código Civil de 1916, porém de forma diversa da ora vigente. Para o fim de analisar as duas

⁵⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 87.

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo (à luz do direito civil-constitucional, do novo código civil e do código de defesa do consumidor). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 797, n. 43, p. 9-10, 2002, grifo do autor. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil/art_clausula_penal.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2013.

legislações cumpre colacionar o prescrito no código revogado: “Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.”⁶¹ Enquanto o Código Civil de 2002 dispõe: “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

A princípio os dois códigos possibilitam ao magistrado a redução do montante da cláusula penal, no entanto, o Código Civil de 2002 alterou o critério para tanto, da proporcionalidade prevista no código anterior, para o da equidade. Tal alteração é reflexo do progresso da legislação civil e da nova sistemática do Código.

Para Christiano Cassetari:

A equidade é uma das cláusulas gerais mais conhecidas do sistema de *civil law*. A cláusula geral é uma janela aberta deixada pelo legislador para que o magistrado possa fazer justiça no caso concreto, haja vista que a subjetividade retira o juiz da rigidez da legislação anterior, em veneração ao princípio da eticidade.⁶²

Com a alteração do critério de redução a ser utilizado pelo magistrado o legislador fez alterações substanciais na dogmática e na pragmática da cláusula penal. Em todo o Código foram utilizadas cláusulas gerais, a fim de sobrelevar à nova codificação civil alguns princípios, tal qual o da socialidade, da eticidade e da operabilidade, dentre outros dispostos pela nova ordem constitucional.

Dentre estes novos princípios instituídos pelo legislador do Código Civil de 2002 está o da operabilidade, no intuito de facilitar a aplicação das normas prescritas na nova legislação civil a cada caso, fugindo daquela abstração existente no código anterior. Afastou-se também a ideia de completude do Código Civil de 1916, que buscava abarcar todas as situações civis possíveis, sem considerar a evolução da sociedade e eventuais peculiaridades do caso concreto.

Neste sentido, através do princípio da operabilidade passou-se a considerar o surgimento de novas situações, além daquelas abstraídas pela norma, mediante a análise do aspecto subjetivo – o indivíduo no caso concreto – e formal – a forma como foi elaborado o negócio – da autonomia da vontade.

Com as cláusulas gerais, tal qual a equidade, o magistrado pode aplicar a legislação de acordo com as peculiaridades de cada caso, de modo a tutelar a justiça contratual e concretizar os princípios e objetivos constitucionais. Isto será possível com a consideração da evolução social e jurídica que o direito requer e

⁶¹ BRASIL. Código Civil (1916). **Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2013.

⁶² CASSETARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89, grifo do autor.

também da análise do aspecto objetivo da autonomia da vontade, “no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os interesses jurídicos do passado.”⁶³

O processo de codificação e unificação do Direito Privado teve por escopo prescrever e abarcar todos os atos e fatos jurídicos possíveis, como concretização do princípio da legalidade, o que impossibilitava a utilização de cláusulas abertas. No entanto, com a evolução da legislação e da sociedade se fizeram obrigatórias tais cláusulas, especialmente a da equidade, como justiça no caso concreto, pois sua generalidade possibilita a aplicação do direito de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Francisco Amaral, citado por Christiano Cassetari ensina que:

[...] a equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade que se faz presente em todas as experiências jurídicas do mundo ocidental, interessando à filosofia e à teoria do direito, particularmente no que tange à interpretação jurídica. Excepcional por natureza, pois somente aplicável nas hipóteses legais previamente estabelecidas, tem vários significados, conforme sua imediata função. São elas: a) equidade interpretativa: quando o juiz, perante a dificuldade de estabelecer o sentido e o alcance de um contrato, por exemplo, decide com um justo comedimento; b) equidade corretiva: que contempla o equilíbrio das prestações, reduzindo, por exemplo, o valor da cláusula penal; c) equidade quantificadora: que atua na hipótese de fixação do *quantum* indenizatório; d) equidade integrativa: na qual a equidade é fonte de integração; e) equidade processual: ou juízo de equidade, é o conjunto de princípios e diretivas que o juiz utiliza de modo alternativo, quando a lei autoriza, ou permite que as partes a requeiram, como ocorre nos casos de arbitragem.⁶⁴

Na linha do aludido autor, a equidade ora tratada é a corretiva, em que se busca uma prestação jurisdicional, com o intuito de que seja reestabelecido o equilíbrio contratual, a probidade e boa-fé objetiva que devem ser inatos aos negócios jurídicos, diga-se desde a fase pré-contratual à fase pós-contratual.

Neste sentido, as cláusulas gerais dispostas no Código Civil são discutidas pela doutrina, a fim de dar aplicabilidade a elas concomitantemente aos princípios constitucionais, sendo o tema objeto de discussão na I Jornada de

⁶³ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 172, 2004. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2013.

⁶⁴ AMARAL, Francisco apud CASSETARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática da cláusula penal. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 91, grifo do autor.

Direito Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal, implicando na elaboração de alguns enunciados: Enunciado n.º 25: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé objetiva nas fases pré e pós-contratual.”⁶⁵; Enunciado n.º 26: “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpenetrar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.”⁶⁶; e o Enunciado 363: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação.”⁶⁷

O contrato de trato sucessivo é pactuado para ser cumprido ao invés de rescindido, sendo premissa básica do programa do contrato ser mais vantajoso para o contratante e o contratado que as obrigações dos negócios sejam cumpridas do que inadimplidas. Desta feita, sobretudo, não pode a lei incentivar as partes a uma inexecução do negócio. Sob essa premissa, quando o magistrado se deparar frente a uma demanda em que se pleiteia a redução equitativa do montante da cláusula penal, o mesmo deve ter a sensibilidade de observar o caso concreto por suas peculiaridades, analisando o litígio sob a ótica do princípio da equidade prescrito no Código Civil de 2002, afinal, o inadimplemento não é a vontade originária das partes ou ao menos não deveria ser.

Isso será possível através de uma releitura de diversos artigos do Código Civil, não somente aqueles que dispõem acerca da cláusula penal, mas também de cláusulas basilares dispostas no Código, esquecidas pelos julgadores em certos momentos, tal qual a vedação ao enriquecimento sem causa (artigo 884 do Código Civil), o da função social do contrato (artigo 421 do Código Civil) e a da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil). Nesta nova dogmática o magistrado possui uma cláusula geral, a equidade, que o possibilita verificar as peculiaridades de cada caso à luz do Direito Civil Constitucional e dar contornos equânimes às obrigações entabuladas pelas partes, promovendo, sobretudo, a justiça contratual.

Como exemplo, imagine uma Associação de Estudantes constituída para transportar todas as noites os estudantes de determinada cidade para cursar a faculdade em outra, que contrata uma estofaria para consertar todos os bancos do único ônibus da associação. O valor a ser pago pelo serviço quando de sua entrega é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), devendo ser realizado até o dia anterior ao retorno às aulas. A fim de constranger o contratado a cumprir com sua obrigação e pré avaliar eventuais prejuízos causados pela mora da estofaria

⁶⁵ BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 25.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁶⁶ Id. **Enunciado n. 26.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁶⁷ Id. **Enunciado n. 363.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

na entrega do serviço foi estipulada uma cláusula penal moratória no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Na data estipulada as poltronas do ônibus não estavam prontas, constituindo-se, automaticamente, em mora o devedor, nos termos do artigo 397 do Código Civil, incidindo, conseqüentemente, a cláusula penal. No entanto, logo pela manhã do dia seguinte o serviço foi entregue, sem prejuízos efetivos aos estudantes associados que puderam ser transportados normalmente para a faculdade na mesma noite.

Neste caso, a obrigação foi cumprida, mesmo que posteriormente, porém a Associação quer pagar apenas R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), pois afirma ter incorrido a estofaria em mora na prestação do serviço.

O que se discute diante deste caso é se é justa a cobrança do valor convencionado como cláusula penal ou poderia o devedor recorrer ao judiciário pleiteando a redução do valor da pena, sob os fundamentos de que não houve efetivo prejuízo aos estudantes e o pagamento da cláusula penal acarretaria enriquecimento sem causa legítima do credor.

Em verdade, a princípio há um aparente enriquecimento sem causa legítima da Associação, pois embora a obrigação tenha sido cumprida, mesmo que posteriormente, não houve efetivos prejuízos, de modo que o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) é manifestamente excessivo face à natureza e à finalidade do negócio. Pela mora de um dia do devedor ele pode ter perdido todo o seu lucro.

Deve-se considerar também que quando foi estipulada a cláusula penal, talvez ela não fosse abusiva, pois imagine se a estofaria atrasasse por um mês o conserto dos bancos do ônibus impossibilitando o transporte dos alunos. Talvez os prejuízos fossem até mesmo superiores ao estipulado como cláusula penal. No entanto, diante do caso concreto, salta aos olhos a desproporção dos prejuízos com o montante pago pela estofaria, o que torna o valor da cláusula penal manifestamente excessivo, devendo, portanto, ser reduzido equitativamente pelo magistrado. Aliás, caso fosse utilizado o critério da proporcionalidade no caso em questão, não haveria parâmetros para o juiz analisar o caso concreto, pois não se trata apenas de uma análise quantitativa dos valores, mas também de outros fatores, tal qual o modo como se procedeu o inadimplemento, os prejuízos sofridos pelo credor, o efetivo zelo da estofaria em informar que atrasaria na entrega do serviço, etc.

Ressalte-se que a cláusula penal não deve ser reduzida a zero, pois, em verdade, houve uma inexecução do negócio e o credor deve arcar com os prejuízos da sua mora. Aliás, o que prescreve o Código é a redução da pena, cuja qual sempre é pautada na ideia de culpa.

Deste modo, face o caráter manifestamente excessivo, a multa deverá ser reduzida sob a ótica da equidade, com a análise, principalmente, do princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil prescritos no artigo 1º, incisos III e IV, bem como o da vedação ao enriquecimento sem causa, disposto no artigo 884 do Código Civil.

A partir deste exemplo pode-se verificar que a alteração do critério da

proporcionalidade para o da equidade possibilita a atenção pelo magistrado não só dos termos contratuais pactuados, mas também dos deveres anexos e das peculiaridades do caso, mediante a análise da natureza e finalidade do negócio.

Neste sentido, com o intuito de confirmar a ideia de equidade disposta no Código e superar o critério da proporcionalidade, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado n.º 359 na IV Jornada de Direito Civil acerca da alteração do critério para tal redução: “A redação do art. 413 do CC não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido.”⁶⁸ De tal forma que a proporcionalidade do valor adimplido não deve ser considerada sozinha quando da redução judicial da cláusula penal, não obstante possa ser um dos critérios verificadores da excessividade da multa contratual, tal qual o é a razoabilidade.

É patente a evolução do Código Civil de 2002 ao incluir a equidade como critério para o controle judicial da cláusula penal, de modo a possibilitar a aplicação de princípios como a equivalência material entre os direitos e deveres presentes no negócio, pois, conforme o caso, haverá manifesta desproporção entre os reais prejuízos ocasionados pela inexecução do negócio e aqueles estipulados como cláusula penal. A proporcionalidade apenas analisa critérios quantitativos, já a equidade serve-se de outros aspectos, tal qual a natureza, a finalidade do negócio, paradigmas do Código Civil de 2002 e valores constitucionais.

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Maluf compreendem que:

[...] a norma do art. 413 do Código Civil de 2002 seja não de direito positivo, mas de direito imperativo, impositivo ou taxativo, *jus cogens*, inalterável pela vontade das partes. De outro modo a parte mais fraca estaria à mercê da mais forte no jogo contratual, omitindo o direito sua função específica, a obtenção do justo equilíbrio entre interesses opostos.⁶⁹

Saliente-se, contudo, que não se trata de dar espaço para a subjetividade desmedida do magistrado, mas de possibilitá-lo a encontrar fundamentos, aplicar objetivos e princípios civis constitucionais quando se verificar o caráter punitivo da cláusula penal superior à função de prefixar perdas e danos. Neste caso, o instituto estará desvirtuado, pois foi utilizado desmedidamente pelo credor como pena civil ao devedor. Assim, quando as circunstâncias indiquem um abuso de direito, deverá ocorrer a redução judicial da pena.

⁶⁸ BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 359**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁶⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil: direito das obrigações**, 1ª parte. v. 4. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 404-405, grifo do autor.

O artigo 924 do Código Civil de 1916 já possibilitava a redução proporcional do valor da pena em caso de cumprimento parcial da obrigação, pois, neste caso, considera-se o fato do credor ter obtido algum proveito com tal adimplemento. O escopo do artigo era evitar, assim, o enriquecimento sem causa legítima do credor, cuja redução só seria possível, ressalte-se, desde que houvesse o cumprimento parcial da prestação.

Visto a grosso modo, tal possibilidade de redução da multa contratual previamente convencionada entre as partes seria uma brecha deixada pelo legislador para promover o inadimplemento do devedor, no entanto, quando vista sob a ótica do caso concreto, também se pode verificar eventuais injustiças fomentadas tanto pelo contratante quanto pelo contratado, cujas quais não podem ser tuteladas pelo ordenamento jurídico. Foi o que se buscou demonstrar com o exemplo da Associação, em que a estofaria, em tese, era economicamente mais forte e a Associação de estudantes a parte vulnerável.

Acerca da redução judicial do montante da cláusula penal em caso de cumprimento parcial da obrigação, dispõe Gustavo Tepedino que:

O preceito revela importante *favor debitoris*, a proteger os contratantes inadimplentes que houvessem cumprido parte da obrigação, desde que o cumprimento parcial tenha efetivamente beneficiado o credor. Pretendia-se evitar aqui, ainda uma vez, o enriquecimento sem causa e, portanto, era preciso que a prestação, cumprida parcialmente, houvesse trazido algum benefício ao credor, para que pudesse deflagrar o controle judicial. Eis o pressuposto de aplicação do art. 924 do Código Civil de 1916.⁷⁰

A fim de mitigar a possibilidade de redução judicial da pena, as partes, diga-se, os credores, passaram a incluir nos contratos uma cláusula de irredutibilidade do valor da cláusula penal pelo magistrado. Esta questão teve de ser resolvida pela doutrina e pela jurisprudência, face ao choque entre a autonomia da vontade e o caráter social embutido na norma que possibilita a redução da cláusula penal pelo magistrado.

Veja-se a ementa do acórdão proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência do Código Civil de 1916:

DIREITO CIVIL. REDUÇÃO PELO JUIZ DA PENA CONVENCIONAL. FACULDADE OUTORGADA PELO LEGISLADOR AO MAGISTRADO. INDERROGABILIDADE POR CONVENÇÃO DAS PARTES. EXEGESE DO ART. 924 DO CÓDIGO CIVIL. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. I - A faculdade

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos: elementos para a configuração de um direito da crise econômica. In: _____. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 107, grifo do autor.

conferida ao juiz pelo art. 924 do Código Civil prevalece mesmo em face de expressa convenção em contrário das partes no sentido de ser a multa devida por inteiro em caso de inadimplemento parcial da obrigação. II - A moderna doutrina e a atual jurisprudência se opõem a clássica doutrina civilista da supremacia da vontade, preferindo optar pelo caráter social de proteção a parte presumidamente mais frágil.⁷¹

Desta forma, o artigo 924 do Código Civil de 1916, antecedente do artigo 413 do Código Civil de 2002, já entendia tal possibilidade de redução pelo magistrado como preceito de ordem pública, impossibilitando que as partes convencionem sobre tal irredutibilidade, em face da função social existente na cláusula penal.

A possibilidade das partes convencionarem em sentido contrário a possibilidade de redução do valor da cláusula penal pelo magistrado foi objeto de discussão da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, momento em que foi editado o Enunciado n.º 355: “Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do CC, por se tratar de preceito de ordem pública.”⁷²

A alteração do artigo 924 do Código Civil de 1916 para com o artigo 413 do Código Civil de 2002 também incluiu outra possibilidade para a redução da cláusula penal. O código revogado apenas possibilitava a redução no caso de cumprimento parcial da obrigação, já o novo código também possibilita a redução quando o montante da cláusula penal for manifestamente excessivo, tal qual o exemplo da Associação dos Estudantes e a estofaria.

Segundo Gustavo Tepedino:

Com efeito, em momentos de agonia econômica, nota-se a tendência à previsão contratual de multa excessivas, configurando-se, por outro lado, situações de verdadeiro abuso, com a imposição ao contratante mais fraco de cláusulas destinadas a revogar preceitos legais que, como o art. 924 acima aludido, devem ser considerados de ordem pública.⁷³

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial n. 11527/SP**, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário da Justiça de 11 abr. 1992. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=11527=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC9>. Acesso em: 10 set. 2013.

⁷² BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 355**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos: elementos para a configuração de um direito da crise econômica. In: _____. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108-109.

Portanto, a autonomia da vontade das partes, disposta pela possibilidade de se estipular a irredutibilidade da cláusula penal, deve ser limitada por preceitos de ordem pública, tal qual o princípio da função social do contrato, nos termos do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil⁷⁴.

Este foi o entendimento adotado não só pela doutrina através do supracitado Enunciado n.º 355, mas também pela jurisprudência. Se assim não fosse considerado, em face da massificação dos contratos, em que há padronização das cláusulas contratuais, bastando ao aderente aceitar em bloco as condições impostas, a cláusula de renúncia a possibilidade de redução da cláusula penal seria inserta em todos os negócios que a comporte.

Se tal cláusula for disposta no contrato, ela deve ser declarada nula, por se tratar tal possibilidade de redução uma norma de ordem pública, nos moldes do princípio da função social do contrato. Busca o legislador, com tal prescrição, humanizar o direito, socorrendo a parte mais fraca do contrato, personificada no aderente devedor, parte vulnerável às cláusulas padronizadas dos negócios jurídicos, cujas quais são impostas unilateralmente pelo credor.

Segundo Christiano Cassetari contrato de adesão é “aquele em que uma das partes não pode discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo.”⁷⁵ Ou seja, não há contrato de adesão somente no âmbito consumerista, mas também nos contratos civis, tais quais o de locação e o de franquia, por exemplo. No entanto, nada impede que o valor, a data e o modo de pagamento possam ser modificados pelo aderente, o que não retira o caráter de contrato de adesão.

Em busca dessa humanização do direito e evolução dos contratos, faz-se necessário um avanço legislativo de acordo com a nova teoria contratual, cuja qual poderá ser analisada sob a ótica do Direito Civil Constitucional. Para tanto, com o progresso legislativo sobre o tema nos contratos civis, o contrato de adesão foi tratado nos artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002. É um passo, mesmo que pequeno, em busca da socialização do direito contratual, através da intervenção do Estado/legislador na autonomia privada das partes.

Christiano Cassetari ao tratar dos abusos do contrato de adesão elogia o legislador por dispor acerca da possibilidade de redução equitativa da cláusula penal:

[...] cumpre destacar que o contrato de adesão é uma realidade em grande parte das relações contratuais, sejam civis ou consumeristas, motivo pelo qual inúmeros abusos podem acontecer. Acertadamente, o legislador introduziu

⁷⁴ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁷⁵ CASSETARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

um mecanismo importantíssimo no combate a tal acontecimento, que é a possibilidade de redução equitativa da cláusula penal excessiva, para que ela cumpra sua função social.⁷⁶

A liberdade pleiteada pelo liberalismo clássico causou diversos abusos de direito e iniquidades no passado. Esta mesma autonomia da vontade, baseada na doutrina individualista, ainda enseja diversas desigualdades sociais, em que a parte economicamente superior, detentora dos efetivos poderes negociais, busca sobrepor-se aos direitos da parte economicamente vulnerável ou mais fraca.

Estas distorções da autonomia da vontade legitima a intervenção do Estado nas relações negociais, a fim de aplicar os direitos individuais e sociais aos direitos patrimoniais.

Roberto Senise Lisboa leciona acerca do intervencionismo do Estado:

O princípio do intervencionismo estatal nas relações contraídas pelo hipossuficiente impossibilita a derrogação privada de dispositivos relativos às cláusulas gerais de contratação, em face da desproporção econômica das partes, verificando-se não apenas o interesse do aderente, como também da coletividade (interesse coletivo) e da sociedade (interesse difuso); objetivando-se, destarte, o controle de tais negócios jurídicos de forma preventiva (prévia) ou repressiva, em âmbito administrativo ou judicial.⁷⁷

Considerando os princípios sociais dispostos no Código Civil de 2002, tal qual o princípio da função social do contrato e o da boa-fé objetiva, importa saber se o magistrado pode reduzir o montante da cláusula penal de ofício ou necessita que a parte pleiteie especificamente tal providência.

Cumpridamente mencionar o disposto no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, que elevou o princípio da função social do contrato a preceito de ordem pública, de modo a possibilitar que o magistrado reduza de ofício o valor da cláusula penal, quando o devedor houver cumprido parcialmente a obrigação, bem como quando o montante da cláusula penal for manifestamente excessivo.

Tal entendimento também foi objeto de discussão da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, momento em que foi aprovado o Enunciado n.º 356: “Nas hipóteses previstas no art. 413 do CC, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.”⁷⁸

⁷⁶ Ibid., p. 102.

⁷⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 3. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 192.

⁷⁸ BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 356**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados->

Possibilitar a redução de ofício pelo magistrado deve ser vista restritivamente, pois deve respeitar, sobretudo, o princípio da inércia do poder jurisdicional disposto no artigo 2º do Código de Processo Civil, em que o juiz só prestará a tutela jurisdicional quando provocado.

Neste sentido amplo, a inércia da jurisdição quer significar que a atuação do Estado-juiz depende de provocação que a rompa, que a quebre (art. 2º). Desde que provocado, o Estado-juiz agirá mas a sua *inércia* tem que ser entendida como forma de assegurar outros valores fundamentais do direito processual civil, o “modelo constitucional do processo civil” (o principal é a imparcialidade do juízo, v. n. 3.5, *supra*). Mas, uma vez rompida esta inércia inaugural, a atuação do Estado-juiz dá-se “de ofício”, por seu próprio impulso, “por impulso oficial”, para fazer uso da expressão adotada no art. 262.⁷⁹

O entendimento de que o magistrado deve agir de ofício para reduzir o montante da cláusula penal coaduna-se com a alteração legislativa do artigo 924 do Código Civil de 1916 para com o artigo 413 do Código Civil de 2002. O diploma revogado determinava a redução da pena como uma faculdade do juiz. Já a legislação vigente impõe como dever do magistrado efetuar a revisão da cláusula penal de ofício, caso ocorra uma das duas situações prescritas no artigo 413 do Código Civil.

Nas palavras de Gustavo Tepedino:

Tais foram os antecedentes justificadores do art. 413 do Código Civil de 2002, o qual, seguindo a tendência jurisprudencial, tornou-o imperativo, atribuindo ao juiz o dever (não mais a faculdade) de aplicar o mecanismo em exame, e com equidade, aludindo ainda o codificador à finalidade do negócio, como forma de aferir se no caso concreto há compatibilidade funcional entre a cláusula penal e os fins perseguidos pelas partes.⁸⁰

Esta evolução legislativa harmoniza-se com a nova sistemática proposta pelo novo código, bem como aos princípios da operabilidade, da sociabilidade e da eticidade. Até então a cláusula penal era apenas mais um consagrado instituto da doutrina individualista, no entanto, a partir desta nova sistemática proposta pelo Código Civil de 2002, especialmente pela equidade, surge sua

aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 290, grifo do autor.

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos: elementos para a configuração de um direito da crise econômica. In: _____. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 109.

função social dentro do ordenamento jurídico.

Desta forma, é possível haver a redução judicial da cláusula penal sempre que houver adimplemento parcial da obrigação pelo devedor e quando o montante da cláusula penal se mostrar excessivo. Nestes casos, haverá um desvirtuamento da natureza jurídica principal da cláusula penal que é a de prefixar perdas e danos.

Tal entendimento é decorrente da Teoria do Adimplemento Substancial da Obrigação, cuja qual tem por base o princípio da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da vedação ao enriquecimento sem causa, de tal forma a evitar injustiças, pois o devedor efetuou o cumprimento da obrigação substancialmente, com efetivos ganhos para o credor.

É um meio de mitigar o direito subjetivo patrimonial do credor, face à hierarquia de princípios e valores constitucionais. Assim, estar-se-á promovendo a justiça contratual e social. É a aplicação prática da função social dos contratos reivindicada pelo Direito Civil Constitucional.

A possibilidade de as partes convencionarem uma cláusula penal não significa possibilitar a inclusão de uma pena civil ao devedor, pois, estar-se-ia desvirtuando os princípios, valores e objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Mas também não se nega o caráter coercitivo/punitivo da cláusula penal, apenas se entende que ele não pode prevalecer sobre a prefixação de perdas e danos.

A cláusula penal pode ser vista sob dois ângulos, a princípio, quando falamos em multa contratual, é latente sua natureza coercitiva/punitiva, sendo a função de prefixar perdas e danos diminuta perto da primeira. No entanto, esta é a visão do devedor.

Agora, quando a multa contratual é analisada sobre a visão do credor, a natureza coercitiva também existe, todavia, considerando que ele depende do cumprimento desta obrigação para a realização de outros negócios, seja para pagar seu fornecedor, comprar algo, enfim, fazer funcionar o mercado, a cláusula penal é vista principalmente sob o caráter de prefixação de perdas e danos, face à sua boa-fé objetiva. Destaca-se, o que não retira sua função intimidatória. Neste sentido, é melhor que o devedor adimpla com a obrigação conforme o pactuado, do que não a cumpra e tenha o credor que procurar o judiciário para executá-la e recebê-la tempos depois.

Reconhece-se a natureza coercitiva/punitiva da cláusula penal, no entanto, ela não poderá superar a natureza de prefixar perdas e danos, pois, se assim não fosse considerado, a cláusula penal poderia ser utilizada pelo credor para conseguir ganhos em detrimento do devedor. Desta forma, passaria ser mais vantajoso ao credor que o devedor não cumprisse com a sua obrigação, do que efetivasse o pactuado. Estaria o credor, então, agindo de má-fé à vista do ordenamento jurídico.

Em assim ocorrendo, deverá o magistrado, sob a luz do caso concreto, agir proativamente para a análise das peculiaridades do caso e promover princípios superiores aos patrimoniais.

É dificultosa a missão de apontar quais princípios são estes, pois só no caso concreto poderá o magistrado verificar quais são estes valores superiores

aos patrimoniais e se eles realmente são superiores. Face à hierarquia constitucional e aos direitos ali garantidos, deve o Código Civil ser poroso o suficiente, para através da equidade tutelá-los, conforme os ideais do processo de constitucionalização do Direito Civil.

Desta forma, requer-se a aplicação de direitos constitucionalmente garantidos, podendo-se citar os direitos individuais e coletivos, tal qual: a vida, a igualdade, a propriedade individual e coletiva, a intelectual, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a saúde, a previdência social, a assistência social, a segurança, o meio ambiente, a moradia, dentre outros.

Em especial devem ser lembrados os fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho; os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O que se clama é por um Direito Civil poroso e condizente aos ditames da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O respeito à supremacia constitucional é possível e necessária, sob pena de se verificar a inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional ou sua não recepção, no caso de legislação anterior a Constituição. A cláusula penal deve se embebercer desse Direito Civil Constitucional, especialmente através da redução equitativa da cláusula penal pelo magistrado, quando as circunstâncias legais possibilitem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cláusula penal se insere dentre os institutos/instrumentos passíveis de abusos de direito à vista do ordenamento jurídico. De acordo com a origem do instituto, bem como sua denominação de “cláusula penal”, pode se perceber sua natureza essencialmente coercitiva/punitiva, funcionando como uma pena civil. Momento em que os direitos patrimoniais superavam os individuais e sociais.

No entanto, afirma-se, desde logo, que com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi extinta a ideia de pena civil do ordenamento jurídico brasileiro. Não se confunda a existência da responsabilidade civil, cuja qual não é uma pena. Desta forma, o instituto deve sofrer uma releitura pela nova ordem constitucional. Dentro deste processo de transição do Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social está a constitucionalização do Direito Civil.

Desta forma, segundo a nova sistemática do Código Civil de 2002 à luz do Direito Civil Constitucional, a cláusula penal é um pacto acessório convencionado entre as partes com a finalidade de prefixar as perdas e danos de um eventual inadimplemento, bem como reforçar o cumprimento da obrigação, face à sua natureza coercitiva/punitiva, estimulando o adimplemento da obrigação. A natureza jurídica de prefixar perdas e danos

sempre deve existir, sendo que a função coercitiva/punitiva nunca pode ultrapassá-la. Caso isso ocorra será considerada uma pena civil e sua imutabilidade será passível de relativização, mediante sua redução judicial.

Esta função social do instituto da cláusula penal coaduna com a sua reformulação no Código Civil de 2002. No Código Civil de 1916 a cláusula penal só podia ser reduzida quando houvesse o cumprimento em parte da obrigação, enquanto no novo Código a pena deve ser reduzida em duas hipóteses: quando a obrigação tiver sido cumprida em parte ou quando o montante da penalidade for manifestamente excessivo.

Em ambas as hipóteses o excesso da cláusula penal é considerado como uma pena, devendo, portanto, ser reduzido. Aliás, destaca-se a alteração legislativa no que se refere ao “poder” conferido ao juiz de reduzir a cláusula penal, nos termos do artigo 924 do Código Civil de 1916, e o “dever” de reduzir a cláusula penal prescrito no artigo 413 do Código Civil de 2002. Tal mudança demonstra que o ordenamento jurídico não pode tutelar iniquidades, de tal forma que quando houver excesso do montante fixado como cláusula penal, tratar-se-á de uma pena civil, devendo ser reduzida equitativamente pelo magistrado. Trata-se tal dispositivo de um preceito de ordem pública, cuja qual a autonomia das partes não pode mitigar.

A alteração do critério para a redução da cláusula penal compatibilizou-se a nova sistemática do Código Civil de 2002 e a necessidade de se tornar uma lei porosa aos fundamentos, valores, objetivos e princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O código revogado tinha por critério para tal redução à proporcionalidade, enquanto o novo Código prescreveu uma cláusula aberta para tanto, à equidade, a fim de que seja reestabelecido o equilíbrio contratual e promovida a justiça contratual. Neste sentido, o julgador analisará as peculiaridades do caso concreto, a fim de verificar se a situação versada enquadra-se nas hipóteses prescritas pelo legislador. Ressalte-se que a proporcionalidade e a razoabilidade estão incluídas na equidade.

O presente trabalho busca compatibilizar o instituto da cláusula penal à luz do Direito Civil Constitucional, através uma interpretação dialética entre o Código Civil de 2002 e a Constituição da República Federativa do Brasil. A releitura do instituto possibilita a promoção da justiça contratual, de maneira que, especialmente ao que se refere a imutabilidade relativa da cláusula penal, possa ser discutido acerca da redução judicial da pena, sob a ótica dos fundamentos, valores, objetivos e princípios constitucionais, tal qual o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial e da solidariedade social, bem como dos princípios gerais inseridos no Código Civil, como o da socialidade, eticidade, operabilidade, função social do contrato, boa-fé objetiva, vedação ao enriquecimento sem causa, etc.

Assim, através do caso concreto, será possível reestabelecer o equilíbrio contratual, submetendo o montante prefixado à título de cláusula penal ao crivo do Judiciário, mediante a aplicação de valores superiores aos patrimoniais das partes envolvidas. Isto é decorrência da ausência de correlação entre os prejuízos sofridos pelo credor ao montante a ser pago pelo devedor, de tal forma que a ordem jurídica vigente deve combater qualquer espécie de abusos

de direito e enriquecimento sem causa legítima das partes contratantes.

Diante dos abusos instrumentalizados pela cláusula penal, encontra-se no Direito Civil Constitucional a resposta para a revisão judicial das cláusulas penais, de forma a evitar que a parte economicamente mais forte da relação sobreponha seu poderio econômico sobre o devedor, em desatendimento ao equilíbrio contratual, a boa-fé objetiva, a função social do contrato, a dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial entre as partes. Desta forma, estar-se-á promovendo a justiça contratual.

Referências

BRASIL. Código Civil (1916). *Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2013.

_____. Código Civil (2002). *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 5 ago. 2013.

BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. *Enunciado n. 25*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>.

Acesso em: 26 set. 2013.

_____. *Enunciado n. 26*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>.

Acesso em: 26 set. 2013.

_____. IV Jornada de Direito Civil. *Enunciado n. 355*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

_____. *Enunciado n. 356*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>.

Acesso em: 26 set. 2013.

_____. *Enunciado n. 359*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>.

Acesso em: 26 set. 2013.

_____. *Enunciado n. 363*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>.

Acesso em: 26 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial n. 11527/SP*. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário da Justiça de 11 abr. 1992. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=11527=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC9>. Acesso em: 10 set. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASSETARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo (à luz do direito civil-constitucional, do novo código civil e do código de defesa do consumidor). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, n. 43, p. 1-25, 2002. Disponível em:

<http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil/art_clausula_penal.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2013.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*, autor. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. v. II. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 167-175, 2004. Disponível em:

<<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2013.

_____. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos: elementos para a configuração de um direito da crise econômica. In: _____. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 85-131.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

A INEFICÁCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Marinara Montanari⁸¹

“Uma criança não ameaça ninguém. É só vida, inocência e ternura. Mais que ajudar a outros, ela precisa ser ajudada e acolhida. (...) Cada vez que nasce uma criança, é prova de que Deus ainda acredita na humanidade. Deus acreditou tanto que quis nascer criança frágil, com os bracinhos enfaixados para não ameaçar ninguém” - teólogo Leonardo Boff, em seu artigo “Espírito de Natal”.

Resumo

Tramitam no Senado brasileiro várias propostas de emenda à Constituição Federal a fim de reduzir a maioria penal, de forma que os menores de dezoito anos sofram um processamento penal formal atribuindo assim a imputabilidade de crime, tornando-o capaz de cumprir pena em regime penitenciário e não somente cumprir medida socioeducativa. O presente trabalho tem o objetivo de esclarecer que a redução da maioria penal não implica na redução da criminalidade, além disso, fere a Constituição Federal, o que indica que nem sempre a sociedade é detentora da razão. O presente estudo é uma pesquisa bibliográfica que tem por base o método dedutivo, de forma que princípios gerais são aplicados a uma situação concreta. Indivíduos menores não podem ser retirados da sociedade e inseridos com detentos maiores, pois estes certamente corromperão aqueles.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar quão prejudicial pode ser a redução da maioria, não só para os menores infratores, mas também para a sociedade em si.

Dentro das prisões brasileiras encontra-se grande número de organizações criminosas que comandam a maior parte do crime do Brasil. Sendo os jovens parte indefesa em relação aos demais detentos de uma penitenciária, reduzir a maioria é o mesmo que inseri-los em uma organização criminosa, fato que faz crescer a criminalidade.

A redução da maioria penal afronta diretamente a Constituição Federal Brasileira, pois fere o artigo 228 que é um Direito e Garantia Individual, além de ser também uma cláusula pétrea, não podendo então ser objeto de modificação, nem mesmo por emenda constitucional.

O atual sistema penitenciário brasileiro encontra-se em grau de superlotação. As penitenciárias e os presídios constituem uma verdadeira afronta aos direitos humanos, já que são péssimas as condições de higiene,

⁸¹ Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV. Trabalho orientado pela Prof^a Ma. Andréia Garcia Martin, docente titular da mesma instituição.

saúde e alimentação dos detentos. Reduzir a maioria penal piora ainda mais a situação calamitosa dos detentos, ferindo a dignidade humana.

Em razão do desconhecimento, a sociedade clama pela redução da maioria penal, assim sendo, este trabalho tem o objetivo de esclarecê-la.

1 A IMPUTABILIDADE PENAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA A DEFINIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A maioria penal está intimamente relacionada à imputabilidade penal, assim, é necessário definir o conceito de imputabilidade para que seja então esclarecido o conceito de maioria penal.

Para aqueles que cometem crimes sejam punidos é preciso que tenham capacidade de responder pelos seus atos, de modo que tal capacidade denomina-se imputabilidade penal, ou seja, é inimputável todo indivíduo que não tem capacidade de responder juridicamente por seus atos.

A incapacidade dos inimputáveis se deve ao fato destes serem ainda imaturos e não terem discernimento necessário para diferenciar ações lícitas de ações ilícitas e ainda por não serem capazes de suportar uma ação penal e o ônus de uma possível condenação.

Damásio Evangelista de Jesus afirma que “imputar é o ato de atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa” e, define imputabilidade penal, como sendo “o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível” (JESUS, 1985 p. 407).

O Código Penal Brasileiro não define quem são os agentes imputáveis, determinando somente os inimputáveis. Destarte faz-se interpretação a *contrario sensu* para definir quem são os agentes imputáveis.

Proclama o Código Penal, em seu artigo 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. (BRASIL, Código Penal, 2013).

Ao presente trabalho importa a parte do artigo supramencionado que se refere aos menores de dezoito anos que é quando aquele proclama que são isentos de pena os indivíduos que possuem desenvolvimento mental incompleto.

Por conseguinte, já devidamente conceituada a imputabilidade penal, resta saber o conceito de maioria penal.

A maioria penal nada mais é do que a idade mínima necessária para que um indivíduo possa passar por uma ação penal e sobre tal indivíduo recaiam os ônus decorrentes de sua conduta criminosa.

A maioria penal não se confunde com a maioria civil, no entanto, no atual momento, as duas coincidem ser a mesma: 18 anos. Mas se, por exemplo, um indivíduo emancipado, ou seja, que já tem sua maioria civil, comete algum crime, não será este punido pelo Código Penal, mas sim pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Convergente ao assunto explana o artigo 27 do Código Penal Brasileiro: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” (BRASIL, Código Penal, 2013).

O menor infrator comete um ato infracional e não um crime, a diferença entre estes é que o criminoso que é maior passa por uma ação penal regida pelo Código Penal e se for condenado terá de cumprir pena em um estabelecimento prisional e o adolescente infrator não passa por uma ação penal, ele “cumpre pena”, nunca superior a três anos, em uma casa de recuperação e tem seu procedimento regido pelo ECA.

2 AS PROPOSTAS DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO SISTEMA BRASILEIRO

A mídia veicula aquilo que dá audiência, deste modo, não é interessante para esta veicular casos em que maiores cometem crimes, pois isso é fato rotineiro e todos estão acostumados a ver, o interessante para a mídia é veicular e fazer sensacionalismo de fatos em que menores infratores cometem crimes, pois tais fatos são extraordinários e dão audiência.

É a partir deste jogo de ibope que a população brasileira se deixa levar pelas falsas intenções da mídia e acaba bradando pela redução da maioridade penal, pois a partir das informações transmitidas pela mídia, a população acaba acreditando que o melhor a ser feito é reduzir a maioridade penal para que os adolescentes infratores possam passar por um processo penal e serem presos em penitenciárias.

Pode parecer drástico, mas é a pura realidade, o Senado brasileiro, na maioria das vezes, trabalha de acordo com o clamor social, assim, sendo cegamente manipulada pela mídia, a população brada pela redução da maioridade penal e o interesse do Senado é conseguir votos e para que tal objetivo seja alcançado é necessário que a população esteja satisfeita, então o Senado brasileiro cria projetos de lei visando a redução da maioridade penal, pois para os integrantes desta cadeira pouco importa se tal redução vai ferir a Constituição Federal e os direitos e seus garantias fundamentais ou não, o importante para aqueles é alcançar a satisfação popular.

A população brasileira acredita que a maioridade penal deva ser reduzida para que a violência seja erradicada e para que então a paz social seja alcançada, mas na verdade essa paz unânime não existe, pois a violência já nasce com o indivíduo e não há lugar no mundo que não tenha quaisquer sinais de violência.

Um dos mais comuns argumentos utilizados pela sociedade é que um adolescente de dezesseis anos é capaz de votar e decidir quem serão os membros a ocupar cargos legislativos e executivos, logo, esse adolescente deve ser capaz de responder por seus próprios atos.

Mas isso não é um pensamento totalmente lógico, vez que o voto é facultativo ao adolescente, sendo ele obrigatório somente aos dezoito anos, assim, um adolescente não é obrigado a votar, mas se a maioridade penal fosse

reduzida, como almeja a população, este adolescente seria obrigado a cumprir pena em estabelecimento prisional, não partindo de sua livre manifestação de vontade, como acontece com o voto.

Além disso, o fato de um adolescente de dezesseis anos poder votar não quer dizer que ele tenha discernimento capaz de fazer uma escolha consciente e eleger um bom candidato, fato esse que torna discutível a decisão constituinte que outorgou o voto facultativo aos dezesseis anos.

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) é o ideal para a ressocialização de adolescentes infratores, já que este prevê medidas socioeducativas que são cumpridas em um estabelecimento específico reservado somente aos adolescentes, não tendo estes contato com homens criminosos. O ECA prevê também que o adolescente deve ter educação escolar, profissionalização e atendimentos pedagógico e psicoterápico. (ECA, 1990)

O ECA faz parte do projeto "Justiça Instantânea" que é aplicado aos Juizados de Porto Alegre com objetivo de diminuir a morosidade do Poder Judiciário. Por enquanto tal projeto encontra-se somente nessa cidade, mas a previsão é que ele se espalhe pelas comarcas do Brasil. (SARAIVA, 1997)

O projeto Justiça Instantânea funciona com o principal objetivo de solucionar o caso em questão o mais breve possível.

Afirma a respeito do assunto o professor de Direito João Batista Costa Saraiva:

O adolescente é ouvido pelo Delegado, forma-se o procedimento, submetido ao Promotor, com assistência de advogado, e, feita a representação, é imediatamente apresentado a Juízo, ouvindo-se vítima e testemunhas, se for o caso. Ali, de regra, são imediatamente solucionados, com sentença. (SARAIVA, 1997)

É extremamente mais benéfico fazer com que os adolescente infratores passem por procedimentos instruídos pelo ECA, pois dessa forma tanto a sociedade, quanto o adolescente são privilegiados, vez que aquela terá a ressocialização do adolescente infrator rapidamente e o adolescente será ressocializado de forma rápida também, podendo ter sua liberdade de forma célere.

Assim, a sociedade não deve bradar aguerridamente pela redução da maioria penal, pois é melhor para ambas as partes que o adolescente sofra medida socioeducativa aumentando a celeridade processual.

3 A MAIORIDADE PENAL NO MUNDO

Quase 80% dos países do mundo adotam 18 anos ou mais como mínimo de idade penal para que um adulto possa ser responsabilizado, é o que indica a Unicef. (UNICEF, 2009)

O professor Roberto Silva da Faculdade de Educação da USP e ex-

interno da antiga FEBEM afirma que a redução da maioria penal representa um retrocesso na evolução dos direitos e garantias da criança e do adolescente, além disso ressalta que:

Na área da criança e do adolescente, o Brasil é referência. Muitos países acham que nós temos a legislação mais avançada do mundo. Se o Brasil der um passo atrás no sentido de negar direitos que foram contestados, isso compromete todo o esforço diplomático do País. (BELONI, 2013)

Carlos Alberto Libânio Christo, frei Betto também segue pela mesma linha de pensamento: “Nos 54 países que reduziram a maioria penal não se registrou redução da violência. A Espanha e a Alemanha voltaram atrás na decisão de criminalizar menores de 18 anos. Hoje, 70% dos países estabelecem 18 anos como idade penal mínima.” (CHRISTO, 2014)

Países como: Espanha, França, Canadá, Itália, Japão, são exemplos de países desenvolvidos econômica e socialmente que possuem como idade mínima necessária para que um adulto possa ser punido 18 anos ou mais. (Tabela comparativa, 2014)

Deste modo, ficou claro que é consensual a opinião adotada pela maioria das nações do globo terrestre adotando 18 anos ou mais como idade mínima para que um adulto passe por um processo penal e cumpra pena no sistema prisional, demonstrando ainda que as nações que tentaram reduzir a maioria penal a fim de reduzir a violência tiveram de voltar atrás em suas decisões, pois o efeito foi reverso, vez que os adolescentes enviados às cadeias saíram destas mais agressivos.

4 A INEFICÁCIA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A sociedade brasileira, ao calor da emoção e não da razão, clama aguerridamente pela redução da maioria penal, seja ela de dezoito para dezesseis anos ou de dezoito para quatorze anos.

Basta que a mídia veicule um caso em que um menor cometeu algum delito para a população se voltar e batalhar para que a redução da maioria penal aconteça, argumentando que o sistema de pena aplicado ao menor infrator é ineficaz, de modo que ele deva ser inserido em um presídio ou uma penitenciária para então ser “reeducado”.

Salienta Julita Lemgruber, diretora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes:

Quando vejo o Congresso Nacional se movimentando para reduzir a responsabilidade penal no país para 16 anos, não posso deixar de pensar que se está apostando no pior.[...] Dados coletados pelos Ilanud/SP, Unicef e

Departamento da Criança e do Adolescente do Ministério da Justiça falam por si. Em primeiro lugar, os adolescentes infratores são responsáveis por apenas 10% dos crimes cometidos no Brasil. E mais: de cada cem mil adolescentes, só 2,7 são infratores, enquanto em cada cem mil adultos, 87 são infratores. De todos os atos infracionais praticados por adolescentes, somente 8% equiparam-se a crimes contra a vida. A grande maioria (75%) são crimes contra o patrimônio e, destes, 50% são furtos. Isto é, delitos sem violência. (LEMGRUBER, Julita, 2010)

Apesar de a sociedade estar bradando pela redução, este não é o caminho certo a ser seguido, seria cometer um crime maior ainda enviar um jovem a uma penitenciária.

Não é a severidade da pena que garante a reintegração social do indivíduo, mas sim a eficácia na aplicação da medida socioeducativa, a pena deve ser aplicada corretamente, de forma que o indivíduo saia da casa de recuperação totalmente transformado e apto a viver em sociedade sem representar um perigo a esta.

As prisões brasileiras encontram-se em grau de perigo, pois estão superlotadas.

Afirma a respeito do que foi dito o juiz auxiliar da Presidência do CNJ Luciano Losekann:

Ainda há muito a fazer, o sistema prisional brasileiro não está nada bom. Pelo contrário, temos hoje 550 mil presos. Houve um aumento de 35 mil detentos na população carcerária entre dezembro de 2011 e junho de 2012. Nesse período o número de detentos passou de 514 mil para 550 mil, o que é um absurdo. Onde vamos parar desse jeito? (LOSEKANN, 2012)

Observa-se dentro dos presídios e penitenciárias grande número de organizações criminosas que comandam de dentro dos estabelecimentos a maior parte do crime do Brasil.

Além das facções criminosas mais conhecidas, como o Primeiro Comando da Capital (PCC) em São Paulo e o Comando Vermelho no Rio de Janeiro, há também outras pequenas facções regionais. O problema da superlotação só dificulta o controle de tais organizações, fazendo com que estas cresçam cada vez mais, tornando a criminalidade uma verdadeira máquina em que sua cabeça consiste nas organizações criminosas de dentro dos presídios. Assim, punir um jovem enviando-o para a cadeia é o mesmo que punir a sociedade, pois este será mais um indivíduo-instrumento das organizações.

Fato que ilustra perfeitamente o que foi dito é a rebelião que aconteceu no Complexo Penitenciário, absurdamente lotado, de Pedrinhas-MA, em que deixou nove detentos mortos e vinte feridos, além disso, levou pânico a toda à

cidade, pois os detentos começaram a praticar atos de vandalismo. O conflito iniciou-se devido às brigas entre facções criminosas.

Afirma o juiz auxiliar da presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Douglas de Melo Martins e também Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do CNJ:

O sistema prisional maranhense, como o do restante do país, está controlado por facções do crime organizado que, quando decidem enfrentar as instituições e o Poder do Estado, quem paga o preço são pessoas que nada tem que ver com isso. Pessoas que, muitas vezes, cometeram crimes menores e que acabam se tornando vítimas do sistema prisional. (MARTINS, 2013)

Indivíduos são presos por terem cometido delitos que agridem a sociedade em pequena escala, mas acabam fazendo parte de grandes organizações criminosas, pois há momentos em que para sobreviver é necessário o ingresso a tais grupos. Muitos adultos fazem parte destas organizações, pois sentem-se desprotegidos diante de tanta delinquência, assim sendo, os menores, que são desapoitados em relação aos demais detentos, com certeza integrariam tais grupos.

Argumenta sobre o assunto o ministro da justiça, José Eduardo Cardozo:

Temos uma situação carcerária no Brasil que, vamos ser sinceros, temos verdadeiras escolas de criminalidade em muitos presídios brasileiros. Há exceções, mas temos situações carcerárias que faz com que certos presos lá adentrem e, em vez de saírem de lá recuperados, saem vinculados a organizações criminosas. Toda essa situação tem que ser cuidadosamente pensada e analisada. (CARDOZO, 2013)

Do total de menores infratores, 85% cumprem pena nas casas de recuperação por tráfico de drogas, somente os outros 15% estão internados por atentarem contra a vida. Alegar que um adolescente sai de lá como entrou porque a casa de recuperação é ineficaz é uma verdadeira falácia, vez que se o objetivo de reeducação não é alcançado, a culpa não é da casa, mas sim do Estado que não se preocupa em fornecer subsídios e qualidade na forma de reeducação. Parte da população acredita que se tais adolescentes forem enviados a penitenciárias e tratados como adultos o problema da não reeducação seria solucionado, mas tal parte encontra-se equivocada, pois o caminho a ser seguido não é esse, mas sim a melhoria das casas de recuperação, investindo na educação.

5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal encontra-se no degrau mais elevado na pirâmide do ordenamento jurídico nacional. Assim, todas as decisões sejam elas normas, julgados, decretos, leis, etc., devem obedecer às disposições de seu texto.

Desta forma, em caso de qualquer espécie normativa contrariar o disposto no Texto Constitucional o controle de constitucionalidade é meio hábil para manter a superioridade e a unidade de seu conteúdo.

Ou seja, o controle de constitucionalidade é mecanismo de preservação do ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade verificar se os atos legislativos estão de acordo com a Constituição Federal, de modo que tal mecanismo acaba se tornando uma espécie de filtro jurídico.

A Constituição Federal serve como alicerce a todo o ordenamento jurídico, proporcionando a segurança jurídica ao povo brasileiro, assim, a partir do momento que um ato é contrário a tal diploma, o sistema jurídico se torna falho e inseguro.

Para que um sistema jurídico funcione corretamente, é necessário que sua Carta Magna seja rígida e suprema, de modo que há disposições dentro destas que não podem ser objeto de deliberação, são as denominadas cláusulas pétreas.

Dispõe sobre o assunto o renomado jurista Calil Simão:

A Constituição representa a base de todo ordenamento jurídico. É norma orientadora dos poderes constituídos. Para garantir essa função basilar e orientadora, ou seja, para assegurar que essa norma seja respeitada, surge o Sistema de Controle de Constitucionalidade. (SIMÃO, 2010)

Há dois tipos de inconstitucionalidade, a formal e a material. A inconstitucionalidade material está relacionada com o conteúdo de que a lei trata, então, por exemplo, se uma lei que autorizasse a pena de morte no Brasil fosse criada, certamente tal lei teria inconstitucionalidade material, pois está previsto na Constituição Federal que a pena de morte não pode acontecer, exceto em casos de guerra declarada, assim, estaríamos diante de uma inconstitucionalidade material.

A inconstitucionalidade formal é relativa ao processo de criação da norma em espécie. Então se, por exemplo, uma lei que é de iniciativa da Câmara dos Deputados é criada pelo Presidente da República, tal lei será formalmente inconstitucional.

Se uma lei que autorizasse a redução da maioria penal fosse criada, essa certamente seria materialmente inconstitucional, vez que afrontaria diretamente a Constituição Federal e seus direitos e garantias.

Além dos tipos de inconstitucionalidade, há ainda dois tipos de controle de constitucionalidade: O preventivo e o repressivo.

O controle de constitucionalidade preventivo é realizado tipicamente pelo Poder Executivo (através de veto pelo presidente da República) e pelo poder Legislativo (através da Comissão de Constituição e Justiça) ou atipicamente pelo Poder Judiciário. Tal controle funciona como um filtro de constitucionalidade que é realizado no momento de criação da norma, em que os ocupantes dos cargos legislativos analisam se o projeto de lei está de acordo com o texto constitucional de modo a impedir que uma norma nasça inconstitucional.

A Comissão de Constituição e Justiça deve dar um parecer a respeito do projeto de lei apresentado por algum parlamentar, assim, dispõe o §1º do artigo 101 do Regimento Interno do Senado Federal:

Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do artigo 254. (BRASILIA, 1970)

Por fim, cabe ao Presidente da República promulgar ou vetar a lei. Superado todos esses obstáculos, encerra-se a fase preventiva.

O controle de constitucionalidade repressivo é realizado tipicamente pelo Poder Judiciário e atipicamente pelo poder Legislativo.

Tal controle funciona como um filtro constitucional, mas diferentemente do controle de constitucionalidade preventivo, pois o controle de constitucionalidade repressivo atua como um filtro da norma depois que esta já entrou em vigor. Esse controle divide-se em difuso e concentrado.

O controle de constitucionalidade repressivo de via difusa consiste na arguição de inconstitucionalidade de uma norma a partir de um processo judicial comum.

Salienta a respeito do tema acima exposto o renomado jurista Luiz Alberto David Araujo: "No controle de constitucionalidade de via difusa discute-se o caso concreto. Deve haver uma situação concreta onde o interessado peça a prestação jurisdicional para escapar da incidência da norma. Os efeitos dessa decisão operam-se apenas entre as partes." (ARAUJO, 2011)

No entanto, o entendimento do jurista supramencionado não é pacífico na doutrina, pois há aqueles que entendem que os efeitos da decisão são de efeito *ex nunc*, ou seja, daqui para a frente os efeitos da decisão recairão sobre todos e não somente sobre aquele que pediu o esquivamento da incidência da norma. A jurista Regina Maria Macedo Nery Ferrari tem posicionamento contrário ao de Luiz Alberto David Araujo:

Ora, parece-nos claro, dentro de tal colocação de ideias, que so a partir dessa suspensão é que a lei perde a eficácia, o que nos leva a admitir o seu caráter constitutivo. A lei até tal momento existiu e, portanto,

obrigou, criou direitos, deveres, com toda sua carga de obrigatoriedade, e só a partir do ato do Senado é que ela vai passar a não obrigar mais, já que, enquanto tal providência não se concretizar, pode o próprio Supremo, que decidiu sobre sua invalidade, alterar seu entendimento, conforme manifestação dos próprios ministros do Supremo, em voto proferido na decisão do Mandado de Segurança 16.512, de Maio de 1966. (FERRARI, 1999)

O controle de constitucionalidade repressivo concentrado consiste na arguição de inconstitucionalidade de uma norma a partir de uma ação específica: A ação declaratória de inconstitucionalidade, da Ação direta de inconstitucionalidade e da Ação de descumprimento de preceito fundamental.

Pronuncia o Supremo Tribunal Federal a respeito do tema:

Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda congressional a proposta orçamentária do Poder Executivo. Ato concreto. Impossibilidade jurídica. Ação direta de inconstitucionalidade configura meio de preservação da integridade da ordem jurídica plasmada na Constituição vigente, atua como instrumento de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal enseja a esta Corte, no controle em abstrato da norma jurídica, o desempenho de típica função política ou de governo. Objeto de controle concentrado, perante o Supremo Tribunal Federal, são as leis e os normativos emanados da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal. No controle abstrato de normas, em cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: A tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto. A ação direta de inconstitucionalidade não é sede adequada para o controle da validade jurídico-constitucional de atos concretos, destituídos de qualquer normatividade. Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de qualquer coeficiente de abstração, generalidade e impessoalidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. A recusa do controle em tese da constitucionalidade de emenda congressional consiste em mera transferência de recursos de uma dotação para outra, dentro da proposta orçamentária do governo federal, não traduz a impossibilidade de verificação de sua legitimidade pelo Poder Judiciário, sempre cabível pela via de controle incidental. Agravo regimental improvido.

(BRASÍLIA, STF, AgRg em ADIn 203, rel. Min. Celso de Mello, J.em 20-04-1990)

Desta forma, tendo em vista o que foi acima mencionado, é possível de se concluir que a redução da maioria penal não pode acontecer. Pois os projetos que visam a redução da maioria penal dificilmente se tornarão lei, já que os filtros do controle de constitucionalidade preventivo barram a promulgação de tais projetos, vez que tais projetos possuem inconstitucionalidade material em sua essência, ferindo os preceitos elencados pela Constituição Federal Brasileira.

6 A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Diz-se inconstitucional tudo aquilo que contraria a Constituição Federal. Dentro da Carta Magna há as denominadas cláusulas pétreas, que são disposições em que o próprio nome diz: pétreas, petrificadas, ou seja, que são sólidas e não podem ser modificadas pelo poder legislativo, nem mesmo por meio de emendas constitucionais. Tais cláusulas encontram-se no artigo 60, §4º da Constituição Federal com a seguinte redação:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa do Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

Deve-se chamar a atenção para o inciso quarto, do citado artigo, os direitos e garantias individuais, que se classificam como sendo cláusulas pétreas, imutáveis e não passíveis de emenda constitucional.

Dispõe o artigo 228 da Constituição Federal de 1988: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Desta forma, é possível afirmar que o disposto artigo 228 da Constituição Federal enquadra-se ao conceito de direito e garantia individual, encaixando-se assim ao conceito de cláusula pétrea, não podendo então ser modificada, nem mesmo por emenda constitucional.

O citado artigo deixa ainda claro que os inimputáveis, ou seja, os menores, não podem ser punidos pelo Código Penal ou pela legislação aplicável aos imputáveis, devendo então ser punidos pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que compreende o conjunto de normas especiais.

Salienta o Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo: “A redução da maioria penal não é possível, a meu ver, pela Constituição Federal. O Ministério da Justiça tem uma posição contrária à redução, inclusive porque é inconstitucional.” (CARDOZO, 2013)

Assim sendo, é uma afronta à Constituição Federal o projeto de emenda constitucional para a redução da maioria penal. Para que tal ocorra dentro dos limites da legislação vigente, seria necessária a criação de uma nova Constituição Federal Brasileira e, a respeito do tema, segundo o professor de

Direito Penal, Luiz Flávio Gomes, a Constituição Federal Brasileira já sofreu cento e trinta e seis reformas penais, sendo quase nenhuma destas com efetividade.

Convergente ao tema defende Marcus Vinícius Furtado Coêlho, presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB):

É flagrantemente inconstitucional a redução da maioria penal para 16 anos e a redução pura e simples da maioria não irá proporcionar a reinserção social de menores infratores e a diminuição dos índices de criminalidade no país, benefícios tão reclamados pela sociedade. (COÊLHO, 2013)

Assim sendo, a partir da análise feita acima, fica claro que a redução da maioria penal não deve ocorrer, pois afronta a Constituição Federal Brasileira, já que atinge diretamente os direitos e garantias individuais que se constituem cláusulas pétreas.

7 A SUPERLOTAÇÃO DAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS

Não é recente o fato de que as penitenciárias brasileiras encontram-se abarrotadas de indivíduos. A partir da Segunda Guerra Mundial e da subsequente Revolução Tecnológica, a humanidade começou a se desenvolver, a pensar racionalmente. Porém, junto das ideias boas surgiram também as más, as ideias para a prática de delitos, fazendo com que o número de detentos passasse a ser multiplicado diariamente.

Segundo o diretor do Departamento Penitenciário Nacional, Augusto Rossini “O crescimento acelerado no número de prisioneiros no país é consequência tão somente do aumento da criminalidade, mas também do endurecimento da legislação penal, da melhoria do trabalho da polícia e da maior rapidez da Justiça criminal”. (ROSSINI, 2012)

Segundo o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), o Brasil é o quarto país no mundo com a maior população carcerária, com mais de quinhentos mil detentos, fica atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia.

A pena tem o sentido de pagamento, de modo que o indivíduo pague pelo erro que cometeu e tem também o sentido de prevenção, visto que o indivíduo é retirado da sociedade a fim de protegê-la. Enviar um jovem menor a uma penitenciária é explorar o pagamento dado pelo indivíduo, de modo que ele deve estar em uma casa de recuperação para assim pagar de forma equilibrada pelo delito que cometeu e ao mesmo tempo ser retirado da sociedade até poder estar, novamente, apto a viver sem representar um perigo à coletividade.

O antropólogo e cientista político Luiz Eduardo Soares afirma que as péssimas condições de higiene, alimentação, saúde, entre outras, em que os

detentos são submetidos constituem um excesso de pena, já que o objetivo, como dito acima, é somente retirar o indivíduo da sociedade e reintegrá-lo de forma a torná-lo melhor. Além disso, a escassez de recursos oferecidos pelas penitenciárias fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a superlotação das celas contribui para que tal ocorra.

Discorre o antropólogo e cientista político, Luiz Eduardo Soares, sobre o assunto:

Impõe-se uma pena através de uma sentença e adiciona-se um suplemento, um excedente da pena de modo informal, porque se submete a pessoa a situações de insalubridade, a doenças contagiosas, a humilhações. Se a privação da liberdade já é agressiva, botar em uma prisão dessas como as nossas é um grau de perversidade maior. (SOARES, 2013)

Deste modo, como as penitenciárias estão lotadas, a diminuição da maioria penal ferirá diretamente os direitos humanos porque aumentará o número de encarcerados e diminuirá, conseqüentemente, os direitos humanos.

A redução da maioria penal piorará ainda mais a situação das penitenciárias, já que aumentará significativamente o número de presos, causando um verdadeiro colapso no sistema penitenciário brasileiro, dando cada vez mais motivos para que os detentos organizem rebeliões e esquemas de fuga e, devido ao grande número de indivíduos, dificultará a captura destes.

A população de detentos, tanto em presídios, cadeias ou penitenciárias, está se multiplicando a cada dia. Em 1992 o Brasil tinha uma população de presos com a proporção de 74 presos por 100 mil habitantes, com 114.377 presos. Em julho de 2012 tal proporção subiu para 288 presos por 100 mil habitantes, com 514.582 presos¹, tendo ainda aumentado para 548.000 presos.

Em 2003, Sra. Anastácia de Assis ajuizou uma ação de indenização contra o Estado da Paraíba, devido ao fato de seu esposo ter morrido na prisão do referido estado, que se encontrava superlotada.

Muito ilustrativo foi o depoimento de um agente penitenciário, uma das testemunhas:

[...] a capacidade do presídio era de 350 presos e na época tinha quase 700; que na época e atualmente a quantidade de agentes é insuficiente para o número de presos, pois existia na ocasião cerca de 700 para 07 agentes e hoje existem 800 presos para cinco agentes [...] (Agente penitenciário).

Fica claro e evidente que a redução da maioria penal só trará conseqüências ruins não só para o menor, mas também para o resto da sociedade, já que os presídios, as penitenciárias, as cadeias, enfim, todos os estabelecimentos prisionais brasileiros encontram-se ou lotados, ou em seu

limite de presos.

8 AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES

A redução da maioria penal não pode ocorrer, pois, como explanado minuciosamente, este não é o melhor caminho a ser seguido.

Alguns menores saem da casa de recuperação da mesma forma em que entraram, ou seja, sem que o objetivo principal da casa tenha sido atingido, que é recuperar o menor para que este seja reintegrado à sociedade. Entretanto, o caminho a ser seguido não é enviar o jovem às penitenciárias ou presídios, mas sim melhorar as casas de recuperação.

Na atualidade toda forma de pena se vale apenas da justiça retributiva, ou seja, se você comete um mal a alguém é natural que você seja punido, lhe seja aplicada a retribuição pelo mal que cometeu. Mas, se pensarmos melhor, será que esse é o objetivo da pena? Não há um desacerto em sua convivência em sociedade, assim, o objetivo quer da pena ou da internação é restaurá-lo na sociedade, para que ele não cometa mais crimes, e assim deve ocorrer com o menor, a instituição servirá para restaurar a boa convivência em sociedade, é como se lhe déssemos uma segunda chance.

A palavra “pena” vem do latim e é derivada de penitência, assim, o indivíduo que cumpre pena, na verdade está pagando por uma ação indevida que cometeu. Os adolescentes não podem somente cumprir pena, ou seja, não podem somente pagar por um ato errado que cometeram, eles devem ser transformados, na casa de recuperação eles devem aprender que o caminho correto a seguir é o do bem.

A casa de recuperação, através de medidas socioeducativas, tem por finalidade ressocializar o adolescente infrator, de modo que ele se torne apto a viver harmoniosamente em sociedade e é na casa de recuperação que se encontra uma das chaves para que o sistema penitenciário seja modificado, pois é nesse estabelecimento que os jovens têm a oportunidade de evoluírem enquanto seres.

Pensa de acordo com o tema a pesquisadora Erika Klingl:

É unânime entre os especialistas e atores dos direitos da infância e adolescência a opinião de que o principal gargalo do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) está na aplicação de medidas de recuperação para meninos e meninas que estão em conflito com a lei. O motivo seria a falta de estrutura da Justiça e do sistema de aplicação de medidas de responsabilização. (KLINGL, 2009)

Mas para que isso aconteça é necessário que as políticas de ressocialização impostas pelo ECA sejam devidamente cumpridas e colocadas em prática. Pois de nada adianta que o indivíduo fique um, dois ou três anos na casa de recuperação “cumprindo pena” se não puder obter nada de bom para o

seu crescimento intelectual, para a sua mudança de comportamento.

Tendo em vista o que foi acima elencado, há de se falar na Justiça Restaurativa, que é um movimento doutrinário com ideais acerca da efetivação da justiça penal, vez que esta é muito falha, pois a função do Direito Penal é, sobretudo, ressocializar o indivíduo, seja ele menor ou maior de idade.

“Não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de antissociais, se se os dissocia da comunidade livre e, ao mesmo tempo, se os associa a outros antissociais” (BITENCOURT, 1993)

O Japão também utiliza a Justiça Restaurativa, nesse país, os indivíduos que confessam o cometimento do crime e pedem perdão são liberados da prisão, mas precisam fazer acordo com a vítima. A referida prática tem contribuído para a diminuição do crime no Japão. (ROLIM, 2006)

Seria ainda possível identificar práticas de Justiça Restaurativa contemporâneas no contexto das populações aborígenes do Canadá, na tradição Maori na Nova Zelândia entre outras. A concepção teórica moderna da Justiça restaurativa, todavia, oferece uma ideia sistematizada sobre objetivos e procedimentos de tal forma que, antes de tudo, se identifique quando estamos lidando com práticas restaurativas e, ato contínuo, para que seja possível avaliar concretamente os resultados alcançados com o paradigma proposto. (ROLIM, 2006)

Assim, a Justiça Restaurativa deve ser aplicada aos menores infratores, vez que estes devem ser ressocializados e não punidos, pois a simples punição não fará com que o indivíduo mude seu modo de ser, como dito mais acima, os indivíduos precisam receber medidas socioeducativas de modo a aprender o que é correto.

Ao questionar a eficácia da redução da maioria penal, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Marcus Vinícius Furtado Coêlho argumenta:

Muito melhor do que reduzir a maioria, seria o Estado garantir o cumprimento de efetivas políticas públicas destinadas à proteção da infância e adolescência, com investimento permanente de recursos financeiros focados na educação, lazer e desporto, atividades culturais e na inserção dos adolescentes no meio social e no mercado de trabalho.(COÊLHO, 2013)

Como supramencionado, o que deve ser feito é incentivar os jovens infratores e realmente convencê-los de que quando estes forem reintegrados à sociedade, poderão crescer e progredir, afastando então a ideia de que somente o crime é capaz de fornecer uma vida economicamente satisfatória.

O adolescente que sai da casa de recuperação sem ter sido

verdadeiramente recuperado acaba se tornando um mero fantoche para o cometimento de infrações, pois sentem-se acolhidos pelas instituições criminosas.

O governador do estado de São Paulo, Geraldo Alckmin tem a proposta de ampliar de três para oito anos o tempo de internação do adolescente infrator nas casas de recuperação. A proposta é adequada, vez que três anos constitui pouco tempo para que o adolescente possa recuperar-se e reestruturar sua forma de pensar. (Brasília, 2013)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo elucidou sobre o desacerto da sociedade em acreditar que a solução para a criminalidade é que aconteça a redução da maioria penal.

Há no Senado brasileiro diversas propostas de emendas constitucionais relativas ao tema abordado. Propostas essas que não podem ser aprovadas, já que são prejudiciais aos adolescentes e à própria sociedade.

Se adolescente forem enviados à penitenciárias ou presídios, serão, automaticamente, inseridos às organizações criminosas que existem dentro de tais estabelecimentos, já que o adolescente é vulnerável em relação aos demais detentos.

Igualmente, a proposta é inconstitucional, pois fere diretamente o artigo 228 da Constituição Federal, que constitui-se um direito e garantia individual e é cláusula pétreia, não podendo então ser modificada, nem mesmo por emenda constitucional.

Além disso, os estabelecimentos prisionais brasileiros encontram-se superlotados, de forma que a redução aumentaria o número de detentos, piorando ainda mais a situação.

O presente trabalho esclareceu também sobre o melhor caminho a ser seguido, que é a melhoria das casas de recuperação, a fim de que os adolescentes retomem à sociedade totalmente recuperados e convencidos de que podem progredir e crescer sem estarem envolvidos com a criminalidade.

Estabelecendo-se, assim, a aplicação da justiça restaurativa para os menores de que se encontrar em instituições de recuperação, ou seja, que a internação restaure-o à sociedade e não coloque nas ruas um jovem ou adolescente envolvido profundamente no crime, como temos observado diuturnamente.

O Estado tem o dever de restaurar o menor na sociedade em condições dignas para que possa levar sua vida normalmente fora da instituição.

REFERÊNCIAS

WorldPrisonBrief / Ministério da Justiça do Brasil
BELONI, Patrícia. *Maioridade penal adulta no exterior é semelhante à do Brasil*.
Jornal do Campus, n. 408, mai/2013. Disponível em:

<http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2013/05/maioridade-penal-adulta-no-externo-e-semelhante-a-do-brasil/>. Acesso em: 23 jun. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1 - Parte Geral. 15. ed., São Paulo, editora Saraiva, 2010.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*: Decreto Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 24 jun. 2014.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Decreto Lei 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27 jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 out. de 2013.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Regimento interno do Senado Federal*. Editado pela Resolução nº 93 de 1970. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegInternoSF_Vol1.pdf. Acesso em: 27 jun. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgRg em ADIn 203, rel. Min. Celso de Mello. Brasília, *Diário da Justiça*, 20 abril 1990.

CARDOZO, José Eduardo. Ministro da Justiça. *Ministro da Justiça diz que redução da maioria penal é inconstitucional*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-04-11/ministro-da-justica-diz-que-reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional>, Acesso em 02 jun. 2014.

CHRISTO, Carlos Alberto Libânio. *Todos os países que reduziram a maioria penal não diminuíram a violência*. Disponível em: <http://necisgomes.jusbrasil.com.br/noticias/116624331/todos-os-paises-que-reduziram-a-maioridade-penal-nao-diminuiram-a-violencia>. Acesso em: 23 jun. 2014.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Especialistas contra a redução da maioria penal*. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/especialistas-contra-a-reducao-da-maioridade-penal/>, Acesso em 25 jun. 2014.

CONSTANTINO, Renata. Da Imputabilidade Penal. *Revista científica da UniToledo*, Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1239/1181>. Acesso em: 14 jun. 2014.

CRUZ, Elaine Patrícia. *Ministro da Justiça diz que redução da maioria penal é inconstitucional*. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-04-11/ministro-da-justica-diz-que-reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional>. Acesso em: 22 jun. 2014.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeito da declaração de inconstitucionalidade*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. V. 1. 10. ed. São Paulo:

Saraiva, 1985.

LEAL, Luciana de Oliveira. A redução da idade de imputabilidade penal e seus aspectos constitucionais. *Revista científica de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em:

http://www.smithedantas.com.br/texto/menor_penal.pdf. Acesso em: 16 jun. 2014.

LEMGRUBER, Julita. Diretora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes. *Revista científica da EMERJ*. Disponível em:

<http://www.escolalivrededireito.com.br/artigos/a-reducao-da-idade-de-imputabilidade-penal-e-seus-aspectos-constitucionais/#sthash.mvj2OAYG.dpuf>. Acesso em: 16 jun. 2014.

LOSEKANN, Luciano. Juiz auxiliar da presidência do CNJ. *População carcerária do Brasil atingiu 550 mil presos em junho*. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22552-populacao-carceraria-do-brasil-atingiu-550-mil-presos-em-junho>. Acesso em: 16 jun. 2014.

KLINGL, Erika. *Ressocialização é principal gargalo do ECA*. Disponível em:

<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2009/07/13/i,125894/index.shtml>. Acesso em: 28 jun. 2014.

MARTINS, Douglas de Melo. Juiz auxiliar da presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do CNJ. Disponível em:

<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-10/faccoes-criminosas-controlam-sistema-prisional-maranhense-aponta-cnj>. Acesso em: 16 jun. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO, Paraná. *Tabela comparativa em diferentes Países: Idade de Responsabilidade Penal Juvenil e de Adultos*. Disponível em:

<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>. Acesso em: 23 jun. 2014.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA. Processo nº

200.2003.021.328-0 – *Ação ordinária. Indenização. Morte no Presídio*. Disponível em: <<http://www.correioforense.com.br/anexos/danomoral/1139843172978.doc>>, Acesso em 27 jun. 2013.

ROLIM, Marcos. *A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*, Zahar, Rio de Janeiro, 2006.. Disponível em:

http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/Marcos_Rolim_Justica_Restaurativa.pdf. Acesso em: 28 jun. 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. *A idade e as razões não ao rebaixamento da imputabilidade penal*. Revista científica: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Pág. 02. Disponível em:

https://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/17_2052121421102013_A%20IDADE%20E%20AS%20RAZ%3%95ES%20N%3%83O%20AO%20REBAIXAMENTO%20DA%20IMPUTABILIDADE%20PENAL-Jo%C3%A3o%20Batista%20Saraiva.pdf. Acesso em: 27 jun. 2014.

SIMÃO, Calil. *Elementos do sistema de controle de constitucionalidade*, 1.ed., São Paulo: Editora SRS, 2010.

SOARES, Luiz Eduardo. *Penitenciárias brasileiras não têm pretensões de ressocialização*. Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2011/09/penitenciarias-brasileiras-nao-tem-pretensoes-de-ressocializacao.html>>. Acesso em 25 jun. 2013.

VASCONCELLOS, Jorge. *Tragédia em presídio do MA se deve à concentração de presos em São Luís, diz juiz do CNJ*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26609-tragedia-em-presidio-do-ma-se-deve-a-concentracao-de-presos-em-sao-luis-diz-juiz-do-cnj>. Acesso em: 16 jun 2014.

WAMBURG, Jorge. *Alckmin defende internação de oito anos para adolescentes que cometam crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2013/11/alckmin-defende-internacao-de-oito-anos-para-adolescentes-que-cometam>. Acesso em: 22 jun. 2014.

WASSERMANN, Rogerio. *Número de presos explode no Brasil e gera superlotação de presídios*. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/12/121226_presos_brasil_amento_rw.shtml. Acesso em: 22 jun. 2014.

A LEI 6.683/79: REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA LEI DE ANISTIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alana Fagundes Valério⁸²

Sérgio Tibiriçá Amaral⁸³

Resumo:

O trabalho a seguir pertence ao Trabalho de Conclusão de Curso das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente-SP sob o seguinte título: A Incompatibilidade da Lei de Anistia - 6.683/79 com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, sob o prisma do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O artigo a seguir abordará a evolução histórica que acarretou na decretação da Lei 6.683/79 até a propositura e julgamento da ADPF - Arguição de Preceito Fundamental número 157, onde avaliou-se a sua recepção ao Ordenamento Jurídico.

INTRODUÇÃO

O tema Ditadura Militar é, sem dúvidas, um dos assuntos mais delicados da história brasileira e traz consequências no tocante à Justiça de Transição, como a Lei de Anistia. Isso se deve ao regime caracterizado pelo autoritarismo, supressão dos direitos constitucionais, violência por parte dos agentes do Estado a todo e qualquer opositor utilizando de prisões ilegais e tortura dos opositores do regime e uma censura prévia e rígida em todos os meios de comunicação. Isso foi abordado no primeiro capítulo. Com inúmeras manifestações pró reabertura política, foi necessário que o Estado se prevenisse para que as suas condutas ilegais não fossem punidas com a volta a democracia, e em razão disso, promulgou-se a lei 6.683/79 - a Lei de Anistia.

A Lei 6.683/79 impossibilita a conclusão da chamada "Justiça de Transição" hoje vivida em nosso País e com isso, nossa Democracia se torna formal, apenas, e não material, acessível e concreta, fazendo com que o debate sobre a necessidade de uma nova análise chegasse até a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão no qual o Brasil se submete para apreciação de casos de violações de Direitos Fundamentais. Neste trabalho, abordamos o contexto histórico onde surgiu a necessidade de uma lei de anistia: o Golpe Militar de 1964. O contexto histórico e as razões nas quais a Ditadura Militar se concretizou e perdurou durante mais de 20 anos foi analisada pois foi a causa que ensejou na promulgação da Lei de Anistia, em especial, o Ato Institucional nº 5, que autorizou a conduta abusivas de inúmeros agentes do Estado.

⁸² Alana Fagundes Valério. Bacharelada em Direito nas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente - São Paulo. Pesquisadora e Bolsista do CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Atualmente, pesquisa sobre "A Tutela de Urgência Em Casos Brasileiros no Sistema Interamericano de Direitos Humanos".

⁸³ Sérgio Tibiriçá Amaral. Doutor em Sistema Constitucional de Garantias (2011). Professor titular de Teoria Geral do Estado da FDPP das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo; Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos da mesma instituição; Coordenador da Graduação da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Toledo-PP).

A promulgação e o conteúdo da Lei de Anistia também foi alvo de nossa atenção. Destacamos, para mais fácil compreensão, os principais artigos da lei 6.683/79 para que seja possível uma análise mais profunda da causa de cada dispositivo em relação as condutas abrangidas pela Lei de Anistia. Em seguida, tratamos de apresentar a influência da Constituição Federal de 1988 e os Princípios Constitucionais trazidos por ela na interpretação atual da Lei de Anistia e a problematização causadas pela aparente incompatibilidade da Lei de Anistia com a Constituição Federal.

Por fim, apresentamos o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 157, que foi a primeira ação proposta para debater a respeito da recepção e aplicabilidade da Lei de Anistia de acordo com a Constituição Federal de 1988.

1 Do Golpe Militar de 1964 ao Decreto da Lei de Anistia

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, instalou-se em todo o Mundo o período chamado de “Guerra Fria”, onde alguns governos, em sintonia aos Estados Unidos da América do Norte, iniciaram um monitoramento de todo e qualquer simpatizantes do Regime Comunista, então difundido pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS. Com receio de mais adeptos ao Regime Comunista, como Cuba, por exemplo, os Estados Unidos da América passaram a utilizar de uma política internacional de Intervenção, a fim de evitar que mais países fossem “convertidos” ao Comunismo por movimentos revolucionários. E toda essa agitação mundial afetou diretamente o Brasil. De acordo com Dalmo de A. Dallari, em seu trabalho intitulado “A Ditadura Brasileira de 1964”, o doutrinador nos apresenta alguns fatores externos, vindo dos Estados Unidos da América que influenciaram o Golpe Militar de 1964:

Com relação às origens do golpe de Estado que resultou na implantação da ditadura, podem-se mencionar fatores internos da realidade brasileira, como o temor das elites tradicionais de perder seu patrimônio e seus privilégios, mas a par disso foi muito importante a ingerência dos Estados Unidos na vida política, econômica e social brasileira. Como está fartamente documentado, inclusive por registros feitos por jornais da época, noticiando como simples rotina alguns fatos que observadores atentos das práticas políticas e conhecedores da História já denunciavam como perigosos, a participação direta dos Estados Unidos foi decisiva para a implantação da ditadura. Na realidade, o golpe militar de 1964 foi dado com substancial apoio –alguns dizem que por inspiração– dos Estados Unidos, por meio de suas forças armadas, de suas organizações especializadas em espionagem e ações subversivas subterrâneas, bem como por sua diplomacia, que ostensivamente pregou, articulou e apoiou a ditadura.

(DALLARI, Dalmo de Abreu, s/d, p.2)

O golpe militar de 31 de março de 1964, além dos fatores externos já mencionados, teve como estopim o receio dos Militares e da elite conservadora de que o País passasse por uma transição da democracia para o regime comunista. Isso graças à condutas do então Presidente, João Goulart, que aparentemente demonstrava simpatia aos ideais e ao Regime Comunista. O Golpe ocorreu quando foi deposto João Goulart, com as alegações de que a tendência Esquerdista do Presidente gerava riscos à democracia. Com o Golpe, instaurou-se um governo que, em tese, provisório, deveria estabelecer “Ordem e Paz Social”. Nesse momento, o grupo liderado pelo Marechal Humberto de Alencar Castello Branco assumiu o comando do aparelho estatal, e o Marechal foi escolhido entre os líderes do golpe para a Presidência da República. Na obra *Brasil: Nunca Mais*, do Cardeal Dom Evaristo Arns, nos esclarece os pontos principais para a escolha do Marechal para o exercício da presidência:

Consumada a deposição do presidente Goulart, a 2 de abril de 1964, houve um primeiro momento de indecisão: qual ala as Forças Armadas – não inteiramente homogêneas – assumiria o comando mais direto do aparelho do Estado?

Acabou prevalecendo o grupo liderado pelo marechal Humberto de Alencar Castello Branco, não por ter jogado o papel mais importante nas movimentações de tropas, mas por ser o único portador de um projeto global para a sociedade, amadurecido desde a década de 50 na Escola Superior de Guerra. Esse pensamento global se tornou conhecido como Doutrina de Segurança Nacional. (ARNS, Evaristo, 2000, p. 69)

A partir do Golpe de 1964, diversos meios de cercar as atividades dos opositores foram criados. Com esses organismos de repressão aos opositores da ditadura, o mais conhecido deles foi SNI – Serviço Nacional de Informações, obtinha-se informações que possibilitaram ao Estado agir com cautela e máxima eficácia no controle repressivo das ações dos Grupos que foram se formando com o decorrer do Governo Militar. A Doutrina pela qual Castello Branco foi mentor, sedimentou a estrutura do SNI, DOI-CODI, entre outros órgão de segurança formados naquele período.

Esses Grupos, considerados de esquerda, foram formados, em sua maioria, por estudantes secundaristas, universitários e intelectuais que, com base nas obras de Karl Marx, expoente comunista, tinham como objetivo depor os Militares do Governo e estabelecer novamente um Regime Democrático, com eleições e participação popular. Houve uma vertente, dentro dos grupos revolucionários que promoviam a instauração de um Regime Comunista no País. De qualquer maneira, grande parte das ações violentas ocorridas durante o Regime Militar foram resultado do conflito Estado *versus* Grupos

Revolucionários. Há críticos que acusam as guerrilhas, como assim eram conhecidos os Grupos Esquerdistas, de serem os responsáveis pela violência na ditadura militar, através de seus atentados, oferecendo ao Estado uma justificativa plausível para manter o Regime Militar.

O Estado, durante este período, utilizou de práticas de torturas e ameaças aos opositoristas ao Sistema Ditatorial com o objetivo de extrair depoimentos e confissões sobre localização de outros integrantes, além dos próximos passos e objetivos do Grupo no qual pertenciam. Na obra do Cardeal Arns, já citada anteriormente, há relatos dos meios de tortura, além da estruturação e montagem do aparelho repressivo para a contenção dos conhecidos como “subversivos”. Os integrantes da Esquerda tiveram como resposta a resistência ao regime por eles criada, os Atos Institucionais.

1 Os Atos Institucionais

Com a posse do Marechal Arthur da Costa e Silva como Presidente da República, sucedendo o Marechal Castello Branco, a repressão aos opositores da Ditadura foi fortificada através dos Atos Institucionais. Os Atos Institucionais foram decretos expedidos pelo Presidente da República juntamente com os Comandantes das Forças Armadas, com o respaldo do Conselho Nacional de Segurança, órgão criado pelo Estado, para combater as ações contra o Estado consideradas terroristas e subversivas. Os Atos Institucionais tornaram possível a legalização e legitimação do Regime, possibilitando a prática de medidas que cercearam diversos direitos individuais e fundamentais, antes garantidos pela Constituição de 1946.

Os primeiros Atos Institucionais foram criados com caráter de Emenda à Constituição vigente, de 1946. O Ato Institucional número 1, que inaugurou essa política estatal tinham em seu texto algumas disposições como:

ATO INSTITUCIONAL

Art. 2º - A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, cujos mandatos terminarão em 31 (trinta e um) de janeiro de 1966, será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, dentro de 2 (dois) dias, a contar deste Ato, em sessão pública e votação nominal.

(...)

Art. 4º - O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais deverão ser apreciados dentro de 30 (trinta) dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal; caso contrário, serão tidos como aprovados.

Parágrafo único - O Presidente da República, se julgar urgente a medida, poderá solicitar que a apreciação do projeto se faça, em 30 (trinta) dias, em sessão conjunta do

Congresso Nacional, na forma prevista neste artigo.

(...)

Art. 7º - Ficam suspensas, por 6 (seis) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

§ 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos.

§ 2º - Ficam sujeitos às mesmas sanções os servidores municipais. Neste caso, a sanção prevista no § 1º lhes será aplicada por decreto do Governador do Estado, mediante proposta do Prefeito municipal.

§ 3º - Do ato que atingir servidor estadual ou municipal vitalício, caberá recurso para o Presidente da República.

§ 4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.

Art. 8º - Os inquéritos e processos visando à apuração da responsabilidade pela prática de crime contra o Estado ou seu patrimônio e a ordem política e social ou de atos de guerra revolucionária poderão ser instaurados individual ou coletivamente.

(...)

Art.10 - No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

Parágrafo único - Empossado o Presidente da República, este, por indicação do Conselho de Segurança Nacional, dentro de 60 (sessenta) dias, poderá praticar os atos previstos neste artigo.

Vale ressaltar que o artigo 7º e seus parágrafos seguintes e o artigo 10 ensejaram nas cassações de parlamentares que posicionaram-se contra o

Regime, que pela força do AI-1, tiveram seus mandatos cassados. Zuenir Ventura, (p 233, 2008) relata que nomes como Mário Covas, Márcio Alves, Matta Machado, entre outros, foram vigiados de perto pela Polícia Federal para que, caso fizessem comentários sobre assuntos políticos partidários, fossem detidos imediatamente. Sinal claro de que as perseguições não se limitavam aos grupos revolucionários, mas também a políticos.

Os Atos Institucionais que seguiram mantiveram o caráter do primeiro, modificando a estrutura e funções dos Três Poderes (AI-2), implantando Eleições indiretas nacionais, estaduais e municipais (AI-3) e convocando o Congresso Nacional para a votação e promulgação de uma nova Constituição, essa apresentada pelo Presidente da República Marechal Castello Branco.

Com a promulgação de uma nova Carta Constitucional, os Atos Institucionais anteriores, de acordo com o artigo 173 da Constituição de 24 de Janeiro de 1967, (Alencar, 1986) continuaram a valer, sem que houvesse a possibilidade de apreciação judicial, ou seja, as condutas e resoluções aplicadas com base nos Atos Institucionais não estavam contemplados com as garantias do Contraditório e Ampla Defesa, vide texto a seguir:

Art. 173 - Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - pelo Governo federal, com base nos Atos Institucionais nº 1, de 9 de abril de 1964; nº 2, de 27 de outubro de 1965; nº 3, de 5 de fevereiro de 1966; e nº 4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais;

II - as resoluções das Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos institucionais;

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I;

Com isso, os Atos Institucionais e a Constituição de 1967 foram os primeiros sinais de que o caráter do Regime Militar, até então transitório, visava sua estruturação e permanência por muito mais tempo, tornando-se uma Ditadura com todos os elementos necessários para ser reconhecida como tal: Um Estado autoritário com órgãos e agentes repressores, uma Carta Constitucional que viabilizava e autorizava o cerceamento de direitos fundamentais e a manutenção das Forças Armadas no poder.

O Ato Institucional nº 5

O AI-5 foi um marco na Ditadura Militar brasileira. O Ato Institucional nº 5 foi publicado em 1969, um ano após a publicação da Carta Magna de 1967. O conteúdo do AI-5 viabilizou, com respaldo legal da Constituição juntamente, um grande número de prisões ilegais, práticas de torturas e assassinados, além do desaparecimento de inúmeros opositores do regime. Vladmir Herzog, o deputado Rubens Paiva e os Irmãos Petit, são exemplos de militantes que se opuseram ao Regime Militar e sofreram sanções sem meios de defesa, sendo presos e assassinados pelos agentes do governo.

Com o objetivo de minimizar as manifestações contra a Ditadura e impor, à força, uma ordem social de acordo com os pilares do regime, o texto do AI-5 é o maior símbolo da repressão do Estado. Conforme a obra Brasil: Nunca Mais:

O labirinto do sistema repressivo montado pelo Regime Militar brasileiro tinha como ponta-do-novelo-de-lã o modo pelo qual eram presos os suspeitos de atividades políticas contrárias ao governo. Num completo desrespeito a todas as garantias individuais dos cidadãos, (...), ocorreu uma prática sistemática de detenções na forma de sequestro, sem qualquer mandado judicial nem observância de qualquer lei. (ARNS, Evaristo, 2000, p. 77)

O preâmbulo do Ato Institucional 5 dispõe:

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, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, 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 que o Governo da República, responsável pela execução daqueles objetivos e pela ordem e segurança internas, não só não pode permitir que

pessoas ou grupos anti-revolucionários contra ela trabalhem, tramem ou ajam, sob pena de estar faltando a compromissos que assumiu com o povo brasileiro, bem como porque o Poder Revolucionário, ao editar o Ato Institucional nº 2, afirmou, categoricamente, que "não se disse que a Resolução foi, mas que é e continuará" e, portanto, o processo revolucionário em desenvolvimento não pode ser detido;

(...)

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.

É nítido que as justificativas para o Ato Institucional nº 5 possuiu caráter reacionário, em razão da ameaça a estrutura estatal que se consolidava em benefício das Forças Armadas. Em seguida, destacaremos alguns dispositivos, que fizeram do AI-5 instrumento necessário aos Agentes do Estado para a prática dos atos já citados anteriormente.

ATO INSTITUCIONAL

Art. 1º - São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional.

Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sitio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

(...)

Art. 3º - O Presidente da República, no interesse nacional,

poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição.

(...)

Art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único - Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;

II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;

III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;

IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:

a) liberdade vigiada;

b) proibição de frequentar determinados lugares;

c) domicílio determinado,

§ 1º - o ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.

§ 2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.

Art. 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, mamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º - O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de

serviço.

§ 2º - O disposto neste artigo e seu § 1º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

(...)

Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Com a publicação do conteúdo deste Ato Institucional, houve uma comoção pública generalizada, em razão, principalmente, da revogação do direito a *Habeas Corpus*, fazendo com que muitos magistrados que por não seguirem a determinação contida no Art. 10 do AI-5, tivessem seus títulos de Magistrados cassados, por exemplo.

O período de 1969 à 1974 são considerados o período da “guerra suja” da ditadura. Isso se deve não somente aos Atos Institucionais, mas também pela intensificação nas atividades dos órgãos de Segurança como DOI-CODI (Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna) que usaram do AI-5 como justificativa para a prática de torturas e assassinatos dentro de suas instalações. Vale destacar também a falta de mandado de intimação e de prisão, causando grande insegurança jurídica e social, pois, não havendo registros, era de grande dificuldade a comprovação de que o Estado foi responsável por tais agressões.

As organizações guerrilheiras foram, sem dúvidas, as principais vítimas do AI-5, pois por serem opositores do Sistema de forma pública, eram consideradas os inimigos número um do Regime Militar. De acordo com D. Evaristo Arns, por adotarem uma orientação marxista esses grupos clandestinos resultaram de divisões e subdivisões do Partido Comunista Brasileiro, fundado em 1922 (2000, p. 90).

Haviam diversas organizações armadas, mas os que merecem destaque pelas ações neste período foram o Movimento Revolucionário 8 de outubro (MR-8), a Aliança Libertadora Nacional (ALN), a Vanguarda Armada Revolucionária (VAR-Palmares) e o Partido Comunista do Brasil (PCB), este destacaremos em razão da criação da Guerrilha do Araguaia. Estes grupos esquerdistas efetuaram diversas ações o objetivo derrubar a ditadura, muitas vezes, essas ações eram de caráter violento. No entanto, grande parte dessas organizações guerrilheiras foram desarticuladas pois os integrantes morreram em combate, o em tocaias com o intuito de prender o maior número possível de dirigentes desses grupos, como mostraremos a seguir, referindo-se ao PCB:

Parte importante de seus dirigentes nacionais desaparece nos porões da repressão política do Regime Militar: Davi Caspistrano da Costa, Luís Inácio Maranhão Filho, João

Massena de Melo, José Montenegro de Lima, Elson Costa, Nestor Verras e outros. (ARNS, Evaristo, 2000. p. 92)

O golpe final da ditadura contra as organizações armadas foi dado com a destruição da Guerrilha do Araguaia, esta guerrilha, composta por estudantes, intelectuais e profissionais liberais, se instalou as margens do Rio Araguaia, e durante o Regime Militar, organizaram-se para efetuar, nos moldes da Revolução Cubana, um golpe de Estado, para a implantar um governo socialista no País. A Guerrilha do Araguaia foi o maior movimento contra o Regime que se tem notícias, e em razão do massacre ocorrido no combate entre as forças armadas e os guerrilheiros, muitos corpos foram ocultados, considerados assim, desaparecidos políticos.

O Ato Institucional nº 5 vigeu em todo o território Nacional até o ano de 1978, onde, com a promulgação da emenda constitucional nº 11, foram revogados todos os Atos Institucionais e atos complementares que fossem contrários a Constituição Federal vigente, "ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão **excluídos de apreciação judicial**" grifo nosso. (Folha de São Paulo, 1968.)

Com a dizimação dos grupos revolucionários e o fim da vigência dos Atos Institucionais, o País passou a viver um período de abertura "lenta e gradual", pelas palavras do então Presidente da República Gen. Ernesto Geisel. Outros assuntos passaram a ser pauta no país, como a dívida externa além da crise econômica e política e descontentava a todos, inclusive o baixo escalão das Forças Armadas.

Com a troca de Presidentes em 1979, e como forma de transição para a democracia, já que era inevitável uma reabertura política, diante das manifestações populares, e sem que houvesse um acerto de contas por parte dos civis sobre as violências sofridas em razão da Ditadura Militar, o Gen. João Batista Figueiredo, o último Presidente do período do Regime, promulgou, no dia 28 de Agosto de 1979, a lei 6.683, a Lei de Anistia.

2 A Lei 6.683/79

O conteúdo da lei 6.683/79 - Lei de Anistia, deve ser analisado minuciosamente, devido à importância jurídica, política e social deste dispositivo na História do País. A Lei 6.683/79 é, ainda hoje, motivo de divergências no ordenamento jurídico devido a sua amplitude e seus efeitos. Pelo caráter político que contém, ao analisamos os principais artigos da Lei 6.683/79 com o intuito de compreender e ampliar a interpretação, dentro do ordenamento jurídico, sem esquecer da importância histórica que corresponde a cada dispositivo,

O artigo 1º, caput, da Lei de Anistia diz que:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes,

crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

O artigo 1º é, sem dúvidas, o mais importante pois delimita o espaço de tempo no qual se aplica a Lei de Anistia, o caráter dos crimes que podem ser anistiados e por fim, aqueles que por razão de seu ofício foram afastados de seus cargos com base nos Atos Institucionais, já tratados em capítulo anterior. Sobre o espaço de tempo, observamos que a data início é anterior ao Golpe Militar de 1964. Há registros de ações violentas por parte do Estado e de Civis desde 1946, com o Governo Getúlio Vargas, na realidade. Por isso que a Comissão Nacional da Verdade, criada para apurar casos de violações a Direitos Humanos tem como data de início de suas investigações o ano de 1946, pois utilizou como base as datas da Lei 10.559/02, denominada como a “segunda” Lei de Anistia.

Além de dados objetivos como esses apresentados, o artigo 1º, no parágrafo primeiro, nos traz uma informação de extrema importância “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de **qualquer natureza** (grifo nosso) relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.” Com esse dispositivo, é de pleno acordo que abrangeu-se as condutas que de alguma forma saíram do que foi delimitado como crime político, sendo benéfica, em especial, aos Agentes Estatais.

No entanto, o parágrafo 2º, nos traz em seu conteúdo a nítida distinção feita em benefício aos Agentes do Estado em face de das condutas dos Esquerdistas “Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.” Mais uma vez, observa-se que a 6.683/79 teve como principal objetivo o perdão dos agentes do Estado para que esses não fossem hostilizados e punidos com a reabertura política, e por esta razão é que exclui-se de anistia as condutas consideradas de terrorismo, assalto, sequestro e atentados, pois estas eram praticadas com frequência pelos grupos guerrilheiros, que por fim, foram punidos, já que boa parte de seus integrantes faleceram e tantos outros ficaram presos durante anos, sob tortura constante.

Dentro dessa minuciosa análise que efetuamos acerca dos principais dispositivos da Lei de Anistia, devemos destacar com a situação dos desaparecidos. Como visto anteriormente, alguns opositores do regime possuem em seus registros a situação de desaparecidos. Isso porque, muitos tiveram suas prisões ilegais, não havendo registros sobre seus paradeiros, além dos casos de assassinatos com ocultação de cadáver, prática característica da repressão. Por isso, o artigo 6º da Lei de Anistia contém, ao longo de seu texto, todo o procedimento necessário para que as famílias com possuem ente desaparecido desde o período ditatorial possa regularizar o registro civil e a

partir daí, tomar outras providências na área cível.

Art. 6º O cônjuge, qualquer parente, ou afim, na linha reta, ou na colateral, ou o Ministro Público, poderá requerer a declaração de ausência de pessoa que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, desaparecida do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1 (um) ano.

§ 1º - Na petição, o requerente, exibindo a prova de sua legitimidade, oferecerá rol de, no mínimo, 3 (três) testemunhas e os documentos relativos ao desaparecimento, se existentes.

§ 2º - O juiz designará audiência, que, na presença do órgão do Ministério Público, será realizada nos 10 (dez) dias seguintes ao da apresentação do requerente e proferirá, tanto que concluída a instrução, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, sentença, da qual, se concessiva do pedido, não caberá recurso.

§ 3º - Se os documentos apresentados pelo requerente constituírem prova suficiente do desaparecimento, o juiz, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, proferirá, no prazo de 5 (cinco) dias e independentemente de audiência, sentença, da qual, se concessiva, não caberá recurso.

§ 4º - Depois de averbada no registro civil, a sentença que declarar a ausência gera a presunção de morte do desaparecido, para os fins de dissolução do casamento e de abertura de sucessão definitiva.

O fato é que a Lei de Anistia, sem sucesso, teve como objetivo apagar de alguma forma, todas as barbáries ocorridas durante a Ditadura Militar brasileira. O alvo desta Lei foi somente, e tão somente, fazer com que aqueles que sofreram com as violências e violações aos seus direitos fundamentais não pudessem recorrer ao Judiciário para de, alguma maneira, fazer com que o Estado se responsabilizasse, principalmente, criminalmente pelos atos de seus Agentes.

No entanto, há pontos controversos sobre a Lei de Anistia, no tocante aos Direitos Humanos e a atual Constituição Nacional. Isso pois, mesmo que a Justiça Brasileira reconheça a aplicabilidade plena e imediata da lei, além da impossibilidade de reversão de seus efeitos por decurso do tempo e do instituto da coisa julgada, a Jurisdição Internacional não compartilha da mesma posição, instalando o grande conflito vivido hoje: O Estado Brasileiro *versus* Sistema Interamericano de Direitos Humanos, hoje o órgão internacional no qual o Brasil integra por força do Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional que versa sobre Direitos Humanos e que foi assinado pelo Brasil e ratificado anos depois.

3 A Constituição Federal de 1988 e a Democracia

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é destaque em nosso estudo por razões óbvias. Primeiramente pois a Carta Magna é a instrumento garantidor dos direitos fundamentais de qualquer cidadão, e a Constituição de 1988 tem como característica ser uma Constituição Democrática, em resposta ao passado recente que a precedeu. A Carta Magna Brasileira traz em seus artigos e incisos diversas normas que refletem as necessidades daqueles que tiveram seus direitos suprimidos em razão do Regime antecessor, como o artigo 5º, nosso “Bill of Rights” que está carregado de incisos que miram garantir que possamos nos firmar como um Estado Democrático.

Os tratados internacionais com o objetivo de assegurar os Direitos Humanos são de imensa importância 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 ordenamento Jurídico, pois a partir da Convenção foram criadas as duas Instituições que já citamos anteriormente, Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Além da adesão, os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, em razão do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, passam a ter força de “hierarquia constitucional”, podendo prevalecer sobre a norma constitucional que verse sobre o mesmo assunto. Não há restrição da Soberania do Estado e sim, ampliação do rol já estipulado pela Constituição Federal e colocando-a em sintonia com o entendimento da jurisprudência internacional. Flávia Piovesan confirma 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, Flávia, 2008, p. 55)

Por pertencermos a uma jurisdição internacional, é imprescindível que nos preparemos para uma adaptação a este novo momento do Direito: a universalização da defesa dos Direitos Humanos, em face de qualquer Estado ou Instituição. Por esta razão é que defendemos a compatibilização da posição jurisprudencial Brasileira frente ao nosso objeto principal de pesquisa: A Lei de Anistia.

A Lei de Anistia é, atualmente, a norma responsável por esse conflito entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Jurisprudência Brasileira. Há uma incompatibilidade com o conteúdo da Lei de Anistia e o posicionamento da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos,

em razão dos crimes cometidos durante o período ditatorial que receberam do Estado Brasileiro a Anistia. Atualmente discute-se a revogação da Lei 6.683/79, isso porque esta já foi recepcionada por força da ADPF 157. Esse debate pode ser conferido nas denúncias feitas à Corte Interamericana de Direitos Humanos (vide Caso Gomes Lund e outros vs Brasil)

As justificativas baseiam-se sob as seguintes premissas: primeiramente, por serem crimes considerados contra a Humanidade, seriam imprescritíveis, fazendo assim com que a Lei de Anistia não tivesse valor algum para os órgãos internacionais (Sistema Interamericano de Direitos Humanos), e automaticamente, indo de encontro com os princípios Constitucionais da Carta Magna Nacional. Outra justificativa seria pelo fato de que a Lei de Anistia impossibilita uma efetiva conclusão da Justiça de Transição hoje vivida em nosso País, e fazendo com que nossa Democracia seja apenas formal e não concreta, de fato. Por esses e outros motivos é que alegam-se incompatíveis com a Constituição Federal e a Democracia os dispositivos trazidos pela Lei 6.683/79 e sendo assim, pauta de investigações e audiências na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entre essas, outros argumentos também já foram apresentados, através dos pareceres e julgados na Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos quais o Brasil já foi condenado diversas vezes, inclusive por omissão.

4 O Julgamento da ADPF 157: A Recepção da Lei de Anistia

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil encaminhou no 2008, ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, uma ação que solicitou a declaração de que a Lei de Anistia não inclui crimes praticados por agentes da ditadura. Esta ação foi a primeira, em caráter de Corte Superior, a discutir a Lei de Anistia e sua possível recepção ou não ao Ordenamento Jurídico Brasileiro. O objetivo da Ordem dos Advogados do Brasil, com o apoio de vários grupos – como o grupo “Tortura Nunca Mais”, visava a exclusão da lei 6.683/79 do ordenamento jurídico Nacional. No entanto, os votos dos Ministros não seguiram o entendimento dos requerentes da ação, e a Lei de Anistia passou a ser constitucional por 7 votos a 2.

O acórdão da ADPF 157 nos resume, de forma sucinta, o extenso conteúdo do relatório e dos votos dos ministros:

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N.

6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] não de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] não de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento

histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura

e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 -- - e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta lei-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema

normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.(ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216- PP-00011)

Mesmo com a validação no ordenamento jurídico da Lei de Anistia através do Supremo Tribunal Federal, ela ainda é objeto de ações em caráter internacional. Nos anos seguintes, o Brasil foi condenado por manter a Lei 6.683/79 em vigência, a não instaurar uma Comissão da Verdade para investigar sobre os crimes e desaparecimentos ocorridos durante o Regime Militar, além de reconhecer sua responsabilidade como Agente ativo em diversos crimes. Destacamos, entre os casos que mais repercutiram: Caso Lund Gomes e outros *versus* Brasil ("Guerrilha do Araguaia") e o Caso Vladimir Herzog *versus* Brasil.

Em resposta as condenações, no ano de 2012 foi instaurada a Comissão Nacional da Verdade, que vêm apurando diversos casos de desaparecidos e assassinados no período de 1946 à 1981, além de modificar a certidão de óbito de Vladimir Herzog que por fraude, constava como suicídio e após a condenação brasileira na Corte Interamericana de Direitos Humanos, passou a constar a real causa de sua morte: assassinato.

Considerações Finais

Acreditamos que o objeto de nossa pesquisa é de suma importância para o ordenamento jurídico, por acreditarmos que na necessidade de estabelecermos uma adequação entre o que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos determina para os seus signatários e o que aplicamos no ordenamento jurídico Brasileiro. Nosso estudo pretendeu apresentar as causas que ensejaram na necessidade de uma Lei de Anistia à incompatibilidade da lei 6.683/79, vigente no país por força da ADPF nº 153, com a Constituição Federal por força do posicionamento dos órgãos que constituem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Corte e Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Ao colocarmos em pauta este assunto, queremos iniciar um diálogo sobre a importância da adequação das normas que tangem sobre Direitos

Humanos ao Sistema no qual fazem parte, visando sempre a prevenção dos Direitos Humanos e a proteção do indivíduo, tendo como princípio basilar a Dignidade da Pessoa Humana. Não é admissível em um Estado Democrático de Direito que se ignore um passado tão recente como a Ditadura Militar. E não se pode falar em Democracia plena sem que se faça a justiça de forma coerente e igualitária, sem favorecimento daqueles que agiam em nome de um Estado autoritário e feroz. Em tempos de universalização dos Direitos Fundamentais, é imprescindível o engajamento de todo e qualquer cidadão para que o princípio da Isonomia e o princípio da Dignidade Humana não sejam apenas uma utopia, trazida em manuais de direito e textos da lei e sim uma realidade, aplicada nos tribunais e em todas as relações em sociedade.

Bibliografia

- ARNS, Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 1. 1988.
- BRASIL. Presidência da República. *ATO INSTITUCIONAL Nº 1*. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm> Acesso em: 19 de Abril de 2014.
- BRASIL. Presidência da República. *ATO INSTITUCIONAL Nº 5*. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_6.htm> Acesso em: 20 de Abril de 2014.
- 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: 19 março 2014.
- BRASIL. Presidência da República. *Constituição Federal*. Promulgada em 24 de Janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 20 de Abril de 2014.
- BRASIL. Presidência da República. *Constituição Federal*. Promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 de Abril de 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Eros Grau. Abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>>. Acesso em: 14 de Abril de 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 9 abril 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Saraiva, 1983. _____, *A Ditadura Brasileira de 1964*. Disponível em

http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari_ditadura_brasileira_de_1964.pdf. Acesso em: 25 de Abril de 2014.

DIMOULIS, Dimitri; SWENSSON Jr., Lauro Joppert; Martins, Antonio (Org.). *Justiça de transição no Brasil*. Direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

SOARES, Inês Virgínia Parado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTAL Julio Hidalgo. *Princípios Constitucionais que Regem as Relações Internacionais*. Disponível em: <<http://www.juliohidalgo.com.br/Arquivo20-Principios-Constitucionais-que-regem-as-relacoes-internacionais.pdf>> Acesso em: 21 de Abril de 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

TORRES, Gigena apud MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2. 1992.

VENTURA, Zuenir. *1968: o ano que não terminou*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008.

A MAIORIDADE PENAL NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

Ariadine Defendi Vicentini⁸⁴
Guilherme Prado Bohac de Haro⁸⁵

Resumo:

O presente artigo científico tem como objetivo realizar uma análise didática sobre a possibilidade da redução da maioridade penal. Para isto, foi realizado um estudo detalhado sobre a imputabilidade penal e suas causas de inimputabilidade, tendo em vista que, atualmente, para que o agente cometa um crime, este fato deve ser ilícito, antijurídico e culpável. Desta forma, torna-se necessária a análise do conceito de crime e, por fim, as causas que geram a inimputabilidade do indivíduo, tendo em vista que, o Código Penal adotou o critério biopsicológico para a constatação da inimputabilidade e, excepcionalmente o critério biológico. Por fim, abordou-se sobre a capacidade de entendimento dos jovens atualmente e a constitucionalidade da redução da maioridade penal tema que, até os dias atuais, proporciona diversas discussões e conflitos quanto a sua viabilidade, tendo em vista a existência de posicionamentos a favor da redução e outras correntes ressaltando a sua impossibilidade.

INTRODUÇÃO

Analizamos o critério adotado pelo Código Penal para constatação da inimputabilidade penal e as causas de inimputabilidade, sendo este estudo muito relevante de modo que, caso elas estejam presentes, o ato praticado pelo agente não poderá ser considerado crime. Portanto, o agente não responderá pelo fato que cometeu, uma vez que, embora típico e antijurídico, não é culpável.

Segundo a moderna doutrina penal, para que o agente seja responsabilizado por seus atos, ao tempo da conduta, o indivíduo deve ter capacidade de compreender o ato ilícito que está praticando (elemento intelectual) e possibilidade de determinar-se de acordo com este entendimento (elemento volitivo).

Ademais, foi realizado ainda um estudo sobre a capacidade de entendimento dos jovens quanto aos atos praticados e sobre a possibilidade de redução da maioridade penal, tendo em vista a divergência doutrinária acerca da possibilidade da diminuição da maioridade.

⁸⁴ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: ariadine_defendi@unitoledo.br

⁸⁵ Advogado e Professor. Atualmente é Professor de Direito Econômico e Empresarial das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Advogado do BCD&P Advogados. Além disso, dá aulas em Cursos Preparatórios para Concursos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico e Empresarial. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR. E-mail: guilherme.pbh@hotmail.com

Dentre os principais métodos de pesquisa utilizados para a realização deste artigo científico, os meios basilares foram livros doutrinários e jurisprudências, que tiveram como objetivo esclarecer qual o conceito de crime adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, os critérios para constatação da inimputabilidade penal, as causas de inimputabilidade e a possibilidade de redução da maioria penal.

2 A IMPUTABILIDADE PENAL

Ao estudarmos a inimputabilidade penal, adentraremos em seu conceito, seus elementos, os critérios para constatação da inimputabilidade e as causas de inimputabilidade, ao passo que, ao avançarmos no texto, será possível avaliar a conduta típica das pessoas segundo nosso ordenamento jurídico.

2.1 Conceito

A inimputabilidade penal é intrínseca à culpabilidade. Apenas será considerada imputável a pessoa que possuir plena consciência do ato ilícito que praticou e, mesmo assim, quis se portar daquela maneira.

No que tange à definição de inimputabilidade, Cleber Rogério Masson esclarece (2013, p. 183), “(...) o conceito de inimputabilidade: é a capacidade mental, inerente ao ser humano de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Destarte, para que a pessoa seja considerada imputável, é necessário analisar dois elementos que devem estar presentes simultaneamente, uma vez que a inimputabilidade depende deles.

O primeiro é o elemento intelectual, o qual se refere à saúde mental do sujeito. Com base neste, o indivíduo tem a possibilidade de entender o ato ilícito que praticou. O segundo elemento é o volitivo, através deste critério, analisa-se se o indivíduo tinha a possibilidade de comportar-se de acordo com a sua vontade.

Como ressaltado anteriormente, a inimputabilidade está ligada à culpabilidade, tendo em vista que a teoria adotada pelo Código Penal na definição de conduta é a Teoria Final ou Finalista. Esta teoria foi criada e defendida por Hans Welzel, no começo da década de 30, que afirmava que a conduta do agente deve ser consciente e voluntária, direcionada a uma finalidade. Desta maneira, o dolo e a culpa estariam presentes na conduta do agente a qual estaria dirigida a uma finalidade (MASSON, 2011, p. 213-214).

Insta salientar que, de acordo com o conceito analítico de crime (concepção tripartida), este é um fato típico, antijurídico e culpável. Sendo assim, segundo a Teoria Finalista, o dolo e a culpa residem no fato típico e não na culpabilidade. Assim, a partir desta doutrina, a culpabilidade conta com três elementos: inimputabilidade, potencial consciência da ilicitude, e exigibilidade de conduta diversa (PONTE, 2001, p. 21).

A legislação penal não apresenta o conceito de inimputabilidade, todavia, o artigo 26, *caput*, do Código Penal deixa claro os casos que o sujeito pode ser

considerado inimputável, “in verbis”:

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.

Segundo o artigo acima, caso o agente possua alguma anomalia mental será considerado inimputável, desde que esta anormalidade esteja presente ao tempo da ação ou omissão e torne o indivíduo inteiramente incapaz de compreender a ilicitude de sua conduta ou de agir de acordo com sua vontade.

Sobre este assunto, já esclareceu Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2010, p. 196):

Há imputabilidade quando o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento. Só é reprovável a conduta se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também a de adequar essa conduta a sua consciência. Quem não tem essa capacidade de entendimento e de determinação é inimputável, eliminando-se a culpabilidade.

Ao completar dezoito anos, presume-se ser a pessoa imputável. Desta forma, quanto à idade penal, o Brasil adotou o critério cronológico. Este sistema é a exceção ao biopsicológico, que é adotado como regra em nosso ordenamento jurídico (art. 26, do Código Penal). Todavia, a presunção de imputabilidade é relativa, uma vez que admite provas para demonstrar o contrário. A doutrina apresenta três métodos para constatar a inimputabilidade, os quais serão tratados a seguir.

2.2 Critérios Para Constatação da Inimputabilidade

Os três sistemas de verificação da inimputabilidade são: biológico, psicológico e biopsicológico, os quais serão analisados separadamente abaixo.

2.2.1 Critério biológico

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 275), por este método, será considerada inimputável a pessoa que apresentar anormalidade, consistente em doença⁸⁶ ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

⁸⁶ Saúde mental é um conceito vago que engloba desde transtornos como dislexia, autismo, síndrome de Down, demência senil, depressão, que se manifestam de diferentes formas e com diferentes sintomas, até distúrbios psicológicos e de comportamento – ansiedade e estresse, por exemplo – diretamente relacionados com as condições de vida impostas pela sociedade atual. (VARELLA, s.d.; s.p.)

Desta maneira, é irrelevante que, ao tempo da ação ou omissão, o sujeito tenha consciência do ato ilícito que praticou, pois tendo o indivíduo uma anormalidade mental, não será considerado imputável, mesmo possuindo breves momentos de lucidez.

Sendo assim, por este paradigma, será analisado apenas o fator biológico, ou seja, se a pessoa possui ou não alguma insuficiência mental. Desse modo, para a constatação da incapacidade, é necessária a elaboração de um laudo pericial que ateste tal problema mental.

Uma vez atestada a incapacidade mental através de um laudo pericial, o juiz não poderia condenar o sujeito, tendo em vista que a inimputabilidade estaria presumida.

2.2.2 Critério psicológico

Este sistema leva em conta as condições psicológicas do indivíduo ao tempo que praticou o delito.

De acordo com este sistema, será considerado inimputável, o agente que, ao tempo da ação ou da omissão, era incapaz de compreender o caráter ilícito daquela conduta ou de comportar-se de acordo com este entendimento, não respondendo pelo ato que praticou ou que deixou de praticar.

Desta forma, para exemplificar o critério citado, Fernando Capez (2013, p. 336-337) disserta:

A título de ilustração, se fosse adotado o critério psicológico entre nós, a supressão total dos sentidos pela emoção, que não está prevista em lei como causa dirimente, poderia levar à exclusão da imputabilidade do agente, quando retirasse totalmente a capacidade de entender ou a de querer. Exemplo: a mulher que flagrasse o marido em adultério e, completamente transtornada, com integral alteração de seu estado físico-psíquico, o matasse poderia ter excluída a culpabilidade, se ficasse demonstrada a ausência da capacidade intelectual ou volitiva no momento da ação. (...)

Sendo assim, ao utilizar este critério, será irrelevante o fato do indivíduo possuir alguma anomalia mental e, ao contrário do sistema anterior, o juiz tem papel fundamental, pois quem analisará se a pessoa tinha ou não capacidade de entender o ato ilícito que praticou, é o próprio juiz, o qual deve decidir sobre a imputabilidade ou não do averiguado.

2.2.3 Critério biopsicológico

O sistema ora tratado é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, e nada mais é do que a combinação entre os critérios anteriores, o qual forma, assim, o critério biopsicológico.

Isto posto, será considerado inimputável aquele que, ao tempo da ação

ou omissão, por conta de uma anomalia mental, era incapaz de entender o caráter ilícito da conduta praticada ou de comportar-se conforme este entendimento.

A jurisprudência é clara, valendo citar um de seus precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 26, CP. INIMPUTABILIDADE. CRITÉRIO BIOPSIOLÓGICO NORMATIVO. I - Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminosa. II - A constatação da inimputabilidade do ora paciente, no momento da prática do delito, escapa aos limites da estreita via do habeas corpus, visto que exige prova pericial específica. Writ denegado. (STJ - HC: 33401 RJ 2004/0011560-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 28/09/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.11.2004 p. 212 RSTJ vol. 191 p. 453)

Um exemplo disso é uma pessoa que sofre de paranoia⁸⁷ e pratica um crime, contudo, sem ter a capacidade de compreender o caráter ilícito daquela conduta ou de determinar-se segundo aquele entendimento.

Quem analisará a questão biológica será um perito através de um laudo pericial, no qual atestará a saúde mental do indivíduo (ao tempo da ação ou omissão). Por sua vez, no que se refere ao critério psicológico, o magistrado é quem deverá analisar se, no caso concreto, o indivíduo era imputável ao tempo da conduta.

O Código Penal, em seu artigo 26, aceitou como regra o critério biopsicológico, conforme explanado anteriormente, excepcionalmente adotou-se o método cronológico quanto aos menores de dezoito anos, sempre serão considerados inimputáveis (art. 27).

Este mesmo artigo expõe as causas de inimputabilidade, que serão abordadas abaixo.

2.3 As Causas de Inimputabilidade

⁸⁷ Paranoia, também denominada pensamento paranóico (ou paranóide), consiste em uma [psicose](#) caracterizada pelo desenvolvimento de um pensamento delirante crônico, lúcido e sistemático, provido de uma lógica interna própria, sem apresentar alucinações. (MELDAU, s.d.; s.p.)

De acordo com o Código Penal vigente, excluem a imputabilidade, e em decorrência disso, a culpabilidade: o desenvolvimento incompleto ou retardado, a doença mental, a embriaguez fortuita completa e a menoridade.

No que tange a doença mental (art. 26, do Código Penal), faz-se necessário esclarecer:

A doença mental, hoje conhecida como alienação mental, foi introduzida no direito através de um médico chamado Asclebíades Betiniensis, que vivia em Roma, depois de ter observado, juntamente com seu amigo jurisconsulto Marco Túlio Cícero, que as pessoas denominadas *mentecaptos* e os *furiosus*, que a partir do século XV passaram a serem chamados loucos, eram alijados da sociedade, segregando-os em lugares previamente demarcados, daí surgindo o apelido *alienatio mentis*, que teve aceitação imediata na medicina e no direito, até René Descartes, quando então substituiu o termo por doença mental, hodiernamente em vigor. (SOUZA, s.d., p. 02)

Desta forma, o conceito de doença mental engloba os problemas patológicos e toxicológicos, os quais ingressam neste rol as alterações mentais ou psíquicas que eliminam da pessoa a capacidade de entendimento do fato ilícito ou de comportar-se conforme tal entendimento.

Podemos citar como exemplo de doença mental, a esquizofrenia, sendo demonstrada através do filme *Uma Mente Brilhante* (2002), vencedor de 4 Oscars, o qual relata a vida de John Forbes Nash, norteamericano, matemático, professor, ganhou o Prêmio Nobel de Economia, além de ser esquizofrênico. Em 1958 John Nash foi diagnosticado com esquizofrenia, sendo hospitalizado mesmo contra a sua vontade. De modo que, embora tivesse breves momentos de lucidez, a doença logo o acometia novamente.

Segundo a entrevista realizada pelo renomado médico Drauzio Varella ao médico Wagner Gattaz, a esquizofrenia pode ser conceituada como:

A esquizofrenia é uma doença psiquiátrica endógena, que se caracteriza pela perda do contato com a realidade. A pessoa pode ficar fechada em si mesma, com o olhar perdido, indiferente a tudo o que se passa ao redor ou, os exemplos mais clássicos, ter alucinações e delírios. Ela ouve vozes que ninguém mais escuta e imagina estar sendo vítima de um complô diabólico tramado com o firme propósito de destruí-la. Não há argumento nem bom senso que a convença do contrário.⁸⁸

Podemos ainda citar outras doenças mentais, como a epilepsia

⁸⁸ Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/letras/e/esquizofrenia/>>. Acesso em: 17 jan 2014.

(neuropsicose constitucional, o qual o sujeito possui alterações da inteligência, caráter, dos sentidos e da consciência); a demência senil (a pessoa tem lapsos memoriais, principalmente em relação a fatos recentes, perde a capacidade de julgamento, possui depressões passageiras, mudança em seu comportamento, dentre outros sintomas); paranoia; histeria, etc.

Tais doenças devem existir ao tempo da ação ou da omissão ilícita, pois somente neste caso a imputabilidade é afastada. Para a caracterização destas doenças, é necessário exame pericial que a comprove.

Em relação à inimputabilidade por desenvolvimento incompleto (art. 26, do Código Penal), esta se refere aos menores de dezoito anos, os quais possuem regulamentação própria (art. 27, do Código Penal e art. 228, da Constituição Federal) e aos silvícolas não integrados à sociedade, quando desconheçam as regras existentes aplicáveis, sendo necessária tal constatação através de exame pericial.

A inimputabilidade por desenvolvimento retardado (art. 26, do Código Penal), segundo Odon Ramos Maranhão (2000, p. 349) *apud* Cleber Rogério Masson (2011, p. 457) é:

(...) uma condição de desenvolvimento interrompido ou incompleto da mente, especialmente caracterizada por um comprometimento de habilidades manifestadas durante o período de desenvolvimento, as quais contribuem para o nível global da inteligência, isto é, aptidões cognitivas, de linguagem, motoras e sociais.

Destarte, estão inseridos nesta classificação, os imbecis, os idiotas, os débeis mentais e os surdos-mudos. No último caso, apenas serão considerados inimputáveis se eram inteiramente incapazes de compreender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se conforme este entendimento, ao tempo da ação ou da omissão, visto que para comprovar se uma pessoa está enquadrada nesta classificação, é imperioso a realização de exame pericial.

Por sua vez, com relação à embriaguez, verificamos que pode ser ocasionada por meio da ingestão de bebidas alcoólicas ou de substâncias de efeitos análogos, posto que somente poderá ser causa de exclusão da imputabilidade quando esta for fortuita (ou acidental) e completa (art. 28, § 1º, do Código Penal).

Entende-se por embriaguez fortuita, aquela decorrente de caso fortuito ou força maior, no qual o agente não tem vontade de embriagar-se e, no caso de ficar embriagado, este estado não decorre de sua culpa. Um exemplo de caso fortuito, é o indivíduo que cai em um tonel de aguardente; já de força maior, ocorre quando esta é provocada por terceiro, sendo que um terceiro obriga o indivíduo a ingerir a bebida.

A embriaguez pode ser analisada sobre a face de fases, sendo classicamente dividida em três: incompleta ou eufórica; completa ou agitada; comatosa. Apenas acarretará em exclusão da imputabilidade, a embriaguez que atingir a segunda ou terceira fase, sendo esta capaz de ao tempo da ação

transformar o indivíduo, deixando-o inteiramente incapaz de compreender a conduta ilícita ou de comportar-se de acordo com este entendimento.

No que se refere à maioria penal, está será abordada no tópico abaixo.

3 A MAIORIDADE PENAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No que se refere à maioria penal, esta é abordada de maneira especial pela Constituição Federal, tendo previsão em seu Capítulo VII, Título VIII, o qual abrange os direitos da criança e do adolescente por conta de seu desenvolvimento, estando em condições peculiares.

A Carta Magna seguiu a tendência internacional prevista no art. 1º, da Convenção sobre os Direitos da Criança. Esta Convenção foi adotada e promulgada no Brasil em 21 de novembro de 1990, tendo estabelecido no citado art. 1º que seriam consideradas crianças aquelas menores de dezoito anos. A Convenção assegurou ainda, à todas as crianças, sem distinção, os direitos ali previstos.

Todavia, a Convenção dispôs apenas sobre aquelas que são consideradas crianças, mas não estabeleceu parâmetros em relação à inimputabilidade penal, tanto que, em relação a aplicação de penas às crianças, a Convenção permitiu desde que previstas em lei, conforme art. 37, alínea “b”:

Artigo 37 – Os Estados Partes zelarão para que:

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.

Sendo assim, nossa Carta Magna consagrou um Capítulo para tratar sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, mais especificamente os arts. 226, 227 e 228. Este último aborda a inimputabilidade penal, “Art. 228. São penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Diante disso, a inimputabilidade penal passou a ser entendida como uma ordem constitucional. Desta forma, o Brasil adotou o critério cronológico para aferição da imputabilidade penal, sendo imputáveis aqueles maiores de dezoito anos.

Por opção do legislador, esta matéria foi abordada pela Constituição Federal, por conseguinte, uma lei infraconstitucional que preveja o contrário, deverá ser declarada inconstitucional, pois as legislações inferiores devem seguir os parâmetros elencados pela Lei Maior. Logo, aos menores, apenas é possível a aplicação de medidas de proteção ou medidas sócioeducativas, em conformidade com a legislação especial.

Seguindo os preceitos da Constituição Federal, o Código Penal também

estabeleceu um artigo que tratou da inimputabilidade penal, “in verbis”: “art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Para aferição da inimputabilidade, neste caso, não é importante observar se o agente tinha capacidade para entender sua atitude ilícita ou de se comportar de acordo com esta vontade, esta inimputabilidade é absoluta por presunção, sendo o menor de idade considerado incapaz.

Esta afirmação é corroborada por Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2010, p. 202):

Adotou-se no dispositivo um critério puramente biológico (idade do autor do fato) não se levando em conta o desenvolvimento mental do menor, que não está sujeito à sanção penal ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade que faz com que o menor seja considerado como tendo desenvolvimento mental incompleto em decorrência de um critério de política criminal. Implicitamente, a lei estabelece que o menor de 18 anos não é capaz de entender as normas da vida social e de agir conforme esse entendimento.⁸⁹

Segundo o art. 4º, do Código Penal, considerar-se-á o crime praticado no momento da ação ou da omissão típica. Deste modo, se o resultado do crime ocorrer após o agente completar dezoito anos, não poderá ser responsabilizado, pois à época da data do fato típico, o indivíduo era inimputável. Em relação aos crimes permanentes, embora no dia do início de sua conduta o agente seja inimputável, se a consumação do delito se prolongar após o agente completar dezoito anos, poderá ser responsabilizado.

Para a comprovação da menoridade, é necessário apresentar a certidão do termo de registro civil. Esta exigência encontra-se no art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Todavia, o STJ tem admitido outro documento idôneo para demonstração da menoridade.

Este posicionamento foi sumulado pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), o que resultou no Enunciado nº 74 de sua Súmula: “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

⁸⁹ Em relação ao dia em que a pessoa atinge a maioridade penal, cabe analisar a jurisprudência dominante abaixo:

RECURSO ESPECIAL. CRIME COMETIDO NO DIA EM QUE O AGENTE COMPLETOU 18 ANOS. IMPUTABILIDADE. 1. É imputável o agente que cometeu o delito no dia em que completou 18 anos, a despeito de ter nascido em fração de hora inferior ao exato momento do crime. 2. Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp: 133579 SP 1997/0036461-5, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 29/03/2000, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/06/2000 p. 217 JBC vol. 46 p. 198 LEXSTJ vol. 133 p. 378 RT vol. 782 p. 551) Sendo assim, no dia do aniversário de dezoito anos do agente, ele é considerado (presumivelmente) imputável, não importando o horário de seu nascimento.

Caso haja dúvidas a respeito da menoridade do réu, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reu*, absolvendo o acusado.

Por derradeiro, a parte final do art. 27, do Código Penal ressalta que os menores de idade devem ser submetidos à legislação especial, sendo tal legislação positivada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90 - ECA).

4 ESTUDO PSICOLÓGICO E JURÍDICO SOBRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Através da leitura deste tópico, será possível analisar o comportamento do ser humano, a sua real capacidade de entendimento dos atos praticados e a evolução de sua personalidade desde os tempos antigos até os dias atuais, de modo que, ao final deste tema, será possível afirmar razoavelmente que os adolescentes possuem capacidade para compreender a conduta penal típica, não sendo mais considerados ingênuos.

Abordaremos, ainda, posicionamentos doutrinários sobre a constitucionalidade (ou não) da redução da maioridade penal, assunto acarretador de diversas polêmicas.

4.1 A Psicologia

Através do estudo da Psicologia, busca-se compreender o comportamento humano, além de seus processos mentais e interações com o meio que o cerca.

O website Significado de Psicologia (s.d.; s.p.) afirma que, “A Psicologia procura descrever sensações, emoções, pensamentos, percepções e outros estados motivadores do comportamento humano. (...)”.

Através da observação sistemática é possível concretizar as investigações em Psicologia. Este estudo é realizado desde o período da Antiguidade, no qual a Psicologia era confundida com a Filosofia. Alguns dos iniciadores da investigação do comportamento humano foram Platão, Aristóteles e Sócrates.

No final do século XIX, o estudo da Psicologia passou a ter enfoque em experiências conscientes, a partir da análise de sensações, ocorrendo, por fim, a separação da Filosofia e da Psicologia.

4.2 Direito e Psicologia

Direito e Psicologia estão intimamente ligados, uma vez que tratam do comportamento humano, o primeiro, busca regular tal comportamento, a segunda, tenta compreendê-lo.

De acordo com Jorge Trindade (2009, p. 22):

(...) A crise da ciência é uma crise pós-disciplinar. Os saberes individualizado e disciplinário já não encontram

vez num mundo marcado pela complexidade e pela globalização. O tempo da solidão epistemológica das disciplinas isoladas, cada qual no seu mundo e dedicada ao seu objeto próprio, pertence, se não a um passado consciente, pelo menos a um tempo que deve urgentemente ser reformado em nome da própria sobrevivência da ciência.

Desta maneira, busca-se com a Psicologia, sob este enfoque, compreender o comportamento das pessoas e o motivo pelo qual elas delinquem, a real capacidade de compreensão de seus próprios atos e de seu poder de escolha.

Assim sendo, a psicologia está intrínseca no Direito, tendo em vista que analisa o comportamento do ser humano e sua evolução, além de tentar entender as razões que as levam a praticar delitos.

4.3 A Maturidade dos Adolescentes

A personalidade de cada cidadão tem o poder de se adaptar com o meio em que vive e consigo mesmo por meio de fatores vivenciais e hereditários, sendo a personalidade um processo de construção, não definindo-se ao nascer, modificando-se e aprimorando-se ao longo do tempo (TRINDADE, 2009, p. 60).

Desde o nascimento, a personalidade das crianças começa a se formar, agregando a ela suas experiências em contato com o meio, sendo determinadas as bases do funcionamento mental. Com o passar do tempo, torna-se mais difícil a mudança da personalidade, todavia, está em constante transformação.

Atualmente, ao chegarem à adolescência, os jovens de hoje já se encontram inseridos no mundo virtual, dos quais têm acesso todo o tempo.

É possível constatar que os jovens inocentes e desinformados de antigamente não são os mesmos de agora. A sociedade está em constante transformação, seus conhecimentos e tecnologias estão aprimorados, tendo mais acesso a informação (COSTA JÚNIOR, 2000, p. 121-122).

Segundo Lajolo (1999) *apud* Michelli Moroni Rabuske *et alii* (2005):

Muito embora os seres humanos tenham sempre sido frágeis, pequeninos e leves e - quando sobrevivem... - tenham sempre ganhado altura e peso ao longo de muitos anos até que ficam fortes e seu tamanho se estabiliza, e seja sua idade contada por anos, por luas, ou por chuvas, o significado de ser um ser humano deste ou daquele tamanho, com muita ou com pouca altura, varia enormemente de um lugar para o outro, de um tempo para outro.

Percebe-se a evolução dos adolescentes pelas transformações socioculturais e dos costumes, pelos novos métodos de sua criação e pela

mudança do quadro psicológico da família. A cada dia, são afetados por alterações nos fatores sociais, políticos, culturais, econômicos, étnicos, de gênero, adequando-se ao contexto em que vivem.

Quando da elaboração do Código Penal de 1940, este foi redigido em espelho à mentalidade do jovem da época. Com o passar dos anos, a sociedade passou por diversas modificações sociais e científicas as quais foram significativas para a evolução da personalidade do ser humano, dos costumes e do pensamento dos cidadãos.

Hoje, um adolescente com dezesseis anos de idade, já possui discernimento suficiente para distinguir entre o bem e o mal (COSTA JÚNIOR, 2000, p. 121-122).

Segundo Arminda Aberastury, Mauricio Knobel e Suzana Maria Ballve (1981, p. 22), “Toda adolescência tem, além de sua característica individual, as características do meio cultural, social e histórico desde o qual se manifesta (...)”. Desta maneira, fica claro que os jovens são afetados pelas transformações de valores que ocorrem na sociedade, estando sujeitos à influência do meio social e da mídia.

Ainda, conforme o entendimento de Luiz Vicente Cernicchiaro (1995) *apud* João Batista Saraiva, Rolf Koerner Júnior e Mário Volpi (2011, p. 155), a Criminologia Crítica e a Sociologia Jurídica buscam a compreensão das causas que levam o homem a praticar condutas vedadas juridicamente, os quais são influenciados pelo meio em que vivem, pelas deficiências familiares, desigualdade entre a população e pela exclusão das classes mais baixas.

As condições sociais e tecnológicas de 1940 não são as mesmas dos dias hodiernos, 2014, época em que a informação e os avanços tecnológicos atingem grande parte da população, seja através do meio em que vivem ou até mesmo por intermédio da instituição educacional que frequentam, pois, atualmente, as crianças iniciam sua vida escolar precocemente, adquirindo conhecimentos em diversas esferas.

De acordo com este entendimento, Costa Júnior (2000, p. 121-122) ressalta:

É notório que a condições sociais de 1940, quando se fixou o limite mínimo da imputabilidade penal aos dezoito anos, já não são as de hoje. Tudo mudou, de forma radical e sensível: as condições sociais, que possibilitam condutas permissivas; os meios de comunicação de massa, com influência poderosa da televisão, ensejam ao jovem conhecer amplamente o mundo; e assim por diante. (...) o jovem de hoje, aos dezesseis anos, costuma ter plena capacidade para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Como então insistir em estabelecer aos dezoito anos o limite mínimo da imputabilidade penal?

Esse posicionamento é esclarecido pelo pensamento de Lucia Rabello de

Castro (s.d.; p. 16):

Em outras palavras, do ponto de vista comumente aceito hoje, encaramos a infância como uma construção social, e como tal, a infância só pode ser compreendida a partir das mudanças mais globais das sociedades, onde as diferenças de idade estão marcadas por significações e valores distintos que variam segundo a época histórica.

Destarte, com o passar dos anos, a sociedade tem evoluído e aprimorado seus conhecimentos, de modo que a informação tem chegado às famílias cada vez mais rápido, formando suas convicções e, por consequência, atingindo não só os maiores, mas também os menores.

Os adolescentes de hoje, por nascerem em uma sociedade informatizada, possuem facilidade no manuseamento de equipamentos tecnológicos, além de terem o acesso à informação, pois são introduzidos no ambiente escolar com poucos meses de vida, aprendendo a ler e a se comunicar muito antes das crianças de 26 anos atrás, levando-se em consideração a Constituição de 1988.

(...) A sociedade se solidariza, convencida em garantir à criança o crescimento e o desenvolvimento acelerados, passaporte para o mundo adulto, mundo da produção, da eficiência e dos processos de prazer intermediados pelo mundo da fantasia e do consumo. (BELLI, s.d.; p. 136)

Cada cidadão é diferente um do outro, os quais uns têm a capacidade de aprendizado e percepção mais aguçados do que outros.

Por óbvio, um adulto tem capacidade de discernimento, devendo ser responsabilizado por sua conduta ilícita; já uma criança, normalmente, não possui este entendimento. Todavia, a dificuldade de responsabilização encontra-se em estabelecer um marco entre a fase sem discernimento e a fase de responsabilidade, pois sempre haverá divergência de pensamento para determinar a fase aplicável, conforme exposto abaixo:

Seja qual for o ângulo que utilizamos para avaliar e discutir o estabelecimento da idade penal em nossa sociedade, sempre nos deparamos com conflitos ideológicos, legais ou mesmo científicos que, na maioria das vezes, emperram a tomada de decisões que poderiam beneficiar toda a sociedade. (...).

(...) O porquê da dificuldade em se estabelecer a tal idade penal mínima me parece clara: a transição da criança inconsequente (sem discernimento) e o adulto responsável (ciente de seus atos) é um processo contínuo, que faz parte do desenvolvimento psíquico. (...) (SILVA, 2008, p. 143)

A referida autora (2008, p. 146) ainda cita em sua obra o documentário *Pro Dia Nascer Feliz*, de João Jardim (2006), onde fica claro o sangue-frio dos adolescentes e a ausência da aplicação de uma medida efetiva aos mesmos, os quais já possuem capacidade de entendimento de seus atos, mas ainda são considerados inocentes.

Com o mundo globalizado, o acesso à informação é inequívoco. Por meio da diversidade nos canais de comunicação torna-se impossível afirmar a ingenuidade dos adolescentes. O mundo tem sofrido diversas modificações e evoluções, tornando-se cada vez mais difícil afirmar que um adolescente, aos dezesseis anos, não consegue compreender o caráter ilícito de sua conduta.

Neste contexto, Éder Jorge (2002, s.p.) faz uma breve exposição referindo-se a afirmação realizada acima:

É inolvidável, o jovem deste novo milênio não é aquele ingênuo de meados do Século XX. Nos últimos cinquenta anos, assistiu-se a evolução jamais vista em outro período da humanidade. As transformações foram de ordem política, tecno-científica, social e econômica. Caiu o muro de Berlim, surgiu o fenômeno da globalização, arrefeceram-se as correntes ideológicas. No campo do conhecimento científico, houve a conquista do espaço, o domínio da engenharia genética, a expansão da informática, a popularização da internet, só para exemplificar.

No mesmo sentido é o posicionamento do renomado doutrinador Miguel Reale Júnior (1990, p. 161):

Tendo o agente ciência de sua impunidade, está dando justo motivo à imperiosa mudança na idade limite da imputabilidade penal, que deve efetivamente começar aos dezesseis anos, inclusive, devido à precocidade da consciência delitual resultante dos acelerados processos de comunicação que caracterizam nosso tempo.

Destarte, impossível negar que os adolescentes atuais não são os mesmos de antigamente, pois estão inseridos em uma sociedade onde os meios de comunicação fazem parte de seu cotidiano, captando rapidamente diversas informações fornecidas por estes equipamentos, além de influenciar no desenvolvimento da capacidade de entendimento das situações, estando aptos, aos dezesseis anos, de entender o caráter ilícito de condutas tipificadas como crime.

4.4 Posições Doutrinárias Acerca da Redução da Maioridade Penal

A Constituição Federal prevê em seu art. 228 a imputabilidade penal

aos dezoito anos de idade. Desta forma, a respeito da possibilidade de alteração deste texto, brotam diversas discussões.

Estas discussões estão embasadas no fato de, tendo em vista a matéria abordada em tal artigo, se seria este um direito fundamental.

Os direitos e garantias fundamentais não podem ser subtraídos, os quais são denominados de cláusulas pétreas. Tal disposição encontra respaldo no art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna.

Há doutrinadores ressaltando que os direitos e garantias fundamentais não estão previstos apenas no art. 5º, mas sim espalhados pela Constituição, os quais também devem ser considerados cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos.

Desta forma, estes doutrinadores quando se referem ao art. 228, o consideram um direito fundamental do cidadão, não podendo sofrer mudanças sob pena de inconstitucionalidade.

Nesse sentido René Ariel Dotti (2010, p. 496):

A inimizabilidade assim declarada constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos *direitos individuais* inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma *cláusula pétrea*. Consequentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade – dezesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado.

Entretanto, contrária a esta tese, há quem ampare a possibilidade de se criar uma emenda constitucional para que seja reduzida a maioria penal. De acordo com este entendimento podemos ressaltar:

No Brasil, especialmente, há um outro motivo determinante que é a extensão do direito ao voto, embora facultativo, aos menores entre dezesseis e dezoito anos, como decidiu a Assembléia Nacional Constituinte, para gáudio de ilustre senador que sempre cultiva o seu “progressismo”... Aliás, não se compreende que possa exercer o direito de voto quem, nos termos da lei vigente, não seria imputável pela prática de delito eleitoral. (REALE, 1998, p. 161)

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 282) esclarece que:

O simples fato de ser introduzida no texto da Constituição Federal como *direito e garantia fundamental* é suficiente para transformá-la, formalmente, como tal, embora possa não

ser assim considerada materialmente. São os casos da proibição de identificação criminal para o civilmente identificado e da competência para o julgamento do autor de crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri, que são garantias fundamentais apenas porque foram colocadas no art. 5.º, embora não façam parte de direitos internacionalmente reconhecidos como fundamentais (...). Por isso, a maioria penal, além de não ser direito e garantia em sentido material, em nosso entendimento, também não o é no sentido formal.

Esta corrente, adotada pelos autores deste trabalho, evidencia a possibilidade de alteração do atual art. 228, da Constituição Federal tendo em vista que não é um direito fundamental, não sendo abrangida pelo art. 5º, deste mesmo diploma.

Embora atualmente ainda haja discussão sobre este tema, prevalece a posição de que não é possível a alteração do art. 228, da Constituição Federal uma vez que trata-se de cláusula pétrea, sendo um direito fundamental do indivíduo.

CONCLUSÃO

Ao definir o conceito de crime, o Código Penal aderiu o conceito analítico ou concepção tripartida, desta forma, para que o agente cometa um delito, é necessário que o fato decorra de uma ação ou omissão típica, antijurídica e culpável.

A culpabilidade pressupõe a imputabilidade penal, desta forma, o Código Penal vigente adotou o critério biopsicológico para constatação da imputabilidade, aderiu, ainda, o critério cronológico que é a exceção ao critério biopsicológico. Desta forma, o agente deve, ao tempo da ação ou da omissão ter capacidade para entender o caráter ilícito de sua conduta e de querer se comportar de acordo com esse entendimento.

O próprio Código Penal apresenta as causas que, estando presentes, excluem a imputabilidade penal, e por consequência a culpabilidade, descaracterizando o crime, sendo elas: o desenvolvimento incompleto ou retardado, a doença mental, a embriaguez fortuita completa e a menoridade.

No que tange a menoridade penal prevista na Carta Magna, foi-se ainda, importante analisar se trata-se de um direito fundamental do indivíduo abrangido no rol do art. 5º, da Constituição Federal, pois caso esteja incluído neste rol, torna-se cláusula pétrea, sendo impossível a redução da maioria penal com uma emenda constitucional.

Desta maneira, conclui-se que o estudo da maioria penal revela-se importante, pois apenas será possível a redução da maioria penal em nosso ordenamento jurídico brasileiro, se houver alteração do art. 228, da Constituição Federal, somente podendo ser modificado caso conclua-se que ele não esteja

abrangido no rol de direitos fundamentais do art. 5º, da Carta Magna, visto que, embora a Constituição Federal esteja vigente há 26 anos, até hoje ainda há discussões sobre a (in)constitucionalidade da redução da maioria penal.

Referências Bibliográficas

ABERASTURY DE PICHÓN RIVIÈRE, Arminda; KNOBEL, Maurício; BALLVE, Suzana Maria Garagoray. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: ArtMed, 1981.

BELLI, Angelina do Carmo. Infância em tempo de megabytes. In CASTRO, Lucia Rabello de. *A infância e adolescência na cultura do consumo*. Website Instituto de Psicologia. Retirado em 13/12/13, no World Wide Web: http://www.psicologia.ufrj.br/nipiac/images/stories/livros/infancia_e_adolescencia_na_cultura_do_consumo.pdf

BRASIL. *Código Penal*. Lei Federal nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990.

CASTRO, Lucia Rabello de. Uma Teoria da Infância na Contemporaneidade. In CASTRO, Lucia Rabello de. *A infância e adolescência na cultura do consumo*. Website Instituto de Psicologia. Retirado em 13/12/13, no World Wide Web: http://www.psicologia.ufrj.br/nipiac/images/stories/livros/infancia_e_adolescencia_na_cultura_do_consumo.pdf

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal comentado*. 3 ed. PC Editorial Ltda, 2010.

HABEAS Corpus, nº 33401/RJ, Superior Tribunal de Justiça, T5 – Quinta Turma. Website JusBrasil. Retirado em 25/04/14, no World Wide Web: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152898/habeas-corpus-hc-33401-rj-2004-0011560-7>

JESUS, Mauricio Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas: Servanda, 2006.

John Nash. Website Matemáticos. Retirado em 17/01/14, no World Wide Web: <http://www.matematicos.com.br/conteudo.php?id=58>

JUNIOR, José da Costa; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. In SARAIVA, João Batista; JÚNIOR, Rolf Koerner; VOLPI, Mário. *Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

LAJOLO, Marisa. Infância de papel e tinta. In RABUSKE, Michelli Moroni; OLIVEIRA, Débora Silva de; ARPINI, Dorian Mônica. *A criança e o desenvolvimento infantil na perspectiva de mães usuárias do Serviço Público de Saúde*. Website Estudos de Psicologia (Campinas). Retirado em 19/07/13, no World Wide Web: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-166x2005000300010&script=sci_arttext

MARANHÃO, Odon Ramos. Curso básico de medicina legal. In MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1*. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MASSON, Cleber Rogério. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1*. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6 ed. atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Paulo Henrique. *Maioridade Penal*. Website Via Jus. Retirado em 08/01/14, no World Wide Web: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1872&idAreaSel=4&seeArt=yes>

PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001.

RABUSKE, Michelli Moroni; OLIVEIRA, Débora Silva de; ARPINI, Dorian Mônica. *A criança e o desenvolvimento infantil na perspectiva de mães usuárias do Serviço Público de Saúde*. Website Estudos de Psicologia (Campinas). Retirado em 19/07/13, no World Wide Web: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-166x2005000300010&script=sci_arttext

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente com conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SARAIVA, João Batista; JÚNIOR, Rolf Koerner; VOLPI, Mário. *Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SIGNIFICADO de Psicologia. Website Significados. Retirado em 10/06/14, no World Wide Web: <http://www.significados.com.br/psicologia/>

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

SOUZA, Jerson Ramos de. *Psiquiatria-Forense*. Retirado em 17/01/14, no World Wide Web: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CEAQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.mpes.gov.br%2Fanexos%2Fcentros_apoio%2Farquivos%2F14_21301711573182006_PSIQUIATRIA-FORENSE.doc&ei=WVLZUvf9CJGEkQeoh4GACQ&usg=AFQjCNFNpQiyAxJofvpJDifbP2tPpGWI-A&bvm=bv.59568121,d.eW0

TEORIAS contemporâneas na explicação do desenvolvimento psicológico. Website Eidep. Retirado em 30/07/13, no World Wide Web: <http://www.mrmaluf.com.br/index.php/textos/texto1>

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VARELLA, Drauzio. *Esquizofrenia*. Website Dr. Drauzio Varella. Retirado em 17/01/14, no World Wide Web:
<http://drauziovarella.com.br/letras/e/esquizofrenia/>

A NECESSIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO ATRAVÉS DA RADIODIFUSÃO

André Luiz de Aguiar Paulino Leite⁹⁰

RESUMO:

O trabalho aborda a noção de direitos fundamentais, a fim de determinar se a liberdade de expressão e o direito à comunicação podem ser assim classificados. Identifica a previsão constitucional do direito à comunicação. Trata dos conceitos de bem público, de espaço aéreo, investigando seu caráter de bem público, e de espectro eletromagnético. Analisa a conexão dos conceitos de bem público e espaço aéreo com os direitos fundamentais à comunicação e liberdade de expressão na radiodifusão. A partir da perspectiva de obrigatoriedade de efetivação de direitos fundamentais pelo Estado, analisa a gestão do espectro eletromagnético no Brasil e sua necessária regulamentação. Para este fim utiliza a abordagem e definição de bem público, de espaço aéreo e de espectro eletromagnético, expondo como ocorre sua utilização para a comunicação social no Brasil. Aborda questões necessárias à elucidação de problemas atuais como o da necessidade - ou não necessidade - de novo marco legislativo para as telecomunicações no Brasil.

INTRODUÇÃO

O direito à comunicação é um direito fundamental, previsto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e fixado na constituição brasileira. A previsão deste direito visa a assegurar a todos os cidadãos a livre produção e divulgação de suas ideias acerca dos mais variados temas, com ou sem mediação de terceiros. Comunicar-se, ou seja, manifestar-se, é um impulso humano natural que necessita ser acompanhado do valor de liberdade, daí sua fundamentalidade, o que, para nós, significa sua precedência em relação ao próprio Estado.

O direito de comunicar é, também, ação humana fundamental à construção da livre opinião e, conseqüentemente, à preservação do sistema político democrático. Não se pode conceber uma sociedade plural, isto é, que respeita a diversidade de concepções nos mais variados aspectos (político, filosófico, religioso), que não garanta a plural comunicação social. Dizendo de outra forma, para que se avance no sentido da construção de uma democracia pluralista é preciso garantir canais de transmissão para as diversas vozes coexistentes na sociedade.

A comunicação pôde, graças aos avanços tecnológicos, desde o início do século XX, ser realizada através do espaço aéreo. O advento da radiodifusão fez crescer a extensão da comunicação de forma rápida, mas acentuou também o poder de alguns atores sociais influenciarem a opinião pública.

Há, portanto, já a esta altura que se destacar duas hipóteses para o

⁹⁰ Mestrando em Ciência Jurídica (UENP); Tecnólogo Gestão Pública (IF-PR); Membro do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais - UENP; Bolsista pela CAPES; Advogado.

problema que envolve a regulamentação da utilização do espaço aéreo para a radiodifusão: 1) O espaço aéreo é extensão territorial do Estado e bem público, o que obriga o próprio Estado a regulamentar seu uso; 2) A comunicação é direito social e exerce papel fundamental na democracia sendo sua efetivação dever do Estado.

Para iniciar o presente estudo, abordar-se-á a noção de direitos fundamentais, bem como de direito à comunicação e liberdade de expressão. Será exposta a importância da garantia de direitos fundamentais e a justificativa para a afirmação do direito à comunicação como direito fundamental. Será analisada a previsão deste direito feita pela Constituição Federal brasileira.

Na segunda parte, a investigação se ocupará de noções importantes para a análise da radiodifusão como forma de comunicação, quais sejam, o conceito de espaço aéreo e sua caracterização como bem público na doutrina e no direito positivo pátrio.

A seguir, na terceira parte do trabalho, abordaremos a noção de política pública e sua conexão com o tema da efetivação do direito fundamental à comunicação no âmbito da radiodifusão. Traremos à discussão a situação fática da radiodifusão brasileira que, segundo organização não governamentais, pode ser classificada como oligopólio. O trabalho analisará de forma breve a regulamentação da radiodifusão vigente no Brasil.

O método adotado na pesquisa é o de análise bibliográfica e de lógica dedutiva, partindo de premissas maiores para a obtenção de conclusões compatíveis com os problemas particulares.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, objetivo do artigo que se apresenta é acrescentar importantes informações da pesquisa de comunicação social à área jurídica, bem como fomentar a discussão sobre uma regulamentação da radiodifusão no Brasil.

1 Direitos fundamentais à comunicação e liberdade de expressão na Constituição brasileira de 1988

Para que se sustente a afirmação de que o direito à comunicação se constitui como direito fundamental faz-se necessária uma breve introdução acerca do conceito de direitos fundamentais.

Em decorrência das significativas transformações do pensamento europeu após meados do século XVIII, notadamente, após a revolução francesa, nasce a ideia do Estado de Direito. O fundamento da organização estatal, antes apoiado na fé religiosa, passa a derivar de argumentos racionais. Neste sentido, o pensamento que afirma o Estado como criação humana que tem por finalidade a superação do estado de natureza, onde homens teriam medo dos próprios homens devido às características de sua natureza. de Thomas Hobbes. A seguir destaca-se um trecho de *O Leviatã*:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos

sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a conseqüência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto.

Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros (HOBBS, 1973 p. 59).

À teoria de Hobbes seguiram-se outros contratualismos, como o lockeano e rousseauiano. A Constituição, assumindo a função de contrato social, é justificada e passa a limitar a liberdade humana ao mesmo tempo em que garante aos indivíduos certos direitos fundamentais. Neste sentido, o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789, é emblemático enquanto afirma que "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição" (SARLET, 2009, p. 58).

Celso Lafer se refere a este trecho da Declaração no seguinte sentido:

A idéia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com a sua vontade e a sua razão, pondo de lado a tradição e os costumes, foi a grande novidade da Ilustração. Ela trouxe a substituição do princípio de legitimidade dinástica que, na forma da monarquia hereditária, foi o legado que a Idade Moderna herdou da sociedade medieval, baseada nos costumes, pelo princípio da soberania popular, de origem contratualista (LAFER, 1988, p. 123).

A soberania popular, destarte, seria identificada como absoluta legitimada para a tarefa de legislar, o que tornaria o direito produzido de acordo com os procedimentos estabelecidos na Constituição, presumidamente justo. No século XX, entretanto, o mundo viveu experiências históricas traumáticas que fizeram ruir a teoria constitucional positivista.

Os regimes totalitários (nazismo e facismo, por exemplo) demonstraram como a lei pode ser injusta, ainda que "constitucional". Neste sentido, Eduardo Cambi:

Sob o aspecto histórico, as transformações mais importantes no Direito Constitucional contemporâneo se deram, a partir da Segunda Guerra Mundial, na Europa, devendo ser salientadas a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978).

Com a derrota dos regimes totalitários (nazi-fascistas), verificou-se a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a *defesa do cidadão* frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado ou por *quaisquer detentores do poder* em suas manifestações políticas, econômicas, intelectuais etc (CAMBI, 2009, p. 31).

Luigi Ferrajoli propõe uma definição teórica para a expressão direitos fundamentais. Para ele "são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de fazer".(FERRAJOLI, 2001, p. 19) A definição é classificada como teórica porque, segundo o próprio Ferrajoli, independe de circunstâncias de fato. Neste sentido, afirma que tais direitos prescindem de previsão em uma carta constitucional ou em leis ordinárias, ou seja, estão acima de qualquer técnica dogmática. Portanto, se encontram ou não em cartas constitucionais; leis fundamentais; ou enunciados de normas do direito positivo (infraconstitucional) (FERRAJOLI, 2001, p. 19-20).

É também uma definição formal ou estrutural no sentido de que prescinde da natureza dos interesses e das necessidades tuteladas com o seu reconhecimento como direitos fundamentais, e se baseia unicamente sobre o caráter universal da sua imputação (FERRAJOLI, 2001, p. 20).

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que

além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e

medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito (SARLET, 2009, p. 62).

Diante do exposto, pode-se afirmar que é o direito à comunicação, como desdobramento do próprio direito à liberdade, um direito fundamental.

1.1 Liberdade de expressão

Thomas Hobbes define liberdade sob a perspectiva do movimento:

O significado da palavra liberdade, em seu sentido próprio, é a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos ao movimento), e esse termo se aplica tanto às criaturas racionais como às irracionais e inanimadas. Dizemos que tudo o que está atado ou enrolado, não podendo mover-se, a não ser dentro de certo espaço, determinado pela oposição de algum corpo externo, não tem liberdade de ir mais além (HOBBS, 1973 p. 37).

Pode conceituar liberdade como o estado do indivíduo no qual não se encontra impedido no agir nem no pensar, a não limitação do ser. Norberto Bobbio, em sua obra *Igualdade e Liberdade*, destaca que, na multiplicidade de significados que podem ser atribuídos a *liberdade*, dois aspectos são relevantes na linguagem política: as formas negativa e positiva de liberdade (BOBBIO, 1997, p 48).

Segundo Bobbio, entende-se por liberdade negativa a circunstância na qual um indivíduo pode agir sem ser impedido ou tem a faculdade de não agir sem ser forçado por outros indivíduos. Já a liberdade positiva é entendida como a circunstância em que um indivíduo pode orientar seu agir em direção a um objetivo por ele eleito, sem ser determinado pelo querer de outro indivíduo (BOBBIO, 1997, p. 49-51).

Essas duas formas de liberdade, na história do Estado moderno, "são estreitamente ligadas e interconectadas, tanto que, quando uma desaparece, também desaparece a outra" (BOBBIO, 1997, p. 64).

Não se nega totalmente a hipótese de que viver em Estado é abrir mão da liberdade total do estado de natureza, porém, assim como observa Kelsen, a liberdade, no Estado, está necessariamente ressignificada em que pese, seja um direito fundamental do homem que deve ser respeitado pelo Estado: "Se a ideia de liberdade pode tornar-se um princípio dessa organização social - de que antes era negação - e finalmente um princípio de organização estatal, isso só é possível através de uma mudança de significado" (KELSEN, 2000, p. 28).

A liberdade do homem só deve ser limitada por ele mesmo, e encontrar um sistema onde o homem possa estar unido a outros indivíduos mantendo sua liberdade é um problema da democracia apontado por Rousseau, como bem

observa Kelsen, *literis*:

Rousseau, talvez o mais importante teórico da democracia, apresenta o problema do Estado ideal - que, para ele, é o problema da democracia - nestes termos: 'Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja qualquer membro a ela pertencente e na qual o indivíduo, mesmo se unindo a todos os outros, obedeça apenas a si mesmo e permaneça livre como antes (KELSEN, 2000, p. 29).

Este estado ideal, onde haja o benefício da segurança, proporcionado pelo pacto social - que confere legitimidade à autoridade e, conseqüentemente, coercibilidade ao direito - , e autonomia com a auto-imposição de regras jurídicas, constitui a aporia denominada democracia. Dizendo de outra forma, a democracia se torna meio para se garantir a não violência autoritária do Estado, na medida em que possibilita aos indivíduos o autogoverno, diretamente ou através de representantes eleitos.

A liberdade deve ser garantida, destarte, pelo Estado Democrático de Direito e á condição para que esta exista, uma vez que não se pode conceber democracia sem liberdade.

1.2 Direito à comunicação

A comunicação não é somente uma consequência do desenvolvimento, mas caracteriza-se em verdadeira ferramenta para o desenvolvimento (CEPAL 2003, p. 9). É preciso, preliminarmente, dedicar-se a definir um conceito para direito de comunicação.

Gomes (2007) concebe a comunicação como um direito humano em construção.

A comunicação compreendida enquanto diálogo entre sujeitos ativos aconteceu por necessidade ontológica. Contudo, seu desenvolvimento - da linguagem articulada em palavras à escrita e aos meios massivos de intercâmbio de informação, idéias e conhecimento - desencadeou processos de exclusão e a transformou em mero instrumento de permuta de conteúdos via tecnologias. O paradoxo encontra-se justamente na perda da unidade dialética entre a dimensão humanista e dimensão instrumental da comunicação (GOMES, 2007, p. 154).

Segundo a pesquisadora, a demanda pela construção do conceito de direito humano à comunicação ocorre no seio das teorias críticas às técnicas desenvolvidas na comunicação social, notadamente intensificadas a partir do segundo pós Guerra. A substituição de uma comunicação das massas por uma comunicação às massas é, indubitavelmente, um fenômeno social que acarreta

como consequência uma espécie de dependência na construção de opinião livre.

É no bojo do aparato teórico construído pelos críticos da industrialização e do tecnicismo da comunicação que surgem as primeiras demandas conceituais da comunicação como direito humano. Apesar de um viés ainda muito instrumental, as teorias críticas introduzem uma proposta que une a análise científica à realidade social, econômica, política, cultural e ideológica. São essas bases teóricas, da indústria cultural; dos estudos culturais latino-americanos sobre recepção; dos estudos culturais ingleses; das indústrias culturais na economia política da comunicação; das teorias sobre políticas de comunicação e sobre a comunicação dialógica; que iniciam a formulação do conceito da comunicação como direito humano (GOMES, 2007, p. 155).

Segundo José Afonso da Silva, a "liberdade de comunicação, entendida aqui como direito à comunicação, concerne no conjunto de direitos, processos, formas, enfim, toda uma estrutura que deve possuir o Estado para que seja possível a coordenação livre e desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. Este direito está fixado nos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º, em combinação com os arts. 220 à 224 da Constituição (SILVA, 1992, p. 221).

Nota-se, portanto, que, enquanto a liberdade de pensar e expor o pensamento independe de meios de divulgação, o direito de comunicação, por outro lado, abrange a liberdade na difusão de ideias e de informações e, destarte, implica em viabilização técnica. A liberdade de expressão é, de fato, a garantia de poder exteriorizar o pensamento sem sofrer coação física ou moral, independentemente da técnica.

As características dos direitos fundamentais alhures explicitadas, podem ser identificadas no direito à comunicação. Percebe-se que a não efetividade deste direito aos cidadãos criam verdadeiro entrave à democracia, visto que a construção da opinião pública depende das informações a que tem acesso estes indivíduos. Garantir a liberdade de comunicar-se é garantir a produção livre da opinião pública.

O funcionamento do regime democrático tem relação imediata com o grau de informação do povo. A liberdade de expressão e manifestação, especialmente pela atuação independente dos meios de comunicação, contribui para a formação da livre opinião pública, evitando demagogias e a manipulação dos governados. A imprensa livre e independente assegura as condições para o exercício da liberdade de expressão e para o controle social das ações do poder público (CAMBI, 2009, p. 187).

As técnicas de comunicação evoluem no compasso dos avanços tecnológicos da informática, eletrônica, microeletrônica, entre outras áreas das ciências exatas ligadas à comunicação. A efetivação do direito à comunicação pode ser concebido como a garantia aos cidadãos de acesso a essas técnicas, de forma que possam propagar suas convicções. Não se trata apenas do direito de estar informado, mas sim, de também transmitir informações e opiniões.

Desmond Fischer, em sua obra *O direito de comunicar*, de 1984, relata a primeira conceituação e diferenciação do direito de comunicar em relação ao livre fluxo de informações. " A ONU e a Unesco [...] logo se viram embaraçadas em manobras ideológicas e políticas conflitantes. Seria útil alguma maneira de romper o impasse. O direito de comunicar parecia, aos olhos de alguns, propiciar esta formulação" (FISCHER, 1984, p. 27).

Fisher assim caracteriza o direito de comunicação frente ao direito à informação:

No período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, quando tinha sido praticamente impossível distinguir informação de propaganda, e no contexto de Guerra Fria, tal posição era legítima. [...] Hoje, a informação é encarada em termos diferentes. Não é apenas o conteúdo do processo de informação que está sendo considerado: é o próprio processo. O desenvolvimento tecnológico nas comunicações trouxe a capacidade de comunicar ao alcance de muito mais pessoas. Os meios de comunicação de massa estão dando lugar à mini-mídia; logo, talvez, à mídia personalizada. A comunicação não é vista simplesmente como uma recepção estática mas como participação ativa. Ela é de "mão dupla", interativa, participativa, para usar a terminologia empregada nas discussões sobre o direito de comunicar (FISCHER, 1984, p. 29).

Pode-se falar que, em função da extensão do alcance do discurso do comunicador, a comunicação social pode ser classificada em comunicação local ou comunicação de massa. Desta forma, não se pode classificar como isonômica a garantia do direito à comunicação se, em um Estado, apenas poucos grupos podem expressar suas opiniões através das técnicas de comunicação. É necessário que se garanta o direito fundamental à comunicação a todos os cidadãos.

1.3 Previsão do direito à comunicação na Constituição Federal de 1988

A efetivação do direito à comunicação é uma obrigação do Estado brasileiro imposta pela própria Constituição Federal. Sob o aspecto da

constitucionalidade, insta identificar, a seguir, marcos constitucionais que fundamentam a necessidade da regulação da mídia.

Como dito alhures, pode-se extrair a fixação constitucional da "liberdade de comunicação" dos incs. IV, V, IX, XII e XVI do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição (SILVA, 1992, p. 221).

José Afonso da Silva propõe alguns princípios para regerem às formas de comunicação, *literis*:

As formas de comunicação regem-se pelos seguintes princípios básicos: a) observado o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo por que se exprima; b) nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de concessão, permissão e autorização do Poder Executivo federal, sob controle sucessivo do Congresso Nacional, a que cabe apreciar o ato no prazo do art. 64, § 2º e 4º [...]; f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio (SILVA, 1992, p. 221).

Em análise sobre o pensamento de José Afonso da Silva, reconhece-se a importância do esforço empreendido no sentido de fixar um rol de princípios para o exercício do direito à comunicação. No entanto, enxergamos alguns problemas, notadamente, no que se refere à proibição de qualquer restrição ser incompatível com a proibição do estabelecimento de monopólios.

O artigo 5º, inciso IV, o qual fixa que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato", é a principal norma assecuratória do direito fundamental à comunicação, afirma Aloízio Ferreira: " O direito de comunicar/transmitir é o direito de manifestar o pensamento. Enquanto exercício da comunicação pessoal (em nível interpessoal, de grupo ou organização), é assegurado por mais de uma norma da Constituição, em especial, o art. 5º, inciso IV" (FERREIRA, 1996, p. 175).

Não há porque o constituinte prever a manifestação do pensamento sem também considerar razoável que se garanta meios para a expressão. É salutar, ao analisar o dispositivo, combiná-lo ao princípio da isonomia, de maneira a formar o entendimento de que os atores sociais devem ter iguais meios para propagar seus pensamentos.

Logo, se é vontade constitucional que o pensamento (de todos) seja expressado, é dever do Estado garantir a efetivação deste direito, garantindo que não haja desigualdade de meios de difusão das concepções de mundo dos atores sociais.

Diante do exposto, ou seja, do fato de ser o direito à comunicação um direito fundamental, e tendo em vista o aperfeiçoamento democrático, pode-se deduzir que a efetivação deste direito é tarefa do Estado.

Inegável que a comunicação social pode ocorrer por diversos meios, através da mídia impressa, da internet, de serviço de auto falantes, rádio e televisão. No entanto, o presente trabalho se ocupará da radiodifusão, assunto que passamos a abordar a partir daqui.

2 Radiodifusão e a utilização do espaço aéreo

Com o desenvolvimento da tecnologia da transmissão de áudio via rádio, no final do século XIX, a comunicação conheceu uma nova dimensão, tanto no que diz respeito à sua extensão quanto à intenção. Tão logo se popularizou o rádio, empresas da imprensa escrita se estabeleceram também como emissoras de rádio, transmitindo informações e entretenimento e criando, como não poderia ser diferente por se tratar de um fenômeno que nasce no âmbito do modo de produção capitalista, um novo mercado.

Segundo Lei nº 9.472, radiodifusão é o serviço de telecomunicações que permite a transmissão de sons ou a transmissão de sons e imagens, destinados ao recebimento direto e livre pelo público.

A telecomunicação, como negócio, movimentava grande volume de capital em todo o mundo e, indubitavelmente, o motivo de seu valor está intimamente à capacidade que possui de influenciar opiniões conforme o interesse de outros atores do mercado global. Adiante analisará a noção de bem público e de espaço aéreo com objetivo de estabelecer a relação entre a gestão da utilização do espaço na transmissão das ondas eletromagnéticas e a efetivação do direito à comunicação.

2.1 Bem público

Pensa-se que a noção de propriedade pública e privada contém como implicação a distinção na forma de utilização de um bem. O bem particular é utilizado livremente, até onde limita a lei. O bem público deve ser utilizado conforme determina a lei.

Consoante Marx e Engels, isto é, concebendo Estado como produto da Sociedade (BONVIDES, 1976, p. 50) pensa-se que o bem público deve ser utilizado tendo em vista os interesses da sociedade.

O conceito de bem é amplo e abrange o que possui valor econômico e/ou moral e esteja sujeito a tutela jurídica. No Estado Democrático de Direito, denomina-se bem público o patrimônio que pertence ao povo, e que está sob a administração do governo.

Afirma Michel Temer, "os bens são públicos ou particulares. São públicos os bens da União, dos Estados e dos Municípios" (TEMER, 1992, p. 74).

Os bens públicos do Estado brasileiro estão fixados em rol não exaustivo pela Constituição federal. "A relação do art. 20 da CF não é exaustiva, mas exemplificativa. Não estabelece quais sejam todos os bens da União. Diz

que alguns se incluem entre eles" (TEMER, 1992, p. 74).

O Código Civil dispõe sobre os bens públicos em seu Capítulo III, fixando como públicos aqueles que se encontram no domínio nacional e que pertençam às pessoas jurídicas de direito público interno, quais sejam, União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Estes bens são classificados em três categorias utilizando o critério de destinação ou não afetação.

Os bens de uso comum do povo, como praças, mares, mares, estradas, ruas, são propriedades utilizadas pela coletividade. Bens de uso especial são aqueles utilizados pela administração pública para desempenho de sua função. A terceira categoria é a dos bens dominicais, que são propriedade das pessoas jurídica de direitos público que possuam estrutura de direito privado, ou seja, não afetadas pela destinação pública. Devido a esta característica, este ultimo tipo de bem público é a único passível de alienação, como bem prescreve o artigo 101 do Código Civil.

A seguir analisaremos o espaço aéreo como elemento que compõe o território nacional e como meio utilizado para a comunicação social através da transmissão de ondas eletromagnéticas.

2.2 Espaço aéreo e espectro eletromagnético

O território nacional é apontado por Paulo Bonavides como base geográfica do poder. Observa, ainda, que "São partes do território a terra firme, com as águas aí compreendidas, o mar territorial, o subsolo e a plataforma continental, bem como o espaço aéreo" (BONAVIDES, 1976, p. 85). Desta feita, assim como o mar territorial, a faixa do oceano que banha um Estado, é considerada como sendo parte do território deste, é razoável que assim se considere também o espaço aéreo até determinada altura.

Ao presente trabalho interessa a análise da utilização desta parcela do território nacional para a atividade de comunicação social. Tal utilização se dá no âmbito das transmissões de ondas eletromagnéticas. O espaço aéreo, destarte, se configura como via por onde transitam as ondas, geradas por emissores. O conjunto de radiação eletromagnética, em diferentes frequências, que se propaga pelo ar na forma de ondas denomina-se espectro eletromagnético.

A utilização do espaço aéreo para o fim de transmissões não é ilimitada. O trânsito em diferentes frequências no espaço deve ser organizado para que haja otimização da atividade de comunicação.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL

Neste tópico analisaremos o conceito de política pública e a necessidade/obrigatoriedade de elaboração e execução de políticas públicas de de comunicação no Estado brasileiro.

A efetivação de direitos fundamentais passa pela implementação de políticas públicas. Sobre o conceito de política pública, como bem observa Fernando de Brito Alves, é necessário que se atente à polissemia que se torna

clara nas múltiplas definições que se pode encontrar na doutrina.

(1) um campo de estudo da política que analisa os governos sob a ótica das grandes questões públicas; (2) um conjunto de ações governamentais para produzir efeitos específicos; (3) a soma das atividades, diretas ou delegadas, dos governos que influenciam a vida dos cidadãos; e, por fim, (4) as escolhas públicas (ALVES, 2013, p. 232).

Portanto, política pública não significa apenas um programa previsto na Lei Orçamentária Anual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias ou no Plano Plurianual. É um termo que designa algo mais amplo. Entenderemos aqui políticas públicas como "o Estado em ação" (ALVES, 2013, p. 232), ou seja, como o aparato técnico do governo (Federal, Estadual e Municipal) funcionando de maneira planejada e coordenada no sentido de realizar prestações ou abstenções que culminem na efetivação de direitos.

Segundo Valter Foletto Santin "as políticas públicas são execuções das normas legais e constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um *law enforcement* (reforço para execução da lei)" (SANTIN, 2004, p. 34).

Maria Paula Dallari Bucci afirma que políticas públicas "são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, 2002, p. 241).

Como já analisado, há previsão constitucional do direito à comunicação. Dado à sua fundamentalidade, é dever que se impõe ao Estado brasileiro a elaboração de políticas públicas que visem ao aumento de sua efetividade.

No Brasil as políticas públicas de comunicação são predominantemente elaboradas e executadas pela União, através do Ministério da Comunicações. Este órgão da administração federal possui programas que visam ao fomento das atividades de comunicação, porém, a falta de regulamentação no setor das telecomunicações gera considerável entrave para o avanço da efetivação do direito de comunicar.

Insta justificar que se fala em ausência de regulamentação tendo em vista que a Lei Federal nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa), foi declarada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 em 30.04.2009, ao julgar procedente o pedido formulado pelo PDT (Partido Democrático Brasileiro) sob o argumento de que a lei seria incompatível especialmente com o art. 220, § 1.º, o qual estabelece que: "Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observando o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV".

A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações do Brasil, embora tenha representado alguns avanços ao prever a criação de uma agência reguladora para o setor (ANATEL), não acarretou como efeito a melhoria na distribuição dos meios de comunicação na radiodifusão.

Estes continuam sendo controlados por poucos grupos empresariais,

localizados no eixo Rio-São Paulo, verdadeiro oligopólio, ou seja, o domínio da atividade de comunicação por poucas empresas. É o que afirma o relatório da organização não governamental Repórteres Sem Fronteiras sobre a mídia brasileira, conforme matéria extraída do site do jornal Carta Capital, *litteris*:

A organização Repórteres Sem Fronteiras (RSF) denunciou nesta quinta-feira 24 o monopólio midiático no Brasil, que parece pouco modificado, 30 anos após a ditadura militar (1964-1985). A ONG definiu o Brasil como o país dos 30 Bersluconi, em referência ao magnata italiano da mídia e ex-primeiro ministro italiano. Uma investigação da RSF, realizada em novembro e revelada nesta quinta-feira, mostra que fora uma dezena de grupos que dividem o monopólio da informação principalmente no eixo Rio-São Paulo, o País conta com múltiplos meios de comunicação regionais, fragilizados pela extrema dependência em relação aos grandes centros de poder nos estados (CARTA CAPITAL, 2013).

Ao não regulamentar a mídia o Estado brasileiro desrespeita ao que estabelece o parágrafo 5º do art. 220, *litteris*: "Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio."

Pode-se afirmar que a mídia de massa brasileira se encontra sem regulamentação, atuando à revelia do interesse público.

Isso, pois, ainda permanece em vigor o Código de Telecomunicações de 1962, com várias disposições revogadas e muitas que estão em vigor, porém, são, sistematicamente, descumpridas. Cita como exemplo os artigos 38, h e 124 que fixam o tempo mínimo para transmissão da informação e o máximo para a publicidade comercial. Ainda, o fato de normas constitucionais sobre comunicação social não terem sido regulamentadas como os artigos 220 e 221. Some-se a isto a decisão, por maioria, do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 130/2009, que declarou a inconstitucionalidade da lei de imprensa de 1967. (CHUEIRI; RAMOS, 2013, p. 566 e 567)

Daí se afirmar a urgência da elaboração pelo Estado, em conjunto com a sociedade civil através dos mecanismos de participação que surgem recentemente (v. g. Decreto 8243/2014 que regulamenta a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003) a fim de se avance no sentido da efetivação do direitos à comunicação e, cosequentemente, do aperfeiçoamento da democracia.

Bem observa Eduardo Cambi a respeito da importância da informação para o exercício da cidadania, *litteris*: "O povo suficientemente informado, tem melhores condições de exercer seu papel de cidadão. O desenvolvimento de

uma cidadania ativa e solidária torna possível o controle social do exercício do poder público" (CAMBI, 2009, p. 188).

Quem não exerce seu direito de comunicar-se está excluído do espaço público de discussão - exclusão social -, toda sociedade é prejudicada pela polarização do discurso, ou seja, pela ausência de posições antagônicas no debate acerca dos acontecimentos e dos interesses coletivos. Tal situação constitui, em si, enorme entrave ao avanço democrático.

CONCLUSÃO

Concebendo a democracia como aporia, ou seja, como um horizonte que se persegue, sem nunca alcançar embora se avance, o trabalho explicitou a relação entre a regulamentação da utilização do espaço aéreo para transmissão de ondas eletromagnéticas e a efetivação do direito à comunicação e a liberdade de expressão, direitos constitucionalmente fixados, podendo-se afirmar que:

1. A comunicação social é um direito fundamental, e, portanto, é dever do Estado brasileiro garantir através de políticas públicas sua efetividade através de ações concretas. Compreende-se por direito à comunicação o direito à coordenação livre e desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação.

2. O espaço aéreo é extensão do território nacional, constituindo-se em um bem público, isto é, em propriedade do povo brasileiro. Sua utilização deve se dar, prioritariamente, de acordo com os interesses coletivos, de que os direitos fundamentais são parte.

3. Identificam-se, após o demonstrado no presente trabalho, dois motivos para a regulamentação da mídia no Brasil: (1) o dever de efetivação do direito fundamental à comunicação; e (2) o fato de se utilizar de um bem público para transmissão de informações.

4. Políticas públicas são um meio para se efetivar direitos. As políticas públicas de comunicação social existentes não impedem que se estabeleça oligopólios no setor de radiodifusão, em desrespeito ao que prevê o § 5.º do art. 220 da Constituição Federal.

5. É necessário, no Brasil, que se discuta juntamente com a sociedade civil uma nova forma de regulamentação da radiodifusão, a fim de que se efetive o direito fundamental à comunicação e, concomitantemente, avance-se no aperfeiçoamento da democracia.

Referências Bibliográficas

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: A construção histórica discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Editora Juruá. Curitiba, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Editora Ediouro. Rio de Janeiro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 3. ed. Editora Forense. São Paulo, 1976.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. Editora Saraiva. São Paulo, 2002.

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

CARTA CAPITAL. *ONG denuncia monopólio da mídia no Brasil*. Acesso em 30/06/2014 disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/ong-denuncia-monopolio-da-midia-no-brasil/>

CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Santiago do Chile, julho de 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de. RAMOS, Diego Motta. *Liberdade de expressão, constitucionalismo e democracia: meios de comunicação de massa e regulação*. Revista da Presidência da República. V. 14 n. 104. Out. 2012/Jan. 2013. p 553 a 579. Brasília, 2013.

FERREIRA, Aloízio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*. Celso Bastos Editor. São Paulo, 1997.

IPEA. *A regulação da mídia na América Latina*. Edição 71 - 08/05/2012. Ano 9. 2012.

GOMES, Raimunda Aline Lucena. *A comunicação como direito humano: um conceito em construção*. Recife, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/midia/gomes_comunicacao_como_dh.pdf Acesso em: 08/04/2014

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Coleção Os Pensadores. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Editora Abril. São Paulo, 1973.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2.^a ed. Editora Martins Fontes. São Paulo-SP, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Companhia das Letras, São Paulo, 1988.

OS DONOS DA MÍDIA. O mapa da comunicação social. Link: <http://donosdamidia.com.br/inicial> Acesso em 30/06/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009.

SILVA, Gilberto Vianna Ferreira da. *Sistemas radiodifusão*. 3. ed. Livros Técnicos e Científicos Editora S.A. Rio de Janeiro, 1983.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. Editora Malheiros. São Paulo, 1992.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

SEGUNDO, Jacson; PREIRO, Sivaldo. *DIREITO À COMUNICAÇÃO NO AR: A gestão do espectro eletromagnético brasileiro*. Coordenação e edição Cristina Charão. projeto gráfico e diagramação Henrique Costa. Observatório do direito à comunicação. Disponível em: http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=554&Itemid=99999999 Acesso em 08/04/2014

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 9. ed. Editora Malheiros. São Paulo, 1992.

TEMER, Michel. *Democracia e cidadania*. Editora Malheiros. São Paulo, 2006.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. 8.^a edição. Editora Record. Rio de Janeiro, 2005.

A PROBLEMÁTICA DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS E OS DIREITOS SOCIAIS

Vivianne Rigoldi⁹¹
Priscila Kutne Armelin⁹²

Resumo:

A proposta é abordar a flexibilização ocorridas no Direito do Trabalho, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, no contexto do regime neoliberal, o qual vem se desvencilhando do regime corporativista que influenciou a Consolidação das Leis Trabalhista. Faz-se uma abordagem de várias flexibilizações já ocorridas no ordenamento jurídico nacional, inclusive as previstas no próprio corpo da Constituição Federal. Perpassa-se pelo prisma dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso, com o fim de se verificar o limite para as flexibilizações. Perfilha-se a linha do princípio da proteção, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e no enfoque de direitos sociais.

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho está previsto no rol do art. 6º da Constituição Federal do Brasil de 1988, como um direito social. Muitas críticas se levantam sobre a ampla proteção que a Constituição Federal dedicou aos direitos trabalhistas o quais, a princípio, são irrenunciáveis e devem ser rigidamente aplicados.

O termo rígido evoca algo que não pode ser flexível. Porém, como será demonstrado, os direitos trabalhistas transitam na seara da flexibilidade. Numa análise de algumas leis trabalhistas será demonstrado como há sim, em termos de Direito do Trabalho, flexibilidades dos direitos trabalhistas.

Ante a estas flexibilidades, discutir-se-á a questão dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso, com sua incidência nos direitos trabalhistas vigentes. Assim sendo, o presente trabalho tem como finalidade contribuir para o estudo e a reflexão de cunho jurídico das flexibilizações trabalhistas e o direito social, que estão abarcados numa esfera protetiva maior, a dos direitos fundamentais.

Para sua realização será empregada a metodologia hipotético-dedutiva, através de leitura e análise de diversos textos e livros, tanto do âmbito jurídico como do extrajurídico.

⁹¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM/SP, mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho"- UNESP/Marília Professora Universitária, titular da disciplina de Direito Constitucional e Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM/SP. E-mail: rigoldi@univem.edu.br

⁹² Mestre em Direito Supra-Individual pela Universidade Estadual de Maringá-PR, especialista, advogada, professora de Direito do Trabalho e Coordenadora do Curso de Direito na Faculdade Metropolitana de Maringá -FAMMA. E-mail: priscila@unifamma.edu.br

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE FLEXIBILIZAÇÃO

No início do contrato de trabalho reinava a filosofia do Estado Liberal clássico, em que não deveria haver intervenção estatal nas relações privadas, por mais precária que fossem as condições econômicas e sociais, isto “Acarretava a exploração do homem pelo próprio homem. O trabalho era considerado mercadoria”⁹³. Diante deste quadro, o Direito do Trabalho surge eivado de caráter social, pois é a história do movimento operário que não aceita a opressão e o abuso econômico e que se levanta para reivindicar melhores condições de trabalho.

Depreende-se a conquista da classe trabalhadora por direitos e garantias que tornaram as relações trabalhistas mais humanas. Evaristo de Moraes Filho, em entrevista concedida a Viviane Dias⁹⁴, ensina que no Brasil não foi diferente, e expõe que Getúlio Vargas não outorgou espontaneamente as leis trabalhistas, mas que para elas fossem alcançadas, houve greves, reivindicações, prisão, tortura; enfim, o Brasil do fim do século XIX e início do século XX viveu um período de grandes movimentos sociais, ou seja, as leis trabalhistas foram preparadas pelos trabalhadores, pois por eles foram reivindicadas.

Observa-se desde as primeiras normas que disciplinaram a matéria trabalhista, há uma tendência à expansão dos direitos. Todavia, com a modernização e frente ao modelo político neoliberal, tem-se uma mudança de foco, na medida em que tais direitos estão sendo flexibilizados. A preocupação que surge para os profissionais do direito, decorre da chamada “flexibilização maquiada”⁹⁵, como a terceirização, a contratação de pessoas físicas como jurídicas, da contratação de falsos autônomos, falsas cooperativas, falsos estagiários, que são exemplos dos meios utilizados para burlar os direitos trabalhistas. Evaristo de Moraes Filho entende que estas práticas demonstram a volta do regime socialista para o neoliberal, e que a ausência do Estado para a proteção dos trabalhadores é como a “raposa no galinheiro”⁹⁶.

Por certo, há leis trabalhistas que precisam de modificações, pois se vive em uma sociedade com grandes avanços tecnológicos, uma realidade mundial nova e diferente do que a produzida no do século passado. A mudança nas relações trabalhistas nos últimos anos é inegável, principalmente com a revolução tecnológica que reduziu algumas tarefas laborais e retirou postos de trabalho, porém criou outros tipos de trabalho que não possuem pessoas capacitadas para preenchê-los. A questão inquietante é como se adequar à nova

⁹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 23 ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2007. p. 7.

⁹⁴ MORAES FILHO, Evaristo (*apud*, Dias, Viviane). *Entrevista: flexibilização uma ameaça aos direitos do trabalhador*. **Revista ANAMATRA**. ano XVIII. n. 53. 2º sem. 2007. Brasília: Gráfica Charbel, 2007. p. 07.

⁹⁵ MORAES FILHO, Evaristo (*apud*, Dias, Viviane). *Entrevista: flexibilização uma ameaça aos direitos do trabalhador*. **Revista ANAMATRA**. ano XVIII. n. 53. 2º sem. 2007. Brasília: Gráfica Charbel, 2007. p. 08-09.

⁹⁶ MORAES FILHO, Evaristo (*apud*, Dias, Viviane). *Entrevista: flexibilização uma ameaça aos direitos do trabalhador*. **Revista ANAMATRA**. ano XVIII. n. 53. 2º sem. 2007. Brasília: Gráfica Charbel, 2007. p. 08-09.

realidade mundial? Comunga-se dos ensinamentos de Evaristo de Moraes Filho, o qual acredita que as leis trabalhistas precisam de poucas modificações, mas nunca no sentido de afrouxamento da proteção, e sim de maior liberdade, pois há ainda alguma coisa excessivamente corporativista, quase fascista⁹⁷.

Analisando o vocábulo “flexível” tem-se que significa “1. Que se pode dobrar ou curvar. 2. Fácil de manejar, maleável”⁹⁸. Flexibilizar é tornar a legislação trabalhista maleável, menos rígida. Esta definição permite diferentes interpretações, que podem ser desde a elasticidade das leis trabalhistas, ampliando os direitos regulamentados, até a sua desregulamentação, que pode ocorrer com a substituição da norma estatal pela negociação. No Brasil, as propostas de alteração da legislação trabalhista visam esta última possibilidade, ou seja, que os direitos trabalhistas garantidos aos trabalhadores sejam negociados ou retirados⁹⁹.

Há que se considerar que desregulamentação e flexibilização são conceitos diferentes. Ao se flexibilizar mantém-se como pressuposto a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais em que pelo menos se protege a dignidade do trabalhador. Ao passo que na desregulamentação tem-se a progressiva supressão de regras de ordem pública, imperativas, com o correspondente alargamento da liberdade de estipulação por meio de negociação coletiva. É a retirada do Estado do funcionamento do mercado de trabalho, este se autogoverna, sob a alegação de que irá gerar mais trabalho¹⁰⁰. José Affonso Dallegrave afirma que a flexibilização é o primeiro passo para a desregulamentação¹⁰¹.

Insta apontar, como destaca Zéu Pereira, que se deve considerar que há uma flexibilização estrutural, que corresponde a uma adaptação à mudança da base de produção e à adoção de novos recursos tecnológicos e inovações organizacionais; mas há também uma flexibilização predatória que busca a redução de custos e, se levada a limites extremos, a uma exploração do trabalho¹⁰². É esta flexibilização, a predatória, que desperta a preocupação dos juristas e magistrados, haja vista a o princípio da proteção que vigora no âmbito do Direito do Trabalho.

Todavia, além da preocupação com a flexibilização predatória,

⁹⁷ MORAES FILHO, Evaristo (*apud*, Dias, Viviane). *Entrevista: flexibilização uma ameaça aos direitos do trabalhador*. **Revista ANAMATRA**. ano XVIII. n. 53. 2º sem. 2007. Brasília: Gráfica Charbel, 2007. p. 09.

⁹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 1. ed. 5. imp. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1989. p. 224.

⁹⁹ SIQUEIRA, Giselly; ACCIOLY, Néri Accioly. Flexibilização. **Revista ANAMATRA**. Colaboração Eulaide Lins e Zéu Palmeira. ano XVIII. n. 53. 2. sem. Brasília, Gráfica Charbel, 2007. p. 14.

¹⁰⁰ SIQUEIRA, Giselly; ACCIOLY, Néri Accioly. Flexibilização. **Revista ANAMATRA**. Colaboração Eulaide Lins e Zéu Palmeira. ano XVIII. n. 53. 2. sem. Brasília, Gráfica Charbel, 2007. p. 14.

¹⁰¹ DALLEGRAVE, José Affonso (SIQUEIRA, Giselly; ACCIOLY, Néri Accioly. Flexibilização. **Revista ANAMATRA**. Colaboração Eulaide Lins e Zéu Palmeira. ano XVIII. n. 53. 2. sem. Brasília, Gráfica Charbel, 2007. p. 14.).

¹⁰² PEREIRA, Zéu (*apud*, SIQUEIRA, Giselly; ACCIOLY, Néri Accioly. Flexibilização. **Revista ANAMATRA**. Colaboração Eulaide Lins e Zéu Palmeira. ano XVIII. n. 53. 2. sem. Brasília, Gráfica Charbel, 2007. p. 15).

reconhece-se que outro ponto, tão relevante quanto esse, é própria qualificação do empregado frente às novas tecnologias.

Ensina Lucília Regina de Souza Machado¹⁰³ “Assim, a capacidade de trabalho é condição fundamental da produção, portanto tem seu próprio valor de uso”. Explica que as transformações tecnológicas, em especial a partir da década de quarenta do século passado, “[...] marcam a transição de uma sociedade industrializada para uma sociedade tecnizada. Este é também o momento da passagem da fase do imperialismo clássico para a da transnacionalização do capital”¹⁰⁴. Essa sociedade tecnizada, que surge quando a sociedade industrial ainda está vigorando, é marcada pela aparelhagem eletrônica em substituição da produção maquinizada; pela redução da mão-de-obra (há uma economia de tempo do trabalho humano, em que a produção depende menos da intervenção viva do homem), bem como, por se manifestar em todos os níveis da vida social¹⁰⁵. Sintetiza argumentando que há uma elevação da qualificação média da força de trabalho, ante a adoção das novas tecnologias e novas formas de trabalho, mas estas ainda são inferiores se comparadas com as conquistas do campo tecnológico e “[...] dado o caráter restritivo, capital-intensivo, heterogêneo e não coetâneo deste processo de inovações, apenas um pequeno grupo apresentaria o perfil de qualificado, restando num outro pólo, um enorme contingente de trabalhadores *descatáveis* e desqualificados”¹⁰⁶. Frente a tudo isso, salienta “[...] a perspectiva de um grande crescimento de desemprego e de formas contratuais precárias, temporárias e fragmentadas”¹⁰⁷.

2 EXEMPLOS DE FLEXIBILIZAÇÕES TRABALHISTAS APLICADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A respeito das alterações legislativas ocorridas no Brasil e que concretizam a tendência pós-moderna de flexibilização, no sentido de reduzir ou modificar direitos, numa análise dentro do decurso de tempo, depreende-se que é uma flexibilização ocorrida de forma gradual. Com o fim de demonstrar desta assertiva, passa-se a menção de algumas das diversas normas flexibilizadas no ordenamento jurídico nacional.

A lei que abre o caminho para a flexibilização é a Lei n. 5.107/1966, com vigência em janeiro de 1967, que cria o FGTS. Isto porque ela substitui a estabilidade decorrente do tempo de serviço pelo sistema de indenização

¹⁰³ MACHADO, Lucília Regina de Souza; NEVES, Magda de A.; FRIGOTTO, Gaudêncio; et alii. **Trabalho e educação**. Campinas/São Paulo: Papyrus, 1994. p. 9.

¹⁰⁴ MACHADO, Lucília Regina de Souza; NEVES, Magda de A.; FRIGOTTO, Gaudêncio; et alii. **Trabalho e educação**. Campinas/São Paulo: Papyrus, 1994. p. 12.

¹⁰⁵ MACHADO, Lucília Regina de Souza; NEVES, Magda de A.; FRIGOTTO, Gaudêncio; et alii. **Trabalho e educação**. Campinas/São Paulo: Papyrus, 1994. p. 13.

¹⁰⁶ MACHADO, Lucília Regina de Souza; NEVES, Magda de A.; FRIGOTTO, Gaudêncio; et alii. **Trabalho e educação**. Campinas/São Paulo: Papyrus, 1994. p. 16.

¹⁰⁷ MACHADO, Lucília Regina de Souza; NEVES, Magda de A.; FRIGOTTO, Gaudêncio; et alii. **Trabalho e educação**. Campinas/São Paulo: Papyrus, 1994. p. 16.

correspondente a depósitos mensais na conta individualizada de FGTS. Em seguida vem a Lei n. 6.019/1974, que permite a criação de empresas de trabalho temporário e a contratação de empregados temporários dentro das situações legais, numa flexibilização ao princípio da continuidade do contrato de trabalho.

Em 1976, há a Lei n. 6321, que estabelece o PAT - Programa de Alimentação do Trabalhador, sem natureza salarial (ou seja, retira do caráter de salário *in natura* que alimentação tem na CLT), e ainda autoriza a dedução do lucro tributável para fins do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, do dobro das despesas realizadas em programas de alimentação do trabalhador.

A Lei n. 7.418/1985 (Institui o Vale-Transporte e dá outras providências), e anos depois a Lei n. 8212/91 (dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências), negam ao vale-transporte natureza salarial e autorizam a dedução dos gastos de custeio como despesa operacional e do imposto de renda devido pelo empregador.

A Constituição Federal de 1988 também traz em seu corpo possibilidades de flexibilização. No Capítulo II, Dos Direitos Sociais, artigo 7º, o qual garante o direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dispõe regras flexibilizadoras nos seguintes incisos: VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

No ano seguinte, a Lei n. 7855/89 (Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza os Valores das Multas Trabalhistas, Amplia sua Aplicação, Institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências) revogou o artigo 378 da CLT, dentre outros, que proibia o trabalho da mulher em situações como o período noturno, ambiente insalubre ou em atividades perigosas, em subterrâneos, minas e subsolo e em obras de construção civil.

O Tribunal Superior do Trabalho - TST - através do Enunciado n. 331, publicado no Diário da Justiça n. 21, em 28.12.1993 e 04.01.1994, amplia as hipóteses de terceirização, ao posicionar-se sobre a legalidade nos contratos de prestação de serviços. Desta forma, entende que: "I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974)"; no inciso II, que posteriormente teve nova redação com a Revisão do Enunciado n. 256 do TST, dispõe: "A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)"; e o inciso "III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a

contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta". Por fim, o inciso IV, que foi alterado pela Resolução n. 96/2000, publicada no Diário da Justiça em 18.09.2000, reza sobre o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, estabelecendo a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial, com base no art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993.

Em relação às cooperativas, a Lei n. 8949/94, que acrescenta o parágrafo único no art. 442 da CLT, nega a possibilidade de vínculo se o trabalhador apresentar-se como cooperado.

Em 1996, o presidente Fernando Henrique Cardoso denunciou a Convenção n. 158 da OIT que havia sido ratificada no governo Itamar Franco. Ele emitiu comunicado de que o País não tem interesse de adotar esse Acordo internacional, o qual permitia que uma empresa dispensasse um empregado somente se houvesse uma causa socialmente justificável. Com a denúncia da Convenção, mantém as demissões sem justa causa no ordenamento jurídico pátrio.

Uma lei que trouxe duas grandes formas de flexibilização trabalhista, haja vista o seu uso pelas empresas, é a Lei n. 9601/98, que dispõe sobre o contrato por prazo determinado. No seu artigo 1º, prevê a possibilidade de se instituir, através de convenções e os acordos coletivos de trabalho, o contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Todavia, a inovação surge quando prevê que esta forma de contratação não dependerá das condições estabelecidas no § 2º do art. 443 da CLT, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados. Com isto exclui a obrigatoriedade do pagamento do aviso prévio, da multa de 40% do FGTS, sendo que o FGTS mensal pode ser reduzido de 8% para 2%, bastando para tanto que apenas haja acréscimo no número de empregados e que seja estabelecido por convenção ou acordo coletivo.

Essa Lei cria, ainda, o chamado banco de horas. No seu art. 6º, altera a redação do art. 59 da CLT, que passa a vigorar nova redação no § 2º, permitindo a dispensa do acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de cento e vinte dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. E completa no § 3º que na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão. A

compensação feita pelo banco de horas foi ampliada para um ano, com a redação dada pela Medida Provisória n. 002.164-041 de 2001. Assim, as horas extras feitas em excesso podem ser compensadas em um ano, salvo se houver negociação coletiva com prazo menor de compensação, e sendo compensadas, o empregado não tem o direito de receber tais horas e seu correspondente adicional.

Ainda em 1998, tem-se a Lei n.9608 que aborda sobre o trabalho voluntário. Esta caracteriza como legal o serviço voluntário, sem remuneração e vínculo empregatício. E em 1999, surge a Medida Provisória n. 1878, que possibilita o trabalho aos domingos no comércio. Há, também, a Portaria n. 1964 do MTE, que cria o consórcio de empregadores rurais, permitindo que um empregado comum seja contratado por vários empregadores.

Ainda em 1999, é instituído o Estatuto das Micro e Pequenas empresas, através da Lei n. 9.841/1999, revogada a partir de 1º de julho de 2007 pela Lei Complementar n. 123/2006, dispensa essas empresas (micro e de pequeno porte) de parte de cumprimento de vários encargos sociais, denominada Lei do Simples. No artigo 13, § 3º, dispõe que as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam dispensadas do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que trata o art. 240 da Constituição Federal, e demais entidades de serviço social autônomo. E ainda, prevê no Art. 51 que essas empresas são dispensadas de: afixar o Quadro de Trabalho em suas dependências; anotar as férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro; de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem; da posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho”; e de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas. Estão dispensadas das exigências de controle de frequência de horários e da necessidade do menor aprendiz ser vinculado e acompanhado por uma instituição de ensino.

A Lei n. 10101, de 19 de dezembro de 2000, dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, sendo que esta participação nos lucros deixa de ter caráter salarial. E a Lei n. 10192/2001, que dispõe sobre as medidas complementares do plano real, no artigo 10, estabelece que os salários e as demais condições referentes ao trabalho continuam a ser fixados e revistos, na respectiva data-base anual, por intermédio da livre negociação coletiva. Tem-se a Medida Provisória n. 2.164-041/2001 que acrescenta o art. 58-A na CLT, instituindo o *part-time*, trabalho por tempo parcial, ou seja, o trabalho cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais e acrescenta o art. 476-A na CLT que permite a suspensão do contrato de trabalho pelo período de 2 a 5 meses, sem encargos sociais para o empregador, se o empregado se ausentar para participar de curso ou programa de qualificação oferecido pelo empregador, mediante convenção ou acordo coletivo.

Ainda em 2001, a Lei n. 10.243, de 19 de junho, acrescenta parágrafos ao art. 58 e dá nova redação ao § 2º do art. 458 da Consolidação das Leis do

Trabalho. Desta forma o art. 58, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: “§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários”; fica, assim, excluída deste tempo a hora extra. Já o § 2º retira as horas *in itinere* como sendo horas extras, salvo as exceções: “O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução”.

O § 2º do art. 458 da CLT estabelece que não sejam consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos à matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; seguros de vida e de acidentes pessoais; e a previdência privada. Isto demonstra que é um dispositivo que nega a natureza salarial para estas utilidades, com o fim de estimular o empregador a fornecê-las sem considerar os encargos sociais.

A Lei de falências, n. 11101/05, limita em caso de falência, o privilégio do crédito trabalhista até 150 salários mínimos. Acima deste valor, passa a ter natureza quirografária, ou seja, o trabalhador passa a ser credor menos privilegiado do que os banqueiros. E para a empresa em processo de recuperação judicial, é obrigada a pagar em 30 dias os salários atrasados, mas desde que esses não ultrapassem a quantia correspondente a cinco salários mínimos. E o arrematante judicial da empresa falida não tem qualquer responsabilidade em relação aos direitos dos empregados da empresa falida.

Em 2007, com a Portaria n. 42 do MTE, tem-se a permissão da redução do intervalo intrajornada mediante negociação coletiva.

Neste diapasão, vale mencionar que o enunciado de número 9 da Primeira Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (23 de novembro do ano de 2007), foram aprovados alguns enunciados a respeito da flexibilização¹⁰⁸:

9. FLEXIBILIZAÇÃO.

I - FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.

Impossibilidade de desregulamentação dos direitos sociais fundamentais, por se tratar de normas contidas na cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, inc. IV,

¹⁰⁸ ZAMBOTTO, Martan Parizzi. Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&revista_caderno=25>. Acesso em jun 2014.

da Constituição da República.

II - DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIOS. EFICÁCIA. A negociação coletiva que reduz garantias dos trabalhadores asseguradas em normas constitucionais e legais ofende princípios do Direito do Trabalho. A quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador.

Conforme Martan Parizzi Zambotto¹⁰⁹ fica translúcido que:

[...] a presença da norma mais favorável no presente entendimento, sendo que uma norma no direito do trabalho, como, por exemplo, acordos coletivos, só poderiam sobrepor-se a uma norma, quando forem mais benéficos ao trabalhador, ao contrário não deverá surtir seus efeitos.

Por fim, o enunciado a seguir forma um entendimento que uma supressão de direitos não pode ser chamada de negociação. Ou seja, para se negociar é precisão que ambas as partes façam concessões mutuas, e não apenas uma parte ceda.

Diante disto e ante a todo este levantamento de leis que flexibilizaram direitos trabalhistas, depreende-se até onde e o que pode ser flexibilizado do Direito do Trabalho. Concorda-se com Silvio Beltramelli Neto¹¹⁰ que defende haver limitações legais, quais sejam: “a) que seja promovida exclusivamente pela via da negociação coletiva; b) que diga respeito apenas às hipóteses autorizadas pela Constituição, que são a de redução salarial, compensação de jornada e extensão da jornada de trabalho em turno ininterrupto de revezamento”; e ainda, “c) que esta flexibilização resguarde a vida e a dignidade do trabalhador; d) que haja em termos práticos, patente contrapartida que justifique a relativização dos direitos”. Isto permitirá o não afrontamento ao princípio da proibição do retrocesso, como adiante será comentado.

4 DIREITOS SOCIAIS A FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA

¹⁰⁹ ZAMBOTTO, Martan Parizzi. Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&revista_caderno=25>. Acesso em jun 2014.

¹¹⁰ BELTRAMELLI NETO, Silvio. A flexibilização do direito do trabalho sob o enfoque constitucional. **Revista LTr: legislação do trabalho**. ano 71, p. 1324-1333, São Paulo, nov. 2007. p. 1333.

José Joaquim Gomes Canotilho¹¹¹ leciona que a conscientização do homem de feição individualista é inseparável do capitalismo mercantil e da luta pela emancipação da sociedade burguesa, tal como os direitos que decorrem da luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em *A Questão Judaica*), que colocaram em relevo necessidade de complementar os direitos do “homem egoísta”, pelos direitos do “homem total”.

Neste âmbito, continua expondo que independentemente de se aceitar os postulados marxistas, há necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno. As declarações universais dos direitos tentam uma coexistência integrada dos direitos liberais e dos direitos sociais, embora como os estados, na prática assegurem essa imbricação, é profundamente desigual¹¹².

Desta feita, os direitos sociais constituem o segundo grupo de direitos que compõe os Direitos Humanos. São direitos fundamentais que vêm se somar aos direitos individuais, oferecendo meios para que todos possam ser livres. É o Estado preocupado com o bem-estar social¹¹³. No Estado do bem-estar social observa-se mais sua obrigação como dever de fazer ou de dar algo em favor dos seres humanos. São prestações positivas a cargo do Estado cobrindo vários pontos como a família, o trabalho, a educação e a cultura. Conceituando os direitos sociais, ensina a doutrina que “[...] são aqueles que devem ser garantidos pelo Estado, para que, com apoio no Direito Econômico, possam ser, oferecidos a toda a população os meios dos quais cada pessoa necessita para realmente ser livre, usufruindo, assim, dos seus direitos individuais”¹¹⁴.

Sua finalidade é buscar a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social. São consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV da CF¹¹⁵.

Vinculado aos direitos sociais tem-se o princípio da proibição do retrocesso o qual não permite que sejam desconstituídas as conquistas já alçadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, quando se trata de direitos fundamentais de caráter social. Veda-se o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado¹¹⁶. Tem-se que no processo de efetivação desses direitos individuais ou coletivos, uma vez atingidos, não podem ser criados obstáculos para serem reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Assim, com o reconhecimento desses direitos, o Estado: a) assume o dever torná-los efetivos e, b) se obriga a preservá-los (não pode suprimir total nem

¹¹¹ CANONTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 385-386.

¹¹² CANONTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 385-386.

¹¹³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008. p. 158.

¹¹⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008. p. 160.

¹¹⁵ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil comentada: e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 428.

¹¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 163-164.

parcialmente); sob pena de transgressão ao texto constitucional¹¹⁷.

Ante ao fato de que o direito do trabalho ser um direito social, previsto no art. 6º da Constituição Federal, e assim, amparado pelo princípio da proibição do retrocesso, questiona-se que as flexibilizações trabalhistas nefastas, que retroagem direitos conquistados, ocorridas e que poderão ocorrer, são ou não transgressões ao princípio da proibição do retrocesso.

Deve-se considerar, num Estado empresarial, dentro dos países em desenvolvimento como o Brasil, se investe pouco na qualificação do trabalhador frente às novas tecnologias e considera-se neste Estado que os direitos sociais são ônus a serem extirpado. Neste sentido, Oscar Ermida Uriarte¹¹⁸ afirma que “Na sociedade industrial, o trabalho era o que garantia a cidadania do trabalhador. A sociedade pós-industrial destruiu o trabalho, mas não criou outra forma nova de garantir cidadania a quem só pode viver de seu trabalho”.

Nesse prisma do desemprego, encontra-se a argumentação neoliberal para a flexibilização das leis trabalhistas. Defendem que com a flexibilização tem-se uma diminuição no custo operacional, e a retirada de direitos sociais, possibilita o combate ao desemprego. A finalidade da flexibilização, em especial referente à liberdade de contratar e demitir funcionários, está na busca de maior lucratividade, com promessas de desemprego e de melhoria dos índices de competitividade. Propõe-se, portanto, que a solução para a questão do desemprego, como forma de atenuá-lo, está na flexibilização dos direitos trabalhistas.

Entretanto, a proteção do trabalho não é a culpada pelo desemprego, como visam apresentar os adeptos da desregulamentação e da flexibilização. Esta assertiva já foi destacada e demonstrada por juristas e estudiosos de outras áreas, como economistas e pesquisadores sociais, visto que o desenvolvimento econômico não pode ter por pressuposto a precarização do trabalho¹¹⁹.

Nesse sentido, Márcio Pochmann¹²⁰, presidente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), o qual afirma que as flexibilizações feitas no Brasil não aumentaram o emprego, mas que produziram o óbvio: a perda irreparável de direitos para aqueles que precisam do trabalho para sobreviver. Indica que “a quantidade do emprego depende da expansão da produção”, com função determinante da política macroeconômica. E demonstra que o emprego formal no Brasil cresceu 4% em média ao ano, ao passo que a economia cresce em ritmo de expansão de 5% ao ano.

Entende-se, assim, que as flexibilizações que surgem com o fim de reduzir, ou extirpar direitos já alcançados pelos trabalhadores, afrontam diretamente o princípio da proibição do retrocesso, haja vista que ser houve avanço nos direitos, não há mais como retroagir, por força de serem direitos

¹¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 164.

¹¹⁸ URIARTE, Oscar Ermida (*apud*, SIQUEIRA, Giselly; ACCIOLY, Néri Accioly, op. cit. p. 15).

¹¹⁹ A esse respeito vide: SIQUEIRA, Giselly; ACCIOLY, Néri. Flexibilizar é a solução? *Revista ANAMATRA*. ano XVIII. n. 53. Colaboração Eulaide Lins e Zéu Palmeira. Brasília: Gráfica Charbel, 2. sem. 2007. p. 17-22.

¹²⁰ POCHMANN, Márcio (*apud* SIQUEIRA, Giselly; ACCIOLY, Néri. Flexibilizar é a solução?, op. cit., p. 18-19).

sociais conquistados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A flexibilização surge dentro de um contexto social no Brasil diferente de quando as normas trabalhistas foram outorgadas por Getúlio Vargas. Naquela época vivia-se uma franca expansão da sociedade industrial. Atualmente, está-se enfrentando os problemas sociais e, sobretudo, humanos, decorrentes da reconversão produtiva, da flexibilização e informatização dos processos de produção, controle e consumo, sem que fossem alteradas as relações que fundam essa sociedade, quais sejam: as de compra e venda da força de trabalho.

O lucro é mais do que nunca visado pelas empresas, que buscam a liberdade de negociação com seus empregados, sem que haja a interferência (desregulamentação), ou pelo menos a interferência menos rigorosa, mais flexível do Estado (flexibilização).

Embora muitos juristas e magistrados resistam à flexibilização, sob o forte argumento de que o Direito do Trabalho tem como objetivo proteger o empregado e este não pode ficar à mercê de negociações com o empregador, tem-se que no Brasil muitos direitos já foram flexibilizados, inclusive com previsões no corpo da própria Carta Magna.

Em meio a essa realidade, entende-se que precisa uma modernização nas normas trabalhista. Está-se vivendo numa sociedade que apresenta novos desafios ao mundo do trabalho e que para avançar, sem barbarizar ainda mais as condições de vida, são necessárias mudanças.

Todavia, o que não se pode anuir é com as mudanças de afetam os direitos sociais dos trabalhadores, direitos estes que encontram guarida dentro do art. 7º da Constituição Federal. A flexibilização tem limite e este é a Carta Magna. Esta, ao prever a possibilidade de quais direitos podem ser flexibilizados, não deixa de vincular que devem ser feitos sob o manto protetor do sindicato, seja através de convenção ou acordo coletivo. Isto deve ocorrer tendo sempre como limite último ou primeiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, em que o homem não pode ser considerado objeto no mercado de trabalho, evitando-se, assim, a transgressão ao princípio da proibição do retrocesso.

Referências

- BELTRAMELLI NETO, Silvio. A flexibilização do direito do trabalho sob o enfoque constitucional. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, ano 71, p. 1324-1333, nov. 2007.
- CANONTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Transformações das relações de trabalho à luz do neoliberalismo. *Trabalho & doutrina: processo jurisprudência*, revista

jurídica trimestral, São Paulo, Saraiva, n. 24, p. 88-113, mar. 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 1. ed. 5. imp. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1989.

FREDIANI, Yone. Flexibilização da CLT: impactos da flexibilização da legislação trabalhista no mercado de trabalho – o que não pode ser negociado. *Trabalho & doutrina: processo jurisprudência*, revista jurídica trimestral, São Paulo, Saraiva, n. 27, p. 6-10, dez. 2002.

MACHADO, Lucília Regina de Souza; NEVES, Magda de A.; FRIGOTTO, Gaudêncio; et al. *Trabalho e educação*. Campinas/São Paulo: Papirus, 1994.

MACHADO, Sérgio Junqueira. Flexibilização da CLT. *Trabalho & doutrina: processo jurisprudência*, revista jurídica trimestral, São Paulo, Saraiva, n. 27, p. 10-16, dez. 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito constitucional: curso de direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008.

MAGANO, Octavio Bueno. A flexibilização da CLT. *Trabalho & doutrina: processo jurisprudência*, revista jurídica trimestral, São Paulo, Saraiva, n. 27, p. 3-6, dez. 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 23 ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil comentada: e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES FILHO, Evaristo. Entrevista: flexibilização uma ameaça aos direitos do trabalhador, por Viviane Dias. *Revista ANAMATRA*, Brasília, n. 53, 2. sem., 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: Editora LTr, 2009.

SILVA, Wilma Nogueira da A. V. da. O princípio de proteção e a flexibilização do direito do trabalho. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, n. 6, p. 676-680, jun. 2007.

SIQUEIRA, Giselly; ACCIOLY, Néri Accioly. Flexibilização. *Revista ANAMATRA*. Colaboração Eulaide Lins e Zéu Palmeira, Brasília, n. 53, 2. sem., 2007.

_____. Flexibilizar é a solução? *Revista ANAMATRA*, Colaboração Eulaide Lins e Zéu Palmeira. Brasília, n. 53, p. 17-22. 2. sem. 2007.

ZAMBOTTO, Martan Parizzi. Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&revista_caderno=25>. Acesso em jun 2014.

A PROIBIÇÃO DO USO DE MÁSCARAS NAS MANIFESTAÇÕES POPULARES: UMA GARANTIA DO EXERCÍCIO LEGÍTIMO DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS

Hugo Rafael Pires dos Santos¹²¹
Hiago da Silva Baggio¹²²

Resumo:

A discussão acerca da proibição ao uso de máscaras durante as manifestações populares é uma daquelas discussões apaixonadas que fazem os debatedores se entregarem sem reservas na defesa de seus argumentos. Não por outra razão, foi eleita como questão problema deste artigo que pretende apresentar uma análise dos princípios constitucionais, com o apoio de apontamentos doutrinários, assim como de julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, sobre o tema. Deste modo, necessário tecer considerações no tocante aos tipos de liberdades que imantam a liberdade de manifestação, quais sejam: liberdade de manifestação do pensamento, de locomoção e, por último, a liberdade de reunião. Em seguida, e entrando no bojo do debate público, serão apresentados os argumentos favoráveis à proibição ora discutida, mas de forma interativa, isto é, partindo-se das prováveis objeções que a defesa de tal proibição proporciona.

INTRODUÇÃO

“Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU, 2001). A gregriedade humana há muito observada por Rousseau em sua obra clássica “Do Contrato Social”, conferiu a formação de um Estado como condição necessária para a manutenção da vida em comum, sob a égide de ordenamento jurídico. O limite normativo, em maior ou menor grau, revela-se gradativamente inadequado ante o dinamismo social constante, o que, não poucas as vezes, culmina em reivindicações, protestos e, quando não, guerras. Basta apenas que se abra o livro da História.

Não de forma diferente, as manifestações populares que ocorreram e vêm ocorrendo recentemente em solo nacional, demonstram a insatisfação popular em relação à tomada de decisões políticas e administrativas pelos representantes democraticamente escolhidos pelo povo. Evidente que a colisão de interesses da sociedade, sobretudo em face de quem a governa, orienta-se sob a disciplina normativa em vigência, principalmente no que tange à ordem Constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, erigiu, ao longo de seu corpo textual, direitos e garantias fundamentais, o primeiro atuando como forma de limitação do poder

¹²¹ Graduado em Letras/Literatura pela Universidade do Norte Pioneiro - UENP (2009); Acadêmico de Direito nas Fio - Ourinhos, SP (2011-2015); Pós-Graduando em Direito Processual Civil - PROJURIS/FIO (2014-2015). Professor de Redação no Colégio Camões - Santa Cruz do Rio Pardo, SP.

¹²² Acadêmico de Direito nas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO (2011-2015).

e a segunda como disposição assecuratória na busca pelos próprios objetivos estabelecidos como de ordem fundamental pela própria Constituição (BULOS, 2005, p.108).

Nesta senda, as *liberdades* constitucionais abordadas no presente artigo tem relevância ímpar, posto que se trata da mais genuína forma de exteriorização dos anseios pretendidos pelo povo, servindo de vetor democrático indispensável que legitime a adoção de medidas públicas por quem o governa.

Pinto Ferreira (*apud*. MORAES, 2004, p. 74) argumenta que “o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente a proibição de censura”.

Não se pode negar que, em virtude da alta abstrativização e carga valorativa de tais garantias constitucionais, o exercício de tais garantias traz à tona a discussão acerca do limite quanto sua forma e meios de exteriorização, a fim de se evitar, de um lado, o exercício desproporcional e desarrazoado, portanto, ilegítimo, e do outro, sua censura, tornando-se inócua a previsão normativa.

Evidentemente não com a ingênua pretensão de esgotar o assunto, uma vez que o debate se expande à medida que os argumentos expostos dão margem para apresentação de novos, o presente trabalho, trazendo à baila as discussões acerca do uso de máscaras em manifestações populares, tem como objetivo maior, sem embargo de dissenso argumentativo, a discussão sobre medidas de qualquer natureza que garantam o exercício legítimo de garantias constitucionais, sobretudo das *liberdades*, sem que obstem ou frustrem a prática de outras de igual importância.

1 - AS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS E SUAS VERTENTES

Em “Romanceiro da Inconfidência”, Cecília Meireles vislumbrou a liberdade como a “palavra que o sonho humano alimenta que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda” (MEIRELES, 2005). Interessante notar que tal obra literária aborda o movimento comandado por Tiradentes em busca da liberdade da colônia brasileira ante o domínio português, já que a cobrança de altos tributos pela corte portuguesa desagradava sobremodo os exploradores das minas de ouro em Minas Gerais.

Nota-se, pois, a liberdade associada à defesa da propriedade. Tamanha é a dificuldade admitida pela poetisa mineira em explicar o que é liberdade, porém, mesmo sem explicação, não há ninguém que não consiga entendê-la, pois está incutido no homem como um sentimento, eis a melhor definição acerca da liberdade subjetiva.

Sem prejuízo, a proposta do professor José Afonso da Silva apraz de maneira significativa uma definição para a liberdade objetiva, com elementos da subjetiva, porquanto entenda a liberdade como a possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários para se alcançar a felicidade pessoal (2012, p. 233).

Na justificativa de tal conceito, o professor assinala que nele constam todos os elementos objetivos e subjetivos imprescindíveis à idéia de liberdade, uma vez que homenageia o poder de atuação do homem em busca de sua felicidade pessoal, de modo que as omissões do Estado (falta de escola, falta de assistência) acarretam na impossibilidade de o sujeito coordenar conscientemente os meios necessários à sua felicidade; de outro modo, nas ações estatais benéficas ao sujeito, a sua liberdade se expande, porquanto aumenta a possibilidade de coordenar de forma mais consciente os meios necessários em busca de sua felicidade (SILVA, 2012, p. 233).

Por óbvio, o conceito de felicidade, subjetivo que é, não integra o objeto de estudo deste artigo, de modo que, ater-se-á apenas à árdua tarefa de destrinchar a questão da liberdade do indivíduo perante a sociedade.

Mas o leitor sabido já observou que o subtítulo desse tópico é denominado “Liberdades”, no plural. É que a liberdade, assim como a felicidade, possui uma subjetividade intrínseca, mas também uma objetividade extrínseca, o que levou os estudiosos a separá-la em liberdade subjetiva e liberdade objetiva, sendo que aquela pertence ao mundo interior do sujeito, enquanto essa se posiciona na exteriorização do querer individual.

Ainda, dentro da esfera da liberdade objetiva, cuja existência é a que importa ao Direito positivo, agrupam-se modos de liberdade consagrados no art. 5º pela Constituição Federal de 1988, quais sejam: a liberdade de manifestação do pensamento, apenas se vedando o anonimato (inciso IV); a liberdade de consciência e de crença, bem como o livre exercício de cultos religiosos (inciso VI); a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inciso IX); a liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); a liberdade de locomoção (inciso XV); a liberdade de poder reunir-se pacificamente em locais abertos ao público, mediante comunicação prévia à autoridade competente (inciso XVI); a liberdade de associação para fins lícitos (inciso XVII); e tantos outros exemplos de liberdade homenageados pelo constituinte de 1988, não apenas nos incisos do artigo 5º, como também os espalhados por todo o texto constitucional, tal como o artigo 226, inciso II, o qual prevê que o ensino será ministrado com base no princípio da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (BRASIL. Constituição, 1988).

Muito embora a Constituição Federal enumere diversas espécies de liberdade objetiva, em rol não taxativo, por ora importará discorrer tão somente sobre a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de locomoção e a liberdade de poder reunir-se pacificamente em locais abertos ao público. Após a apresentação das liberdades que compõem o direito à manifestação, o leitor será levado a analisar a questão problema deste trabalho, qual seja: a proibição ao uso de máscaras durante os protestos sociais.

1 - Liberdade de manifestação do pensamento

A manifestação do pensamento pelo homem é a exteriorização daquilo que antes habitava a sua consciência, de modo que só passa a existir para o Direito após a sua comunicação ao mundo exterior, congratulando a liberdade de opinião. Não querer manifestar o pensamento não impede a liberdade de pensar, ou seja, mesmo que o sujeito não comunique à sociedade a sua forma de entendimento, nenhuma lei pode impedi-lo de ter os pensamentos que queira ter, ainda que nefastos, bem como suas crenças e convicções.

Sem embargos, Pimenta Bueno vai dizer:

O homem porém não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de se expressar e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade (*apud*. SILVA, 2012, p. 241).

Incrível conceber uma sociedade habitada por homens que não se comunicassem entre si, onde o pensamento fosse a única forma de diálogo entre o indivíduo e ele mesmo, na esfera de sua consciência, o que acarretaria na impossibilidade de qualquer tipo de convivência mútua. Imprescindível, portanto, a liberdade de poder manifestar o pensamento, por meio da opinião, sob risco de dissolução da sociedade e da convivência humanas.

Conforme ensinamento de Celso Ribeiro Bastos, quanto à exteriorização do pensamento:

Não se trata mais de possuir convicções íntimas, o que pode ser atingido independentemente do direito. Agora não. Para que possa exercitar a liberdade de expressão do seu pensamento, o homem, como visto, depende do direito. É preciso, pois, que a ordem jurídica lhe assegure esta prerrogativa e, mais ainda, que regule os meios para que se viabilize esta transmissão (1999, p. 156).

No julgamento da ADPF 187/DF, sobre a popularmente conhecida “Marcha da Maconha”, o Ministro Marco Aurélio assim se manifestou acerca da liberdade de expressão:

No sistema de liberdades públicas constitucional, a liberdade de expressão possui espaço singular. Tem como único paralelo em escala de importância o princípio da dignidade da pessoa humana. Na linguagem da Suprema Corte dos Estados Unidos, se “existe uma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é que nenhuma

autoridade, do patamar que seja, pode determinar o que é ortodoxo em política, religião ou em outras matérias opináveis, nem pode forçar os cidadãos a confessar, de palavra ou de fato, a sua fé nelas” – este trecho foi formalizado no caso *West Virginia Board of Education v. Barnette*. O Tribunal norte-americano assentou, no precedente referido, não haver circunstância que permita excepcionar o direito à liberdade de expressão. Isso porque, acrescento, tal direito é alicerce, a um só tempo, do sistema de direitos fundamentais e do princípio democrático – genuíno pilar do Estado Democrático de Direito.

(...) Concluo que a liberdade de expressão não pode ser tida apenas como um direito a falar aquilo que as pessoas querem ouvir, ou ao menos aquilo que lhes é indiferente. Definitivamente, não. Liberdade de expressão existe precisamente para proteger as manifestações que incomodam os agentes públicos e privados, que são capazes de gerar reflexões e modificar opiniões. Impedir o livre trânsito de ideias é, portanto, ir de encontro ao conteúdo básico da liberdade de expressão.¹²³

Em contrapartida, à manifestação do pensamento não pode ser omitida a autoria de quem a manifestou, é o contido na parte final do inciso IV, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, onde se apregoa a vedação ao anonimato, a fim de evitar subterfúgios do autor no que toca à eventual responsabilidade civil do teor expressado em desfavor de outrem (BRASIL. Constituição, 1988).

Celso Ribeiro Bastos assevera, ainda, que o anonimato é a forma mais torpe e vil de emitir-se o pensamento, porquanto denota vício moral consistente na falta de coragem do emissor em assumir a responsabilidade de seus atos (1999, p.158).

É a lição de Alexandre de Moraes:

Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a conseqüente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga (2003, p.72).

Nota-se, pois, a preocupação em manter uma harmonia entre os

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 187/DF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187MMA.pdf> >. Acesso em: 21 de mar. 2014.

direitos, isto é, garantir-se a manifestação do pensamento, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal dos autores que tenham emanado conteúdo abusivo.

1.2 - Liberdade de locomoção

Se o homem é livre para pensar e externar o seu pensamento, deve sê-lo também para se locomover no território nacional, pois de nada adiantaria a liberdade de expressão se não houvesse liberdade de ir e vir, ou seja, se o homem não pudesse se locomover livremente não haveria com quem compartilhar suas opiniões. É preciso que seja livre em ir e vir, para que possa interagir e se comunicar com os demais.

E o leitor afoito já está a refutar tal posicionamento, não de todo sem razão, já que o maior benefício das redes sociais na internet talvez seja justamente poder se comunicar sem sair do lugar. Caro e precipitado leitor, a liberdade de ir e vir, ficar e permanecer, antecede mesmo o direito de se comunicar por meio das mídias tecnológicas, notadamente a internet. Não fosse a liberdade de ir e vir, o indivíduo não poderia sair de sua casa para ir à loja de eletrônicos adquirir o seu modelo avançado de telefone celular, o técnico em telecomunicações não poderia ir às residências instalar a internet nos computadores multimídias, e os encontros marcados entre as pessoas não poderiam jamais se concretizar, o que certamente frustraria sobremaneira os casais apaixonados do mundo internético. Ademais, as mídias impressas não teriam vendagem, pois as pessoas não iriam às bancas, e os entregadores seriam impedidos de se locomoverem para a entrega de seus jornais. Seria impossível a vida em sociedade.

Neste sentido, Celso Ribeiro Bastos:

É pela locomoção que o homem externa um dos aspectos fundamentais da sua liberdade física. Circular consiste em deslocar-se de um ponto para outro. Em um sentido amplo, contudo, deve incluir o próprio direito de permanecer. Esta circulação há de se dar, é óbvio, segundo os meios tecnológicos existentes e as obras viárias realizadas. O direito de circular, pois, encontra duas sortes de limitações: uma, concernente à própria manifestação deste direito, e a outra que pode defluir das regulamentações impostas pelos poderes públicos aos meios de locomoção, e à utilização das vias e logradouros públicos (1999, p. 168).

Prossegue:

A restrição pode advir também por força da implantação do estado de defesa. Isto significa que, como a Constituição prevê esta modalidade de restrição das liberdades como própria deste referido estado, não pode a

lei estatuir limitações ao direito de livremente circular, sem a ocorrência do aludido pressuposto constitucional (BASTOS, 1999, p. 168).

Tal é, portanto, a importância do direito à liberdade de locomoção, de modo que o constituinte a estipulou como regra geral no texto constitucional e a prisão (segregação da liberdade de ir e vir) de forma excepcional. Além, é claro, de eventuais vedações em decorrência de guerra declarada pelo governo brasileiro, após a autorização do Congresso Nacional.

1.3 - Liberdade de poder reunir-se pacificamente em locais abertos ao público

É bem de ver que o constituinte seguiu um raciocínio lógico ao anunciar no texto constitucional os princípios de liberdade do homem, pois, o indivíduo possui a liberdade de poder pensar e expressar o pensamento; mas, como ser gregário que é, tem a liberdade de ir e vir, inclusive para propalar suas opiniões com outras pessoas, e, finalmente, é livre para poder reunir-se com os demais para pensar em conjunto, para ir e vir acompanhado, para ficar e permanecer ao lado de seus semelhantes, desde que seja de modo pacífico e sem o uso de armas.

O professor José Afonso da Silva explica que:

Aliás, a liberdade de reunião é daquelas que podemos denominar de liberdade-condição, porque, sendo um direito em si, constitui também condição para o exercício de outras liberdades: de manifestação do pensamento, de expressão de convicção filosófica, religiosa, científica e política, e de locomoção (liberdade de ir, vir e ficar) (2012, p. 265).

Conforme artigo 5º, inciso XVI, da Constituição:

Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (BRASIL. Constituição, 1988).

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, reunião é o agrupamento organizado de pessoas com o fito de discutir ideias e firmar posição comum, de modo que não pode ser tido como reunião o mero agrupamento fortuito de pessoas, pois, muito embora a reunião exista durante apenas um lapso de tempo, necessário que haja entre os seus membros uma intenção comum, sob uma direção (2001, p. 295).

Em contrapartida, José Afonso da Silva define reunião como o

agrupamento não organizado de pessoas com propósito de trocar ideias. Não é propriamente organizado, porque organização pressupõe estruturação interna e acerto entre os participantes, ao passo que na reunião a formação grupal é passageira, ou seja, não possui uma estruturação interna com separação de funções e todo o mais que há em uma organização. Para que se concretize, basta uma avocação prévia sob a direção de alguém ou de uma comissão (2012, p. 264).

Ocorre que Manoel Gonçalves Ferreira Filho atrela direção à organização, ou seja, se há a direção de alguém, há organização. Enquanto que para José Afonso da Silva, a exigência de se ter uma direção não implica necessariamente em um movimento organizado, uma vez que entende a organização como algo mais estruturado e duradouro.

Sem entrar no mérito de qual a definição mais acertada, importa assinalar que reunião compreende a manifestação e a passeata populares nos espaços públicos, sendo que aquela ocorre em um determinado lugar, enquanto esta percorre os logradouros públicos da cidade.

No que tange a locais abertos ao público, cumpre lembrar que não se trata apenas de lugares públicos, mas de locais, embora privados, abertos à população em geral. De igual modo livres, as reuniões privadas estão alicerçadas por outros direitos fundamentais de mesma magnitude, ou seja, não se pode ter como limite ao exercício do direito de reunir-se, o pressuposto de que deva ser somente em locais abertos ao público (SILVA, 2012, p. 265).

Mas, por ora, a discussão que importa se fixar é em torno da liberdade de reunir-se em locais abertos ao público, e, neste diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969/ DF, discutida e julgada procedente no Supremo Tribunal Federal em 2007, analisou o Decreto nº. 20.098/99 do Distrito Federal, o qual restringia o direito de manifestação com o uso de carros, aparelhos e objetos sonoros em frente a Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e Praça do Buriti e vias adjacentes, da Capital Federal, sob o fundamento de interferir na fruição do serviço público. Após a análise do caso, os Ministros detectaram uma desproporcionalidade no referido decreto, porquanto assentaram que um direito fundamental de tal grandeza, só pode sofrer limitações ante a outro direito fundamental de mesma relevância. Destarte, o Ministro Ricardo Lewandovski observou em seu voto:

Ora, certo que a manifestação sonora nas imediações de um hospital afetaria a tranqüilidade necessária a esse tipo de ambiente, podendo, até mesmo, causar prejuízos irreparáveis aos pacientes. Ter-se-ia, nesse caso, uma hipótese de colisão entre direitos fundamentais, na qual o direito dos pacientes à recuperação da saúde certamente prevaleceria sobre o direito de reunião com tais características. Numa situação como essa, a restrição do uso de carros, aparelhos e objetos sonoros mostrar-se-ia

perfeitamente razoável.¹²⁴

Em outras palavras, prevaleceu a regra da proporcionalidade, vez que não cuidou de um direito como sendo absoluto, conquanto não haja direitos absolutos em uma democracia, mas reconheceu a natureza sublime do direito de reunião, a ponto de somente ser constringido quando confrontado, em dada situação, com outro direito fundamental de igual grandeza.

2 - O USO DE MÁSCARAS NAS MANIFESTAÇÕES POPULARES

Percorrida essa breve trilha sobre as nuances das liberdades, é hora de entrar na discussão acerca do uso de máscaras durante as manifestações populares em todo o país. Até que ponto está correto a proibição a tal prática? Eis a análise proposta.

O direito de manifestação, como já consignado alhures, é uma liberdade-condição, que José Afonso da Silva assinala (2012, p.265) como sendo um direito que constitui condição para outras liberdades, ou seja, na manifestação popular coexiste a liberdade de pensamento, de expressão, e de locomoção (ir e vir). É, neste sentido, um direito que engloba em si tantos outros direitos de liberdade. Nota-se, portanto, a sua importância. Mas, ainda assim, diante de outro direito de mesma magnitude, torna-se possível constringir certos direitos fundamentais, a fim de que prevaleça para aquele caso concreto, a solução mais razoável.

Daí, a proibição de usar máscaras durante as manifestações não obsta o direito de manifestar-se, mas tão somente pretende evitar que sujeitos mascarados não sejam identificados pelos seus atos lesivos. Afinal, diante de casos envolvendo depredação do patrimônio público e privado, por certo a necessidade de se adequar aos acontecimentos. Fora isso, se a CF/88 diz que é "livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato", é razoável entender que: se na simples manifestação do pensamento veda-se o anonimato, quanto mais na liberdade de protestar nas vias públicas, cujo direito engloba tantas outras liberdades.

Nesta senda, surgem argumentações contrárias e das mais variadas razões, as quais insta apresentar para que se possa, efetivamente, enriquecer o debate público.

2.1 - A (não) presença do Direito Penal do Inimigo na proibição do uso de máscaras

No direito penal do autor, o Estado presume que o indivíduo cometerá um ilícito e, antes disso, o impede de cometê-lo, pois aquele autor tem as características ou um passado que o torna um criminoso em potencial. O

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1969/DF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi1969.pdf> >. Acesso em: 30 de mar. 2014.

acontecimento (fato), por sua vez, pouco importa, de modo que a preocupação maior é com o agente, e não com o resultado da sua conduta e o quanto ela possa ter interferido negativamente no mundo das coisas e das pessoas.

Sem a pretensão de excluir demais verdades, mas tal argumentação não tem amparo na discussão presente, pois a vedação ao uso de máscaras justifica-se pelo próprio texto constitucional, não de forma expressa, mas implícita, a partir de uma leitura sistemática do artigo 5º no inciso que trata da vedação ao anonimato na liberdade de expressão, a fim de que possa ser possível a responsabilização do agente pelos danos que causar.

Ora, o sujeito mascarado durante uma manifestação que reúne dezenas de milhares de pessoas nas vias públicas, muito embora de corpo presente, é também um sujeito anônimo, porquanto tenha escondida sua face e dificulte sua identificação na massa, o que lhe proporciona um escudo para a prática de ato lesivo. Ademais, causa insegurança aos próprios manifestantes que não podem saber quem está caminhando a seu lado, pois a identidade civil prestada por meio de documentos não é exposta com tanta facilidade quanto a aparência física e facial de toda pessoa.

Conforme Rogério Greco, sobre os atos criminosos de membros de grupos como os “black blocs”, onde vislumbra a tipificação do crime de associação criminosa prevista no art. 288 do Código Penal:

O problema, na verdade, não é tão complexo como se pensa. Temos, inicialmente, que separar o joio do trigo. Muitos jovens estão deixando de se juntar a outros, em suas manifestações populares, assustados pelas atitudes criminosas daqueles que se infiltram no grupo, sob uma denominação qualquer, a exemplo dos *black blocs*, e praticam toda sorte de crimes, inclusive contra os próprios manifestantes.¹²⁵

E então o leitor ácido pode estar se questionando: “ora, mas o Greco está falando de crimes, e usar máscaras nunca foi um crime”.

Por certo que não, crítico leitor. Contudo, o uso de máscaras pode servir como meio para a prática de toda sorte de crimes. Além disso, não se olvida que a segurança durante os protestos deve ir muito além da mera proibição do uso de máscaras. Não há quaisquer ilusões nesse sentido. Mas é sabido que para que o agente possa ser responsabilizado pela sua conduta, deve antes ser individualizado no meio da massa, o que se torna mais complexo caso esteja vestindo uma máscara.

Mas um exemplo pode servir para a defesa dos argumentos até aqui expostos: ante inúmeros assaltos a bancos e a casas lotéricas, surgiram leis que impedem a entrada de pessoas com capacetes nessas instituições, buscando facilitar a identificação visual do indivíduo. Ou seja, a proibição não se deu por

¹²⁵ Excerto extraído do artigo “Movimentos populares e associação criminosa”, de autoria do doutrinador Rogério Greco. Disponível em: < <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2498> >. Acesso em: 12 de fev. 2014.

conta da premissa de que todo aquele que usa capacete seja criminoso, mas sim da necessidade de facilitar a identificação de sujeitos que antes usavam de meios lícitos para cometer atos ilícitos, afinal, usar capacete nunca foi crime, mas servia, nesse caso, como subterfúgio para a prática do ato lesivo. Dessa forma, com a pretensão de assegurar a segurança pública, fez-se necessária a proibição do uso de capacete nesses locais.

Note que o eixo motivacional da lei não foi a pessoa em si, mas, sim o fato de incontáveis crimes ocorrerem com essas características, de modo que a proibição se justifica pela viabilidade de poder reconhecer com maior facilidade o indivíduo. É o que ocorre em relação à vedação ao uso de máscaras, o sujeito não está impedido de manifestar-se publicamente e reunir-se livremente, para isso pouco importa a sua ficha de antecedentes (no direito penal do autor nem se permitiria nesses eventos a participação de sujeitos presumidamente suspeitos), já que em nenhum momento proíbe-se o ato de protestar, basta que retire a máscara.

Neste sentido, trata-se de uma medida de segurança e de preservação da ordem pública, bem como de preservação da liberdade de manifestação, porquanto tutele o direito da grande maioria de manifestantes que saem às ruas para protestar de forma legítima e de cara limpa, e não com uma máscara escondendo a sua verdadeira face, porque um povo indignado não tem motivos para se esconder, ao contrário, quando vai às ruas é para fazer cair as máscaras dos políticos, e, para tanto, o povo não pode estar mascarado. Um povo mascarado nunca irá desmascarar o seu político, pois este é mero reflexo do seu povo.

2.2 - A (não) inconstitucionalidade de Lei que proíba o uso de máscaras nas manifestações

O direito de manifestação, insculpido no art. 5º, inciso XVI da CF/88, é um direito de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou seja, não depende de norma infraconstitucional para surtir efeitos, isto é, desde a promulgação da Constituição em 1988 é capaz de produzir seus efeitos sem quaisquer regulamentações abaixo do texto constitucional, bem como não pode sofrer limitações diversas das que o constituinte já tenha declarado.

O professor José Afonso da Silva, em capítulo dedicado às liberdades individuais, aponta que:

As normas constitucionais que definem as liberdades consideradas neste capítulo são, via de regra, daquelas que denominamos de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, porque o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam. Vale dizer, não dependem de legislação nem de providência do Poder Público para serem aplicadas (2012, p. 268).

E preceitua, no tocante ao inciso LXXI do mesmo artigo:

É necessário estar atento ao que acaba de ser dito, para não supor que exista ou deva existir norma reguladora do exercício das liberdades. O exercício das liberdades não depende de normas reguladoras, porque, como foi dito, as normas constitucionais que a reconhecem são de aplicabilidade direta e imediata, sejam de eficácia plena ou de eficácia contida. Portanto, a expressão "falta de norma reguladora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais [...]" do inciso LXXI art. 5º não pode induzir a que as liberdades dependem de normas reguladoras para serem viáveis (SILVA, 2012, p. 268).

Deveras, a leitura precipitada do referido inciso poderia ensejar a falsa idéia de que para o exercício de direitos e liberdades fundamentais e constitucionais seja imprescindível a existência de norma reguladora, no entanto, as liberdades não estão atreladas à criação de normas infraconstitucionais, já que possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Sem embargos, porém, não é plausível o engessamento acerca de determinados temas. O fato de a liberdade de manifestação ser uma daquelas normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, muito embora possa impedir o legislador ordinário de abordar aspectos que não eram conhecidos do constituinte originário à época da promulgação da Carta Constituinte, não obsta a tratativa por meio de emenda constitucional, conforme incisos e parágrafos do art. 60 da CF/88, uma vez que, afugentar a discussão e olhá-la com os olhos da década de 1980, é medida antidemocrática que não merece amparo em um Estado de Direito que atenda aos anseios da população.

Ao proibir o uso de máscaras durante os protestos, o poder constituinte derivado não está extinguindo o próprio direito de manifestação, tão somente faz uma leitura daquilo que tem ocorrido nas últimas reivindicações populares, onde manifestantes mascarados se aproveitaram de suas máscaras para cometerem danos das mais diversas naturezas e se imiscuíram de suas responsabilidades sob o manto do anonimato em meio à massa. Neste sentido, ao contrário de querer abolir o direito à manifestação, tal vedação seria uma forma de incentivar a população a participar de protestos legítimos, sem a desordem e os crimes, ainda que poucos, mas que maculam a imagem das manifestações sociais.

De outro norte, é possível trilhar um outro caminho legislativo apto a justificar a constitucionalidade de uma lei infraconstitucional sobre o tema ora analisado. É que partindo do pressuposto de que a liberdade de manifestação engloba tantos outros direitos de liberdades, dentro daquilo que já fora consignado nas linhas alhures como sendo uma liberdade-condição, é razoável a interpretação estendida do inciso IV ao inciso XVI, ou seja, se na liberdade de manifestação do pensamento é vedado o anonimato, e se essa liberdade é englobada pela liberdade de manifestação, assim também o é vedado o anonimato durante os protestos, onde mais do que a responsabilidade textual,

há a presença física do indivíduo, capaz de causar danos ainda maiores que a mera escrita.

Ora, se é vedado o anonimato para textos escritos, não é de se admiti-lo também nas manifestações populares, pois é como se a palavra escrita ganhasse voz, força física e locomoção, e se agrupasse a tantas outras palavras de tantas outras pessoas, numa espécie de compêndio humano capaz de causar estragos muito maiores que a simples resma de folhas.

Neste sentido, lei ordinária poderia regulamentar a vedação subtendida acerca da liberdade de reunião, de modo que não estaria eivada de inconstitucionalidade, desde que discutida em esfera Federal, conquanto tratasse de tema de competência privativa da União e não dos Estados-membros, consoante art. 22 da CF/88.

2.3 - A (não) criminalização do uso de máscaras

Desde os acontecimentos de junho de 2013, inúmeros projetos de lei começaram a surgir no Congresso Nacional com o fito de regulamentar, abordar, entender um fenômeno social que havia anos não acontecia no Brasil: as manifestações populares.

Para se ter uma idéia, na Câmara dos Deputados, dez recentes projetos de Lei sobre violência e segurança durante as manifestações estão prontos para serem votados, dentre os quais oito tratam sobre a proibição do uso de máscaras.

Alguns dos projetos propõem a criminalização do uso de máscaras durante as reivindicações, de modo a inserir na Lei de Contravenções Penais dispositivos que vedem tal conduta (PL 6614/2013, 6198/2013, 6461/2013). De forma mais gravosa, o PL 7188/2014 propõe penas mais duras aos manifestantes que estejam usando máscaras, com a imposição de pena de detenção de um a três anos.¹²⁶

Com o devido respeito aos projetos propostos pelos representantes do povo, não se pode perder de vista que o equilíbrio deve sempre estar presente nas decisões públicas, pois, do contrário, a sociedade estará fadada ao insucesso e a rompantes que só tendem a abalar a democracia e a harmonia social.

Proibir o uso de máscaras durante as manifestações é medida acertada para o pleno exercício do direito por todos, pois, muito embora possa parecer uma restrição a direito constitucional, a bem da verdade nada mais é senão a garantia de que todos podem protestar de forma legítima, sem prejuízo a outros direitos de igual importância. Contudo, o simples uso de máscara não enseja, de forma imprescindível, a tutela penal como meio necessário para a proteção de determinado bem ou interesse. Logo, se a garantia de preservação de um interesse possa ser de forma alternativa e menos drástica, porém, de igual eficiência assecuratória, assim o deve ser tratado.

¹²⁶ BRASIL, Câmara dos Deputados. Projetos de Lei disponíveis em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em: 14 de fev. 2014.

Os atos considerados contrários ao direito podem ser tratados de forma diversa, ou seja, por meio das diferentes ramificações que não o Direito Penal, quando aqueles forem considerados bastante para assegurar a existência a que se propõe. Decorrem, portanto, de política legislativa. Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, em interessante estudo, argumenta que:

O Estado-legislador pode optar em descrever determinadas condutas contrárias ao direito e a elas imputar uma consequência de natureza penal (geralmente uma pena restritiva de liberdade) e/ou uma consequência de natureza administrativa (geralmente a aplicação de uma multa). As esferas penal e administrativa são autônomas e independentes, assim como a esfera civil.¹²⁷

O tratamento jurídico acerca do uso de máscaras em manifestações que aqui se propõe é de cunho estritamente administrativo, na qualidade de infração administrativa, tendo como consequência a apreensão de máscaras e/ou a retirada de recursos congêneres utilizados para ocultação do rosto, bem como de abordagem com busca pessoal, sem prejuízo do uso das atribuições conferidas pelo art. 301, do Código de Processo Penal.

Há, inclusive neste sentido, Projeto de Lei pendente de apreciação pelo Plenário (PL 7.157/2014), apresentada em 19.02.2014, pelo Deputado Federal Onyx Lorenzoni¹²⁸, que confere de forma legítima o pleno gozo dos direitos e garantias, sobretudo as liberdades insertas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegurando, por outro lado, meios para facilitar a responsabilização nas diversas searas jurídicas daqueles que se utilizam de uma garantia para afrontarem o direito. É com base nessa premissa que se conclui que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Magna carta (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)” (apud. MORAES, 2004, p. 63), ou seja, ainda que abrangente e de suma importância para o indivíduo e a sociedade, não pode haver direito de caráter absoluto, de modo que ante a suposta colidência entre dois ou mais direitos de mesma magnitude, a limitação a cada um estará refletida no outro direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão de direitos e garantias individuais e coletivos consagrados, em sua maioria, no art. 5º, da Constituição Federal, não confere aos seus destinatários o uso arbitrário de tais como salvaguarda de atividades ilícitas,

¹²⁷ Conteúdo disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/754454/DLFE-45907.pdf/Revista_60_Doutrina_pg_204_a_213.pdf>. Acesso em: 11 de jun. 2014.

¹²⁸ Conteúdo disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606554>. Acesso em: 11 de jun. 2014.

tampouco argumento para impedir ou atenuar a responsabilidade pertinente ao ato praticado.

As manifestações que ocorreram e vêm ocorrendo desde meados de 2013 em toda a geografia nacional, demonstram o exercício dos direitos e garantias, sobretudo das liberdades aqui singelamente expostas, como forma de insatisfação e reivindicações no que tange a decisões políticas tomadas por aqueles democraticamente escolhidos.

Cediço que em meio a grande massa de cidadãos uma pequena porção de “manifestantes” utilizam-se, além da aglomeração de populares, de máscaras e outros recursos congêneres para prática de delitos de toda a sorte, o que dificulta e, não por vezes, impede a identificação do agente infrator, que em nada se confunde com os ideais de quem pacificamente exerce seu direito enquanto pessoa com capacidade para tanto.

O uso distorcido e desarrazoado de tais prerrogativas apresenta atualmente grande celeuma política e legislativa quanto à limitação/relativização acerca de seu exercício.

A medida proposta, longe de se caracterizar como uma censura ou supressão travestida de legalidade, apresenta uma providência apta a regular o exercício legítimo e arrazoado das liberdades por aqueles que as exercem regularmente, frustrando, por outro lado, os atos daqueles que utilizam-na como argumento para práticas ilícitas, apresentando-se, desta forma, como verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito.

Deste modo, uma sociedade só é livre à medida que cada um dos cidadãos tenha efetivos direitos e garantias, mas, além disso, saiba também respeitar os direitos e garantias dos demais e, sobretudo, tenha consciência de que, em uma sociedade organizada em busca do bem comum, nenhuma liberdade é absoluta, pois se assim o fosse, não seria mais do que prisão aos mais fracos. Portanto, a liberdade de manifestação é direito fundamental de todo cidadão, mas o uso de máscaras para fomentar o vandalismo nessas reuniões, não pode se sobrepor aos outros pilares da República.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. In: Vade Mecum Saraiva / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cúria, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. - 14ª Edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 27ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELES, Cecília. Romanceiro da Inconfidência. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Direito Constitucional. 16ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004.
ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social. Trad. Rolando Roque da Silva.
Ed. Ridendo Castigat Mores. Versão eletrônica disponível em:
<<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/contratosocial.html>>. Acesso em: 05 de
jun. 2014.
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª Edição.
São Paulo: Malheiros, 2012.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA ENFERMA

Jamile Gonçalves Calissi¹²⁹

RESUMO:

Pretende-se construir a categorização da pessoa enferma e investigar a proteção jurídica dispensada à categoria pelo ordenamento jurídico brasileiro, partindo da conceituação jurídico-internacional, passando pela proteção constitucional e, finalmente, estudando o sistema que aplica as políticas públicas de saúde do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS), organização internacional especializada em saúde, subordinada à Organização das Nações Unidas propôs um conceito para saúde no preâmbulo de sua Constituição, reconhecendo-a como o “estado de completo bem-estar físico, psíquico e social”.

Essa abordagem conceitual denota uma ampliação na compreensão de saúde como mera ausência manifesta de doença¹³⁰, trazendo à tona uma proposta jurídico-científica que além de estabelecer como saudável a pessoa que apresenta condições de higidez física e mental e integração à convivência social, dá ensejo, por sua vez, a um direito subjetivo do indivíduo sob três dimensões: a individual, a coletiva e a de desenvolvimento:

Já as formulações incorporadas pela Constituição da Organização Mundial de Saúde, consubstanciando inegável evolução na abordagem do tema, talvez apresentem com virtude maior a identificação da saúde como um bem jurídico que apresenta três diferentes dimensões: uma individual, outra coletiva e outra ainda de desenvolvimento¹³¹.

A dimensão individual refere-se ao direito subjetivo do indivíduo de assistência integral para evitar uma doença, trata-la e, finalmente, readequá-lo socialmente¹³².

A dimensão coletiva vem estampada no preâmbulo da Constituição de 26 de julho de 1946 da OMS, determinando que o bem estar de cada um individualmente depende da cooperação estatal: a saúde de todos os povos é fundamental para se alcançar a paz e a segurança e depende da mais ampla cooperação e indivíduos e Estados; os resultados alcançados por qualquer

¹²⁹ Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino.

¹³⁰ ALMEIDA FILHO, Naomar de. O que é saúde? Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

¹³¹ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direito Sanitário. São Paulo: Verbatim, 2.010, pág. 10.

¹³² DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2.010, id. ibid. pág. 10.

Estado na promoção e proteção da saúde são valiosos para todos e, a desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e no controle das doenças, especialmente as transmissíveis, constitui um perigo comum¹³³.

Por fim, a dimensão de desenvolvimento, também expressa no preâmbulo da Constituição de 26 de julho de 1946 da OMS, como “a extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para a mais ampla realização da saúde”¹³⁴.

Nesse sentido, imperioso o conceito de saúde:

processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar¹³⁵.

E, a partir dele, o conceito de enfermidade como a ausência manifesta de saúde, em um processo de categorização que encontra a sua justificativa na inversão do conceito de pessoa saudável.

Então, tem-se, pois, que pessoa enferma é aquela que não apresenta condições de higidez física e mental e integração à convivência social, que não possui um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social.

Assim, com base nos aspectos apresentados, far-se-á uma investigação acerca da proteção constitucional da pessoa enferma a partir do entendimento de proteção jurídica à saúde no Brasil.

1. O DIREITO À SAÚDE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos assumiu posição solene em favor do direito à saúde, conforme artigo 25, *in verbis*:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto a alimentação, ao vestuário, ao alojamento, a assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

¹³³ DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2.010, id. *ibid.* pág. 8-9.

¹³⁴ DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2.010, id. *ibid.* pág. 9.

¹³⁵ SCHWARTS, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pág. 32.

Também, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 que apontou, no artigo 12, o direito à saúde, e estabeleceu mecanismos para assegurar o seu pleno exercício: "Os Estados-partes no Presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental" .

Estabeleceu, assim, obrigações aos Estados, tais como a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, por sua vez, estabeleceu em seus artigos 4º e 5º, o direito à vida e o direito à integridade pessoal:

ARTIGO 4

Direito à Vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

ARTIGO 5

Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua

integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, a ser submetido a tratamento adequado à sua condição de pessoal não condenada.

5. Os menores, quando puderem ser processados, deve ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Na Constituição Federal de 1988, a chamada Ordem Constitucional da Saúde estabeleceu um sistema principiológico próprio, caracterizado pela fundamentalidade, responsabilidade estatal, acesso universal e igualitário, gratuidade e integralidade:

Art. 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.

O direito à saúde é direito social pertencente aos direitos fundamentais, com núcleo irredutível composto pela dignidade humana, portanto, expresso nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal,¹³⁶ e como tal, indica a exigência de atividade prestacional através da oferta de serviços públicos e atividade normativa e reguladora por parte do Estado.

Neste diapasão esclarece-se, por oportuno, que os direitos fundamentais são de ordem subjetiva, entretanto sua dimensão não se encerra nesta concepção. Os direitos fundamentais, assim considerados, assumem também uma dimensão institucional, indicando que o respeito e a observância deles constitui fundamento de validação da ordem política e do Estado Democrático de Direito.

Tem-se que os Estados, na sua concepção primária, nascem de forma totalitária, absoluta, e, no exato momento que reconhecem o arcabouço dos direitos fundamentais, indicando direitos de ordem subjetiva, do ser humano,

¹³⁶ Art. 6º 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.

automaticamente, impõe um *non facere*, impõe uma dimensão institucional impedindo a atuação do próprio ente federado e impondo ao mesmo a garantia perante a sociedade como um todo, dos direitos fundamentais esculpido no contexto constitucional e assim garantidos aos cidadãos.

Sendo assim, a garantia de tais direitos importa em inserção social do homem e, por conseguinte, sua privação implica em afirmarmos que o cidadão estaria em última e primeira análise privado da vida ou do direito de pertencer à sociedade que o abriga.

Portanto, por fundamentais entende-se os direitos que, ora se conformando como direitos subjetivos e ora indicando a atuação estatal na validação de referidos direitos reconhece e tem por objetivo, a proteção da pessoa humana em suas diversas dimensões, a saber, “em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômico e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade)”¹³⁷.

E é nesta idéia de sistema que se interrelacionam e se integram que reside a fundamentalidade dos direitos assim protegidos.

Os direitos sociais, por sua vez, são de ordem subjetiva, mas possuem, ainda, outras dimensões que não se encerram nesta concepção porque enquanto direitos fundamentais, estes, assim considerados, assumem também uma dimensão institucional, indicando que o seu respeito e observância, constitui fundamento de validação da nossa ordem política e do estado democrático de direitos.

Assim concebidos, isto é, como direitos a que correspondem obrigações de fazer, a cargo não apenas do Estado, mas da sociedade, em geral — não por acaso, ao enunciar alguns desses direitos (e. g., saúde e educação), a nossa Carta Política afirma que eles constituem “direitos de todos e dever do Estado” —, a primeira e radical indagação que suscitam esses novos direitos é saber como torná-los efetivos sem sacrificar os valores liberais, a cuja luz devem ser mínimas quaisquer intervenções na vida dos cidadãos¹³⁸

Os direitos sociais, então, em oposição aos direitos individuais (ou direitos de defesa) que postulam uma abstenção estatal, são caracterizados por uma ação positiva do Estado e, a princípio, não comporiam o conteúdo do conceito de direito fundamental:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra

¹³⁷ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988. Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, pág. 15.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4^o ed, São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 760.

intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado¹³⁹.

Contudo, a historicidade supõe que, da gênese dos direitos individuais surgiram os direitos sociais.

Após a primeira geração (dimensão) dos direitos que consagrou a liberdade com a proteção da propriedade privada e autonomia da vontade, da própria afirmação da liberdade através da oposição à escravidão, desenvolveu-se o capital que, por sua vez, ao negar a liberdade em função da “escravidão” dos trabalhadores, criou os direitos sociais, denominados de segunda geração e antítese da própria tese.

Os direitos sociais, chamados por Alexy de direitos à proteção (em sentido estrito), são aqueles condizentes com todos os direitos que clamam por uma ação positiva do Estado, sendo divididos em direitos cujo objeto é uma ação fática e direitos cujo objeto é uma ação normativa.

Comportam algumas variáveis: direitos à proteção, direitos a organização e procedimentos e direitos a proteções em sentido estrito (ou direitos sociais propriamente). São direitos a proteção “os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros.” Direitos a organizações e procedimentos referem-se “tanto a direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais.” Por fim os direitos à prestação que “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares¹⁴⁰.

Todos devem ser subjetivos e de nível constitucional para pertencerem aos direitos a prestações em sentido amplo. Ou seja, não compõe o conjunto o direito subjetivo que não seja constitucional, tampouco o direito constitucional que não seja subjetivo (direito constitucional objetivo)¹⁴¹.

Direitos sociais, portanto, são direitos à prestação (em sentido estrito), que exigem do Estado medidas para atenuar a desigualdade¹⁴².

... os direitos fundamentais da Constituição Alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples...

... O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e

¹³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 432.

¹⁴⁰ ALEXY, 2006, pág. 451, 474 e 499.

¹⁴¹ ALEXY, 2006, id. ibid. págs. 450-451.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pág. 143.

seu conteúdo¹⁴³.

Segundo disposição constitucional brasileira, e diferentemente da Constituição alemã, os direitos sociais são, além de substanciais, tal o conteúdo principiológico de sua característica de fundamentalidade, também formalmente fundamentais por força do Título II da Constituição Federal de 1988.

E o direito à saúde, pois, também enxertado nos fundamentos da República Federativa do Brasil pelo princípio da dignidade da pessoa humana do artigo 1º, inciso III, é conceito amplo que comporta várias definições.

No conceito jurídico-científico, saudável a pessoa que apresenta condições de higidez física e mental e integração à convivência social a manifesta ausência de doença.

E, enquanto fenômeno polifacético, que depende da cooperação entre Estado e indivíduos, a saúde abarca três dimensões: a individual, a coletiva e a de bem jurídico em desenvolvimento.

Com efeito, a afirmação da saúde como ausência de doença, como dito, embora padeça de insubsistência, afirma a existência de um núcleo preciso, orientando a compreensão do que, de forma clara e inquestionável, é direito subjetivo do indivíduo, ou seja, o de assistência integral quer para evitar, quer para tratar, quer para ainda readequar o indivíduo socialmente. Já as formulações incorporadas pela Constituição da Organização Mundial de Saúde, consubstanciando inegável evolução na abordagem do tema, talvez apresentem como virtude maior a identificação da saúde com um bem jurídico que apresenta três diferentes dimensões: uma individual, outra coletiva e outra, ainda, de desenvolvimento, assim pensado não só com base nas presentes, mas também nas futuras gerações¹⁴⁴

A maioria doutrinária atribui característica de norma programática ao direito à saúde porque, como *mandado de otimização*¹⁴⁵, vincularia os Poderes Públicos impondo-lhes o cumprimento imediato e direto através de políticas públicas eficazes e abrangentes.

Hodiernamente, defende-se que o direito à saúde é direito subjetivo que, insculpido no artigo 196 da Constituição, configura-se em dever jurídico do Estado¹⁴⁶.

Postula-se que o legislador, ao identificar os direitos sociais e verificar a necessidade de implementação da atuação estatal para construir resultados,

¹⁴³ ALEXY, 2006, op. cit. págs. 511-512.

¹⁴⁴ DALLARI; NUNES JUNIOR, op. cit., 2010, p. 10

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 86.

¹⁴⁶ NUNES JUNIOR, 2009, op. cit., *passim*.

observaria cinco diferentes estratégias de posituação desses direitos (posituação por meio de normas programáticas; posituação por meio de normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos; posituação por meio de garantias institucionais; posituação por meio de cláusulas limitativas do poder econômico; posituação por meio de normas projetivas), porque a Constituição Federal de 1988, ao posituar direitos sociais, não teria utilizado o método de análise eficaz clássico¹⁴⁷.

O direito à saúde, então, seria positivado por meio de normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos e não por normas programáticas como quer a maioria.

Teriam essas normas, então, uma estrutura normativa muito clara, a ponto de não deixar dúvida para o intérprete da presença de norma *jusfundamental* plena e imediatamente exigível, com prerrogativa subjetiva, identificação incontroversa, objeto bem definido e dever jurídico direcionado ao Poder Público:

Note-se que nesta ocorrência existe uma clareza normativa sem igual: definiu-se a prerrogativa subjetiva, com identificação incontroversa de quem pode exercê-la, o objeto e quem possui o dever jurídico de prestá-lo, no caso, o Poder Público.

Opção constituinte por esta técnica de consagração, sobretudo quando, como nos casos dos direitos à educação e saúde, se fez com prescindência de lei (norma de eficácia plena), revela um propósito claro: o de deixar a posse de alguns direitos, tidos como essenciais à dignidade, fora dos debates políticos e pendengas partidárias.

Assim, independentemente de quem esteja gerindo o Estado ou do partido que possua maioria legislativa, tais direitos devem ser observados, possuindo, inclusive, justiciabilidade.

São temas que a Constituição quis colocar acima das variações administrativas, partidárias e políticas, sendo certo que instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Judiciário, quando provocados, devem garantir sua aplicação¹⁴⁸.

E finaliza:

Nessa perspectiva, verificando-se a saúde como um direito de todos e um dever do Estado (art. 196), cujo parâmetro de atuação deve se pautar pelo “atendimento integral” (art. 198, II), concebida o estado de saúde como o

¹⁴⁷ NUNES JUNIOR, 2009, id. *ibid.*, *passim*.

¹⁴⁸ NUNES JUNIOR, 2009, id. *ibid.* págs. 123-124.

complemento de bem-estar físico, mental e social, inegável, pois, o caráter de prerrogativa jusfundamental, vale dizer, de direito subjetivo, de que se veste o direito fundamental social examinado¹⁴⁹.

Está consagrado, portanto, em dispositivos implícitos e explícitos da Constituição Federal a garantia ao direito fundamental à, cumprindo ao Estado dar efetividade a esse direito em todos os seus planos, seja com medidas de cunho preventivo como em medidas de recuperação da pessoa agravada em suas condições físicas ou psíquicas inerentes a uma existência digna.

Nessa contextura, anote-se, também, a previsão constitucional assecuratória de proteção ao meio ambiente, para a garantia de uma sadia qualidade de vida.

Disposto no artigo 225 da Constituição Federal tem-se a proteção ambiental também como forma para uma ampla proteção à saúde: “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”.

Pela tutela do meio ambiente atinge-se, de forma indireta o bem-estar e a saúde da população, pela melhor qualidade de vida que se lhe propicia.

Ressalta-se, por oportuno, o aspecto de íntima relação entre o meio ambiente e saúde pública, porque saúde não faz referência somente à ausência manifesta de doença, como já mencionado, mas relaciona-se com saneamento básico, moradia e alimentação, hábitos higiênicos, trabalho, lazer, para citar alguns exemplos.

a batalha se trava em várias frentes - curar as doenças, assim como a prevenção e educação em saúde. Saneamento básico, moradia e alimentação, por exemplo, previnem uma infinidade de doenças. Por outro lado, hábitos higiênicos, harmoniosa relação trabalho-lazer, ambiente tranqüilo, relações afetivas estáveis e gratificantes, estabilidade profissional e do país - eis outras variáveis não menos importantes para a manutenção da saúde¹⁵⁰.

2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Com o advento do constitucionalismo social que as atividades estatais se intensificaram, pois somente através destas é que os valores sociais que se mostravam necessários poderiam se tornar realidades.

¹⁴⁹ NUNES JUNIOR, 2009, id. *ibid.* págs. 127-128.

¹⁵⁰ PEREIRA GOMES, Celeste Leite dos Santos. Crimes contra o meio ambiente. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, pág. 32.

Por força do desenvolvimento da sociedade e já desvinculado dos ideais do liberalismo, o Estado passou a ser mais solicitado à intervenção para apaziguar os problemas sociais.

Nesse ínterim, não há dúvida que cabe ao Estado a responsabilidade pelos serviços públicos, sendo estes, as prestações feitas pelo Estado aos administrados.

E a saúde, como direito social, é também obrigação estatal.

O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária assim é definido pela Lei nº 9.782/99:

Art. 1. O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária compreende o conjunto de ações definido pelo § 1º do art. 6º e pelos arts. 15 a 18 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, executado por instituições da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que exerçam atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária.

A definição legal da vigilância sanitária encontra-se no artigo 6º, § 1º da Lei 8.080/90, in verbis:

Art. 6º (...)

§ 1º - Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

O Sistema de Vigilância Sanitária tem sua concepção na observação do artigo 196 da Constituição Federal que dispõe como um dos deveres do Estado para a garantia do direito à saúde, a redução dos riscos de doenças e outros agravos à saúde.

A Vigilância Sanitária encontra-se conceitualmente localizada dentro do termo Vigilância em Saúde, e divide espaço com a Vigilância Epidemiológica.

Enquanto a Vigilância Sanitária abrange o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo e o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde, a Vigilância Epidemiológica, nos termos artigo 6º, § 2º da Lei 8.080/90 e traduz-se por:

§ 2º - Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

Nesse sentido, tem-se que o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária está dotado de uma base jurídica que lhe permite atender à exigência de obediência aos princípios constitucionais postos para a definição e implementação das políticas públicas, especialmente aquelas voltadas para a promoção e a proteção da saúde.

E as ações de vigilância sanitária (e epidemiológica) inserem-se dentro do Sistema Único de Saúde, obedecendo-se o desenho institucional das competências constitucionais, e a lista referente ao SUS, ditada pelo artigo 200 da Constituição Federal é aberta e não esgota as atribuições que deverão ser detalhadas na legislação infraconstitucional:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Na Constituição Federal de 1988, a chamada Ordem Constitucional da Saúde possui um sistema principiológico próprio, como já mencionado, caracterizado pela fundamentalidade, responsabilidade estatal, acesso universal e igualitário, gratuidade e integralidade.

Um dos aspectos mais importantes desse aspecto principiológico é o estabelecimento da gratuidade do direito à saúde, que proíbe toda e qualquer forma de cobrança do usuário de ações, serviços e equipamentos públicos de saúde, ensejando o chamado Sistema Único de Saúde, mecanismo institucional responsável por dar efetividade ao direito à saúde.

O SUS caracteriza-se por ser um sistema que, segundo o artigo 198 da Constituição Federal, prescreve que as “ações e serviços de serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único ...”:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I-Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II-Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III-Participação da comunidade.

Parágrafo único - o sistema único de saúde será financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

O SUS abrange as ações de vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, saúde do trabalhador e assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica e pressupõe, para seu desenvolvimento, uma rede regionalizada e hierarquizada, além de descentralização com direção única em cada esfera do governo.

As disposições preliminares estão contidas no artigo 4º da Lei nº 8.080/90:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

O SUS é descentralizado, nos termos da Constituição Federal:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

(...)

Essa descentralização significa “a transferência de atribuições em maior ou menor número dos órgãos centrais para os órgãos locais ou para pessoas físicas ou jurídicas. Centralização é a convergência de atribuições, em maior ou menor número, para órgãos centrais.”¹⁵¹

Já o processo de regionalização deverá contemplar uma lógica de planejamento integrado, compreendendo as noções de territorialidade, na identificação de prioridades de intervenção e de conformação de sistemas funcionais de saúde, não necessariamente restritos à abrangência municipal, mas respeitando seus limites como unidade indivisível, de forma a garantir o acesso dos cidadãos a todas as ações e serviços necessários para a resolução de seus problemas de saúde, otimizando os recursos disponíveis.

3 A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

É inerente à concepção de Estado Federal a idéia de distribuição do poder político no âmbito de suas unidades internas de modo que se constata na Constituição Federal a garantia a respeito da autonomia dos entes federados, a qual resguarda um campo intangível da atuação para estes entes e viabiliza sua capacidade de auto-organização, de autolegislação, autogoverno e auto-administração.

Como não há hierarquia entre os entes federados, e para garantir-lhes autonomia, as Constituições procedem a uma repartição de competências. Essa repartição varia conforme o modelo constitucional de federação.

A competência administrativa pode ser exclusiva ou comum.

Exclusiva é a competência na qual cada ente federativo tem sua área de atuação própria, excludente da atuação de qualquer outro ente.

Comum é competência onde todos os entes detêm, concomitantemente, idêntica competência. A atuação dos entes aqui é concorrente.

A competência legislativa pode ser exclusiva ou privativa da União, concorrente da União, Estados-membros e municípios, competência

¹⁵¹ CRETELLA JÚNIO, J. Comentários à Constituição - 1988. v. VIII. 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993. pág. 4.346.

remanescente dos Estados-membros, competência delegada aos Estados-membros, exclusiva dos municípios e competência do Distrito Federal.

Quanto à União, as competências podem ser exclusiva, privativa e concorrente.

A competência exclusiva da União é a que pertence somente à União, não podendo ser delegada a qualquer outro ente.

A competência privativa da União pode ser delegada a outro ente federado.

Quanto aos Estados-membros, as competências são exclusiva, remanescente, delegada e concorrente.

A competência estadual exclusiva é a competência que só cabe atuação do Estado-membro, não podendo ser delegada.

Na competência remanescente ao Estado-membro cabe legislar sobre todas as matérias que não lhe sejam vedadas.

Quanto à competência delegada, todas as matérias constantes dos incisos do art. 22 são atribuídas aos Estados-membros por delegação.

A competência concorrente pode ser da União e Estados-membros, e é a competência realizada conjuntamente entre União e Estados-membros. Entretanto, diferentemente da competência administrativa, que é sempre paralela (horizontalmente distribuída), aqui a competência concorrente é verticalizada, vale dizer, as normas gerais cabem à União, e aos Estados-membros cabem as normas particulares. Por isso a competência dos Estados-membros é denominada complementar.

Em relação aos Municípios, a competência é chamada suplementar, que consiste em suplementar a legislação federal e estadual naquilo que couber. Trata-se, na verdade, da possibilidade do município especificar a legislação federal e estadual sobre a matéria, desde que haja interesse local e compatibilidade com a legislação federal e estadual.

Também há a competência municipal exclusiva, que ocorre quando houver interesse local.

Por fim, a competência do Distrito Federal, que são as mesmas competências atribuídas aos Estados-membros e municípios.

Note-se que “a Constituição brasileira incluiu a saúde no elenco de matérias que constituem objeto tanto de competências materiais como no de legislativas”, estabelecendo, para este último caso, uma competência concorrente (artigo 24, XII). Materialmente, a competência é comum entre os entes federados (artigo 23, II).

Seguindo esse entendimento, e estendendo a questão para o campo do direito à saúde, é possível afirmar que a competência para a promoção da saúde seria repartida pelos entes, conforme o estabelecido nos artigos 16 a 19 da Lei nº 8.080/90, que estabelece normas gerais sobre o Sistema Único de Saúde.

É importante ressaltar que há o entendimento majoritário de que, por expressa determinação dos artigos 23, II e 196 da Constituição da República, o direito à saúde é um dever solidário de todos os entes e o pacto federativo.

Contudo, não há como não comentar a Lei nº 8.080/90 e, sob os auspícios desta, estabelecer uma pertinente e breve análise em relação a cada

ente federado.

Nos termos do artigo 16 da mencionada lei, cabe à União adotar políticas gerais de saúde, definir e coordenar sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade e de estabelecer normas de vigilância sanitária e, por fim, promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal.

Quanto aos Estados-membros, conforme o inciso I do artigo 17, estes deverão promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde, sem prejuízo de ações suplementares e prestação de apoio técnico e financeiro, cabendo, ainda a gestão de sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional.

Ao município restou a carga principal da gestão e execução dos serviços públicos de saúde, conforme preceitua o inciso I do artigo 18.

Ao Distrito Federal, nos termos do artigo 19, restou as atribuições tanto estaduais quanto municipais.

É ponderável que tal delegação não emergiu diretamente do texto constitucional, mas de lei hierarquicamente inferior, de origem ordinária. Assim, não se poderia conceber unicamente a repartição de competência estabelecida nos artigos 16 a 19 da Lei nº 8.080/90, uma vez que acarretaria um ônus ao cidadão, que, ficaria a mercê de repartições infraconstitucionais para ter garantida a saúde. Ainda, a Constituição prevê a lei complementar como a forma normativa para o assunto em questão, o que não é o caso da Lei nº 8.080/90.

4. MARCO JURÍDICO-REGULATÓRIO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

A saúde no Brasil é prioritariamente pública, universal e igualitária, por força do artigo 196 da CF, contudo, historicamente, o Estado apresenta problemas para a implementação de uma saúde de qualidade e, sabiamente, o legislador originário contrabalanceou essa previsão, inserindo a possibilidade de interação com a saúde pública uma saúde suplementar, prevista no artigo 199 da CF.

Art. 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.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Essa possibilidade de existência da participação da iniciativa privada na saúde apresenta-se em consonância com os fundamentos do Estado Democrático de Direito quando dispõe no texto constitucional os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como quando interage perfeitamente com as previsões contidas na Ordem Econômica brasileira

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:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O mercado de saúde suplementar ganhou destaque a partir da Segunda Guerra Mundial, quando o Estado deixou de ser o único provedor dos serviços de saúde. Muito em função da industrialização e, somado à crise das nações pós-guerra, a iniciativa privada iniciou suas atividades no setor da saúde, forçando a regulação das empresas e contratos de suplementação dos serviços de saúde pelo Poder Público.¹⁵²

Assim, surgiram dois modelos de regulação do mercado baseados na teoria da competição administrativa para a viabilização da produção de

¹⁵² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: Fiocruz, 2006, p. 122-123.

resultados e eficiência na prestação de serviços. ,

O primeiro modelo, chamado de heteroregulação, utilizado por países europeus como Alemanha e Inglaterra, caracteriza-se pela administração estatal das formas de competição de mercado através de um conjunto de políticas públicas de direção e indução que limitam a margem de atuação da iniciativa privada.

O segundo modelo, de autoregulação, adotado pelos Estados Unidos, possibilita aos agentes econômicos total liberdade de atuação, deixando de lado a regulação estatal em prol da regulação de mercado e o equilíbrio entre oferta e procura.¹⁵³

No Brasil, a expansão do mercado de saúde suplementar iniciou-se na década de 60, motivada pelas deficiências de atendimento da rede pública.

Mas o marco regulatório do mercado de saúde suplementar é formado pelo conjunto da Lei nº 9.656/98, Lei nº 9.961/00, que criou a ANS, pela MP nº 2.177-44/01 (originalmente MP nº 1.665/98 e que alterou as duas leis anteriores) e da Lei nº 10.185/01, que instituiu a figura da seguradora especializada em saúde.

Antes disso, as seguradoras eram reguladas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), que estabelecia exigências mínimas para os produtos ofertados e fiscalizava as atividades. As empresas de medicina de grupo, através do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação (CONAMGE), estabeleceram, em 1990, um Código de Ética, tendo em vista a ausência de regulamentação do setor.

Convém assinalar que o marco regulatório atual permite classificar os planos de saúde de diferentes formas, dependendo da variável utilizada (forma de contratação ou data de assinatura do contrato).

Quanto às formas de contratação, os planos de saúde podem ser individual ou familiar; coletivo com patrocinador (planos contratados por pessoa jurídica com mensalidade total ou parcialmente paga à operadora pela pessoa jurídica contratante; inclui os contratos mantidos por autogestão); coletivo sem patrocinador (plano contratado por pessoa jurídica com mensalidade integralmente paga pelo beneficiário diretamente à operadora).

Os planos diferem quanto à data de assinatura do contrato, podendo ser divididos em planos novos com contratos celebrados a partir de 01/01/1999, necessitam de registro junto à ANS e estão sujeitos à nova legislação; planos adaptados com contratos antigos adaptados às normas da Lei nº 9.656/98, necessitam de registro junto à ANS e estão sujeitos à nova legislação; planos antigos com contratos celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656/98, são válidos para consumidores que não optarem pelas novas regras, mas são intransferíveis e suas condições são garantidas apenas ao titular e os dependentes já inscritos (é permitida apenas a inclusão de novo cônjuge e filhos).

Com a regulamentação da saúde suplementar, através da Lei nº 9.656/98 e as posteriores Medidas Provisórias, mais a Lei nº 9.961/00, hoje é imperioso falar em algumas características pontuais do setor.

¹⁵³ FIGUEIREDO, id. *ibid.* p. 123-127.

Quanto à modalidade de contratação, o usuário tem à sua disposição os seguintes planos: individual; familiar; coletivo.

Essas modalidades de planos referem-se a cinco segmentações de coberturas possíveis, a saber, ambulatorial; hospitalar com obstetrícia; hospitalar sem obstetrícia; plano referência; odontológico.

No plano ambulatorial, são englobados apenas os atendimentos realizados em consultório (consultas) ou ambulatório (procedimentos ambulatoriais), definidos e listados no Rol de Procedimentos, inclusive exames. O Plano com Cobertura Ambulatorial não cobre internação hospitalar, mas cobre, por exemplo, consultas médicas em número ilimitado, realizadas em ambulatório ou consultório, em todas as especialidades médicas; consultas obstétricas para pré-natal, em número ilimitado; serviços de apoio diagnóstico e tratamentos realizados em ambulatório ou consultório; procedimentos ambulatoriais (inclusive as cirurgias ambulatoriais), mesmo quando realizadas em ambulatórios de hospital, desde que não caracterizem internação; procedimentos ambulatoriais que necessitem de anestesia local, sedação ou bloqueio, quando realizados em ambulatório; procedimentos considerados especiais, como por exemplo: hemodiálise e diálise peritonial, quimioterapia ambulatoria, radioterapia (megavoltagem, cobaltoterapia, cesioterapia, eletroterapia, etc.), hemoterapia ambulatorial, cirurgias oftalmológicas ambulatoriais.

Excluem, no entanto: internação hospitalar e procedimentos que, embora não necessitem da internação, precisem de apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 horas ou de serviços como recuperação pós-anestésica, UTI, CTI e similares; procedimentos diagnósticos e terapêuticos em hemodinâmica; procedimentos que exijam anestesia, salvo aquelas que podem ser realizadas em ambulatório, com anestesia local, sedação ou bloqueio; tratamentos e exames que demandem internação, como quimioterapia intratecal; radiomoldagens, radioimplantes e braquiterapia; nutrição enteral e parenteral; embolizações e radiologia intervencionista.

O plano hospitalar compreende os atendimentos realizados durante a internação hospitalar. Neste plano, embora não haja cobertura ambulatorial, há as aquelas previstas na legislação e no Rol de Procedimentos Médicos para o segmento hospitalar (sem obstetrícia), incluindo, entre outras: internações em unidades hospitalares, inclusive em UTI / CTI, sem limitação de prazo, valor máximo e quantidade; honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; exames de diagnóstico e de controle da evolução da doença; fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, sessões de quimioterapia e radioterapia realizados durante o período de internação; toda e qualquer taxa, incluindo os materiais utilizados; remoção do paciente, quando comprovadamente necessário, dentro dos limites da cobertura geográfica previstos em contrato; despesas do acompanhante para pacientes menores de 18 anos; cirurgias, mesmo aquelas passíveis de realização em consultório, quando, por imperativo clínico, necessitem ser realizadas durante a internação hospitalar, como, por exemplo, as cirurgias odontológicas buco-maxilo-facial; procedimentos considerados especiais, cuja necessidade esteja

relacionada à continuidade da assistência prestada em regime de internação hospitalar, como por exemplo: hemodiálise e diálise peritonia, quimioterapia, radioterapia, incluindo radiomoldagem, radioimplante e braquiterapia, hemoterapia, nutrição parenteral e enteral, procedimentos diagnósticos e terapêuticos em hemodinâmica; embolizações e radiologia intervencionista, exames pré-anestésicos e pré-cirúrgicos, fisioterapia, cirurgia plástica reconstrutiva de mama para tratamento de mutilação decorrente de câncer, acompanhamento clínico no pós-operatório imediato e tardio dos pacientes submetidos a transplante de Rim e de Córnea, exceto medicação de manutenção.

Excluem-se desse plano: tratamento em clínicas de emagrecimento (exceto para tratamento de obesidade mórbida); tratamento em clínicas de repouso, estâncias hidrominerais, clínicas para acolhimento de idosos, internações que não necessitem de cuidados médicos em ambiente hospitalar; transplantes à exceção de córnea e de rim; consultas ambulatoriais e domiciliares; atendimento pré-natal e parto; tratamentos e procedimentos ambulatoriais.

No plano hospitalar com obstetrícia, estão previstos os atendimentos realizados durante internação hospitalar e os procedimentos relativos ao pré-natal e à assistência ao parto.

No plano odontológico, é previsto apenas procedimentos odontológicos realizados em consultório, incluindo exame clínico, radiologia, prevenção, dentística, endodontia, periodontia e cirurgia.

Por fim, o plano referência, que constitui o padrão de assistência médico-hospitalar, porque conjuga a cobertura ambulatorial, hospitalar e obstétrica.

O Plano Referência não faz qualquer limitação para os atendimentos de urgência e emergência, após 24h da contratação, mesmo que o usuário esteja cumprindo prazo de carência, salvo nos casos de doenças preexistentes (aquelas que o consumidor tem ciência de ser portador no momento da assinatura do contrato).

5. SAÚDE: COMPARAÇÃO EM PERSPECTIVA

Frente a toda crítica que possa ser feita ao Sistema Único de Saúde brasileiro, imperioso ressaltar as suas características de universalidade e gratuidade, critérios por vezes desconhecidos por países centralizados.

À guisa de uma rápida comparação, apresenta-se pontualmente as características do sistema de saúde de alguns países.

Nos EUA não há com um sistema de saúde de cobertura universal.

Cada indivíduo tem que adquirir seu próprio seguro de saúde. A maioria dos norte-americanos consegue cobertura através de seus empregadores, mas outros buscam esquemas de seguro privado.

Pelos termos da maioria dos planos de saúde, os participantes fazem pagamentos regulares, mas às vezes, também têm que pagar parte dos custos

do tratamento antes que a seguradora pague as despesas. O montante que pagam varia conforme o plano.

Pessoas sem seguro saúde ou com cobertura inadequada, quando ficam doentes têm que arcar com todos os custos da assistência médica.

Assim, por exemplo, imigrantes ilegais não têm acesso a qualquer tipo de seguro saúde.

A pequena cobertura governamental existente divide-se em categorias: Medicare (para norte-americanos com mais de 65 anos de idade); Medicaid (para famílias com baixa renda, crianças, mulheres grávidas e pessoas com determinadas deficiências); S-Chip (Programa de Seguro de Saúde para Crianças - para crianças cujos pais têm baixa renda, mas não são suficientemente pobres para se qualificar para o Medicaid); Assistência médica fornecida para veteranos das Forças Armadas.

Na Alemanha, ter um plano de saúde é obrigatório para os cidadãos que dispõem de renda até um determinado teto estipulado pelo governo. Existem no país diferentes seguradoras públicas, capazes de auto-gestão e que disputam as parcelas do mercado. Cada um dos planos públicos de saúde oferece ao assegurado um nível de cobertura específico, mas que acaba se assemelhando, considerando que todos são obrigados a respeitar o catálogo de "coberturas obrigatórias" determinado pelo governo. Os custos dos planos são divididos igualmente entre o empregador e empregado.

Nos Países Baixos, os pacientes são obrigados - exceto em casos de emergência - a procurar um "médico de família", que pode ser escolhido livremente. Este clínico geral é quem decide se há necessidade de tratamento com algum especialista ou se o paciente deverá ser enviado a um hospital. A escolha do especialista ou da clínica pode ficar então a cargo do paciente.

O sistema de saúde francês foi considerado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como o melhor do mundo. Aqui, o Estado exerce um papel central, ao controlar as relações entre as diversas instituições financeiras, os médicos e os pacientes. Desde 1996, o Parlamento decide sobre o montante de verbas a ser destinado às seguradoras públicas de saúde, às quais estão ligados mais de 60% dos franceses. O restante da população possui planos de saúde especiais, com diferentes tabelas de custos e coberturas.

O sistema britânico de saúde é estatal, sendo financiado pelas contribuições dos assegurados. No país não existem caixas independentes a serem escolhidas livremente pelos cidadãos. Para o paciente, os resultados são sensivelmente piores que em outros países europeus: no Reino Unido, espera-se, via de regra, cerca de 18 meses por uma operação. Por isso, o país envia pacientes até mesmo para a França ou Alemanha para tratamento.

Na Suíça, o número de médicos por cidadão é o mais alto do mundo. A qualidade dos serviços é apontada como uma das melhores do mundo. Desde 1996, todo cidadão que vive na Suíça é obrigado a ter um plano de saúde, que pode ser escolhido livremente entre as mais de cem seguradoras do país. Estas respeitam uma legislação relativamente liberal - se comparada a outros países europeus - e são fiscalizadas por um departamento federal. Aos cidadãos são oferecidos diversos tipos de planos de saúde, entre eles alguns modelos que

incluem um sistema de bônus. Os prêmios dependem, no caso, da renda do paciente. Todo cidadão suíço é obrigado a pagar do próprio bolso parte dos custos de suas visitas ao médico.

CONCLUSÃO

Ao analisar o conceito de saúde como a ausência manifesta de doença, além do estado de completo bem estar físico, mental e social, é possível extrair, através de uma lógica inversa, o conceito de pessoa enferma com sendo aquela que não observa um estado de completo bem estar físico, mental e social.

O ordenamento jurídico brasileiro não cuidou de estabelecer um conceito expresso de pessoa enferma, mas segundo a ótica constitucional e o principal vetor da ordem jurídica brasileira, a dignidade da pessoa humana, a partir do conceito de saúde, é possível enxergar um complexo sistema de proteção àquele que se encontra doente.

Saúde é direito de todos e obrigação estatal. O Sistema de Vigilância Sanitária tem a sua concepção na observação do artigo 196 da Constituição Federal que dispõe como um dos deveres do Estado para a garantia do direito à saúde, a redução dos riscos de doenças e outros agravos à saúde. A Vigilância Sanitária encontra-se conceitualmente localizada dentro do termo Vigilância em Saúde, e divide espaço com a Vigilância Epidemiológica.

Nesse sentido, tem-se que o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária está dotado de uma base jurídica que lhe permite atender à exigência de obediência aos princípios constitucionais postos para a definição e implementação das políticas públicas, especialmente aquelas voltadas para a promoção e a proteção da saúde.

E as ações de vigilância sanitária (e epidemiológica) inserem-se dentro do Sistema Único de Saúde, obedecendo-se o desenho institucional das competências constitucionais, e a lista referente ao SUS, ditada pelo artigo 200 da Constituição Federal é aberta e não esgota as atribuições que deverão ser detalhadas na legislação infraconstitucional.

O SUS, por sua vez, caracteriza-se por ser um sistema que, segundo o artigo 198 da Constituição Federal, prescreve que as “ações e serviços de serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único ...”:

Assim, a saúde no Brasil é prioritariamente pública, universal e igualitária, por força do artigo 196 da CF. Contudo, historicamente, o Estado apresentou problemas para a implementação de uma saúde de qualidade e, sabiamente, o legislador originário contrabalanceou essa previsão, inserindo a possibilidade de interação com a saúde pública uma saúde suplementar, prevista no artigo 199 da CF.

A possibilidade de existência da participação da iniciativa privada na saúde apresenta-se em consonância com os fundamentos do Estado Democrático de Direito quando dispõe no texto constitucional os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como quando interage perfeitamente com as previsões contidas na Ordem Econômica brasileira.

No Brasil, a expansão do mercado de saúde suplementar iniciou-se na década de 60, motivada pelas deficiências de atendimento da rede pública e tem como marco regulatório atual do mercado de saúde suplementar o seguinte conjunto de leis: Lei nº 9.656/98, Lei nº 9.961/00, que criou a ANS, pela MP nº 2.177-44/01 (originalmente MP nº 1.665/98 e que alterou as duas leis anteriores) e Lei nº 10.185/01, que instituiu a figura da seguradora especializada em saúde.

Por fim, em que pese toda e qualquer crítica que possa ser feita ao Sistema Único de Saúde, não se pode esquecer de ressaltar as suas características de universalidade e gratuidade, critérios por vezes desconhecidos por países centralizados.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA FILHO, Naomar de. *O que é saúde?* Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 15 ed., São Paulo: Verbatim, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2.010.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Edição . São Paulo, 2.000.

CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição – 1988*. vol. VIII. 1 ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: Fiocruz, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 4º ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

MIGUEL, Jorge. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988. Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

PEREIRA GOMES, Celeste Leite dos Santos. *Crimes contra o meio ambiente*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

SCHWARTS, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E EXCLUSÃO SOCIAL: OBSERVANDO O LADO DA ISONOMIA

Filipe Braz da Silva Bueno¹⁵⁴

Resumo:

O presente artigo tem por objeto a análise dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como ferramentas para aplicação da isonomia dentro de um contexto de exclusão social. A pesquisa tem caráter qualitativo utilizando o método lógico-dedutivo, sendo realizado o exame bibliográfico. Verificou-se que a exclusão social gera a figura dos “Outros”: estranhos e afastados pela dominação dos “normais”; que a igualdade enquanto isonomia autoriza a inclusão social dos Outros por discriminações positivas; a razoabilidade e a proporcionalidade são ferramentas úteis para a verificação da existência da desigualdade causadora da exclusão e também para averiguar o melhor modo de incluir.

INTRODUÇÃO

A exclusão social é um mal que assola mundialmente milhões de pessoas, atingindo-as de diversas formas e restringindo seus direitos e a sua dignidade.

De outro lado, o Direito no Estado Democrático de Direito passa a ter novos objetivos, inclusive sociais, sempre respaldado no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e diante deste paradigma, passa a ter função fundamental na eliminação da exclusão social.

Dentro no mundo jurídico e da sua atuação nos quadros de exclusão social, o princípio da Igualdade ganha status de norte jurídico transformador, visando levantar os casos onde atuação estatal deve ser positiva ou negativa, para que as relações sociais não acabem tratando de forma desigual os iguais e de forma igual os desiguais.

A igualdade perante a lei – tratada como isonomia – não pode ser aplicada pura e simplesmente. É necessário que se defina parâmetros e critérios sérios que venham a legitimar, principalmente, a discriminação positiva que visa a eliminação de uma desigualdade.

Desta forma, a análise dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como ferramentas para aplicação da isonomia dentro de um contexto de exclusão social é o objeto deste artigo, que utiliza a pesquisa na forma qualitativa e o método lógico-dedutivo. Passando pelas etapas de exclusão social perante a Filosofia da Libertação, análise do princípio da igualdade e a caracterização da isonomia, e finalmente, o exame da

¹⁵⁴ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2009) e Especialização de Direito Público pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (2011). Atualmente é membro da Equipe Multidisciplinar de Educação da Distância da Escola de Servidores da Justiça Estadual do Paraná, Técnico Judiciário - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e cursa no Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná e Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Paranaense - Unidade de Paranavaí.

razoabilidade e proporcionalidade como princípios norteadores do trato isonômico nas relações que necessitem de inclusão social.

1 QUADRO DA EXCLUSÃO SOCIAL E A ISONOMIA

A exclusão social atinge todo o planeta, mas é desencadeada em níveis, por exemplo, em relação ao mundo, o hemisfério sul sofre exclusão pelo hemisfério norte. Dentro do hemisfério sul, o Brasil, que já um país periférico, tem dentro da sociedade brasileira a exclusão social de acordo com a classe social, com a cor, com a religião, com o sexo, opção sexual, etc.

Desta forma percebe-se que a exclusão social não pode ser vista somente de modo geral, mas deve-se selecionar o tipo de exclusão, o local e o lado de posicionamento, pois onde existe o excluído, também existe quem o excluí.

Antes de realizar estas escolhas, é necessário apontar que o ponto referencial desta pesquisa em relação à exclusão social é a Filosofia da Libertação de Enrique Dussel (1995, p. 17-33), que por sua vez, é um paradigma dentre os estudos da Filosofia, pois centraliza sua óptica sobre os excluídos, sendo países ou pessoas dentro dos Estados, ou ainda, determinadas classes dentro da sociedade. Ela busca principalmente a emancipação das figuras denominadas de Outros (entidades excluídas), buscando a inclusão no meio em que vivem e a sua participação na formação social futura. Uma das mais interessantes quebras de paradigma de Dussel é o apontamento do uso das mais diversas formas de dominação para que sempre existam os Outros e ocorra a manutenção do poder dominante. Dentre estas ferramentas estão, por exemplo, a História e o Direito.

a) A figura do Outro e os tipos de exclusão

A existência da dominação faz surgir a figura daqueles que são “normais” e a figura daqueles que são os “Outros”. E essa percepção acende uma infinidade de atitudes humanas muitas vezes impensadas, por exemplo: caso o indivíduo seja um dominante ele é considerado: normal, civilizado, bom, recomendável, exemplo a ser seguido, etc; caso o indivíduo seja um Outro ele é considerado: estranho, selvagem, perigoso, exemplo a não ser seguido.

Mais interessante ainda é a definição do poder de quem pode dizer quem são os Outros, e a partir desse poder ocorrerá a manipulação pela dominação incluindo aqueles que manterão o sistema e excluindo aqueles que trazem perigo ordem dominante. Desta forma, existem diversos tipos de Outros e consequentemente diversos tipos de exclusão e dominação, como por exemplo: i) racial; ii) machista; iii) capitalista; iv) sobre a natureza; v) cultural euro-anglo-norte-americana; vi) do hemisfério norte sobre o sul (sul com capitalismo dependente) (DUSSEL, 1995, p. 17-33).

Porém no mundo globalizado e multicultural do século XXI, surge um complicador, os dominados começam a fazer parte do mundo dos dominantes, passando exigir direitos dentro do território dominante. Este movimento pode

ser observado principalmente na Europa com a migração de diversos povos para a União Europeia. No Brasil, são exemplos: as manifestações populares de 2013-2014 e o “fenômeno social” conhecido como “Rolezinho” no primeiro bimestre de 2014. Outro exemplo de maior gravidade são os casos de atos terroristas extremamente violentos contra os dominantes, principalmente nos Estados Unidos na América, Índia, Iraque, alguns países africanos, etc.

Assim sendo, pode-se concluir que nunca foi tão grande a pressão contra a máscara “pacífica” da dominação (econômico-financeiro-tecnológica), ou mesmo sobre a dominação do poderio militar dos dominantes, fazendo surgir a urgente necessidade de inclusão dos Outros para participarem de forma igualitária nas sociedades globalizadas, sob pena de consequências cada vez mais violentas.

b) Conceito de Exterioridade

Para a inclusão dos Outros é indispensável a passagem por um conceito apresentado por Dussel (1995, p. 60-70), a “Exterioridade”: que é basicamente uma barreira colocada entre os normais e os Outros, porém não é somente um barreira física como vemos nas cidades (bairros ricos e pobres), mas algo maior e mais complexo que impede que os Outros sejam ouvidos, e quando ouvidos não são compreendidos, pois existe uma diferença muito grande de comunicação.

Portanto, para inclusão, não é somente passar a ouvir os Outros, é fazer um esforço para compreendê-los, formando um meio de comunicação onde todos possam participar de tal forma que seus anseios sejam realmente colocados como relevantes e não como estranhos (DUSSEL, 1995, p. 43 e ss.).

É imprescindível ouvir e compreender os miseráveis, os idosos, os deficientes físicos, os negros, os homossexuais, os membros das diversas religiões e também os ateus, as mulheres, as culturas que fogem do padrão euro-anglo-norte-americano, além dos tantos outros excluídos no mundo e também no Brasil, e assim, viabilizar a sua inclusão e a participação de forma igualitária.

1.1 Tipos de igualdade, a isonomia e possibilidades

Apresentado o quadro de exclusão social pela dominação e compreendido a necessidade inclusão para a reversão da situação, pode-se passar a focar no papel do Direito e do princípio da Igualdade dentro do contexto apresentado, já que os Outros precisam ser incluídos, tratados como iguais e não como estranhos, rompendo a barreira da Exterioridade.

Para que se possa ter um norte sobre as possibilidades de atuação do Direito e da Igualdade, primeiramente serão apresentadas as mais diversas formas de igualdade, para depois pinçar aqueles tipos que sejam fundamentais para a formação de uma sociedade mais inclusiva, desta forma, o intuito deste trabalho quanto ao estudo da igualdade é identificar aqueles tipos que buscam igualar os desiguais (excluídos), sendo que depois, depois serão levantados dentro dos tipos escolhidos aqueles que podem ser adotados no campo do

Direito.

1.1.1 Tipos de igualdade

A igualdade é um conceito essencialmente amplo e tão antigo quanto à própria existência do homem, sendo assim, diante da impossibilidade do estudo de todos os filósofos que se dedicaram o tema, escolhe-se o caminho utilizado por Minhoto (2003) – com as devidas alterações – que utilizou de um dicionário para trazer a sistematização minimamente necessária ao entendimento do conceito e ao mesmo tempo apresenta diversas espécies de igualdade já expostas pelos teóricos.

Minhoto (2003, p. 3-4) utiliza-se do Dicionário de Política (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998)¹⁵⁵ para elencar os tipos de igualdade e a partir deles reduz os tipos de acordo com o objetivo de seu estudo. Aqui será utilizada a mesma metodologia, entretanto ela será adaptada ao objeto da pesquisa.

De início, a igualdade pode ser contatada ou verificada quanto as características pessoais e quanto ao tratamento, estes dois tipos são empíricos e, portanto, palpáveis.

I) Igualdade das características pessoais: examina se A e B são iguais quanto as suas características. Este procedimento é descritivo e empiricamente verificável, mas “não tem sentido afirmar que "todos os homens são iguais". Alguns podem ser quanto a uma característica particular; todos, não” (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 598).

II) Igualdade de tratamento: examina se A e B são tratados de forma igualitária ou não, isto dependerá do critério de distribuição que pode ser imparcial (tratar todos igualmente) ou parcial (tratar alguns de forma desigual) (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 598).

Em segundo lugar, a igualdade pode ser analisada quanto aos critérios distributivos, ou seja, quais os tipos de regras que podem ser utilizados para tratar A e B de forma X, ou A de forma X e B de forma Y, e ainda, qual dessas regras produz mais igualdade (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 598-602)

I) Partes iguais para todos: todos são tratados da mesma forma.

II) Partes iguais para os iguais: determinado grupo com alguma característica, que os aproximam, são tratados de forma igual.

III) Partes iguais a um grupo relativamente grande: um grande número de pessoas é tratado de forma igual, o restante (minorias) de forma diferente.

IV) Igualdade proporcional: a igualdade é distribuída de acordo com a quantidade de determinada característica que o indivíduo possui.

V) A cada um segundo o próprio merecimento: tratamento é dado conforme faz por merecer e não por ter determinada característica ou pertencer a determinado grupo, mas não se pode esquecer que o mérito é um critério subjetivo.

VI) Distribuições desiguais correspondentes a diferenças relevantes:

¹⁵⁵ Minhoto utiliza-se da versão do Dicionário de Política de 1983.

se determinada característica é considerada relevante, então merece um tratamento desigual, porém elencar um rol de características relevantes também é um ato subjetivo.

VII) Distribuições desiguais justas: determinada situação é tratada de forma desigual, mas essa diferença de tratamento é considerada justa, então é a desigualdade é legítima.

VIII) Igualdade processual: as pessoas só devem ser tratadas de forma desigual se houver um bom motivo para isso.

Em terceiro lugar, pode-se analisar ainda, a igualdade em um momento posterior a distribuição, buscando equalizar as diferenças redistribuindo as partes, focando no nivelamento (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 602-605).

I) Nivelamento da riqueza: redistribuição da riqueza, tirando dos ricos e dando para os pobres;

II) Igualdade de oportunidades: oferecer a todos a oportunidade de conseguir chegar ao mesmo lugar, isso não significa que todos partiram do mesmo ponto, pois na redistribuição alguns terão vantagens, visto que a sua condição é inferior no momento da partida.

III) Igual satisfação das necessidades fundamentais: redistribuição da riqueza dando mais àqueles que têm mais necessidades fundamentais insatisfeitas e menos àqueles que têm mais necessidades fundamentais já satisfeitas.

IV) A cada um conforme sua capacidade: após oferecer a satisfação das necessidades fundamentais e a igualdade de oportunidades, deixa-se de aplicar as regras de nivelamento para que cada um consiga vantagens conforme sua capacidade.

Estes são os tipos levantados de igualdade e suas classificações, agora, pode-se passar para o levantamento daqueles tipos que se encaixam em um quadro de exclusão social, sendo que o primeiro grande passo é a verificação se existem características pessoais que justifiquem a desigualdade no tratamento.

1.1.2 O papel do Direito no combate a exclusão social

Antes de tudo, é preciso ressaltar que “os homens são naturalmente desiguais, sob inumeráveis aspectos: desigualdades físicas, morais, espirituais etc. E são contingentemente desiguais a outros tantos pontos de vista: políticos, sociais, econômicos etc.” (BARROSO, 2011, p. 5).

Desta forma, é necessário ter algo que sustente as desigualdades de tratamento de forma equânime. Este papel, no Estado Democrático de Direito, é do Direito, e é a aqui que ocorre a ligação entre o Direito, a existência dos Outros, a existência de exclusão social e a necessidade equalização deste quadro pela igualdade. Mas quais tipos de critérios de distribuição podem ser utilizados pelo Direito num quadro de exclusão social?

Certamente, partes iguais a todos não atende as necessidades de inclusão, visto que uns precisarão de mais inclusão que outros, assim como o tratamento igualitário dentro dos grupos iguais não é suficiente, pois será necessário incluir pessoas de grupos diferentes dentre de um mesmo meio.

A distribuição conforme o merecimento e conforme as diferenças relevantes também não se ajustam, visto que, num quadro de dominação, são os “normais” que merecem e suas características que são relevantes, enquanto, os Outros não merecem e não tem relevância. Já a desigualdade baseada na justiça somente poderá ser aplicada após a inclusão dos Outros, visto que no ponto de vista do sistema dominante, tratar os Outros com desigualdade visando excluí-los, é tecnicamente justo.

Portanto, a distribuição proporcional e a igualdade processual, se destacam na luta pela inclusão dos excluídos, pois a determinação das características e dos motivos como critérios de atuação desigual podem derrubar o muro da Exterioridade, abrindo espaço para os Outros.

Quanto aos tipos de igualdade que se preocupam com a redistribuição, pode-se elencar algumas considerações: a) o nivelamento pela riqueza, aplicado pura e simplesmente, não parece ser o melhor caminho, visto que sem os motivos determinantes, pode ser utilizado como critério de transformar determinado grupo em excluído; b) já a igualdade de oportunidades e a satisfação das necessidades fundamentais fazem parte do projeto do Estado Democrático Social do Direito e devem ser sempre observadas; c) o passo seguinte da aplicação da letra “b”, a cada um conforme a sua capacidade, dificilmente será aplicada, pois sempre haverá novas demandas de necessidades fundamentais, assim o tratamento desigual para as partes carentes dessas necessidades sempre deverá ser observado, até porque, como todos os homens são diferentes, sempre haverá disparidade na conquista de uma vida minimamente digna.

Assim, pode-se concluir que o Direito, dentro de um quadro de exclusão social, deve preservar pela igualdade proporcional e igualdade processual, já no momento da redistribuição, deve utilizar dos critérios de igualdade de oportunidades e da satisfação das necessidades fundamentais.

1.1.3 A Isonomia

Revelado o papel do Direito e dos tipos de igualdade necessários para inclusão dos Outros, passa-se a analisar a parte normativa dessa atuação, é possível aplicar as desigualdades perante a lei?

Antes de progredirmos com este questionamento é necessário duas pausas, a primeira é quanto a questão terminológica (que pode causar inúmeros problemas de compreensão), a igualdade perante a lei recebe o nome de “isonomia” (MINHOTO, 2003, p. 4), portanto neste artigo as possibilidades de tratamento desigual perante a lei, buscando promover a inclusão dos Outros, será identificada por “Isonomia”. A segunda pausa se refere ao parâmetro estatal escolhido, ou seja, as análises de possibilidade de tratamento desigual serão tomadas dentro da concepção de Estado Democrático de Direito brasileiro adotado pela Constituição Federal de 1988 - CF/88.

Agora, depois de definidos estes parâmetros, segue-se com as primeiras análises: artigo 5º, caput, da CF/88 (todos são iguais perante a lei), artigo 3º, III e IV (objetivos de erradicar a pobreza, marginalização e diminuir as desigualdades sociais, promover o bem de todos sem preconceitos ou

discriminações) e artigo 1º, III (fundamento da dignidade da pessoa humana).

A primeira impressão sobre “todos são iguais perante a lei” leva a crer em um igualitarismo formal, sendo que o papel da lei seria simplesmente garantir o tratamento isonômico para todos.

Porém, observando os objetivos do Estado e o melhor entendimento da dignidade da pessoa humana, pode se perceber que o papel de um Estado Democrático de Direito – enquanto o princípio da igualdade – é de “remover os obstáculos que se antepõem ao exercício uniforme dos direitos por parte da generalidade dos indivíduos”, pedindo do “Estado um papel ativo, capaz de assegurar a igualdade de oportunidades, capaz de promover positivamente a igualdade” (SILVA JUNIOR, 2002, p. 1).

Este entendimento já produz efeitos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF¹⁵⁶ – há bastante tempo, também, traz à tona a famosa adaptação da definição aristotélica de igualdade feita por Rui Barbosa (2003, p. 39): “o ato pelo qual se trata igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam”. Tal concepção é de fundamental importância para a inclusão social, pois ela garante que não pode ser suficiente a mera alegação de que perante a lei todos são iguais.

Conclui-se, assim, ao contrário do que se poderia supor à primeira vista, que o princípio da isonomia, em grande número de hipóteses de sua incidência, não apenas não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao revés, impõe o tratamento desigual (BARROSO, 2011, p. 3)

Por outro lado, surge um problema principal da utilização da isonomia em situações de exclusão social, assim como a isonomia pode (deve) ser utilizada para equiparar situações desiguais, também pode ser manipulada para estabelecer diferenciações (vantagens) em situações que havia igualdade e através do tratamento desigualitário faz surgir uma exclusão.

Portanto, percebe-se o caráter binário da isonomia: 1) Negativo: o dever de abstenção (não-fazer) em situações onde a atuação positiva do Estado ocasionaria a promoção de uma desigualdade; 2) Positivo: o dever de agir (fazer) em situações onde, caso o Estado não promova a discriminação, a igualdade também não será promovida (SILVA JUNIOR, 2002, p. 9).

Assim sendo, o posicionamento ativo do Estado utilizando da Isonomia pode trazer diversos problemas, pois ela preza pelo tratamento igualitário em casos iguais e apesar de autorizar discriminações necessárias – discriminações positivas – em casos desiguais, não permite “que a ordem jurídica promova desequiparações arbitrárias, aleatórias ou mal-inspiradas” (BARROSO, 2011, p. 3).

¹⁵⁶ A) "Não cabe invocar o princípio da isonomia onde a Constituição, implícita ou explicitamente, admitiu a desigualdade" (STF, RE 82.520, rel. Cunha Peixoto); B) "Inexiste contrariedade ao princípio da igualdade que se apura em face da lei, quando dessemelhantes a situação de fato relativamente ao autor e outros (...)" (STF, AR 12151-SP, rel. Celio Borja).

Logo, antes que seja tomada decisão de discriminar, buscando incluir o Outro, rompendo as barreiras da Exterioridade, deve haver um controle de legitimidade desta discriminação, visando proibir o uso indevido e arbitrário de uma ferramenta tão importante para inclusão social como a isonomia.

1.1.4 O controle de legitimidade das discriminações

O controle da legitimidade da isonomia positiva começa pelos critérios de discriminação, “qual é o critério legitimamente manipulável?” (MELLO, 2002, p. 11), avançando, Celso Antonio Bandeira de Mello traz um esquema mínimo para aplicação das discriminações positivas:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional (MELLO, 2002, p. 21-22).

Quanto a primeiro elemento esquematizado - Fator de desigualação - duas regras devem ser respeitadas:

1) a lei não pode elencar elementos como fator de discriminação que resultem em um sujeito singular (MELLO, 2002, p. 23), ou seja, o critério foi tão específico que apenas a pessoa X receberá o tratamento diferenciado.

2) O “traço diferencial” deve fazer “parte da pessoa, coisa ou situação a ser discriminada” (MELLO, 2002, p. 23), em outras palavras, o elemento discriminador é intrínseco ao objeto que receberá a discriminação, um elemento passageiro ou acessório não pode ser fixado com fator de desigualdade.

Estas duas regras aplicadas aos Outros, podem ser melhor visualizadas através do seguinte exemplo: A mulher por ser do gênero feminino, vivendo em uma sociedade machista, sofre discriminações em determinadas situações, por ser mulher.

Se a regra discriminadora adota como critério o gênero feminino, não estabelecerá regras que singularizarão em apenas uma mulher X e, portanto,

passará no primeiro teste. Na segunda regra, o gênero feminino faz parte da mulher, caso um homem se vista de mulher (e temporariamente seja mulher), não poderá fazer uso da ação positiva discriminadora por não ser essencialmente mulher, assim o critério discriminatório - gênero feminino - é legítimo.

A mesma verificação será positiva, quanto às regras acima descritas, se o critério for: a classe social, a cor da pele ou a religião, ou seja, vários tipos de excluídos, que por portarem determinadas características ou viverem em determinadas situações descritas pelos dominadores como “anormais”, acabam sendo considerados Outros.

Já no segundo elemento do esquema - Relação lógica abstrata entre o critério e a medida de discriminação - passa por uma verificação de racionalidade, para continuar no exemplo da discriminação do gênero feminino, não é racional ou lógico estabelecer que as mulheres terão como alíquota de imposto de renda 15% e os homens 20%, porque a discriminação de renda não se reporta ao sexo e sim quanto a quantidade de renda. Portanto, é essencial a existência de conexão lógica-racional entre o critério e a adoção da medida que busca a isonomia.

Finalmente, no último elemento esquematizado, passa pela conexão lógica concreta entre a discriminação positiva e os valores constitucionais. A discriminação deve tentar diminuir desigualdades que sejam respaldadas constitucionalmente. Assim, se a lei estabelece formas para inclusão da mulher no mercado de trabalho e a CF/88 proíbe a discriminação laboral em razão do sexo, a discriminação positiva que ajuda a mulher a vencer o preconceito e a entrar no mercado de trabalho em pé de igualdade com o homem, é constitucional.

Outro exemplo seria o estabelecimento de discriminações que busquem dar mais chances às famílias de baixa renda, já que a CF/88 preza pela diminuição das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza. Desta forma, a discriminação que busque melhorar a renda as classes mais baixa, será igualmente constitucional.

Mas, além destes requisitos, outras observações para aplicação da isonomia são apontadas por Canotilho (1993, p. 565) e baseadas na proibição do arbítrio:

Existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. (CANOTILHO, 1993, p. 565)

Entretanto, existe um problema valorativo quanto à expressão “fundamento razoável”, que leva as seguintes constatações sobre a igualdade: a) somente a análise da proibição do arbítrio não é suficiente; b) existe a necessidade de analisar “natureza, peso, fundamentos ou motivos justificadores de soluções diferenciadas”; c) a igualdade não é um princípio de “natureza

apenas defensiva ou negativa” (CANOTILHO, 1993, p. 566).

Conectando os ensinamentos de Bandeira de Mello e Canotilho percebe-se que somente uma análise superficial sobre a aplicação da isonomia e das discriminações positivas não garantem a legitimidade da atuação discriminatória razoável, exemplo disto é política dos “separados mais iguais” que atuou por muitos anos nos Estados Unidos da América.

Também, além do controle na escolha dos critérios discriminatórios, deve-se buscar os melhores meios para que a medida positiva de isonomia seja realizada, pois de nada adianta visualizar a situação desigual, confirmar a necessidade da discriminação positiva e sua pertinência constitucional, porém na atuação discriminatória sejam utilizados meios desproporcionais.

2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ENQUANTO ISONOMIA

Verificado a necessidade de melhorar controle de legitimidade da aplicação das discriminações positivas, passa a ser de suma importância determinados parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade para evitar que uma decisão que busque igualdade acabe trazendo desigualdade.

Portanto, neste capítulo será apresentada uma rápida noção dos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade e, posteriormente, a necessária ligação destes princípios nas decisões que tenham como norte a isonomia.

2.1 Razoabilidade

O princípio da Razoabilidade tem sua maior expressão do Devido Processo Legal Substantivo, ideia do direito norte-americano. O Devido Processo Legal, originário da *law of the lands*, estampado na Carta Magna Inglesa e também da cláusula do *due process of law*, constante da Constituição dos Estados Unidos da América, pode ser dividido em duas facetas, uma processual e outra substantiva (BARROSO, 1998, p. 1)

O uso *substantive due process* (devido processo legal substantivo) possibilitou a apreciação do mérito dos atos do poder público, através da razoabilidade, superando os limites clássicos da atividade jurídica ditados pela separação dos poderes. Desta forma o princípio da Razoabilidade “tem se mostrado um versátil instrumento de proteção de direitos e do interesse público contra o abuso da discricionariedade, tanto do legislador quanto do administrador” (BARROSO, 2002, p. 154).

Ávila (2008, p. 3) que não considera a razoabilidade como princípio, mas o entende com um dever derivado do princípio da igualdade que, para não ser ferido, impõe que as escolhas sempre precisam ser pautadas por critérios razoáveis, pois “não há a proteção da igualdade, “mais” o dever de razoabilidade, mas a proteção da igualdade como exigência de tratamento razoavelmente isonômico”.

Pode se dizer que a Razoabilidade atua no conflito vertical dos princípios, devendo harmonizar o geral com o específico, baseando-se que a

medida utilizada para determinada situação seja observada como critério para outra medida equivalente, porém caso a situação seja diferente, os critérios e as medidas podem ser também diferenciados, ou seja, uma relação de critério e de medida (ÁVILA, 2006, p. 110-111). Assim, na sua conexão com a isonomia, todas as discriminações necessárias a igualdade devem ser, justificadamente, razoáveis (CAMBI, 2011, p. 465).

Verifica-se, então, que a adoção da razoabilidade como fundamento necessário para a isonomia, tem em embasamento em uma perspectiva mais profunda, a da argumentação jurídica. Ou seja, se toda discriminação que busque a isonomia (igualdade perante a lei) virá de uma decisão jurídica e o seu fundamento deve provir de um argumento razoável, pode-se dizer que a análise da razoabilidade não começa na discriminação em si, mas no fundamento da decisão que permitiu discriminar. Por exemplo, existem fundamentos razoáveis Y para discriminar a situação X. O critério Y (que é razoável), utilizado na decisão, autoriza a medida (discriminação) X.

Ora, se a justificção para adoção de uma medida discriminatória necessária a isonomia deve ser razoável, percebe-se que, igualmente quando da utilização de uma medida que vise à inclusão dos Outros, também deverá ter um argumento razoável para sua implementação. Portanto, na análise inicial, em um quadro de exclusão social, deve partir da existência de um fundamento razoável para uma atuação discriminatória que propiciará a inclusão.

Diante destas constatações, passe-se a estudar a razoabilidade como critério de argumentação, pois "o conceito de "razoabilidade" ou "razoável" (e "irrazoabilidade" ou "irrazoável") é de fundamental importância na prática e teoria da argumentação jurídica" (ATIENZA, 1987, p. 189).

Primeiramente, a razoabilidade pode ser desde um conceito amplo, até um conceito específico ou indeterminado, encontra-se razoabilidade como busca da justiça e também em conceitos como bom pai, etc. Portanto, é um conceito bastante difuso e utilizado (ATIENZA, 1987, p. 1), para efeitos dessa pesquisa o termo "razoabilidade" será utilizado como critério de decisão.

Perelman (1996, p. 427-437) vai dizer que a razoabilidade está ligada a justiça das decisões, ou seja, uma decisão jurídica não pode (não deve) ser irrazoável, porém alega que a podem existir vários tipos de decisões razoável e nenhuma pode ser descartada.

Atienza discorda e usa MacCormick e Aarnio para tentar definir critérios mínimos para que uma decisão jurídica possa ser considerada razoável, ou seja, encontrar pontos nodais nas teorias retóricas buscando criar critérios para aferir porque uma decisão pode ser considerada mais razoável que outra (ATIENZA, 1987, p. 191).

O esquema de Atienza (1987, p. 193) é composto de três fatores: 1) a decisão razoável é tomada quando a racionalidade não for suficiente para resolver o conflito; 2) a decisão razoável consegue equilibrar os valores conflitantes; 3) a decisão razoável é aceita pela comunidade.

O primeiro critério da razoabilidade é o fracasso da decisão racional, pois "tudo que razoável é racional, mas nem tudo é racional e razoável". Uma decisão racional: a) respeita as regras de lógica dedutiva; b) respeita os

princípios da racionalidade prática (consistência, eficiência, generalização e sinceridade); c) é adotada sem utilizar fontes vinculantes do Direito; d) não utiliza de critérios políticos, éticos, etc. Quando, após a utilização destes elementos, não se encontra qualquer decisão, encontra-se uma decisão inaceitável ou encontra-se mais de uma decisão, sendo que elas são incompatíveis entre si, é constatado o fracasso da racionalidade (ATIENZA, 1987, p. 193-194).

Assim, diante de um conflito e da insuficiência da racionalidade, assim passa-se a buscar o equilíbrio dos valores conflitantes. Porém, às vezes, determinadas decisões necessitam ser tomadas e somente os critérios de racionalidade não são possíveis para aferir uma decisão aceitável, também na busca do equilíbrio entre os pontos contrapostos não se encontra uma única solução, então, passa-se para o terceiro elemento, tem-se que adotar um último critério decisivo: o consenso social, qual decisão seria mais bem aceita pela sociedade?

O grande problema da aplicação do consenso em um ambiente de exclusão social, é que os Outros são a parte frágil da relação e a parte dominante consegue manipular a situação de tal forma que parece que a condição de Outro é normal, assim a pendência do consenso nunca autorizaria as discriminações positivas, já que todas seriam “anormais” e não aceitas. Deste modo, antes da utilização do consenso será necessário romper a Exterioridade para que Outros passem argumentar em favor de seus interesses e fomentar um o consenso que busque a inclusão.

Neste ponto, parece absolutamente necessário a adoção dos valores constitucionais, pois neles são encontrados na base de argumentação que favorecem a inclusão dos Outros que, quando não são minoria, são a parte frágil da relação de comparação. Portanto, a Constituição é o ponto de partida e de retorno para o consenso social e o fiel da balança no equilíbrio dos valores conflitantes.

Após, realizada a participação dos excluídos na argumentação e respeitados os valores constitucionais, pode-se pensar na afirmação de Atienza (1987, p. 200): o controle de razoabilidade das decisões necessitará, na maioria das vezes, de incluir pontos de concordância, mesmo que por vezes, ele seja indesejado.

2.2 Proporcionalidade

Analisada a razoabilidade passa-se para o princípio da proporcionalidade que foi desenvolvido pela doutrina alemã e é baseado em uma na relação entre meio e fim, ou seja, no raciocínio de que para alcançar determinado fim existem diversos meios, deve se buscar durante um conflito de interesses, aqueles meios que forem os mais necessários, adequados e proporcionais (maiores vantagens que desvantagens) (ÁVILA, 2006, p. 113-114).

Portanto, os três subprincípios são: Adequação (*Geeignetheit*), Necessidade (*Erforderlichkeit*) e Proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) (MENDES, 2001, p. 2).

A partir destes subprincípios a proporcionalidade segue uma estrutura

definida, sendo que as três partes são independentes e devem ser utilizados na “uma ordem pré-definida”, este tipo de estruturação é o principal diferenciador entre a proporcionalidade e a razoabilidade (SILVA, 2002, p. 2). Esta independência e ordem, segundo Silva, (2002, p. 7) deve ser rigorosamente seguida, pois os subprincípios são subsidiários, ou seja, a análise do conflito deve iniciar sempre pela adequação, caso não seja resolvido, então passe-se para necessidade, se ainda persistir a dúvida, chega-se a proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 7)

Esclarecido estas preliminares, passa-se então para o subprincípio de adequação Silva (2002, p. 8) aponta que um meio adequado, “não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”.

Portanto, estaria garantida a adequação, caso o meio escolhido esteja ao menos apto a promover, em certa quantia, determinado fim, porém parte da doutrina entende que a adequação não pode somente visar a simples análise de promoção, mas sim o melhor meio para atingir o fim pretendido, analisando-o quantitativamente, qualitativamente e probabilisticamente, em resumo, procura aquele meio que atinge com mais intensidade, da melhor maneira possível e tem mais probabilidade de alcançar o fim pretendido (ÁVILA, 2006, p. 152-153).

Se um meio M, adotado para promover o princípio P1, não é adequado a essa finalidade, mas obstruí a realização de P2, então não haverá custos quer para P1 ou P2 se M for omitido, mas haverá custos para P2 se M for adotado. Então, P1 e P2, tomados conjuntamente, podem ser realizados em um grau mais alto relativamente ao que é factualmente possível se M for abandonado. P1 e P2, quando considerados conjuntamente, proíbem o uso de M (ALEXY, 2003, p. 136)

Assim, o entendimento de Alexy e Ávila, acima demonstrados, busca sempre uma otimização no uso da proporcionalidade, não bastando a verificação se o fim busca, ao menos em partes, a realização do meio, mas o melhor meio.

Quanto ao subprincípio da necessidade, este passa por duas fases: 1) deve examinar a igualdade dos meios adequados; 2) deve examinar quais meios promoveram o fim de forma menos gravosa. Na primeira fase são comparados os meios adequados e quais os seus efeitos, para que na segunda fase possa se escolher aqueles meios produziram efeitos menos gravosos e alcançam

igualmente o fim (ÁVILA, 2006, p. 122-123).

Ou seja, a necessidade analisa a ocorrência de diferentes meios para se chegar a um fim. Quando forem igualmente adequados, porém algum deles for menos gravoso, deve-se adotar este último, mas, esta escolha deve observar se o meio escolhido, apesar de menos gravoso e igualmente adequado, quando utilizado não afeta outro fim não analisado na primeira escolha (ALEXY, 2003, p. 136).

Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: *a) a necessidade material*, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; *b) a exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; *c) a exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; *d) a exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados. Em geral, não se discute a adoção da medida (*necessidade absoluta*), mas sim a *necessidade relativa*, ou seja, como é que o legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos (CANOTILHO, 1993, p. 383)

“A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto” (SILVA, 2002, p. 9). Porém, abstratamente a escolha da necessidade é bastante simples, os problemas começam a aparecer quando o meio menos gravoso não alcança inteiramente o fim, sendo que outro meio mais grave tem a capacidade de obter melhores resultados, qual deles escolher? (ÁVILA, 2006, p. 124)

Nesta fase que atua o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”, ou melhor, analisa se a realização do fim realmente justifica a restrição que ocasionará ao princípio (ÁVILA, 2006, p. 133).

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à “carga coactiva” da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de «medida» ou «desmedida» para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (CANOTILHO, 1993, p. 383-384)

Alexy (2003, p. 136), nesta fase, aplica sua lei de balanceamento, onde primeiro verifica o grau de insatisfação ou restrição de um dos princípios; depois qual o grau de importância da satisfação do outro princípio e por último verifica-se se é justificável restringir ou não satisfazer o primeiro princípio para fazer prevalecer o segundo.

Assim, na análise da proporcionalidade em sentido estrito, deverá ser ponderado qual princípio conflituoso deve obter maior importância naquele caso, analisando a situação com um todo. Escolhido qual princípio deve

prevalecer, então se deve procurar qual meio proporcionará uma medida de faça prevalecer o princípio considerado mais importante, até o ponto em que as restrições ao princípio mitigado sejam razoavelmente adequadas a alcançar o fim, sem excessos.

Enquadrando a utilização da proporcionalidade em uma situação de exclusão social percebe-se o seu potencial na escolha dos meios (das formas) para que possa incluir o Outro. Se a medida de discriminação positiva passa pelo crivo da razoabilidade, as formas de atuação para efetivação desta medida devem passar pelo teste da proporcionalidade.

Nesta pequena exploração da razoabilidade e da proporcionalidade podemos constatar que: 1) enquanto a Razoabilidade atua de forma mais ampla, buscando verificar se a medida deve ser aplicada, qual medida seria essa e quanto dessa medida é necessário; a Proporcionalidade é mais estruturada internamente e procura as melhores formas para aplicação da medida escolhida.

2.3 Razoabilidade, Proporcionalidade e a Isonomia

Especificados os pontos gerais, agora cabe neste momento realizar as junções e buscar relacionar a razoabilidade, a proporcionalidade e a isonomia, analisando suas confluências. Pois, como afirma Barros (2003, p. 188) existe uma “zona” de interseção entre estes princípios¹⁵⁷, sendo que a principal diferença é que a proporcionalidade e a razoabilidade terão caráter instrumental na verificação da legitimidade de uma norma discriminadora.

Para melhor visualizar esta instrumentação, cabe a decomposição dos elementos de cada princípio, que segundo Ávila (2006, p. 94), simplificada, pode ser colocado desta forma:

A igualdade somente é aplicável em situações nas quais haja o relacionamento entre dois ou mais sujeitos em função de um critério discriminador que serve a alguma finalidade. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (sujeitos, critério de discrimen e finalidade). A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim).

Em resumo:

¹⁵⁷ Na obra, a autora, trata da Razoabilidade e Proporcionalidade como princípios equivalentes, entendimento não adotado nesta pesquisa.

- a) Igualdade: Sujeitos, critério de discriminação e finalidade;
- b) Razoabilidade: Critério e medida;
- c) Proporcionalidade: Meio e fim;

Com base nessa decomposição o relacionamento dos princípios fica mais claro e algumas conclusões podem ser feitas:

i) A razoabilidade instrumentará a definição se o critério de discriminação é razoável na relação entre os sujeitos e a finalidade que se busca. Exemplo: Analisando os sujeitos X e Y, verifica-se que é razoável utilizar o critério discriminador Z para que a medida A traga isonomia para relação.

ii) A proporcionalidade será o instrumento para, após a verificação que a medida A pode ser adotada, definir qual o meio mais adequado, necessário e proporcional pode ser utilizado para implementar a medida A e alcançar a isonomia.

Ainda, não se pode deixar de verificar se a medida A proporcionará um valor jurídico constitucional. Ou seja, primeiro é necessário que exista razão suficiente para a discriminação e que a medida discriminatória alcance os fins pretendidos, sendo que estes fins devem “agasalhar um valor ou bem tutelado pela Constituição” (BARROS, 2003, p. 193-194).

3 O USO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM UM QUADRO DE EXCLUSÃO SOCIAL

Até o momento, mostrou-se as possibilidades que podem surgir no uso da proporcionalidade e razoabilidade num quadro de exclusão social. Já nesta parte final do artigo, passa-se a focar nos requisitos que devem ser observados para a atuação no processo inclusão do Outro quando do uso da razoabilidade e proporcionalidade.

Isto porque, sendo princípios amplos, podem vir a causar sérios problemas se não forem instrumentalizados sem parâmetros.

3.1 O uso da razoabilidade como ferramenta para diminuir a exclusão social

Como forma de melhor estruturar os requisitos da razoabilidade, deve-se partir de seus elementos e a partir deles estruturar os pontos necessários para que uma atuação de inclusão possa ser considerada razoável:

a) Racionalidade: diante da sua composição contendo a lógica dedutiva e racionalidade prática (consistência, eficiência, generalização e sinceridade) e do seu afastamento da vinculação jurídica e de valores (éticos, políticos, etc.), serve para análise racional pura e simples da ocorrência ou não da desigualdade, e em caso de ocorrência, levanta qual é o critério discriminador e qual é a medida que deve ser adotada para equalizar a relação;

b) Equilíbrio: utilizado para evitar que a medida adotada venha a quebrar outras relações de igualdade, portanto, é apto para instrumentalizar a quantidade necessária de atuação ativa na utilização da medida, evitando que o equilíbrio se perca;

c) Aceitabilidade e congruência constitucional: a medida

discriminadora deve ter uma aceitação social, sendo que o consenso será levantado com base nos valores constitucionais, nesta última fase ocorre a valoração da decisão, buscando respaldo nos critérios e objetivos constitucionais para a aplicação da medida na sua quantidade necessária.

Diante do exposto, e visando uma melhor estruturação, passa-se a uma fase de organização das etapas do uso da razoabilidade:

Primeiro passo: A grande característica da razoabilidade é sua possibilidade de verificação que determinada situação X está em alerta comparada a situação geral. Em um caso de desigualdade, a razoabilidade primeiramente atuaria para que seja verificada a real existência desta desigualdade. Isso será feito através da comparação racional da generalidade de casos com um caso específico, levantando o critério de discriminação;

Segundo passo: em caso de necessidade de atuação, busca verificar o que aquele caso precisa para que consiga se igualar aos demais e, ou seja, acha o elemento (a medida discriminatória) que será disponibilizado para equalização.

Terceiro passo: Depois de descoberto este elemento, vai ser verificado, qual o nível (quantidade) desse elemento que a situação necessita para que volte a ser substancialmente igual, reestabelecendo o equilíbrio.

Quarto passo: Passa analisar valorativamente a situação de desigualdade, o critério de discriminação e a medida discriminatória, sendo que os valores serão buscados na Constituição e será o teste final para a constatação da existência da desigualdade e como atuar constitucionalmente para extingui-la.

3.2 O uso da proporcionalidade como ferramenta para diminuir a exclusão social

O uso da proporcionalidade deve ser verificado na segunda fase da atuação positiva, depois de confirmada a desigualdade, definido qual critério, a medida discriminatórios, a quantidade da medida e a constitucionalidade da atuação, passa-se ao teste de como realizar a atuação através dos elementos da proporcionalidade:

a) Adequação: Levanta-se quantos meios (formas) são adequados para a implementação da medida na quantidade exigida;

b) Necessidade: relaciona quais desses meios são menos gravosos na promoção da medida na quantidade exigida e alcança igualmente os fins pretendidos;

c) Proporcionalidade em sentido estrito: analisa se o meio adequado e necessário causa mais benéficos que prejuízos quando executado em relação aos outros direitos fundamentais.

Da mesma forma, como apresentado acima, passa a estruturar os elementos da proporcionalidade para que melhor verifique a sua atuação num quadro de exclusão social. Lembrando que utilizada a razoabilidade já se sabe, que a situação realmente precisa de intervenção positiva, qual o elemento necessário e a quantidade desse elemento, além do teste de constitucionalidade, cabe agora, para a proporcionalidade definir o modo de operação da quantidade desse elemento, para que a situação não seja feita de qualquer forma e cause riscos à isonomia e aos outros valores constitucionais.

Primeiro passo: procurar vários meios adequados para que possa ser aplicado o elemento na quantidade certa;

Segundo passo: levantar qual desses meios é o menos gravoso e igualmente eficiente na promoção da medida;

Terceiro passo: analisar as vantagens trazidas por esse meio (menos gravoso e eficiente) é proporcional aos prejuízos causados, sendo que aqui, ocorre um novo teste de equilíbrio e constitucionalidade, pois se existem várias formas de atuação, deve-se buscar aquele que melhor se compatibiliza com o sistema constitucional.

Antes de seguir para as conclusões, é necessário um alerta: não é intuito deste artigo organizar uma metódica legitimadora da atuação estatal em situações de exclusão social, muito menos, criar um método para utilização da razoabilidade e proporcionalidade como instrumentos no trato da isonomia, o que se pretende com o levantamento dos elementos dos princípios e o passo a passo nas suas utilizações é conseguir levantar requisitos mínimos que garantam e comprovem, que nem casos de desigualdades, a razoabilidade e a proporcionalidade foram analisadas sistematicamente.

Este método verifica a utilização dos princípios e não a legitimidade das decisões ou dos efeitos da aplicação da discriminação positiva. Entretanto, é um norte para que os poderes possam ao menos confirmar que procuraram utilizar da razoabilidade e da proporcionalidade de maneira complexa e não somente o fizeram de forma ampla (aproveitando do conteúdo aberto que as expressões trazem) e a partir de juízos pessoais fizeram suas escolhas da melhor forma que lhes pareciam.

Em suma, os testes acima descritos buscam uma melhor verificação de como a argumentação foi realizada (ou se realmente foi argumentado) e quais foram os critérios adotados para a decisão final que busca igualdade, aumentando a dose de legitimidade, não a garantindo em si.

CONCLUSÃO

A sociedade dominante cria um muro discriminatório (Exterioridade) que separa e exclui os dominados (Outro), sendo que estes são considerados "anormias" e são afastados da participação social, ou quando participam não são ouvidos e/ou compreendidos. Este tipo de exclusão social não pode existir no Estado Democrático de Direito e pode ser extinta com o uso da igualdade.

A isonomia autoriza a atuação positiva discriminatória nos casos onde exista desigualdade, buscando que igualdade volte a prevalecer entre os sujeitos. Este é o tipo de igualdade que deve ser utilizada para inclusão dos Outros e para a destruição do muro da Exterioridade, porém como deverá ser feito o processo de inclusão é uma questão que merece ser realizada diante de requisitos bem definidos.

De outro lado, existem relações em que é alegada a ocorrência de disparidade, porém a alegação é falsa ou errônea, sendo assim, sob pena do procedimento de inclusão produzir exclusão, é necessário um instrumento para

que se possa verificar a veracidade da desigualdade;

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem ser utilizados como instrumentos, tanto para verificar a existência da desigualdade, como também buscar o modo em que deverá ser feita a equiparação;

A razoabilidade, principalmente pelo desenvolvimento a partir do devido processo legal substantivo e aptidão de contrapor situações específicas da generalidade consegue verificar a existência da disparidade de uma relação específica. Caso exista a desigualdade, pode ser instrumento para analisar qual o tipo de equacionamento que deverá ser feito e, por último, qual a quantidade de intervenção que deve ser realizado para equalizar a disparidade;

A proporcionalidade, desenvolvida na doutrina alemã com seus três subprincípios, cabe depois das definições feitas pela razoabilidade e pode indicar a forma ou modo de atuação na busca pela igualdade, analisando e selecionando o meio que seja necessário, adequado e proporcional para inclusão do Outro na sociedade dominante.

Sendo que, na atuação da isonomia, da razoabilidade e proporcionalidade deve sempre ter em mente que os preceitos constitucionais serão os parâmetros de partida para os atos realizados e de chegada para os efeitos produzidos.

Referências

- ALEXY, R. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Trad. M. de Carvalho Netto. In: Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, jun. 2003, p. 131-140.
- ATIENZA, M. *Para una razonable definición de "razonable"*. In: Doxa - Cuadernos de Filosofia del Derecho. Madrid: vol. 4, 1987.
- ÁVILA, H. B. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *O que é "devido processo legal"?* In: Revista de Processo, São Paulo: vol. 163, set. 2008. Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 06 fev 2014.
- BARBOSA, R. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BARROS, S. T. *Princípio da Proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, L. R. Razoabilidade e isonomia do direito brasileiro. In: BARROSO, L. R. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 153-164.
- _____. *Igualdade perante a Lei*. In: Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. vol. 2. Ago. 2011. Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 22 dez 2013.
- _____. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 23. Abr. 1998. Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 05 jan 2014.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, M.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. vol. I, Trad. Carmen C. Varriale et. al. Brasília: Editora da Universidade de Brasília,

1998.

CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DUSSEL, E. *Filosofia da Libertação: Crítica a ideologia da exclusão*. Trad. Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.

MELLO, C. A. B. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, G. F. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras*. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador, vol.1, n^o 5, Agosto de 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 12. jan. 2014.

MINHOTO, A. C. B. *Princípio da Igualdade*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo. vol. 42. jan. 2003. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 08 fev 2014.

SILVA, L. V. A. *O Proporcional e o Razoável*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo. vol. 798. abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 06 jan 2014.

SILVA JUNIOR, H. *O Princípio da Igualdade e os Direitos de Igualdade na Constituição de 1988*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 38. jan. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 16 fev 2014.

PERELMAN, C. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

A TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE: A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

Caio Cesar Prado Gomes¹⁵⁸

Gabriela Lopes Cirelli¹⁵⁹

Resumo

No cenário atual, é possível observar que o Estado não tem sido capaz de proporcionar um atendimento de saúde integral à população. Este trabalho tem como objetivo mostrar que o Poder Judiciário pode atuar ante a omissão estatal, bem como apresentar o modo pelo qual pode se dar essa atuação. A metodologia adotada baseia-se em uma análise bibliográfica de artigos e livros correspondentes ao tema. Ao longo do presente estudo, abordou-se a saúde como um direito fundamental e sua aplicabilidade; a tutela coletiva do direito à saúde e sua forma de efetivação, em especial, a ação civil pública no que se refere aos direitos individuais indisponíveis. Vale ressaltar que este artigo procura apontar caminhos àqueles que necessitam de tratamento e fornecimento de medicamentos não disponibilizados e que se veem na impossibilidade de obtê-los mediante recursos próprios. Por fim, o presente trabalho apresenta o Ministério Público como peça fundamental na tutela jurisdicional coletiva, já que atua como substituto processual da parte interessada, detendo dos melhores mecanismos para o alcance da concretização desse direito.

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde tem relação direta com a dignidade da pessoa humana, a qual é elencada como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. É, pois, o princípio eleito como núcleo irradiador do ordenamento. Nas palavras de TEPEDINO, trata-se de “verdadeira cláusula geral de proteção integral à pessoa”.¹⁶⁰

A saúde, direito de todos e dever do Estado, assim colocada na própria Constituição Federal, é pressuposto mínimo para se alcançar a dignidade da pessoa humana. Portanto, cabe ao Estado proporcionar saúde de qualidade à população, a fim de que os indivíduos tenham uma vida digna, de modo a efetivar o disposto no art. 196 da nossa Carta Maior.

Ocorre que, no cenário atual, verifica-se que o Estado é falho no que tange à promoção das políticas públicas atreladas à saúde, restando ao Poder Judiciário a concretização desse direito.

Desta maneira, como deverá o cidadão proceder diante da omissão do Poder Público frente às necessidades referentes à saúde?

Nesse sentido, pretende-se, por meio do presente estudo, apresentar a ação civil pública como um dos meios eficazes para a efetivação do referido direito, bem como o Ministério Público como um relevante ator na sua

¹⁵⁸ Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade de Pinhais. Graduado em Administração de Empresas pelas Faculdades Integradas de Ourinhos. Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

¹⁵⁹ Graduanda em Direito pela UENP

¹⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n. 3, p. 27-28, 2002.

aplicação.

O objetivo deste estudo é destacar que o Poder Judiciário pode atuar ante a omissão estatal. Ademais, busca-se demonstrar que, conforme o entendimento jurisprudencial dominante, mesmo nos casos em que se objetiva a tutela jurisdicional de uma única pessoa, ainda assim é possível o ajuizamento da ação civil pública, tendo em vista que se trata de direitos individuais indisponíveis.

O presente trabalho justifica-se pela evidente omissão estatal, no que tange ao fornecimento de medicamentos e tratamentos às pessoas que deles necessitam, as quais se veem muitas vezes impedidas de ter acesso ao tratamento adequado, devido a grande dificuldade em se ajuizar ações individualmente em face do Estado. Ante o exposto, faz-se necessário uma melhor análise dos mecanismos hábeis a efetivar esse direito.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Definição de direitos fundamentais

Sabe-se que os direitos fundamentais constituem a base e a essencialidade para qualquer noção de Constituição, visto que se encontram normatizados e efetivados sob a égide dos seus ditames básicos, como a vida, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, primando sempre pela dignidade humana. Tem por escopo assegurar a promoção de condições dignas de vida humana e de seu desenvolvimento, bem como garantir a defesa dos seres humanos contra abusos de poder econômico cometidos pelos órgãos do Estado.

Conforme aduz SIQUEIRA, os direitos fundamentais resultam de reivindicações da sociedade em determinados momentos históricos.¹⁶¹

É notório que a definição de direitos fundamentais não é unívoca, sendo utilizadas várias expressões para chegar a tal conceito.

CURY registra que, em que pese não haver, em sentido amplo, diferenças entre as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, em sentido estrito, tais expressões são empregadas da seguinte forma:

Direitos do homem – expressão mais utilizada na doutrina jusnaturalista contratualista dos séculos XVII a XIX (Locke, Hobbes, Rosseau e Kant). Está, pois, relacionado ao direito natural e aos direitos de liberdade dele decorrentes;

Direitos humanos – expressão utilizada em relação aos direitos e liberdades previstos em tratados internacionais. É um termo internacionalista dos direitos fundamentais.

Direitos fundamentais – em sentido estrito, podem ser conceituados como o conjunto de normas que cuidam dos

¹⁶¹ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela Coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2010. p. 24.

direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo de determinado Estado; sua denominação está atrelada ao carácter básico e fundamentador de todo ordenamento jurídico, com limitação espacial e temporal.¹⁶²

Para MORAES, os Direitos Humanos Fundamentais são:

[...] O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana¹⁶³.

MIRANDA, Professor Titular da Universidade de Lisboa, em sua obra “Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais”, traz a relevante diferenciação entre direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material. Alude o ilustre jurista:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Essa dupla noção – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as idéias de Direito, os regimes políticos e as ideologias. Além disso, recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objecto ou ao conteúdo e quanto à função e abrange verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos.¹⁶⁴

SILVA, por sua vez, ao tratar do tema ensina que

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no

¹⁶² CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1.

¹⁶³ MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 39.

¹⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 78

nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.¹⁶⁵

Resta claro, portanto, que o referido conceito é bastante amplo, admitindo, em seu aspecto semântico, englobar significados que traduzem complexas gamas estruturais de direitos, garantias, princípios, questões do direito positivo e internacional.

Com base no exposto, poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos à existência do ser humano, que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

2.2 A dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado ao tema em questão, porquanto o escopo dos direitos fundamentais não é só proteger a vida humana, mas também assegurar sua dignidade. De que adianta ter vida se esta não tem o mínimo de dignidade?

A vida digna é alcançada quando os direitos fundamentais são garantidos e tutelados de forma efetiva.

No que diz respeito ao princípio em comento, TAVARES comenta que:

[...] 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'.¹⁶⁶

Infere-se, assim, que o conceito da dignidade da pessoa humana é, em sua essência, complexo. Deste modo, SARLET trouxe o seguinte conceito de dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 176.

¹⁶⁶ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional brasileiro concretizado**. São Paulo: Método, 2006. p. 65.

cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁶⁷

Passadas tais considerações, questiona-se: o que é necessário para a efetivação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, garantir uma vida digna ao homem?

É sabido que, a fim de que haja proteção ao direito à vida e sua dignidade, faz-se mister que se concretizem políticas públicas por parte do Estado.

No tocante ao direito fundamental à saúde, o qual será o objeto central do presente estudo, o que se verifica é que, muitas vezes, os serviços públicos não propiciam os meios adequados para que todos tenham acesso integral a tal direito. A fim de exemplificar tal situação, SIQUEIRA afirma que:

[...] quando o poder público efetiva o art. 196 da Constituição de 1988, realizando atendimento médico e hospitalar, deve fazê-lo em sua totalidade, ou seja, desde um simples atendimento médico digno, até propiciar leitos hospitalares, equipamentos que supram às necessidades, inclusive com os medicamentos necessários à vida digna do ser humano. Portanto, estaria incorrendo em erro ao oferecer apenas o primeiro atendimento, deixando à míngua o indivíduo logo após, sem que ele tenha condições de fazer os demais exames, ou de adquirir os medicamentos necessários.¹⁶⁸

Posto isso, podemos chegar à conclusão de que a efetividade dos direitos fundamentais é primordial para que se alcance o mínimo existencial. Trata-se, portanto, não só de um dever do poder público, mas, sobretudo, de uma necessidade de uma nova postura da sociedade frente à exigência do cumprimento desses direitos, por meio de políticas públicas, pois é de forma ativa e participativa que poderemos chegar a tão almejada efetividade.

2.3 Da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais

As normas constitucionais, do mesmo modo que as normas jurídicas em geral, são dotadas de imperatividade. Estas possuem comandos, os quais podem ser descumpridos tanto por ação, quanto por omissão. Ainda que a obediência a tais comandos seja um critério importante para o reconhecimento da efetividade, esta não se reduz a isso.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62.

¹⁶⁸ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *op.cit.*, p. 24.

Os dispositivos constitucionais, especialmente aqueles referentes aos direitos fundamentais, possuem determinado grau de eficácia e aplicabilidade, devido à normatização imposta pelo Poder Constituinte.

SILVA destaca que todas as normas possuem alguma eficácia:

[...] não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada [...] Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. É insuficiente, a nosso ver, separá-las em dois grupos, como insinuam certos autores: a) normas constitucionais de eficácia plena, que seriam aquelas de imediata aplicação; b) normas constitucionais de eficácia limitada, distinguindo-se estas, ainda, em: 1) normas de legislação e 2) normas programáticas [...] Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias: I - normas constitucionais de eficácia plena; II - normas constitucionais de eficácia contida; III - normas de eficácia limitada ou reduzida.¹⁶⁹

Insta consignar que, como regra geral, todas as normas constitucionais apresentam eficácia, algumas jurídica e social e, outras, apenas jurídica.

Nesse sentido, TEMER explica que

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.¹⁷⁰

Acerca da efetividade, leciona BARROSO:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 81 e 82.

¹⁷⁰ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14. ed. Ver. E ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 26.

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.¹⁷¹

Nesse sentido, é mister delinear-mos a lição de GRAU:

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual é inscrito é auto-suficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade. [...] Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.¹⁷²

A professora constitucionalista ROCHA, respondendo a questões formuladas pela Organização Pan-americana de Saúde, acerca dos efeitos jurídicos do dispositivo da Constituição sobre saúde, esclareceu:

A eficácia deste direito, pelos termos taxativos ensaiados no texto, independe de eleição de políticas ou de escolha de condutas estatais. A sua exigência respalda-se no documento constitucional, podendo qualquer pessoa valer-se do seu direito utilizando-se da vida que o torne eficiente à sua necessidade. Assim é que, inexistindo em determinada localidade, por exemplo, postos de prestação pública de serviços eficientes de saúde à disposição das pessoas, podem elas, se necessitar os mesmos, se dirigirem a postos, clínicas ou hospitais particulares e exigir que o Estado satisfaça às cobranças feitas por esta instituição, inclusive aquelas de natureza pecuniária, decorrentes do uso do serviço. [...] Estipulou-se, destarte, de maneira incondicional, a obrigação pública da prestação dos serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde a todos.¹⁷³

Os direitos fundamentais, direitos e garantias individuais, são denominados de normas de eficácia absoluta – conforme classificação de Maria

¹⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 82-83.

¹⁷² GRAU, Eros Roberto. **Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 35.

¹⁷³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O serviço público de saúde no direito brasileiro**. Brasília: Organização Pan-americana de Saúde, 1988. p. 42.

Helena Diniz, citada na obra de LENZA¹⁷⁴ – visto que não podem ser objeto de emenda, nem mesmo pelo legislador constituinte originário, tendo aplicação imediata, a teor do disposto no art. 60, §4º, inc. IV da Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da CR/88, “os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata”. De acordo com este dispositivo, tais normas têm eficácia plena, não dependendo de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social.

Em que pese a presente disposição, a questão não é tão simples assim, visto que, nas palavras de CUNHA JÚNIOR, “as normas definidoras de direitos fundamentais longe estão de se identificarem funcional e normativamente, o que dificulta, em demasia, chegarmos a um tratamento uniforme sobre a matéria”.¹⁷⁵

O autor ainda comenta que tais normas assumem feições distintas, não sendo, portanto, dotadas da mesma carga eficaz, o que leva alguns autores a declararem de forma absurda a inutilidade da norma contida no art. 5º, §1º, da CF, acima referido.

Na sequência, CUNHA JÚNIOR nos apresenta duas posições doutrinárias referentes ao assunto: “uma entende que o art. 5º, §1º, da CF não pode atentar contra a natureza das coisas, de modo que os direitos fundamentais só tem aplicação imediata se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo”. Sinaliza que a outra, em sentido contrário, “[...] defende a imediata e direta aplicação das normas de direitos fundamentais, ainda que de caráter programático, no sentido de que os direitos subjetivos nela consagrados podem ser imediatamente desfrutados, independentemente de concretização legislativa”.¹⁷⁶

Na mesma linha de pensamento que o autor, entendemos que a primeira posição não pode prosperar, sendo descabido afirmar que é desnecessária a norma do art. 5º, §1º, da CF. Ademais, há que se ressaltar que o entendimento mais acertado é de que não só aqueles previstos no art. 5º são considerados direitos fundamentais, mas sim todas as normas que assim os definem.¹⁷⁷

Desta feita, caso o Estado se omita na sua implementação, poderá ser condenado à obrigação de fazer, por meio do que se conhece como “judicialização das políticas públicas.”¹⁷⁸ Isso significa que, na ausência ou na incompletude de legislação infraconstitucional específica, faz-se necessária a concretização dos direitos fundamentais via judicial, sob pena de flagrante afronta à própria Constituição.

¹⁷⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 223

¹⁷⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2. ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 269.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 271-272.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 271.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.35, p.36, p.42.

Apesar de não ser o foco do presente estudo, vale lembrar que o objeto dos direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários a satisfazê-lo, sujeitando-se, assim, à reserva do possível, o que, na definição de CUNHA JÚNIOR, é “[...] entendida como a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma”.¹⁷⁹

E continua o autor:

[...] Em regra, esses direitos sociais, como se costuma apontar, também depende de concretização legislativa executora das prestações que constituem seu objeto, dado o fato de que, por não disporem, em nível de Constituição, de conteúdo normativo determinado e consistente (problemas diretamente relacionados com a forma de posituação desses direitos, ou seja, à sua estrutura normativa), só o legislador ordinário pode conformá-los (liberdade de conformação), dando-lhes suficiente densidade normativa. Aí, reside, por certo, o cerne da problemática da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, não faltando quem negue, em face desses aspectos, a aplicação imediata desses direitos [...].

Alude VALE que, de acordo com a tese da eficácia imediata ou direta, os direitos fundamentais são normas que, por si sós, contém valores e, portanto, nas referidas situações excepcionais, devem ser aplicadas imediatamente. O cidadão tem a faculdade de invocá-los do próprio texto constitucional.¹⁸⁰

Assim sendo, é imperioso destacar que ambas as referidas teorias (aplicabilidade mediata e imediata) possuem aplicação no que se refere ao direito à saúde. E o melhor entendimento caminha no sentido de que o direito à saúde deve ser considerado como de eficácia imediata, a fim de possibilitar que seu titular ajuíze ação em face do Poder Público pleiteando bens e serviços com fundamento direto na Constituição, independentemente de concretização legal.

Outrossim, resta evidente que o direito à saúde é um direito de todos. Caberá ao povo a busca do cumprimento do direito que o ordenamento jurídico confere à saúde, nos aspectos da prevenção, proteção, recuperação, ou reabilitação dentro dos pressupostos legais. A fim de arrematar o assunto em questão, colacionamos o excerto do pensamento de PAIM, professor de medicina preventiva na UFBA: “Para que o direito à saúde e à democracia não sejam palavras gastas e vazias, o momento histórico requer a ação de um protagonista fundamental e insubstituível: o povo”.¹⁸¹

¹⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 293.

¹⁸⁰ VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p.148-150.

¹⁸¹ Cf. CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8. ed. Brasília, 1986. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em 20.06.2014.

3 DA SAÚDE

3.1 Da definição de saúde

A *priori*, é de se ressaltar que os termos promoção, proteção e recuperação evidenciam a concepção ampla de saúde, de acordo com o conceito lançado em 1946 pela OMS. Para este órgão, saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social, e, ainda, o requisito primeiro para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos, não consistindo somente na ausência de doença ou de enfermidade.¹⁸²

Etimologicamente, a palavra saúde se originou do latim (*salus-utis*), significando “estado de são” e ainda “salvação”.¹⁸³

OLIVEIRA afirma que, normalmente, a definição de saúde é apresentada nos dicionários com o sentido de estado de sanidade dos seres vivos, estado do que é são ou sadio, ou regularidade das funções orgânicas físicas ou mentais¹⁸⁴. Vejamos alguns exemplos:

Estado de equilíbrio dinâmico entre o organismo e seu ambiente, o qual mantém as características estruturais e funcionais do organismo dentro dos limites normais para a forma particular de vida (raça, gênero, espécie) e para a fase particular de seu ciclo vital.¹⁸⁵

Funcionamento do organismo em condições ótimas, sem desvios de normalidade fisiológica para cada idade, sexo ou condições ambientais.¹⁸⁶

Ademais, de acordo com o art. 225 da Constituição da Federal, nota-se a estreita vinculação de uma sadia qualidade de vida como direito de todos com o completo desfrute do direito à saúde. Neste mesmo viés, a Lei 8.080 de 1990, que institui o Sistema Único de Saúde (SUS) e que, juntamente com a Lei 8.142/90, forma a Lei Orgânica da Saúde, referiu o conteúdo no seu artigo 3º, o qual se transcreve:

¹⁸² Cf. CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, adotada pela Conferência Internacional da Saúde, realizada em Nova Iorque de 19 a 22 de julho de 1946.

¹⁸³ CUNHA, Antonio Geraldo. Dicionário etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. In OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador** – 6. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: LTr, 2011, p. 124.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. Ver. E atual. São Paulo: LTr, 2011, p. 124.

¹⁸⁵ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. In OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador** – 6. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: LTr, 2011. p. 124.

¹⁸⁶ REY, Luís. Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde. In OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. Ver. E atual. – São Paulo: LTr, 2011, p. 124.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, **a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.**

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (grifo nosso)

Nota-se, assim, que conceito formulado pela OMS acabou por contribuir para a formulação de um conceito jurídico de saúde e seu enquadramento como direito fundamental.

Outrossim, com o referido conceito, foi possível demonstrar que a saúde “não é um ponto determinado que se atinge, um estado que se alcança, mas a direção em que se empreende a caminhada.”¹⁸⁷ Destarte, verifica-se que o completo bem-estar representa uma constante melhoria, a qual deve ser sempre buscada.

Superada sua definição, passemos a estudar a saúde e seu enquadramento como direito fundamental.

3.2 Da saúde como direito fundamental

A saúde pode ser considerada um dos bens intangíveis mais preciosos do ser humano, merecendo tutela protetiva estatal, uma vez que se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Ante tal relevância, é imprescindível que as políticas públicas governamentais sejam voltadas a sua preservação.

Nesse sentido, o relatório final de 8ª Conferência de Saúde, realizada em 1986, concluiu que

Direito à saúde significa a garantia pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.¹⁸⁸

Cumprido salientar que, pela primeira vez, a saúde foi categoricamente estabelecida como direito fundamental social, no art. 6º, *caput*, da Constituição

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. op. cit., p. 126.

¹⁸⁸ CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8. ed. Brasília, 1986. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em 20.06.2014.

Federal, que assim dispõe:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, 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.

Classifica-se, ainda, como direito de segunda geração ou dimensão. BONAVIDES, ao fazer referência aos direitos de segunda geração, afirmou que

[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.¹⁸⁹

Nesse mesmo sentido, ressalta SARLET que

[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.¹⁹⁰

Trata-se, portanto, de direitos positivos, os quais impõem uma obrigação de fazer, correspondendo, assim, aos direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros.

CUNHA JÚNIOR, em sua obra, alude que os direitos sociais são uma garantia constitucional das condições mínimas necessárias para uma existência digna. Pondera, ainda, que o princípio da dignidade humana é o melhor fundamento para a aceitação da ideia do direito à saúde ser um direito subjetivo. Ao considerarmos a saúde como direito subjetivo, o autor assevera que passa a ser obrigação do Estado Social prover os recursos indispensáveis ao indivíduo, a fim de que seja garantido um padrão mínimo de sobrevivência¹⁹¹.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993. p 517.

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. op. cit. p. 50.

¹⁹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvm, 2008. p. 701.

A saúde é direito de todos e dever do Estado¹⁹², em seu sentido amplo de Poder Público (art. 196), destacando a Carta da República a relevância do tema em seu art. 197, com atendimento integral (art. 198, II), de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, *in fine*).

Conforme dispõe OLIVEIRA, é de se ressaltar que as normas relativas à saúde são de ordem pública, já que regulam um serviço público essencial, tanto que o artigo 197 da CF enfatiza que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde.”¹⁹³

Ocorre que, não obstante a robusta previsão da saúde em nossa Constituição Federal, consoante se observa pela combinação dos arts. 1º, 3º, 5º e seu parágrafo primeiro, 6º, 170, 193 e 227, tal garantia nem sempre teve esta dimensão. Ademais, apesar de haver disciplina constitucional, o tratamento do direito à saúde nos dias de hoje ainda não é satisfatório e eficaz. Obtempera SILVA, ao se referir ao direito à saúde na Constituição de 1988:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.¹⁹⁴

Como instrumento de efetivação do direito fundamental à saúde, passaremos a tratar da tutela jurisdicional coletiva como forma de concretização deste direito.

4. DA TUTELA COLETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

É bastante visível, no cenário atual, a ascensão da tutela coletiva, a qual em muito evoluiu, em face dos aprofundados estudos e discussões acerca de sua importância para efetivação do acesso à justiça.

A função de concretização do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) é uma das mais relevantes, porquanto as pessoas de poucos recursos, muitas vezes, acabam desistindo da tutela jurisdicional individual quando se deparam com as custas processuais, honorários advocatícios, entre outros entraves que desestimulam e, de fato, impedem o acesso dessa classe à tutela jurisdicional.

Podemos citar como exemplo a atuação do Ministério Público, como

¹⁹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹⁹³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *op cit.*, p. 127.

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 309.

parte legítima para o ajuizamento da ação civil pública, no papel de substituto processual de pessoas que necessitam de medicamentos e tratamentos médicos e não possuem condições financeiras para tanto.

A fim de que sejam concretizados os direitos fundamentais, como o direito à saúde, é imprescindível que o Estado proporcione os meios eficazes para seu alcance. É necessária, portanto, a atuação estatal, pois só assim chegaremos naquilo que entendemos por “igualdade real”.

Imperioso é o estudo das categorias dos direitos metaindividuais ou transindividuais, para que possamos melhor compreender o alcance da tutela jurisdicional coletiva. Sendo assim, passemos à análise dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os interesses transindividuais são aqueles compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Assim, entendemos por interesses difusos: “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso”.¹⁹⁵

Os interesses coletivos, por sua vez, conforme conceitua o CDC em seu art. 81, parágrafo único, inciso II, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas reunidas por uma relação jurídica básica comum.

Nota-se, assim, que os interesses coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.¹⁹⁶

Por derradeiro, os interesses individuais homogêneos, para o CDC, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato.¹⁹⁷

Há divergência doutrinária quanto ao caráter transindividual dos interesses individuais homogêneos, haja vista que são divisíveis. Assim, nas palavras de LENZA, “não teremos, quando dos direitos individuais homogêneos, a presença de transindividualidade real, mas sim uma transindividualidade artificial ou legal”.¹⁹⁸

Em que pese a referida discrepância, há de se ressaltar que

A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil suas funções.¹⁹⁹

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 53.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 56.

¹⁹⁷ BRASIL, CDC (1990). **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Senado Federal, 1990.

¹⁹⁸ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2ª ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71

¹⁹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 221.

Pelo que ficou demonstrado, é possível inferir que a tutela coletiva busca, como regra, a efetivação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. No entanto, como se verá mais adiante, essa será também o meio hábil para defesa dos direitos individuais indisponíveis, como é o caso do direito à saúde.

4.1 Do papel do Ministério Público

Acerca dos legitimados ativos na seara coletiva, SIQUEIRA, com propriedade, leciona que

Quanto à legitimidade coletiva, no que se refere ao rol de legitimados para a propositura das ações coletivas, devemos considerar que o magistrado tem o poder-dever de analisar a legitimidade do autor em qualquer processo coletivo, incumbindo-lhe a obrigação de analisar o nexo existente entre o legitimado por previsão legal, e a ação interposta, algo que ao menos em um primeiro momento nos parece um tanto quanto razoável, afinal não poderíamos imaginar que um “legitimado legalmente estabelecido” intente uma ação coletiva para a qual não reúna o menor nexo de causalidade.²⁰⁰

Pois bem. No tocante à tutela jurisdicional coletiva, buscar-se-á, no presente estudo, dar maior enfoque à ação civil pública como instrumento normativo, bem como ao Ministério Público como legitimado ativo para sua propositura, ante seu relevante papel na tutela dos direitos individuais indisponíveis.

Em seu art. 127, *caput*, a Constituição preceitua que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. De acordo, ainda, com o art. 129, IX, CF, cabe ao Ministério Público, dentre suas funções institucionais, promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Nas Ações Coletivas, observa-se que o Ministério Público possui ampla atuação. Nas ações em que não atuar como autor, deve manifestar-se, obrigatoriamente, como *custos legis*, sob pena de nulidade.²⁰¹

Ainda há que se ressaltar que o Ministério Público possui excelentes condições de valer-se de sua condição de maior litigante na defesa dos

²⁰⁰ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988, por meio dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva. **Ambito Jurídico**, n. 46. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=2347>. Acesso em 20.06.2014

²⁰¹ Art. 82, inciso III do Código de Processo Civil; art. 5º, parágrafo 1º da lei 7.347/85; art. 92 do Código de Defesa do Consumidor

interesses coletivos, ao menos no direito brasileiro²⁰², para melhor desempenhar sua missão constitucional.²⁰³

4.2 Da ação civil pública

A ação civil pública foi trazida no ordenamento jurídico brasileiro com o fim de dar instrumentalidade jurídica aos direitos fundamentais.

LOUREIRO nos ensina que

Ação civil pública é ação coletiva e instrumento processual que tem por escopo a tutela de interesses não penais, trazendo como objeto de seu pedido a tutela jurisdicional de interesses coletivos lato sensu (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.²⁰⁴

SMANIO traz a lume que o nome “ação civil pública” é impróprio, haja vista que toda ação civil é pública, isto é, a ação é direito de natureza pública. Para ele, a expressão pública não é por causa do Ministério Público, que não é o único legitimado para entrar com a ação, sendo a ação pública, ou coletiva, portanto, sinônimas, quando objetiva a tutela de interesses difusos, transindividuais, ou metaindividuais, proposta por qualquer dos legitimados. Assim, para o autor, o objeto da ação civil pública são os interesses transindividuais ou metaindividuais.²⁰⁵

Insta frisar que MAZZILLI, a seu turno, faz a seguinte diferenciação: as ações que tenham como objeto a proteção de interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, quando propostas pelo Ministério Público, serão denominadas de ação civil pública. No entanto, quando forem propostas pelos demais colegitimados, o correto será chamá-las de ações coletivas.²⁰⁶

A Lei da Ação Civil Pública elencou, em seu art. 5º, os legitimados ativos para a propositura do instrumento em tela. A Lei 11.448/2007 acrescentou mais dois legitimados ao rol do referido artigo: a Defensoria Pública e o Distrito Federal.

²⁰² Chega-se a aventar que o Ministério Público responda por cerca de 90% das ações civis públicas, o que não é, necessariamente, um dado a ser comemorado, visto que é importante que também os outros legitimados manejem os instrumentos que a lei lhes conferiu, mas que certamente é um dado que deve ser tomado com especial atenção, principalmente porque, ainda que diminua significativamente, o referido percentual dificilmente baixará de 50% nas próximas décadas.

²⁰³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Manual de atuação em tutela coletiva**. 2005, p. 20. Disponível em <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/direitoshumanos/arquivos/Manual_Atuacao_Tutela_Coletiva_MPF.pdf>. Acesso em 18/06/2014. Acesso em 14/06/2014.

²⁰⁴ LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 110.

²⁰⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 96.

²⁰⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

Ademais, é de se notar que, consoante aduz SIQUEIRA, o Ministério Público é um dos entes com maior preparo técnico para manusear a ação civil pública, haja vista o conhecimento específico das ações coletivas e, também, por suas atribuições funcionais.²⁰⁷

Complementa MANCUSO, ainda, que “as estatísticas demonstram a absoluta superioridade do número de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, em face daquelas propostas pelos outros co-legitimados”.²⁰⁸

Para o Ministério Público brasileiro, antes de existir o direito de ação, há o dever de agir. É, pois, direito indisponível do Ministério Público, uma vez que deverá propor a ação civil pública sempre que esta deva ser exercitada.

Sabe-se que, nas ações penais, o Ministério Público não poderá desistir da ação, nos termos do art. 42 do Código de Processo Penal.

Entretanto, no que se refere à ação civil pública, faz-se necessário tecer alguns comentários.

De grande valia é o que afirma MAZZILLI acerca do assunto, senão vejamos:

O princípio da obrigatoriedade ilumina não só a propositura como a promoção da ação civil pública pelo Ministério Público, em cada uma das suas etapas. Por isso, não poderá desistir arbitrariamente do pedido, ou deixar de assumir a promoção da ação em caso de desistência infundada de um colegitimado, ou deixar de recorrer quando identifique violação da lei, ou deixar de promover o oportuno cumprimento de sentença.²⁰⁹

O referido autor ainda consigna que, tanto o princípio da obrigatoriedade, como o da indisponibilidade da ação civil pública, que regem a atuação ministerial, não obstam, entretanto, que em casos excepcionais, o Ministério Público possa dela desistir, ou até mesmo desistir do recurso, desde que entenda não ser hipótese em que a própria lei torne obrigatório seu prosseguimento.²¹⁰

Assim, o que se verifica é que não há a mesma vedação ao Ministério Público de desistência das ações penais no que tange às ações civis.

Entretanto, nota-se que, conforme já destacado alhures, somente poderá haver desistência na ação civil pública em casos excepcionais, ou seja, apenas naqueles casos em que para o bem público será mais vantajosa a carência ou até mesmo a improcedência do feito, sob pena de afronta a princípios e garantias de suma importância.

Assim, conclui LUSVARGHI que “não é porque não há sistematização positiva ditando acerca da indisponibilidade da ação pelo Ministério Público na

²⁰⁷ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *op. cit.*, p. 190.

²⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 5ª ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁰⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *op. cit.*, p. 92.

²¹⁰ Idem.

seara coletiva que tal não deve ser cogitado e instituído”.²¹¹

Passemos a analisar, nesta oportunidade, a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública para tutela dos direitos individuais indisponíveis.

4.3 Da tutela coletiva dos direitos individuais indisponíveis pelo *Parquet*

É sabido que a ação civil pública, pela sua própria natureza, deve ser manejada, em regra, na defesa de direito/interesse coletivo.

Ocorre que, em alguns casos, os direitos não transcendem a esfera de interesse do indivíduo, embora sejam direitos indisponíveis, uma vez que visam a assegurar a saúde e, por consequência, a própria vida do beneficiário da tutela. É o caso, por exemplo, de pessoas pobres, na acepção jurídica do termo, que necessitam de medicamentos ou tratamento médico.

Há quem diga que, nesses casos, seria descabido ajuizamento da ação civil pública, eis que se tratam de direitos individuais.

Pois bem. Ao contrário do que muitos sustentam, vale destacar que inexistente qualquer incompatibilidade no uso da ação civil pública para a tutela de interesses individuais indisponíveis, como tem ocorrido nas hipóteses de iniciativas que visam à garantia do fornecimento de medicamentos.

Quando realizada uma interpretação sistemática dos art. 127 e 129 da Constituição Federal²¹², é possível inferir que o Ministério Público está incumbido da utilização do instrumento previsto no inciso III, do artigo 129, sempre com vistas à tutela dos bens previstos no artigo 127, dentre eles os individuais indisponíveis. Ademais, o art. 25 da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) estabelece, em seu inciso IV, alínea a, que ao Ministério Público cabe a defesa dos referidos direitos.

A pretensão de negar legitimidade ao Ministério Público nesses casos seria equivalente a negar a eficácia ao próprio dispositivo constitucional (CF, art. 127), o qual impôs tal *munus* ao *Parquet*, acabando por restringir tal instituto, bem como sua dimensão constitucional.

Resta evidente que nos casos em que se pugna pelo acesso ao direito à saúde, ainda que este seja pleiteado por uma única pessoa, ante a relevância e indisponibilidade do bem da vida em questão, razão não há para se negar a legitimidade ao *Parquet* para ajuizamento da ação civil pública.

Aliás, a assistência à saúde é direito de todo cidadão e dever do Estado.

²¹¹ LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. **Da (im)possibilidade de desistência da ação civil pública pelo Ministério Público.** Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/leonardo_augusto_dos_santos_lusvarghi.pdf>. Acesso em 18.06.2014.

²¹² Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e **individuais indisponíveis**. (grifo nosso)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a **ação civil pública**, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (grifo nosso)

Vale lembrar que a própria Constituição atribui ao Ministério Público a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, inclusive pela via processual em comento – ação civil pública.

Quando instado a se manifestar, o Pretório Excelso assim o fez:

Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, artigo 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.²¹³

O Superior Tribunal de Justiça, nesse mesmo viés, asseverou que:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública na qual o Parquet busca, em favor de particular, obter equipamento médico para tratamento de apneia obstrutiva do sono. A sentença de procedência foi mantida pelo Tribunal de origem. **2. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual o Ministério Público tem legitimidade para propor Ação Civil Pública com o intuito de resguardar direito individual indisponível, como ocorre na presente lide, que se refere à defesa do direito à saúde de paciente hipossuficiente portador de doença grave.** 3. Recurso Especial não provido. ²¹⁴ (não há grifos no original)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. CONFIGURAÇÃO. (...) **2. A jurisprudência pacífica da Primeira Seção desta Corte possui entendimento no sentido de que o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública com o**

²¹³ RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso Mello, publicado no DJU 23.8.2000.

²¹⁴ REsp 1136851/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/2/13, DJe 7/3/13)

objetivo de tutelar direitos individuais indisponíveis. Precedentes. 3. O direito à vida e à saúde são direitos individuais indisponíveis, motivo pelo qual o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública visando o fornecimento de medicamentos. (...) (AgRg no REsp 1356286/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/2/13, DJe 19/2/13) (não há grifos no original)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ARTS. 127 E 129, III E IX, DA CF. VOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA PÚBLICA. EXPRESSÃO PARA A COLETIVIDADE. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. EFETIVA E ADEQUADA PROTEÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127 da CF). 2. "São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas" (art. 129 da CF). 3. É imprescindível considerar a natureza indisponível do interesse ou direito individual homogêneo - aqueles que contenham relevância pública, isto é, de expressão para a coletividade - para estear a legitimação extraordinária do Ministério Público, tendo em vista a sua vocação constitucional para a defesa dos direitos fundamentais. **4. O direito à saúde, como elemento essencial à dignidade da pessoa humana, insere-se no rol daqueles direitos cuja tutela pelo Ministério Público interessa à sociedade, ainda que em favor de pessoa determinada.** 5. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado

Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC). 6. Recurso especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública.²¹⁵

É possível depreender, pelo que foi exposto pelos Tribunais Superiores, que o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. É papel do Poder Público velar pela sua integridade, sendo que, em casos de omissão, a intervenção do Ministério Público é medida que se impõe.

Com efeito, consoante se viu no excerto acima esposado, a saúde, como direito intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, pode ser objeto de tutela coletiva pelo membro do *Parquet*, ainda que em favor de um único indivíduo. É patente, pois, a legitimidade ativa do *Parquet* na ação civil pública em defesa dos direitos individuais indisponíveis, já que tal instituição está incumbida de promover todas as medidas necessárias para a manutenção do respeito dos direitos constitucionalmente assegurados, ainda que a nível individual, desde que indisponível. O direito à saúde, conforme exaustivamente demonstrado, é direito indisponível do homem, pelo que deve ser tutelado. Negar a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública em casos assim é sinônimo de impedir a efetivação do direito à saúde, o que, conseqüentemente, afrontaria os ditames da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo do presente artigo, trazer a lume o estudo do direito à saúde, seu enquadramento como direito fundamental social, seus principais aspectos e, por fim, sua tutela coletiva, por meio da ação civil pública, por um de seus legitimados, o Ministério Público.

De início, demonstrou-se que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, assim sendo, desde logo, exigíveis. Ressaltou-se, ainda, que tais direitos merecem uma atenção privilegiada, haja vista possuírem íntima ligação com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. A seguir, passou-se a tratar do tema saúde, sua definição, bem como sua posição na Constituição como direito fundamental.

Analisou-se, por derradeiro, como se dá a tutela jurisdicional coletiva, utilizando-se do instrumento da ação civil pública, quando ajuizada pelo

²¹⁵ REsp 695.396/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/4/11, DJe 27/4/11)

Ministério Público.

Tendo em vista que o tema central é o direito fundamental à saúde, foi dada ênfase ao ajuizamento da ação civil pública nos casos em que se pleiteia o recebimento de tratamentos médicos ou medicamentos, por pessoas que necessitem e não tenham condições para tanto, ainda que de forma individual.

Foi apresentado o Ministério Público como principal legitimado ativo em casos assim, seu papel na tutela jurisdicional coletiva e a relevância de sua participação nos feitos desta espécie. Ante o exposto, restou nítido que o Ministério Público é parte legítima para agir como substituto processual (legitimação extraordinária) na propositura de ação civil pública para a tutela dos interesses mencionados.

Todos os cidadãos devem ter acesso ao recebimento de atenção integral ao tratamento ou prevenção dos males que afligem sua saúde, inclusive os medicamentos, sendo totalmente descabida a alegação de que a ação civil pública não é instrumento hábil na defesa de tais interesses. Seria verdadeiro retrocesso admitir que tais argumentos prosperassem, colocando em xeque toda a sociedade.

Diante da omissão no atendimento de tais necessidades básicas, os prejudicados não só podem como devem se socorrer da via jurisdicional para a tutela de tais garantias. Até mesmo porque uma grande parte dos brasileiros necessita de medicamentos de alto custo, não fornecidos pelo Estado, que são essenciais para sua sobrevivência. Enquanto permanecer a omissão governamental, os cidadãos poderão continuar recorrendo ao Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRASIL, CDC (1990). *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Senado Federal, 1990.
- BRASIL, CPC (1973). *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 1973.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8. ed. Brasília, 1986. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em 20.06.2014.
- CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, adotada pela Conferência Internacional da Saúde, realizada em Nova York de 19 a 22 de julho de 1946.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodvm, 2008.

CUNHA, Antonio Geraldo. Dicionário etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. In OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à saúde do trabalhador* – 6. ed. Ver. E atual. – São Paulo: LTr, 2011.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à saúde: Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Manual de atuação em tutela coletiva*. 2005. Disponível em <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/direitoshumanos/arquivos/Manual_Atualizacao_Tutela_Coletiva_MPF.pdf>. Acesso em 18/06/2014>. Acesso em 14/06/2014.

GRAU, Eros Roberto. *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. In OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à saúde do trabalhador* – 6. ed. Ver. E atual. – São Paulo: LTr, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 16 ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Editora Método, 2004.

LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. *Da (im)possibilidade de desistência da ação civil pública pelo Ministério Público*. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/leonardo_augusto_dos_santos_lusvarghi.pdf>. Acesso em 18.06.2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5ª ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. Ver. E atual. São Paulo: LTr, 2011.

REY, Luís. Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde. In OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. Ver. E atual. – São Paulo: LTr, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O serviço público de saúde no direito brasileiro*. Brasília: Organização Pan-americana de Saúde, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed., Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988, por meio dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva. *Âmbito Jurídico*, n. 46. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=2347>. Acesso em 20.06.2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela Coletiva do direito à saúde*. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Atlas, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional brasileiro concretizado*. São Paulo: Método, 2006.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed. Ver. E ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n. 3, p. 23-44, 2002.

VALE, André Rufino do. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

O DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO E O RECONHECIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA SOCIEDADE

Lucas Emanuel Ricci Dantas²¹⁶
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior²¹⁷

Resumo

O presente artigo, tem como objetivo, o estudo da inclusão da pessoa com deficiência, aliado ao conceito de direitos fundamentais, nesse sentido procura-se trazer a tona a discussão da necessidade de se reconhecer a deficiência como uma forma de cultura, numa sociedade da qual existem multiculturas. Posto isto observa-se a necessidade de um reconhecimento real da pessoa com deficiência pelo Estado, no sentido de fomentar políticas públicas que efetivem os direitos fundamentais destas pessoas. O trabalho foi realizado a partir de uma pesquisa indutiva bibliográfica, com foco na obra *Inclusão do Outro* de Habermas.

INTRODUÇÃO

Como seria viver em uma sociedade que ninguém se reconhece? Como seria viver numa sociedade de diferentes pessoas, mas na qual, todos se acham iguais, a resposta à essas duas perguntas é o tema central deste artigo. A pessoa com deficiência no atual contexto social apesar da globalização e de toda a evolução social, ainda é vista como um ser diferente e muitas vezes se torna excluída pelas suas diferenças.

A proposta que nos cabe é entender que a deficiência é uma forma de vida, como tantas outras formas existentes na sociedade, ora o tecido atual é permeado de uma multiculturalidade, e será que esta foi aceita por toda a sociedade, pois, a aceitação dessa multiculturalidade é sucedâneo a confirmação da cidadania e a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Portanto, resta à sociedade compreender o modelo social da deficiência e quebrar o padrão existente do modelo biomédico na mentalidade social. Todos estes pontos serão investigados numa metodologia indutivo bibliográfica, ressalte-se que não há a pretensão de fornecer respostas, mas, de buscar uma reflexão sobre a concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Neste ponto será investigado ainda a existência da compreensão existente na ideia dos direitos fundamentais, como uma das maneiras de

²¹⁶ Advogado, graduado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM. (2012). Palestrante, pesquisador sobre ética na efetividade dos direitos da pessoa com deficiência e a pedagogia problematizadora de Paulo Freire. Bolsista CAPES no programa de Mestrando em Teoria do Estado no programa do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM.

²¹⁷ Vice-coordenador do Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Professor da Graduação (1999) e Graduado (1996) no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP), mestre pela PUC (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001) e doutor pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru em 2012). Advoga desde 1996.

efetivação da inclusão social da pessoa com deficiência.

1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A presente investigação tem por objetivo contextualizar a inclusão da pessoa com deficiência como direito fundamental, para isso precisa-se estabelecer um conceito adequado do que é direito fundamental. Nesse diapasão “Os direitos fundamentais constituem um mínimo de direitos garantidos, podendo o legislador ordinário acrescentar outros mas não tendo a possibilidade de abolir os tidos como fundamentais.”(Dimoulis. 2009, p.119)

Logo sabe-se que os direitos fundamentais são o mínimo, portanto a sua fundamentalidade é uma condição de existência para outros direitos. Apesar da dificuldade em definição de tais direitos pois, muitos se aproxima o mesmo da definição de direitos humanos, as expressões não podem se igualar tendo, pois concepções teóricas diferentes.

Portanto, deve se entender que “direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo dentro do estado.”(Dimoulis. 2009, p.119) Logo se observa que o positivismo é condição *sine qua nom* para existência dos direitos fundamentais .

Partindo do pressuposto que os direitos positivados na constituição são fundamentais, logo bem se observa que não são todos os direitos fundamentais e que os tratados referentes a direitos humanos antes da emenda constitucional 45/2004 não são vistos como fundamentais. Dentro dessa conceituação que ora se aborda Olsen leciona com precisão (2012, p.31):

Em virtude desta característica específica - a positivação jurídico constitucional - é possível afirmar que os direitos fundamentais encontram maior grau de efetividade, pois contam com uma estrutura judiciária capaz de obrigar os destinatários das normas respectivas ao seu devido cumprimento. {...}.

Esta respectividade que a autora cita é justamente a garantia de efetividade dos direitos constitucionais como direitos prestacionais quando tiver ação positiva, não se analisando neste trabalho, os direitos de status negativo, abrindo um dialogo apenas com os de status ativo e os de status positivo.

Tendo em vista que esses direitos que ora se observa devem ter um grau de efetividade grande, até porque são garantias constitucionais, aonde demandam todo o universo jurídico constitucional. Deve se entender, pois que há uma relação subjetiva entre os titulares desses direitos.

Dentro dessas relações subjetivas esta “A relação estado/cidadão é uma relação entre o titular de direitos fundamentais e o não titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais.” (Alexy. 2012, p.528).

Observe-se que nas duas relações identificadas pelo autor alemão tem-se que a primeira relação é de força, da qual se pode obrigar o estado a garantir os direitos fundamentais e a segunda relação é de reciprocidade, na qual as pessoas se devem respeitar estabelecendo um *ethos* comum na sociedade.

Para finalizar e fundamentar o conceito utilizado neste trabalho de direitos fundamentais, prestacionais ou sociais é importante ter se como parâmetro a definição exata de Dimoulis (2009, p.125) que se usado por todo este trabalho:

A categoria dos direitos de status positivos, também chamados de direitos “sociais” ou as prestações, engloba os direitos e permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do estado no intuito de melhorar as condições de vida garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, (...)

Estabelecendo que há uma estrutura constitucional que garanta uma melhor qualidade de vida dos cidadãos – como no casos dos direitos fundamentais de status positivo – deve ser considerado que existe uma condição necessária de exercício da cidadania que pressupõe a entrega dos bens materiais relativos aos direitos prestacionais.

Esta entrega redundante se aqui em políticas públicas e nos dizeres de Alexy ações positivas fácticas (2012, p.215) logo, denota-se que o direito fundamental positivo de um cidadão demanda uma ação positiva do estado sendo que, se y é cidadão e x é estado portanto $p(y)$ demanda $p(x)$, logo quando o estado se torna omissivo não realizando políticas públicas que materializem os direitos fundamentais de seus cidadãos, aquele está ferindo a lógica e deve ser punido por isto.

As prestações positivas dão lugar a existência do status ativos dos direitos fundamentais, ou seja, a capacidade democrática de votar e ser votado e a liberdade de interferir nas decisões do estado, por consequência, a liberdade de viver em uma democracia (Dimoulis. 2009, p.126). Nessa linha de raciocínio demonstra-se a conexão da existência dos direitos fundamentais e da democracia, com se faz no próximo tópico.

2. OS DIREITOS SOCIAIS E A DEMOCRACIA

A existência dos direitos sociais pressupõe a existência dos direitos humanos e o respeito da dignidade da pessoa humana e a sua igualdade entre os demais, logicamente não se pode abortar deste estudo a origem histórica dos direitos humanos para se chegar aos direitos sociais. Entretanto deve ser lembrado que os direitos humanos tem caráter internacional enquanto os direitos fundamentais tem caráter nacional, sendo que esses direitos são exigíveis dentro do território nacional, enquanto aqueles necessitam alcançar tribunais internacionais. (Olsen. 2010, p.34)

Já superada a idéia da diferença entre direitos humanos e fundamentais, resta esclarecer nos dizeres de Bobbio a trajetória de concretização dos direitos humanos para se chegar aos direitos fundamentais sociais. Portanto Bobbio (2007, p.198-199) diz:

Inicialmente, a enorme importância do tema dos direitos humanos depende de ele estar estreitamente vinculado aos problemas fundamentais da nossa época: o da democracia e o da paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos humanos estão na base das constituições democráticas; ao mesmo tempo a paz é o suposto necessário para proteção efetiva dos direitos humanos, tanto nos estados como nos sistemas internacional. (...)

O) autor italiano utiliza a dicotomia necessária entre a ordem internacional e os estados, logicamente quando este fala dos estados se refere, inclusive por caso do novo constitucionalismo aos direitos fundamentais, e coloca a paz como medida de concretização e efetivação do mesmo. Ainda que pese que na obra do autor não houvesse a distinção axiológica entre os dois tipos de direitos torna-se considerável igualar a distinção para analisar o professor italiano.

Tendo em vista que os direitos fundamentais urge a existência de duas relações, cidadão/estado e cidadão/cidadão, como já visto anteriormente, esta segunda relação funda-se na necessidade da paz entre as pessoas pois, “Logo a aceitação do universo dos direitos funda-se no reconhecimento da igualdade moral entre as pessoas” (Vieira. 2010, p.16).

Portanto, a concepção da democracia e o envolvimento da maioria nos aspectos sociais dão a amplitude necessária para a existência do constitucionalismo moderno, no qual existem os direitos fundamentais, a partir de agora chamados neste texto de direitos sociais. A existência do vínculo moral que surge com os direitos humanos da a origem aos direitos sociais que sua história pode ser remontada nos dizeres de Bobbio (2007, p.201) cita-se abaixo:

Os direitos sociais ingressaram história do constitucionalismo moderno com a constituição de Weimar: a razão mais firme de sua contradição aparente, mas sua complementaridade real, em relação aos direitos de liberdade baseia-se no fato de que são uma complementação desses mesmos direitos, na medida em que são a condição de seu exercício efetivo: os direitos de liberdade não podem ser assegurados sem que se garanta a cada um o mínimo de bem estar econômico para viver com dignidade.

Na linha de pensamento do jurista italiano é necessário a preservação

da dignidade aliado a um bem estar econômico para configuração dos direitos sociais, o que importa para este estudo é como vai se dar a inclusão da pessoa com deficiência dentro da sociedade constitucional moderna ou melhor dizendo, do estado de direito constitucional, sendo que supera-se a ideia do estado democrático e avança se para o estado constitucional atual.

Notadamente a garantia dos direitos sociais é a materialização do positivismo constitucional não se podendo falar em inefetividade dos direitos sociais, posto que se isso fosse assumido ter-se-á uma constituição pragmática e consequentemente de letras mortas.

Ainda que peses exista a ausência de políticas públicas, que garanta efetividade aos direitos sociais, a sua positivação é a pré condição de realização do estado democrático de direito, estabelecido em 1988, e, portanto a afirmação da busca de igualdade em suma sociedade desigual como a nossa. (Vieira. 2010, p.19)

Porém, seguindo na linha de Bobbio estuda-se adiante como efetivar os direitos sociais das pessoas com deficiência, a partir de agora PCDs, através da gênese conceitual existente na sociedade do que é deficiência, com se estuda no tópico adiante.

3 A GENESE DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA

É importante estudar, para efetivação dos direitos sociais das PCDs, a estrutura conceitual e axiológica da palavra deficiência. A convenção dos direitos das pessoas com deficiência especifica em seu artigo 1º que “Pessoas com deficiência são aquelas que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Eis ai o conceito mais atual para pessoa com deficiência, embora não importa apenas o aporte teórico, mas sim a tradução e o impacto que a deficiência traz como conceito na sociedade, Existem dois modelos para conceituação de deficiência, o modelo biomédico e o modelo social.

O modelo biomédico traz a idéia de que a deficiência é uma doença da qual o individuo que a possui precisa ser reabilitado para ter participação efetiva na sociedade, dentro deste modelo biomédico encontra-se a concepção da docilização do corpo, através de medicamentos ou praticas educativas. (Diniz.2009, p.68).

Dentro do modelo medico ainda Flavia Leite (2012, p.46) sustenta que:

O modelo medico é aquele que considera a deficiência um problema do individuo, diretamente causado por uma doença, trauma ou condição de saúde, que requer cuidados médicos prestados de forma de tratamento individual por profissionais. Assim, o tratamento da deficiência está destinado a conseguir a cura, ou uma melhor adaptação da pessoa e uma mudança de conduta.

É precípua, notar que o modelo médico importa a normalização da deficiência num padrão social previamente definido, ou seja, uma inclusão que gera exclusão. A convenção acima tratada, inaugurou o modelo social, que já vem sendo debatido há mais de 40 anos por teóricos. “O modelo social da deficiência, ao resistir à redução da deficiência aos impedimentos, ofereceu novos instrumentos para a transformação social e a garantia de direitos. Não era a natureza que oprimia, mas a cultura da normalidade, que descrevia alguns corpos como indesejáveis.” (Diniz. 2009, p.69)

A consagração teórica do modelo social pelo documento internacional, inaugura um novo momento social, o momento do qual a sociedade deseja e para tanto afirma juridicamente a inclusão dos diferentes em seu meio social. A universalidade dos direitos humanos, sendo a convenção um documento de direitos humanos, quebra o paradigma da normalidade na sociedade existindo porquanto o reconhecimento de diferenças étnicas e sociais que compõem o tecido social.

O modelo social traduz também, as vertentes do neo-constitucionalismo, pois, reconhece a interdependência humana, observando então os princípios da solidariedade, da fraternidade e os demais de terceira geração. Nesse ponto Dhanda (2008, p.50) leciona que:

{...} as pessoas com deficiência, devido possivelmente as suas debilidades, precisam buscar apoio de uma maneira mais aberta e direta. Essa busca explícita de apoio torna possível o reconhecimento da interdependência humana, o qual não é uma declaração de incapacidade, mas uma admissão honesta de que as pessoas com deficiência podem precisar de apoio para exercer suas capacidades. Esse modelo é emancipatório porque permite que uma pessoa admita déficit sem se sentir diminuída. {...}

A vertente emancipatória do modelo social, traz a abertura de um leque de possibilidades de inclusão e integração da pessoa com deficiência, isso quer dizer que a existência dos direitos sociais, e precisamente dos fundamentais como um todo não se encerram na positivação do direito, pois ocorre com os mesmos um desdobramento, o que alguns teóricos podem chamar de hibridismo dos direitos fundamentais. Conquanto neste trabalho usa-se o termo desdobramento.

Como ocorre esse desdobramento? Se o cidadão tem o direito de ir e vir o cadeirante também tem, e necessita de calçadas adequadas para exercer o seu direito. O mesmo ocorre com os direitos sociais pois, se todos tem o direito a saúde a pessoa com deficiência tem o direito também a reabilitação, que uma vertente da saúde, portanto é necessário a acessibilidade, em seu termo nato, dos direitos fundamentais e sociais para efetiva integração da pessoa com deficiência.

O modelo social, por fim inaugura também um contexto cultural, pois “Ao denunciar a opressão das estruturas sociais o modelo social mostrou que os impedimentos são uma das muitas formas de vivenciar o corpo.” (Diniz. 2009, p.69) e continua a autora “Por isso, há teóricos do modelo social que exploram a ideia da deficiência como identidade ou comunidade, tal como as identidades culturais.” (Diniz. 2009, p.69)

A culturalidade da deficiência encerra o problema de inefetividade pois é criado mais um grupo específico para atingir o alcance dos direitos fundamentais, logo a construção da sociedade deve se firmar para incluir esse grupo específico, sendo que, independente das patologias das múltiplas deficiências existentes, todos os cidadãos que possuem alguma dessas patologias precisam ser destinatários dos direitos fundamentais e sociais para sua plena participação social.

Com essas nuances pode se concordar com Flavia Leite (2012, p.38) que preleciona: “Assim, a possível incapacidade não esta na deficiência em si, mas nas dificuldades que essas pessoas encontram na sociedade, quando não tem acesso de locomoção ao meio físico {...}”. Portanto logo se ve qua deficiência hoje não se reside apenas na pessoa mas também na sociedade.

O problema da deficiência social pode ser visto como a inefetividade dos direitos fundamentais dos deficientes, demonstrando uma severa incapacidade do estado em cumprir as garantias constitucionais por ele mesmo ditas e a residual insuficiência de políticas publicas que garantam uma concepção social mais adequada da pessoa com deficiência. Lembre-se que não importa apenas o aporte teórico, se este não tiver aplicação social, o que resulta numa hermenêutica falha, todavia se há o vislumbre da deficiência como meio identitário, então tem que haver formas de inclusão desse grupo específico, tema que se aborda no tópico seguinte.

4 A LUTA PELO RECONHECIMENTO

A partir do conceito que se tem da pessoa com deficiência, pode se traçar novas configurações para efetivação dos direitos fundamentais e sociais para essas pessoas, já foi caracterizado que internacionalmente o modelo axiológico usado é o modelo social, entretanto deve ser considerado que este modelo só pode ser entendido a partir do momento que a deficiência também é entendida como uma forma diversa de cultura, neste ponto há que se considerar que a uma luta identitária das pessoas com deficiência, que estão debaixo do estado democrático de direito.

Neste ponto Nancy Fraser (2002, p.9) corrobora:

Portanto, em geral, a globalização está a gerar uma nova gramática de reivindicação política. Nesta constelação o centro de gravidade foi transferido da redistribuição para o reconhecimento. Como deveremos caracterizar esta transição? Quais são as suas implicações para a justiça social? (...)

A pergunta da autora se torna relevante, ao passo que, a luta pelo reconhecimento inaugura uma fase social multicultural, o multiculturalismo se alia ao neoconstitucionalismo na tentativa de incluir todas as minorias dentro do mesmo estado. Nesse sentido Habermas (2007, p.172) “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 (...)”.

A sociedade multicultural é reflexo do estado multicultural de direito, a participação da pessoa com deficiência na sociedade denota a necessidade do reconhecimento dela, por isso “tal reivindicação não visa a valorização da identidade do grupo, mas a superação da subordinação, procurando instituir a parte subordinada como membro pleno na vida social.” (Fraser. 2002, p.16)

Tendo em vista o reconhecimento da identidade da pessoa com deficiência, esta não fica mais como um sujeito espaço nos sujeitos coletivos de direito, ela se torna destinatária de direitos específicos e por ter sua participação democrática efetivada através do reconhecimento ela se torna cidadão.

Logo, impende-se que políticas públicas de implementação da inclusão social da pessoa com deficiência é apenas, o resultado da necessidade imposta pelo constituintes quando formou o estado democrático de direito, com base nisto a justiça social acabou por mudar seu foco objetivo. Portanto Fraser (2002, p.9) concorda “Para além disso, a justiça social já não se cinge só a questões de distribuição, abrangendo agora também questões de identidade e diferença”.

É importante frisar que em termos de efetividade constitucional não há, como não reconhecer a deficiência como uma forma diversa de vida, uma cultura, pois, caso isso não possa acontecer o modelo social, fica dotado de pragmatidade não dando vazão efetiva a participação efetiva dos deficientes na sociedade. Tendo em vista esta ótica se torna impossível visualizar uma sociedade inclusiva que não seja multicultural pois “Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmo como autores do direito” (Habermas. 2007, p.250).

Chega-se num ponto crucial do estudo dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, pois quanto a sua autonomia, torna-se relevante a sua participação como fazedora de seus próprios direitos. Nota-se que tudo se liga de uma forma conjunta, o modelo biomédico permitiria a assistência social direta da pessoa com deficiência e conseqüentemente a sua exclusão do mercado de trabalho. Logo o modelo social visa implementar condições de trabalho, de estudo, de interação com a sociedade, visa portanto a liberdade de ser diferente vivendo num estado multicultural. Neste ponto Habermas (2007, p.251) leciona:

Sob uma visão da teoria do direito, o multiculturalismo suscita em primeira linha a questão sobre a neutralidade ética da ordem jurídica e da

política. Denomino éticas, nesse contexto, todas as questões que se referem a concepções do bem viver ou da vida não-malograda. Questões éticas não se deixam julgar sob o ponto de vista “moral” que se pergunta se algo é “igualmente bom para todos”; sobre o fundamento de valorações intensas, pode se avaliar muito bem o julgamento imparcial dessas questões com base na autocompreensão e no projeto de vida de grupos em particular, ou seja, com base no que seja bom para nós”, mas a partir da visão do todo manifestada por esses grupos (...)

Quando se entende a existência da culturalidade da deficiência, torna-se compreensível a melhoria possível da qualidade de vida desse grupo dentro do estado democrático, portanto quando se reconhece a identidade de um grupo que por muito tempo ficou a margem da sociedade, impõe-se o que Habermas chama de sensação de pertencimento. As pessoas com deficiência passam a pertencem ao estado e a a sua cultura, ou seja, o seu modo de vida quando misturado com os outros modos de vida adquire um caractere com um de uma tradição social.

Denota-se que o modelo social veio para reafirmar os direitos fundamentais e as liberdades individuais de cada pessoa dando base para uma maior efetividade dos direitos humanos e fundamentais. Portanto deve se dissociar a concepção paternalista do estado e entender que inclusão é apenas um instrumento de materialização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

A formação dos grupos culturais da ao estado a possibilidade deste reconhecer a identidade coletiva de cada grupo e a partir disto a sociedade pode reconhecer a identidade individual de cada sujeito de direito deste grupo, O reconhecimento pela sociedade é pressuposto fático da existência do reconhecimento pelo estado portanto dentro de uma lógica simplista os deficientes “depois de remodelar a sua identidade coletiva, devem exibi-la publicamente de forma a ganhar o respeito e a consideração da sociedade em geral” (Fraser, 2002, p.15).

Depreende-se que as pessoas com deficiência já construíram sua identidade coletiva, quando alcançaram a positivação de seus direitos em documentos internacionais e nacionais, cabe agora ao estado, a efetivação de seus direitos fundamentais por meio de políticas públicas, para ocorrer o reconhecimento social desse grupo populacional. Destarte, que haverá, um desdobramento ético entre o estado e o cidadão e entre os concidadãos, tema que abordaremos no tópico seguinte.

5 A CONCEPÇÃO ÉTICO-SOCIAL DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição de 1988, traz parâmetros éticos sociais, que devem ser atendidos pela sociedade e pelos aplicadores do direito, para efetivação de seus princípios e de objetivos fundamentais. Nesse sentido tanto a Declaração de Direitos Humanos da ONU, quanto os documentos posteriores, e portanto a Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência, ajudam a construir a base

ética que permeia a constituição, da qual, o resultado é a Cidadania.

Dentro deste tema surge a deontologia da norma, que Alexy (20012, p.82) explica como a possibilidade de reescrever a norma, no sentido de demonstrar a proibição em seu conteúdo, portanto, se o artigo 5º, *caput*, da Constituição, diz que todos são iguais perante a lei, então pode se afirmar que, pela deontologia da norma, que não pode haver desigualdade perante a lei, conseqüentemente nota-se que há um sentido negativo dentro da norma, ou seja, o de proibir a desigualdade perante a lei.

Em que pese, quando a Convenção dos direitos das pessoas com deficiência traz que a inclusão é um objetivo de cada estado parte, como dito em seu artigo 1º, há que se observar que não é permitido ações não inclusivas dentro do estado parte, incumbe ressaltar, que como já afirmamos esta convenção tem força de norma constitucional. A grande questão envolvida na deontologia da norma é a sua aplicabilidade social, e para tanto devemos pensar no conhecimento existente do direito, de modo bifocal, pela sociedade e pelo titular do direito. Sobre conhecimento Goffredo Telles (1988, p. 178), explica:

Ora, o conhecimento, antes de tudo, é consciência. E consciência, como adiante mostraremos, é conhecimento do que se passa dentro da nossa mente. Não há conhecimento sem consciência, precisamente porque o conhecimento, como já foi explicado é o reflexo de um objeto dentro da nossa mente.

A proposta que aqui se implica, é saber se a sociedade tem conhecimento das pessoas com deficiência, e dos direitos das mesmas, e se as pessoas com deficiência tem consciência da existência de seus direitos fundamentais, pois, a inconsciência, ou melhor dizendo, a incompreensão de direitos, leva a uma infeliz conclusão, a inexistência da efetividade e o pragmatismo velado da Constituição.

Consideramos, pois, que a existência das normas de inclusão e integração da pessoa com deficiência, e portanto, os seus direitos fundamentais, devem ser de todo o modo conhecido pela sociedade e reconhecido pelo Estado, ora voltamos então na primeira proposição apresentada nesta texto, que Alexy explica, a existência de duas relações, quando se fala em direitos fundamentais, da qual recapitulamos, estado-cidadão, cidadão-cidadão.

A efetividade da segunda relação, deve se mostrar a partir do conhecimento da sociedade pela dignidade e igualdade da pessoa com deficiência. Neste ponto, se não se mostra uma política pública adequada de conscientização logo se tem, a existência de dois mundos, o mundo irreal e o mundo real. Nesse sentido Goffredo Telles (1988, p. 186) leciona:

Quando um objeto é objeto de consciência, ele passa a existir em dois mundos diferentes. Continua existindo como a realidade que já era antes de ser conhecido, e

começa a existir, também como forma dessa realidade, na mente do conhecedor. Continua existindo fisicamente, no mundo da natureza, e passa a existir psiquicamente no mundo mental.

Interessante notar que para o Direito, a existência no mundo da natureza, deixa o direito irreal, pois apenas a partir da existência no mundo psíquico, é que o direito pode tomar formas reais, ou seja, uma pessoa só vai atrás de seus direitos, quando entende que é portadora desses direitos, e provoca o judiciário para tanto.

Ora, logo vê-se a inversão dos conceitos de realidade e irrealidade, na teoria do professor Goffredo, para aplicação do direito constitucional atual. A pessoa com deficiência para participar ativamente da sociedade e ter sua cidadania garantida, e seus direitos fundamentais assegurados necessita de práticas sociais que promovam o respeito e a ética da sociedade para com os deficientes. Portanto, “Sem à *práxis*, o texto legislativo, tanto nos códigos como nas constituições é pré normativo, (...)” (Bonavides. 2013, p. 625).

A falta de conhecimento e a inconsciência da existência de direitos por parte das pessoas com deficiência, deixa a Constituição Federal de 1988 como uma letra morta, inefetiva, no tocante a inclusão social, desrespeitando inclusive os fundamentos da republica constantes no artigo 3º dessa Carta.

Observe-se que, como já foi falado, a não concessão de políticas públicas de conscientização, implica num falso reconhecimento pelo Estado das pessoas com deficiência. Resta saber se os direitos fundamentais das pessoas com deficiência estão configurados apenas com uma característica dogmática, servindo apenas para fins acadêmicos ou se há uma abertura democrática para os deficientes na sociedade múltipla existente.

Nesse sentido a participação democrática da pessoa com deficiência se materializa na concepção de cidadania consagrada pela Constituição em seu artigo 1º, pra um melhor entendimento, cita-se o professor Pietro Alarcón (2011, p.135):

Investido na função de criar o Estado ou renovar os órgãos que exercem poder, o cidadão é o sujeito que exterioriza a soberania. Assim, pode-se afirmar que o status da cidadania traduz a condição do indivíduo vinculado juridicamente à vida o Estado e participante da direção da sociedade política. Contudo, na contemporaneidade é usual adicionar elementos a essa ideia tradicional de cidadania, indicando um conjunto de praticas que outorgam à pessoa a qualidade de componente ativo da sociedade, encarregado de uma manifestação consciente e continua nos campos econômicos culturais.

A proposição da cidadania do professor Pietro é justamente o que vem ocorrendo com a pessoa deficiente ao longo dos anos, A lei que estabelece cotas para empregados deficientes em empresas privadas, é uma das formas de garantir a participação da pessoa com deficiência na sociedade, embora existam essas ações que possam ser enquadradas como afirmativa, não haverá inclusão enquanto não houver reconhecimento da existência de toda sociedade, pela multiculturalidade que a envolve.

É justamente por isso que Habermas, fala que deve existir uma rede ágrafa, onde todos os indivíduos da sociedade estejam ligados, para existência de uma democracia, todavia o não reconhecimento de certos cidadãos, implica numa sociedade incoerente que não exprime a vontade de todos (Habermas. 2007, p. 149/156).

CONCLUSÃO

Tendo em vista tudo que foi exposto, podemos concluir que a inclusão é um direito fundamental da pessoa com deficiência, pois, está positivado na Constituição Federal através do Decreto Legislativo nº 186/2008. Ficou evidenciado que apesar de serem direitos fundamentais, os direitos positivados devem receber uma ação positiva do Estado e também do cidadão.

A ação positiva do estado mostra se na obrigação de ser orientada por políticas públicas de conscientização, no intuito de reconhecer a identidade da pessoa com deficiência e garantir a possibilidade desta identidade ser reconhecida pelos demais cidadãos. Notadamente isso resulta num rompimento do modelo biomédico do conceito de deficiência, e na aplicação do novo modelo social, cuja deficiência é reconhecida como uma das muitas formas de vida e, portanto, um ponto integrante da sociedade multicultural.

A inclusão da pessoa com deficiência está intimamente ligada com o conceito de multiculturalismo habermasiano, pois, o reconhecimento de uma sociedade multicultural implica na efetivação da cidadania por todos os cidadãos, ou seja, abre a possibilidade da participação democrática de todas as pessoas, inclusive as com deficiência.

Portanto, conclui se que, a efetividade dos direitos fundamentais d pessoa com deficiência necessita de uma compreensão social da pessoa com deficiência, e de uma compreensão da titularidade de direitos dessas pessoas, de um modo bifocal, por toda a sociedade e especialmente pelas pessoas com deficiência, que tendo a compreensão de seus direitos, poderão buscar a efetividade destes, caso essa compreensão não ocorra a democracia não atingirá plenamente as pessoas com deficiência e, portanto não expressará a opinião dessa parcela da população, tornando-se uma democracia velada.

Referências

ALARCÓN. Pietro Lora de Jesus. *Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Editora Verbatim,

2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia*. Contraponto, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28ª ed. São Paulo, Malheiros, 2013;

DHANDA, Amita. *Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências*. *Sur, Rev. int. direitos humanos*, v. 8, n. 5, p. 49-52, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Definição e características dos direitos fundamentais*. In: *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*, 2009.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. *Deficiência, direitos humanos e justiça*. *Sur, Rev. int. direitos humanos*. v. 6, n. 11, p. 65-77, 2009.

FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília. UnB, p. 245-282, 2001.

HABERMAS, Jürgen, *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo. Loyola. 2007.

LEITE, Flavia Piva Almeida. *A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual*. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 31-53, jul/dez 2012.

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

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Ética do mundo da célula ao mundo da cultura*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Gramática dos Direitos Fundamentais*, In: MACHADO, Edinilson Donisete; PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina. *Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois*. 2010.

A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTER JAKOBS NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONDENADO

Rafael Hirann Almeida Kirsch²¹⁸

Tayla Lydia Dummer²¹⁹

RESUMO: Uma teoria emblemática formulada pelo jurista alemão Günter Jakobs tomou rumos na órbita mundial no início do século XXI. Trata-se do Direito Penal do Inimigo. A teoria teve início por volta da década de 80 do século passado, todavia chegou ao conhecimento de todos com os ataques de 11 de setembro sobre as Torres Gêmeas em Nova York/EUA. Ocorre que no Brasil foi criado, no início do século XXI, o denominado Regime Disciplinar Diferenciado, segundo o qual, para aqueles que são considerados perigosos para o sistema jurídico nacional, aplicam-se regras mais rigorosas de cumprimento de pena. Seguindo este panorama, o artigo tem por finalidade realizar um quadro comparativo entre o entendimento do doutrinador alemão e o Regime Disciplina Diferenciado (RDD). Em que pese não ser explicitamente aceita no Brasil, há diversas críticas no sentido de que o Direito Penal do Inimigo possui reflexos no RDD. Por se tratar de uma teoria com fundamentos na exclusão de direitos básicos do indivíduo, isto é, quem for considerado “inimigo” do Estado tem seus direitos fundamentais limitados, muito se discute acerca de sua constitucionalidade e legitimação do Regime Diferenciado Disciplinar em um Estado de Direito. O presente trabalho trará dois pontos de vista, um na órbita do indivíduo que se encontra no RDD, o qual tem uma série de garantias e direitos restringidos por se encontrar em tal status, e outro na perspectiva da sociedade, a qual necessita de proteção especial contra ditos indivíduos para a manutenção da ordem.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo tem como base as duas vertentes do Direito Penal: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Não se trata, porém, de contrapor ambos isoladamente do Direito Penal, mas sim de mostrar duas esferas de um só mundo jurídico penal. Tais descrições revelam suas oposições, de um lado aquelas que tratam o autor como pessoa e de outro, aquelas que o tratam como fonte de perigo.

²¹⁸ Graduado, no ano de 2013, pelo curso de direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (doravante UENP). Durante a graduação, participou assiduamente do Grupo de Pesquisa Responsabilidade Internacional do Estado e Direitos Humanos, devidamente registrado no CNPQ e coordenado pelo professor Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas, organizando os encontros, as Conferências de Direito Internacional e as equipes que representaram a UENP nos 17º e 19º Inter-American Human Rights Moot Court Competition (American University, Washington, D.C). Foi aprovado no XI Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, realizado entre agosto e outubro de 2013. Atualmente é estagiário de pós-graduação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) e pós-graduando pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania de Londrina (IDCC). Realiza pesquisas na área do Direito Internacional, Direitos Humanos e suas relações com diversos ramos do Direito.

²¹⁹ Estudante regularmente matriculada no segundo ano de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), formada em língua inglesa e alemã. Na área do Direito dá ênfase no estudo de Direito Constitucional e Internacional.

A Tese do Direito Penal do Inimigo surgiu a partir do final do século XX com o Doutrinador Alemão Günther Jakobs, inicialmente em palestras com base nas políticas públicas que combatem à criminalidade nacional, bem como à internacional, e ganhou maior destaque com os ataques terroristas no início do século seguinte, atingindo assim enorme avanço em seu estudo.

Já no início do século XXI, surgiu no Brasil o denominado Regime Disciplinar Diferenciado, segundo o qual determinados indivíduos devem cumprir de maneira mais rigorosa suas penas, posto que qualificados como de alto risco social. Nesse viés, por tratar de maneira diferenciada alguns indivíduos, muito se discute acerca dos traços marcantes da Teoria do Direito Penal do Inimigo que integram o RDD.

Assim, seguindo esse panorama, a primeira parte do trabalho tratará da diferenciação entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo proposta por Günther Jakobs. Na primeira parte também será especificada a figura do inimigo.

Já na segunda parte do trabalho (item 2), será especificado o que vem a ser o Regime Disciplinar Diferenciado, com suas características elementares, além da divergência existente acerca da constitucionalidade do RDD.

Por fim, conclui-se o trabalho mediante um quadro comparativo entre o RDD e o Direito Penal do Inimigo, mediante demonstração de suas características semelhantes.

1. DIREITO PENAL DO CIDADÃO E DIREITO PENAL DO INIMIGO

Segundo a Teoria de Jakobs, há dentro do Direito Penal, duas vertentes, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, aplicados a pessoas tidas como diferentes e dessa forma devendo ser tratadas de maneira desigual. Tomando por base tal pensamento, é de suma importância identificar quem é cidadão e diferenciá-lo do “inimigo” do Estado propriamente dito.

Com intuito de abandonar o estado de natureza, proposto anteriormente por Kant e Hobbes, os homens se uniram e fundaram o Estado, e a partir do contrato social buscaram uma vida mais segura, mesmo que implicando em uma redução de sua liberdade, tornando-se assim cidadãos.

Esse lado é composto por cidadãos, reunidos sob o poder do Estado. Desta forma, foram feitas leis para os cidadãos, que pactuaram em favor da constituição do Estado. De outro lado ficaram os não cidadãos (inimigos) que negaram a autoridade do Estado, podendo, destarte, ser tratados como os representantes do Estado desejassem.

O inimigo que não se sujeitou ao Estado e renunciou às leis da sociedade, pratica atos de agressividade que tornam legítima qualquer reação por parte do Estado, pois permanecem no estado natural e serão tratados segundo preceitos naturais e não sob as leis civis. “Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um Estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.” (Jakobs, 2010, p.35)

Após primeira explanação sobre o crime, que para Jakobs, assim como Hegel, é uma negação da validade norma, é preciso dar seguimento ao estudo e analisar também a coação:

“Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo, significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.” (Jakobs, 2010, p. 22)

Para o cidadão a pena seria a sanção de reafirmação da validade da norma, significado simbólico. Para o inimigo a pena seria a medida para evitar fatos futuros, custódia de segurança, significado físico. No último caso, temos a utilização excessiva da lei penal, que passa a ser a *prima ratio* e não a *última ratio*. Há o emprego desmedido de medidas emergenciais, simbólicas e negativas, o uso excessivo de princípios penais liberais e supressão de garantias.

O Direito Penal do Cidadão se dirige a pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio, se refere ao criminoso comum. Contudo, este segue sendo pessoa, pois mesmo descumprindo a norma, não reflete um perigo para a sociedade e o ordenamento, é tido apenas como uma ação isolada (mesmo que contínua ou reincidente), que deve ser punida a fim de que se reafirme a existência da norma. Essas pessoas permanecem com *status* de cidadãos capazes de desfrutar dos direitos e garantias advindos da vigência da norma jurídica. É o Direito de todos. Assim, “Os delitos só acontecem em uma comunidade ordenada, no Estado (...) o delito não aparece como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como infração desta, como deslize reparável.” (Jakobs, 2010, p.31)

O Direito Penal do Inimigo é contra quem se desvia por princípio, é Direito em outro sentido, é daqueles que o constituem contra o inimigo, é o combate aos perigosos. Destes, é retirado o *status* de pessoa/cidadão, subordinando-os, dessa forma, a um autêntico Direito Penal de máxima repressão, onde as sanções têm como principal objetivo garantir a devida existência da sociedade em detrimento dos atos praticados por esses indivíduos.

“O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de - como é o habitual - retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas [...]. Em terceiro lugar,

determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.” (Jakobs, 2010, p. 90)

Em face do “inimigo” prevalece a finalidade de prevenção da sanção penal, utilizada para neutralizar ou segregar o indivíduo que, segundo essa concepção, jamais terá condições de oferecer a garantia mínima de satisfação das expectativas normativas. O Direito Penal do Inimigo é construído a partir da pessoa do delinquente e não do fato delituoso, como ocorre com o Direito Penal do cidadão.

Deste modo, conclui-se que, segundo a teoria de Günter Jakobs, há dois tipos de direito penal, um daqueles que vivem em consonância com os regramentos da sociedade e outro, o Direito Penal do Inimigo, ou seja, daquele indivíduo que é um risco iminente ao sistema, sendo que para estes indivíduos não se aplicam os direitos e garantias básicos de um “cidadão comum”.

1.1. Quem são os inimigos?

A tarefa mais difícil no Direito Penal no Inimigo é reconhecer quem é o inimigo, diferenciando este do cidadão, saber quando uma pessoa se torna inimigo, o exato limite entre eles, pois nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico. Para Jakobs, “o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.” (Jakobs, 2012, p.41)

O autor identifica o inimigo como aquele que não presta uma segurança cognitiva suficiente por seu comportamento. Dessa forma, não só ele não pode esperar ser tratado como pessoa como também o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que isso colocaria em risco a segurança das demais pessoas.

Deste modo, o ponto de partida não é somente o dano à vigência da norma, mas o fato futuro. O ponto de referência devem ser as dimensões do perigo, e não o dano à vigência da norma, já realizado. Kant ainda adverte exigindo a separação desses dois grupos, como forma de proteção frente aos inimigos.

Segundo Jakobs, [inimigos] “são indivíduos que em seu comportamento, (...) em sua vida econômica, (...) ou mediante sua incorporação a uma organização (...) se tem afastado, provavelmente de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporcionam a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.” (Jakobs, 2010, p.34)

São, portanto, indivíduos que se afastaram, por própria vontade, do Estado, não se submetendo a ele e não sendo por ele protegidos, é mais do que uma conduta típica realizada que fere ao ordenamento jurídico, é um total desprendimento e negação do mesmo, suas ações prejudicam a segurança de todos os cidadãos, não apenas pessoas específicas, geram um risco generalizado

e que deve ser punido previamente, nos seus atos preparatórios, para evitarem-se os danos irreversíveis posteriores.

Acrescenta Jakobs que “não se trata (...) da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança a um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena, se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.” (Jakobs, 2010, p.34)

Nesta teoria, diferente do Direito Penal do Cidadão, em que a pena tem como fundamento reestabelecer e reafirmar a vigência da norma que não se altera quando é simplesmente infringida, no Direito Penal do Inimigo a pena visa eliminar um perigo, um dano certo, que atingiria, se não a todos, a um número considerável de pessoas, devendo, dessa forma, permitir a punição antecipada dos fatos, punindo a pessoa e não seu ato. Para do Código Penal Alemão esta teoria se dirige para frente, ao futuro, no qual uma tendência a cometer fatos delitivos de considerável gravidade poderia ter efeitos ‘perigosos’ para a generalidade (§66, parágrafo 1º, num. 3 StGB).

Uma das explicações acerca da punição antecipada de atos preparatórios é o fato de muitas vezes essas pessoas após seus atos além de causarem danos irreversíveis, como a morte de outros, causam isso a si mesmo, como é o caso dos terroristas que em seus atos ferem e matam muitos, mas sua punibilidade é extinta devido a sua morte. Nestes casos, não existiria a punição posterior, do fato praticado, visto que (quase) nunca se encontrariam os autores dos crimes de terrorismo.

Identificamos o inimigo como aquele que “me lesiona por [seu] estado [em ausência de legalidade], que me ameaça constantemente” (Jakobs, 2010, p.35). São tidos como exemplos de inimigos os terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros. Aliás, tal teoria tomou grande repercussão com os ataques de 11 de setembro, sendo hoje recepcionada em alguns países, como Estados Unidos e a Nova Zelândia.

Mas antes, em 1985, Jakobs já analisara a legitimidade de tipificar a conduta antes mesmo de lesar o bem jurídico tutelado, fazendo, a partir de então, a primordial diferença entre Direito Penal do Cidadão que preza pela liberdade e Direito Penal do Inimigo que visa à proteção dos bens jurídicos.

Os grandes sustentáculos da teoria ora analisada são os argumentos da antecipação da punição do inimigo, desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais, através da criação de leis mais severas direcionadas aos inimigos.

2. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ATINENTES AO CUMPRIMENTO DE PENAS

Traçadas as noções introdutórias acerca da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, cabe neste momento a análise das previsões constitucionais acerca do cumprimento de pena por quem comete infração penal.

Conforme bem dito pelo doutrinador alemão Franz Von Liszt, as leis penais compõem a “Magna Carta do delinqüente”, isto é, a garantia, para que

os que se rebelam contra o Estado e a sociedade, de uma punição segundo certos pressupostos e dentro de precisos limites legais.

O que Von Liszt pretendia com referida frase era dar um entendimento pouco apreciado quando se fala em norma penal, isso porque, ao contrário do que se pensa comumente, a norma penal não possui como único escopo punir o indivíduo ao cometer um crime, mas também proteger este de eventuais abusos estatais, eis que o Estado não pode fazer nada além do que se encontra previsto em lei.

No que tange, aos direitos e garantias previstos na Carta, aqueles que possuem maior relevância estão nos incisos do artigo 5º. Sobre tal tema, vale a referência ao professor Eugênio Pacelli:

No extenso rol de direitos e garantias enumerados no art. 5º da Constituição da República, há normas que instituem direitos subjetivos no plano material, (...) e outras que estabelecem garantias instrumentais de proteção àqueles direitos, como é o caso de inúmeros dispositivos de natureza processual ou procedimental que podem ser reunidos na cláusula do devido processo legal, cujo conteúdo é destinado à genérica proteção dos bens e da liberdade, dado que ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). (PACELLI, 2009, 147)

Seguindo o pensamento de Eugênio Pacelli, conclui-se que mencionado dispositivo é o que traz o maior número de direitos subjetivos no ordenamento pátrio. Assim, quando se fala em direitos do preso, não há como afastar a incidência dessa norma.

Se se deve analisar a lei para evitar arbitrariedades estatais, também deve-se observar a Constituição Federal. Neste viés, no que se refere à execução de penas, destacam-se os incisos III, XLVII e XLIX do artigo 5º da Carta da República, os quais tratam da impossibilidade de penas cruéis, bem como do dever do Estado em assegurar ao preso o respeito à integridade física e moral.

Correlacionando o Regime Disciplinar Diferenciado à Constituição, importante realçar que é garantido que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, mas, muitas vezes, quando um indivíduo é preso não é respeitado tal preceito

Ainda, reforçando o disposto acima, o inciso XLIX assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. Sobre tais pontos que recai a crítica sobre a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil, já que tal sistema de prisão possui elementos que são considerados como cruéis, ou seja, violações da Carta da República.

Além de tais direitos, não podemos deixar de ponderar a dignidade da pessoa humana, o qual não se encontra no artigo 5º da Constituição Federal, mas sim em seu artigo 1º, inciso III. Por isso, a dignidade não deve ser considerada um direito, uma vez que ela não é atribuída pelo ordenamento

jurídico, mas apenas protegida e promovida por ele. A rigor, trata-se de uma qualidade intrínseca a todo e qualquer ser humano, independentemente de qualquer condição.

Para alguns, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo, ou seja, não é apenas mais um fundamento do ordenamento jurídico, mas sim o principal fundamento. É considerada o núcleo do qual derivam todos os direitos fundamentais. Tão grande é a importância da dignidade que se chegou a afirmar que se tratava de “alfa e ômega”, no sentido de que a dignidade é o ponto de origem dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, é o fim que esses direitos buscam proteger e promover. O ex-ministro do STF Carlos Ayres Brito o chamava de “proto princípio”, isto é, princípio originário do qual derivam todos os demais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana constitui-se em “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. (Sarlet, 1988, p. 62)

Trazidas o parâmetro constitucional acerca das garantias e direitos daqueles que cumprem pena restritiva de liberdade no Brasil, impõe-se, nesse momento, uma análise das características do Regime Disciplinar Diferenciado e das discussões acerca de sua constitucionalidade.

2.1. As características do Regime Disciplinar Diferenciado e os debates acerca de sua constitucionalidade

O RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) é um sistema de “internação” prisional e encontra-se previsto no artigo 52 da LEP (Lei de Execuções Penais). O RDD tem aplicação para situações específicas, ou seja, quando há prática de fato definido como crime doloso, gerando subversão da ordem ou da disciplina.

As situações que justificam o Regime são as imposições de medidas extremas, sendo que o sentenciado proporciona uma insegurança ao sistema de convívio social como um todo. Assim, destacam-se como condenados ao cumprimento de pena mediante RDD no Brasil membros de facções criminosas como PCC, assaltantes de Banco, incluindo nesta última hipótese o mentor do chamado “Assalto ao Banco Central de Fortaleza”.

Aliás, um dos maiores traficantes de drogas em âmbito mundial, qual seja, Fernandinho Beira-Mar, encontra-se encarcerado sob o Regime Disciplinar Diferenciado. Seguindo um histórico desse Regime, após a morte de dois juízes da Vara de Execuções Penais no Estado de São Paulo e Vitória sob suposto comando de Fernandinho Beira-Mar, surgiu a Lei 10.792/03, alterando o artigo

52 da Lei de Execuções Penais, passando a descrever as hipóteses e requisitos em que o RDD poderá ser aplicado.

Dentre as principais características do Regime Disciplina Diferenciado tem-se a individualização das celas. Assim, como o sentenciado pressupõe um risco à sociedade de um modo geral, ao contrário do que ocorre comumente, o indivíduo fica em cela individual, isto é, sem qualquer contato com demais presos.

No que tange às visitas, aquele que cumpre pena sob este regime possui uma limitação do número de pessoas. Nesse viés, o preso pode receber duas pessoas por semana, excluindo-se do cômputo as crianças. Além de ter um número limitado de visitas, o preso ficará dentro da cela 22 (vinte e duas) horas por dia, com direito à duas horas de banho de sol, também isoladamente. Não há televisão, revista, rádio, livro etc. ao bel prazer o sentenciado, sendo o conteúdo completamente monitorado pelo juiz da execução.

Dentre todas essas características, a que merece maior relevo é o fato do RDD se justificar somente pela análise da prática de eventual delito, mesmo sem qualquer processo administrativo. Por existir tamanha distinção de tratamento entre um preso comum e aquele submetido ao RDD, afirmou a Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, o RDD “mutilou os princípios e objetivos norteadores da execução penal” (MOURA, 2004, p. 286).

A crítica que se faz é se o RDD vai contra a ordem penal, no sentido de que há atualmente um incentivo à criação de penas alternativas e não mais de reclusão, ampliando-se dito rol, bem como as possibilidades de sua concessão. Importante mencionar os ensinamentos de Rômulo Moreira sobre o assunto:

O cárcere deve ser concebido como última via, pois não é, nunca foi e jamais será solução possível para a segurança pública de um povo. A nossa realidade carcerária é preocupante; os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotadas, recebem a cada dia um sem número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los; há ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos; ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados; por outro lado, a volta para a sociedade (por meio da liberdade), em vez de solução, muitas das vezes, torna-se mais uma *via crucis*, pois são homens fisicamente libertos, porém de uma tal forma estigmatizados que se tornam reféns do seu próprio passado. (Moreira, 2004, p. 39-40)

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já confirmou, ao julgar o caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, que o isolamento prolongado e a incomunicabilidade coativa a que se vê submetido à vítima representam, por si mesmos, formas de tratamento cruel e desumano, lesivas da integridade

psíquica e moral da pessoa e do direito de todo detido ao respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Em que pese a divergência doutrinária, a jurisprudência e a doutrina majoritária brasileira têm reconhecido a constitucionalidade do RDD. Sobre o assunto, segue a menção de Rejane Alves Arruda:

Muito além do que a LEP diz no art.53, o RDD não consiste apenas em uma sanção de natureza disciplinar (e que, por tal motivo, deve estar atrelada ao cometimento de falta grave), mas em uma **forma, realmente diferenciada, de cumprimento de pena para presos que são líderes e integrantes de facções criminosas e que, mesmo em regime fechado, não tem sua prática delituosa coibida ou alijada pelas restrições impostas no sistema penitenciário.** (Arruda, 2005, p. 37) **(Grifo nosso)**

Deste modo, apesar da diferenciação de tratamento, a principal justificativa do RDD é a possibilidade de contenção de grandes líderes e integrantes de facções criminosas, os quais, mesmo presos, exercem sua influência, ordenando a prática de crimes, bem como organizando delitos de grande prejudicialidade à sociedade.

O STF, no HC 104.699/SP, de Relatoria de Carmen Lúcia, afirmou que “a periculosidade do agente concretamente demonstrada, acrescida da possibilidade de reiteração criminosa e a participação em organização criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir a ordem pública”.

Assim, no caso em tela, basta que o agente seja um risco à ordem pública, ou seja, não há a necessidade sequer de efetiva prática do crime, pois o que se pretende não é punir algum crime que já foi praticado, mas sim outros que, possivelmente, possam ser realizados, ante ao grau de periculosidade atribuído ao preso. Coadunando com tal situação, é de indicação de leitura o acórdão proferido no HC 103.716/SP do STF, sendo que abaixo segue trecho da decisão:

Ementa: PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI. PACIENTE MEMBRO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM INDEFERIDA. (...) 3. In casu, **a prisão preventiva foi satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública, porquanto o paciente é “portador de vasta e perigosa antecedência infracional, ocupante de elevado status na hierarquia da facção criminosa que se intitula Primeiro Comando da Capital (PCC), da qual é ocupante malgrado custodiado em unidade prisional**

de regime disciplinar diferenciado". Ademais, foi constatado que o paciente, mesmo preso, vinha negociando o tráfico de drogas por meio de telefone celular. 4. Atos que implicaram a interceptação telefônica não podem ser examinados no presente writ, sob pena de supressão de instância, uma vez que a matéria não foi conhecida pelo STJ. Precedentes: HC 100595/SP, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 22/2/2011, DJ de 9/3/2011; HC 100616/SP, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, Julgamento em 08/02/2011, DJ de 14/3/2011; HC 103835/SP Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, Julgamento em 14/12/2010, DJ de 8/2/2011; HC 98616/SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 14/12/2010. 5. Ordem denegada. **(Grifo nosso)**

Assim, malgrado o posicionamento no sentido da inconstitucionalidade do RDD, interessante destacar o posicionamento do doutrinador alemão Robert Alexy, no sentido de que a necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos dos da comunidade, também revestidos de envergadura constitucional, justificam as restrições aos seus direitos fundamentais. (Alexy, 1993, 81-172)

Conclui-se, deste modo, que a fundamentação da existência do Regime Disciplinar Diferenciado tem por base a proteção coletividade em face de indivíduos considerados perigosos para a ordem social, sendo esta a inferência que se retira dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à sua constitucionalidade.

3. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Traçada a discussão sobre a constitucionalidade do RDD, podemos afirmar que há dispositivos de natureza material, processual e de execução penal, que caracterizam essa doutrina de Jakobs, vigentes em Estados Democráticos de Direito.

Ora, se se distingue o direito penal para um indivíduo em relação ao outro, não é de se duvidar que para aquele que está sob o regime do RDD aplica-se uma pena mais rigorosa, aproximando-se do conceito de "inimigos" abordado por Günter Jakobs. Já para aqueles que não são inimigos, apesar do estado deplorável em que se encontram os estabelecimentos prisionais comuns no Brasil, observa-se um leque maior quanto às garantias previstas na Constituição.

Ora, conforme já dito, quem cumpre pena no RDD deve ficar em cela separada dos demais presos, sendo ela individual, durante 22 (vinte e duas) horas por dia, com direito à visita semanal de duas pessoas (excluindo-se

crianças), com “banho de sol” sem contato com outras pessoas, inexistindo qualquer contato com o mundo exterior (televisão, rádio, telefonema), sendo o conteúdo de livros monitorado pelo juiz da execução. Coadunando com o que foi aqui afirmado, segue o disposto no artigo 52 da Lei 10.792/03:

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.

Por trazer regime de cumprimento de pena diverso e mais rigoroso do que o padrão carcerário brasileiro, não há como descrever que o RDD possui íntima relação com a teoria de Jakobs, subdividindo os apenados de dois ramos, um próximo ao conceito de “inimigo do Estado” e outro atinente ao cidadão comum.

Assim sendo, aquele que se encontra sob o Regime Disciplinar Diferenciado tem um rol amplo de restrição ao seu direito, pois suas características pessoais e seu histórico de convívio em sociedade impõem um tratamento mais rigoroso, ou seja, por não se adequar ao sistema do Estado, este não se sente na obrigação de garantir os direitos básicos desse tipo de infrator.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o arcabouço doutrinário e jurisprudencial relacionado ao Regime Disciplinar Diferenciado, não há como negar a influência da Teoria do Direito Penal do Inimigo na órbita do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a relação existente com o RDD.

Para Günter Jakobs, o direito penal deveria se subdividir em dois ramos, um direcionado aos cidadãos da sociedade, e o outro aos denominados “inimigos do Estado”. Estes últimos seriam aqueles que oferecem um risco iminente à ordem social, devendo receber um tratamento mais rigoroso do Estado, sendo possível até mesmo a limitação de garantias e direitos fundamentais.

O RDD, assim como o Direito Penal do Inimigo, ramifica o direito penal, posto que se direciona a um grupo seletivo de indivíduos que serão tratados de maneira mais severa. Tais indivíduos, tendo em vista a sua periculosidade à ordem jurídica, em regra são integrantes de grupos organizados e facções, não fugindo muito do conceito trazido por Jakobs, que qualifica o “inimigo” como aquele que faz parte de grupos terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros.

Em que pese o RDD presumir a inobservância de preceitos constitucionais, a doutrina e a jurisprudência majoritária brasileira (sobretudo Superior Tribunal Federal) entende-se tratar de regime constitucional, pois, malgrado ser extremamente severo, garante os direitos da sociedade de um modo geral, que fica livre de ameaças que venham a desestruturar a sua ordem.

Diante de tal quadro, o Regime Disciplinar Diferenciado encontra-se em plena vigência no Estado brasileiro, com traços do Direito Penal do Inimigo e mantendo, à princípio, a ordem constitucional, de modo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a sua constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doutrina

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARRUDA, Rejane Alves de. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: ano VI, n. 33, ago./set. 2005.

CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*. 2ª ed. ver, ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Organização de Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: ano V, n. 28, out./Nov. 2004.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na execução penal*. Publicado originalmente, em homenagem ao Prof. Sérgio Pitombo, na Revista do Advogado, publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n.º 78, setembro de 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica: Na Tutela dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. ver. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Demais documentos

Alemanha. Strafgesetzbuch, Promulgado em 13 de novembro de 1998.
BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.
Brasil. Lei 10.792/03, de 1º de dezembro de 2003.
Brasil. Lei 7.210 (Lei de Execuções Penais), de 11 de julho de 1984.
STF. Habeas Corpus 103.716/SP. Julgamento aos 04 de novembro de 2011.
STF. Habeas Corpus 104.699/SP. Julgamento aos 21 de agosto de 2009.