SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS

Carla Bertoncini
Flademir J. Belinati Martins
(Orgs.)

INSTITUTO RATIO JURIS

Carla Bertoncini & Flademir Jerônimo Belinati Martins
(Orgs.)

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS

INSTITUTO RATIO JURIS

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

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

Carla Bertoncini & Flademir Jerônimo Belinati Martins
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)
Profª Drª 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 / Carla Bertoncini & Flademir Jerônimo Belinati Martins, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. (Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-62288-17-3

1. Direito Constitucional. I, Bertoncini, Carla. II Martins, Flademir Jerônimo Belinati.

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

A BIOÉTICA PARA ALÉM DA ÉTICA MÉDICA **5**
Alan Ibn Chahrur
Luciana de Andrade Tajero

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: PARADIGMA DE EFETIVIDADE DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA **17**
Renata Cristina Orlandeli
Andréia Garcia Martin

ASILO POLÍTICO: UM DIREITO FUNDAMENTAL INSERIDO NA ESFERA DO DIREITO CONSTITUCIONAL **39**
Daniela Braga Paiano
Henrique Gabriel Barroso

ASSÉDIO MORAL: MODALIDADES E A AVILTAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA **52**
Vinícius Marin Cancian
Sandro Marcos Godoy

ASSISTÊNCIA RELIGIOSA EM ESTABELECIMENTOS DE INTERNAÇÃO COLETIVA: LEGISLAÇÃO E PRÁTICA **71**
Marivaldo Gouveia

AUTONOMIA PRIVADA E PROPORCIONALIDADE: COMENTÁRIOS SOBRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS **84**
João Francisco Martins dos Santos
Matheus Arcangelo Fedato

BIOÉTICA, BIODIREITO E BIOTECNOLOGIA: A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA E O INEVITÁVEL CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS **99**
Diego Abdalla de Oliveira
Marcela Chagas de Azevedo

DIREITO À INTIMIDADE VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE JURÍDICA NA QUESTÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS **123**
Luiz Fernando Peixoto Moreno

EM BUSCA DO "SISTEMA GEOMÉTRICO VARIÁVEL" DE FONTES DO DIREITO E O USO DE PRECEDENTES VINCULANTIVOS NO BRASIL **147**
Jaime Domingues Brito
Tiago Domingues Brito

ENTRE APATIA E FISCALIZAÇÃO: BREVE ANÁLISE DA FUNÇÃO DO CIDADÃO NO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO *172*
Flávia Elaine Soares Ferreira

ESTADO NAÇÃO E A POLÍTICA DE ENFRENTAMENTO À FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA NEGATIVA *187*
Ana Paula Conde Bogo
Suelyn Tosawa

O QUE É O ESTADO? *203*
João Carlos Carvalho da Silva

O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIORIDADE ABSOLUTA NO ATENDIMENTO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE *217*
Angélica Rodrigues Alves

DA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA ANÁLISE SOBRE OS PRINCÍPIOS, A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E O PROCESSO DE EXECUÇÃO *232*
Amarildo Samuel Junior
Stefanie Philadelphi Jatene

A BIOÉTICA PARA ALÉM DA ÉTICA MÉDICA

Alan Ibn Chahrur[1]
Luciana de Andrade Tajero[2]

Resumo:
O presente trabalho pretende questionar os horizontes epistemológicos da bioética, defendendo que esta se afigura incompreensível, quando dissociada de uma reflexão a respeito de outro fenômeno que lhe é correlato e condicionante, a saber, a biopolítica. Para tanto, busca-se de início tecer algumas apreciações preliminares acerca da obra do bioquímico estadunidense Van Rensselaer Potter, reconhecido como um dos criadores do neologismo *bioética.* A ênfase que este autor atribui aos problemas sócio-políticos em geral e não apenas à ética médica, nos permite assim questionar a limitação de determinado entendimento contemporâneo que reduz a bioética aos dilemas da conduta médica. Tal iniciativa possibilitará, posteriormente, uma breve análise da relação desta disciplina com o fenômeno da biopolítica, gestado em suas bases já a partir das primeiras estruturas sociais do ocidente, como intentaremos demonstrar. Tudo a fim de sustentar que a reflexão bioética, mesmo enquanto ética médica, não dispensa um questionamento político e social da vida humana enquanto tal, bem como de seu valor intrínseco.

1 – BIOÉTICA: A TENSÃO LATENTE NA GÊNESE DO NEOLOGISMO

A plurisignificância do termo *bioética* convive hodiernamente com uma compreensão mais restrita e já disseminada, a qual com frequência reduz os intrincados dilemas bioéticos ao âmbito das questões de ética médica, tal como aquelas pertinentes à relação médico paciente, às diretivas antecipadas de vontade e à assistência em casos de doença grave e incurável.

Todavia, uma análise ainda que superficial acerca da gênese e do desenvolvimento da reflexão bioética, na atualidade, pode revelar claramente a conexão profunda desta ordem de questionamentos com uma esfera das relações humanas por vezes suposta como distante, mas que desde sempre gestou as maiores ameaças ao *bios* que esta ética do presente pretende resguardar, a saber, a esfera da política.

Trata-se de uma ligação que com frequência permanece obscura e inexplorada, sendo muitas vezes evitada, sobretudo no curso dos debates que tem por objeto os referidos problemas da assim chamada microbioética ou bioética clínica (PESSINI, 2013, p.11). Tanto que o bioquímico norte-americano Van Rensselaer Potter, considerado um dos pioneiros na delimitação do estatuto epistemológico da bioética, após a publicação de seu histórico artigo na Persp Bio Med em 1970, intitulado *Bioethics, Science of survival* (PESSINI, 2013, p.10), preocupava-se expressamente em conceituar a bioética sob o amplo espectro daquilo que ele descreveu como uma "ética da terra", ou seja, como

[1] Bacharel em Direito pelo UNIVEM (2009) e Licenciado em Filosofia pela UNESP (2010). Mestre em Direito pelo UNIVEM (2012) e Doutorando em Filosofia pela UNICAMP. Membro do Grupo de Pesquisas Bioética e Direitos Humanos (UNIVEM)
[2] Acadêmica do curso de Direito do UNIVEM. Membro do Grupo de Pesquisas Bioética e Direitos Humanos.

um campo de debates e reflexões preocupado sim com os limites da prática médica, mas interessado de igual maneira (e, talvez, principalmente) na questão da continuidade da espécie humana. Um problema relacionado diretamente com a busca pela estruturação de uma civilização decente e sustentável, o que equivale dizer, com um objetivo político por excelência.

De modo que a bioética nasce, nesse momento, com os contornos daquilo que o autor classificou sob a rubrica de "bioética ponte", objetivando, em síntese, fomentar uma ligação entre o conhecimento empírico das ciências em geral, e da ciência biológica em particular, com aquela sabedoria proveniente da reflexão a respeito dos valores humanos que pautam os sistemas éticos da atualidade. Não por acaso, como destaca Leo Pessini, o pesquisador estadunidense antecipa à sua maneira temas caros ao debate contemporâneo:

> As duas margens ligadas por esta ponte são os termos *bios* (vida) e *ethos* (ética), sendo que *bios* representa o conhecimento biológico, a ciência dos sistemas vivos, e *ethos* o conhecimento dos valores humanos. Potter almejava criar uma disciplina em que promovesse a dinâmica e a interação entre o ser humano e o meio ambiente. Ele persegue a intuição de Aldo Leopold e, sob tal ótica, antecipa-se ao que atualmente se tornou preocupação mundial: a ecologia.
> (PESSINI, 2013, p.11)

Potter chega mesmo a criticar o legado do obstetra holandês André Hellegers, da Universidade de Georgetown, que atuou na fundação do Instituto Kennedy de Bioética, órgão responsável por fortalecer e centralizar as pesquisas neste campo do conhecimento, a partir da articulação entre medicina e filosofia, o que contribuiu fortemente para sedimentar a compreensão hoje hegemônica que equipara a bioética à ética médica (PESSINI, 2013, p.11). Torna-se inequívoco então que, enquanto campo autônomo de investigação, a bioética carrega desde a origem a tensão proveniente de um duplo enfoque, passível de ser discriminado à luz do binômio de uma microbioética ou bioética clínica, marcada pelo legado atualmente preponderante de Hellegers, em contraposição aos problemas de macrobioética, os quais remontam à perspectiva por assim dizer "mais ampla" de Potter.

E se a microbioética camufla as poderosas influências do interesse político valendo-se do ilusório manto de neutralidade da ciência médica, a macrobioética, por sua vez, já descortina parcialmente a conexão com as forças sociais que lhe direcionam (ou pretendem direcionar) o desenvolvimento, conquanto por vezes ainda insista em se autocompreender como ciência relativamente neutra e apolitizada. Com o desenvolvimento de sua proposta inicial, o trabalho de Potter expõe claramente este direcionamento inconsciente do debate bioético, chegando a postular que a implementação da bioética ponte pressupõe o desenvolvimento e a manutenção de um sistema de "bioética

global", fundamentado em intuições alicerçadas no encontro da ética médica com a ética do meio ambiente em uma escala mundial, a fim de preservar a sobrevivência humana (PESSINI, 2013, p.11).

Este tema, em particular, foi responsável pela confluência do trabalho de Potter com aquele de autores como Hans Jonas, em cuja densa obra encontra-se o significativo imperativo de responsabilidade (*imperative of responsability*); Manfred Stanley e Hans Kung, este último responsável por idealizar e redigir, dentre outros escritos, a Declaração para uma Ética Global. Nesse sentido, são expressivos os registros que aludem à referência que Potter fez desse autor, quando de sua apresentação no IV Congresso Mundial de Bioética, realizado em Tóquio no ano de 1998, como anota Pessini:

> Potter, em sua apresentação de vídeo para o IV Congresso Mundial de Bioética (Tóquio, 1998), lembra que Hans Kung chamou atenção apara uma ética global voltada à política e à economia, em relação à qual todas as nações e povos das mais diferentes tradições culturais e crenças devem se responsabilizar. Ressalta que o coração da ética global de Kung está no humano, o que lhe parece louvável, embora considere que esta perspectiva não é suficiente para caracterizar a bioética, pois, para tanto, seria precisa explicitar o respeito pela natureza em diferentes culturas, para além da perspectiva direcionada à cultura judaica e cristã.
> (PESSINI, 2013, p.11/12, grifo nosso)

O excerto em destaque torna claro que o autor jamais ignorou as implicações políticas de suas propostas bioéticas e não se pretende aqui sustentar o contrário. O credo bioético de Potter indubitavelmente representa um dos mais elevados registros de reflexão a respeito deste tema na atualidade, sendo que pretendemos apenas inquirir, de fato, se a submissão da bioética aos condicionantes políticos e econômicos não seria ainda mais profunda do que o bioquímico concebeu, na medida em que o próprio *bios*, segundo nos parece, somente poderia ser compreendido em sua integralidade nesses termos. Uma conexão notável, se considerarmos que, ao longo da história, sobretudo os fundamentos políticos se encontram na base dos mais aberrantes projetos de extermínio tanto da vida humana, quanto do *bios* animal e vegetal.

A preocupação com o rápido crescimento populacional contemporâneo (uma das grandes fixações de Potter) colocou o autor em oposição ao credo corrente, disseminado entre as mais diversas tradições religiosas do ocidente, que historicamente se opõem a qualquer tentativa de limitação da fertilidade humana. Em tom alarmista, Potter pregava que a intransigência dos meios religiosos, neste particular, inviabilizaria qualquer solução a contento para a continuidade da espécie humana e do planeta, o qual, logo, não mais lograria prover o sustento de seus bilhões de habitantes. E foi esta preocupação central que culminou na formulação daquele que representa, a nosso ver, o mais crítico

e temerário dos compromissos que compõem o texto de seu credo bioético: *a limitação dos poderes reprodutivos dos indivíduos de acordo com objetivos nacionais e internacionais*. (PESSINI, 2013, p.19)

Pessini, uma vez mais, nos traz a integralidade do postulado de Potter:

> 7. Creio que cada pessoa adulta tem responsabilidade pessoal em relação à sua saúde, bem como responsabilidade para o desenvolvimento desta dimensão de sua personalidade em sua descendência.
> *Compromisso:* esforçar-me-ei por colocar em prática as obrigações descritas como compromisso bioético para a saúde pessoal e familiar. Limitarei meus poderes reprodutivos de acordo com objetivos, nacionais ou internacionais.
> (PESSINI, 2013, p.19, grifo nosso)

Aqui se desvela a já citada tensão imanente que relaciona a bioética com a política de forma a princípio paradoxal, pois esta condiciona de tal modo as categorias epistemológicas daquela - notadamente no que se refere ao conceito de *bios* - que Potter passa a defender o direcionamento da reprodução humana segundo os objetivos "maiores" da nação, sem considerar, por exemplo, a maleabilidade dos interesses desta, que desde a ascensão do Estado moderno compõe o núcleo primordial das forças políticas que detém o monopólio do poder soberano. Afinal, ao reconhecermos que cabe ao poder político do Estado orientar, segundo seus interesses, as capacidades reprodutivas de cada qual, esta concessão extrema não nos situa em perigosa proximidade com a articulação nazi-facista, historicamente afeita à distinção entre a vida "valiosa" de um cidadão e a "vida indigna de ser vivida", segundo os critérios eugênicos da administração soberana? (NOYS, 2005, p.85).

Nada obstante as referências à promoção de uma "constrição *voluntária* da reprodução" pelos governos nacionais, a sutileza deste e de outros eufemismos de Potter ainda assim não nos permitem vislumbrar um mínimo substrato sólido, capaz de assegurar que, após a eventual assunção do compromisso bioético, este não venha a revelar, por sob a máscara do ideal humanitário, a face sombria do totalitarismo. Uma transição temível, mas sem dúvida possível, dada a anemia significativa de conceitos como "sobrevivência aceitável", os quais comportam uma referência difusa que se adéqua de maneira preocupante às oscilações do jogo de interesses políticos:

> Sobrevivência aceitável é um conceito de longo prazo [11] com uma restrição moral: dignidade humana a nível mundial, direitos humanos, saúde pública e uma restrição moral sob a fertilidade humana. Os governos devem promover uma limitação voluntária da reprodução, de modo a torná-la compatível com o resto da biosfera. Todas essas condições demandam uma organização dos recursos

> econômicos em prol da "saúde da terra", bem como uma organização da reprodução que torne possível a assistência médica. A livre escolha no ato de procriar que até então reconhecemos deve ser restrita pela realidade e pela ética. A cultura mundial dominante no presente tende a ser bastante irresponsável e simplesmente inaceitável em matéria de sobrevivência global.
> (POTTER, 1995, p.188, tradução e grifos nossos)

Mais não é preciso dizer. Senão, talvez, que Potter demonstra de forma cabal o quanto a bioética, em seu cerne, depende de um conceito do *bios* cuja determinação se faz possível não simplesmente em termos éticos, mas tão somente em termos *ético-políticos,* a exemplo dos ditos critérios que delimitam a sobrevivência referida como "aceitável". O autor bem intuiu esta ligação, muito embora, a rigor, não nos parece que tenha logrado aprofundar a reflexão até os limites desta conexão imanente, o que põe em cheque suas proposições relativas à questão demográfica. Por outro lado, é inequívoco que sua influência nos induz às bases de uma nova reflexão bioética para o século XXI, a qual, segundo entendemos, jamais poderá declinar do pressuposto de que o dilema bioético implica necessariamente uma reflexão política. Em suma, como relembra Noys a partir de Foucault (2005, p.38), no alvorecer de nossos dias, a bioética se afigura cada vez mais como reflexo da *biopolítica*.

2 – BIOPODER E MITOLOGIA PRIMITIVA: A VIDA COMO REFLEXO DAS ESTRUTURAS POLÍTICAS E SOCIAIS NOS POVOS DA ANTIGUIDADE

As noções de biopolítica e de biopoder configuram elementos centrais do pensamento de Foucault, mormente quando este pretende desconstruir o conceito tradicional de poder soberano que a atualidade, em seu entendimento, superara, após a evolução de uma nova espécie de poder que não mais se resume à relação direta entre o soberano e seus súditos. O pensador defende que as forças políticas, agora, se desenvolvem a partir de diversos focos capilarizados, culminando em: "(...) múltiplos efeitos do poder, que criam diferentes tipos de relação de sujeição." (NOYS, 2005, p.38, tradução nossa).

Esta perspectiva de análise abandona em definitivo um projeto de estudos tradicionais no campo da sociologia e da política, preocupado apenas e tão somente em reconstruir a trajetória do poder soberano até o suposto foco central de um único indivíduo - ou de um grupo de indivíduos - por ventura titular dos interesses políticos preponderantes. (NOYS, 2005 p.38) O novo poder, ao contrário, se manifesta por meio de múltiplos espaços, cada qual com características históricas e culturais específicas, porém centrados todos no objetivo comum do *controle da vida*, que se efetiva de forma precípua no controle dos corpos, ao longo de toda a existência humana.

Algumas considerações contidas na obra *A História da Sexualidade* (FOUCAULT, 1976) são particularmente significativas:

> Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico se refletiu no político; o fato de viver não é mais esse subsolo inacessível que não emerge senão de tempos em tempos, no acaso da morte e da fatalidade; ele passa para uma outra parte no campo de controle do saber e da intervenção do poder. Este não se encarregará mais apenas de assuntos de direito, a respeito dos quais a verdadeira contenda é a morte, mas dos seres vivos, e a captura que ele poderá exercer sobre eles deverá se colocar ao nível da vida, considerada nela mesma; é a tomada da vida a seu encargo mais do que a ameaça da morte, que dá ao poder seu acesso ao corpo. Se podemos denominar 'bio-história' as pressões pelas quais os movimentos da vida e os processos da história interferem reciprocamente, seria necessário falar de 'bio-política' para designar o que faz ingressar a vida e seus mecanismos no domínio dos cálculos explícitos e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana; não se trata, de modo algum, de que a vida tenha sido exaustivamente integrada às técnicas que a dominam e a gerenciam; sem cessar, ela lhes escapa.
> (FOUCAULT, 1976, p.187, grifos nossos)

Tal é a biopolítica ou biopoder. Uma potestade que coage o homem a viver sob a vigilância e a "proteção" de suas regras. Se o antigo soberano avocava para si, sobretudo, o direito de matar, juntamente com a prerrogativa de "deixar viver" aqueles não submetidos à manifestação ativa do poder, consubstanciada, por excelência, no ato de execução dos condenados, a atividade do biopoder, por sua vez, reside na pormenorizada regulamentação que esquadrinha a vida. Uma regulamentação que não se preocupa mais em matar, e sim em "fazer viver", todavia induzindo a todos que o façam *em conformidade com as diretivas pré-estabelecidas pela ordem biopolítica,* sob pena de ser o infrator "deixado à morte", o que significa dizer, reduzido à condição de alguém cujo perecimento passa a ser visto como "aceitável" segundo os cálculos de administração do biopoder.

As sociedades normalizadoras da atualidade refletem com precisão o quadro em tela, na medida em que pretendem paulatinamente qualificar, medir, apreciar e hierarquizar a pluralidade das relações sociais, muito mais do impor um poder de mando que se sustenta no temor da pena - em última instância - de morte (FOUCAULT, 1976, p.189). Ressaltando-se que a noção de estrutura normalizadora, no sentido que a compreende Foucault, não se confunde com o sistema legal, o qual tem sua vigência adstrita à promulgação oficial pelas instâncias legislativas competentes, enquanto que o sistema normativo constitui, segundo o autor, um conjunto de padrões ou *standards* estabelecidos pelas mais diversas instituições sociais (escola, igreja, associações,

etc.), que fixam condutas desejáveis de tipos subjetivos ideais, contra os quais são confrontados os comportamentos dos indivíduos a fim de aferir e, consequentemente, punir, as eventuais articulações desviantes.

Não surpreende, assim, que no extremo do espectro biopolítico encontre-se o mesmo fantasma do totalitarismo com o qual flertam as proposições bioéticas de Potter, haja vista que a experiência do absolutismo estatal, tal como o mundo a conheceu na primeira metade do século XX, inquestionavelmente desenvolveu até o paroxismo os novos mecanismos de biopoder. Nas palavras de Foucault (1999, p.309), não há, de fato, Estado mais disciplinar do que o regime nazista, sendo que tampouco há Estado onde as regulamentações biológicas sejam adotadas de maneira mais densa e mais insistente. O controle das eventualidades próprias do regime vital dos indivíduos era um dos objetivos imediatos do regime, pautado particularmente na assunção do ato de procriação e dos elementos da hereditariedade, bem como na apropriação (tendente à eliminação) das doenças e dos doentes.

Não se pode olvidar, doravante, a posição decisiva das noções de biopolítica e de biopoder, que se colocam como um substrato teórico incontornável, do qual emergem questionamentos que nenhuma reflexão bioética séria e atual pode pretender desconsiderar. Especialmente, após a expansão e o desenvolvimento das propostas de Foucault, levada a efeito por autores do porte de Giorgio Agamben, o qual, como anota Noys (2005, p.40), postula que, de fato, a conversão da política em biopolítica não se limitaria à organização social da atualidade, uma vez que este sempre fora o caso e a preponderância desta última simplesmente logrou tornar-se mais explícita no contexto histórico do momento presente.

Pretendemos assim, à guisa de conclusão, prosseguir na esteira de Agamben, buscando reconstruir brevemente algumas manifestações históricas do fenômeno do biopoder, particularmente a partir da mitologia de sociedades primitivas e iletradas, que antecederam até mesmo o "milagre grego" da filosofia, em cuja ocorrência a convenção vigente encontra a gênese da antiguidade clássica. Tudo com o intuito de corroborar uma premissa clara e definida à qual aludimos de início: o pressuposto de que a vida – o *bios* sob o qual se debruça a bioética – desde sempre corresponde a um conceito muito mais sócio-político, do que propriamente material ou físico.

A compreensão da vida "em si", doravante, tornar-se-ia assim virtualmente impossível quando extraída de um contexto biopolítico de referência, ao ponto de, no limite desta dissociação, ser a mesma reduzida à mera "vida" cujo perecimento passa a ser visto como aceitável ou ao menos não punível, tal como a dita vida nua de Agamben (2005, p.17\23), condenada a permanecer alheia ao simbolismo do sistema de representações mitológicas que lhe condiciona a auto-compreensão, segundo a razão dos dizeres de Joseph Campbell (2008, p.54), o qual nos fornece também sólido referencial para a análise das estruturas conceituais presentes na mitologia de povos primitivos.

O impacto do pensamento do autor norte-americano para a leitura de questões desta ordem é salutar, sobretudo se, para além de sua tese mais difundida, relativa à linguagem metafórica do mito (CAMPBELL, 2011, p.61),

também considerarmos seu posicionamento a respeito da necessidade de ritualização (CAMPBELL, 2008, p.54), que acompanha a humanidade desde os primórdios da civilização, há mais de três ou quatro milênios. E, não por acaso, a carência primordial a que a simbologia dos mitos visa atender encontra-se justamente na necessidade de conciliar o entendimento humano com o fato sempre presente da morte.

Nos dizeres de Campbell (2008, p.31) a vida vive da vida, ou seja, seu princípio básico pode ser sintetizado com perfeição na máxima pouco singela de que "eu vou comer você, depois você vai me comer", algo nada fácil de ser assimilado pela sensibilidade tão impressionável da consciência humana. Ainda assim, esta dura realidade da vida como algo monstruoso, aduz o autor, já tinha lugar muito antes do surgimento do *Homo sapiens*, que em última instância também necessita desta "presença horrenda" do *bios*, dado que mesmo seus órgãos vitais evoluíram no sentido de depender da morte de outros para existir. Portanto, a função primeira de toda ordem simbólica de representações mitológicas tem sido, desde sempre, reconciliar a consciência com esse fato.

A consecução deste objetivo, a princípio, se dá por meio das mais diversas formas e níveis de ritualização da relação do homem comum o mundo, porém todas de um modo geral embasadas em significativo expediente comum, a saber, a ideia fundamental de que *a morte propriamente dita simplesmente não existe ou não deve existir* (CAMPBELL, 2008, p.54). Ao menos, não mais no contexto simbólico do mito e dos institutos rituais que ele impõe no meio social, do que decorre que a consciência passa a buscar insistentemente o seu posicionamento no interior dessa nova estrutura de significações. No extremo, sua auto-compreensão acaba por depender integralmente da ligação com este contexto de referência e, consequentemente, a vida dos que se colocam para além deste limiar não pode mais ser reconhecida enquanto tal. Somente enquanto pura manifestação física cuja permanência pode ser vista como irrelevante e a extinção (eis o ponto) como aceitável. Um fenômeno, não por coincidência, análogo, cremos, àquele da *vida nua* de que trata a célebre obra de Agamben.

De outro ângulo, no interior da esfera de significação do mito, aqueles que ali se encontram dispõem de um plano de sentido que lhes permite deixar de compreender a morte enquanto morte, no auge de sua facticidade absoluta e incontornável. Uma vez atendidas as exigências rituais, seu tom definitivo de esvai, possibilitando que esta se apresente como um "momento de transição" do qual o indivíduo "parte", mas apenas para "retornar", ainda que de forma difusa, seja na condição de um "princípio vital" da tribo ou das condições de sua manutenção, a exemplo da caça que garante a todos alimento.

A esfera simbólica do mito, com todas as significações que congrega, na ampla acepção de Campbell (2008, p.38), adquire assim o status de verdadeira força biopolítica, que dá origem ao seu próprio conceito de vida (*bios*) e o molda em suas especificidades integralmente de acordo com o ideal vigente, qualificando, hierarquizando e regulamentando condutas individuais, de maneira correlata ao biopoder que Foucalt encontra na atualidade. Mas isso, segundo acreditamos, não apenas hoje, como pretende o autor de *Vigiar e Punir*,

e sim desde as sociedades pré-letradas que remontam ao princípio da tradição ocidental. Tanto que neste período, por volta de 3500 a.C, Campbell (2008, p.54) identifica duas atitudes principais presentes nos mitos dos primeiros agrupamentos humanos, as quais corroboram significativamente a hipótese em questão. Uma alude à prática dos povos caçadores das grandes planícies setentrionais, a exemplo da região do Canadá, dos Estados Unidos e do norte da Europa, sendo que a outra remete à cultura essencialmente agrícola do mundo tropical.

A primeira articulação, centrada na caça, induz a atuação daquilo que o autor chama de uma psicologia e de uma sociologia essencialmente masculinas, porque ativas e agressivas:

> A cultura se alimenta da morte; seus membros estão sempre matando animais. E não só os matam, mas vestem suas peles, habitam choupanas feitas com essas peles e assim por diante. Vivem num mundo de sangue. Os povos primitivos não fazem, ao contrário de nós, grande distinção entre a esfera humana e animal. Assim, a psique tem de se proteger dessa contínua matança, matança, matança. A ideia que se torna dominante e arrefece a situação é esta: *não existe essa coisa de morte*. O animal que você matou voltará se você realizar determinado rito. Ao fazer o sangue retornar ao solo, a vida é passada adiante e o animal voltará. (...) O animal é considerado uma vítima voluntária, que se oferece às armas dos caçadores sob o acordo tácito de que será realizado um ritual para que a vida lhe seja restituída e ele possa voltar a ceder o seu corpo.
> (CAMPBELL, 2008, p.54/55, grifo nosso)

Neste caso, do ponto de vista mitológico ou simbólico vale destacar, sobretudo, a completa identificação do animal que é morto com aquele que "retorna", ou seja, no plano do mito ambos tratam-se sempre de um mesmo animal que, em alguns momentos, pode ser identificado posteriormente com ancestrais da tribo, os quais permanecem "vivos", muito embora reiteradamente sacrificados em sua "forma animal" para o sustento do grupo. Logo, quando ocorre segundo os rituais previstos - ou "regulamentados" - pela simbologia da esfera mitológica, a morte deixa de ser propriamente "morte". Por conseguinte, a vida – o *bios* - passa a depender igualmente desses condicionantes mitológicos, pois aquele que porventura mata animais em excesso, ou sem obedecer aos ritos de execução do "sacrifício", deixará de ser visitado pelo ser sagrado ou animal divino em sua próxima "encarnação". O indivíduo em questão será "deixado à morte" pela escassez de alimentos e não por uma execução direta do soberano (CAMPBELL, 2008, p.54).

Um segundo modelo de compreensão parte de uma estrutura descrita por Campbell (2008, p.57) como feminina em essência, personificando o poder

de geração da "mãe terra", que garantiu a principal fonte de sustento dos primeiros agricultores do mundo tropical primitivo. E em analogia à morte e ressureição permanente do vegetal, estas culturas desenvolvem um entendimento que pode ser visto como algo brutal aos olhos contemporâneos: a ideia de que a vida provém da morte, devendo esta última ser ritualizada e *sempre efetivada*, como condição de preservação da primeira.

Nas palavras do autor:

> Sendo mãe, a mulher é a contrapartida simbólica, a personificação dos poderes da terra. Ela faz nascer tal como a terra; ela alimenta tal como a terra. Assim, a magia feminina predomina nessas culturas. Além do mais aparece um tema terrível – terrível aos nossos olhos pelo menos. Ele explora um estranho mistério que se evidencia nas leis da selva do reino vegetal. Quando se anda por uma floresta tropical, vê-se vegetação em decomposição por todo lado, e dessa matéria podre brota vida nova, verde. Surge o ensinamento óbvio: a vida provém da morte! É desse silogismo que se desenvolveu todo um sistema de ritual de morte na zona das florestas tropicais, um sistema brutal que se funda no entendimento de que o matar – o sacrifício – dá origem à vida nova.
> (CAMPBELL, 2008, p.57\58, grifo nosso)

Portanto, esta nova base de ritualização gravitará sempre ao redor da noção de que o sacrifício da morte é necessário à manutenção da vida. O mito básico desses povos, via de regra, pressupõe então a ideia primordial de um ser divino, seja humano ou animal, que em uma época "sem tempo" acaba por ter o corpo retalhado e as partes "plantadas". As "sementes" desse sacrifício primeiro dão origem, no plano do mito, às diversas plantas comestíveis que servem de alimento à comunidade, pelo que não demora a surgir a percepção de que a manutenção da colheita depende da reprodução constante do ato original, a ser encenado por um indivíduo escolhido no interior da comunidade. Um representante do "corpo divino" ao qual é outorgada a "honra" de ser morto em nome do grupo, para que sua carne se torne o alimento e seu sangue a bebida de toda aquela sociedade. Um contexto simbólico de todo familiar para a prática religiosa da tradição judaico-cristã, centrada no ato da comunhão.

Logo, para "deixar viver" a comunidade, o sistema de biopoder imposto pela mitologia desta segunda articulação "exige" a morte. Ainda mais, "exige" que a comunidade, aqui também, mate um dos seus *segundo a regulamentação ritual prescrita pelo mito*, sob pena de todos serem "deixados à morte" pela ausência da colheita no período seguinte. A tribo somente pode compreender a si própria como ameaçada, na eventual ausência do sacrifício.

Ambos os exemplos descortinam o quanto, mesmo na crueza do mundo primitivo, o valor da vida se encontra atrelado às estruturas de poder de cada

comunidade e nunca o contrário. Para além do contexto de significado proporcionado pelo "mito de base", que direciona cada qual dos grupos sociais em sua especificidade, tanto a extinção quanto a preservação da vida "em si" tornam-se irrelevantes. No extremo deste limiar de sentido, o homem se vê "abandonado pelos deuses" que lhe definem as condições de sua consciência de si, o que, por conseguinte, o impede até mesmo de se compreender enquanto homem...

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final, resta concluir que qualquer valor ético que se pretenda atribuir à vida ou às condições de preservação da vida na terra, depende necessariamente dos limites de compreensão que são postos pelas relações de poder subjacentes ao sistema social de referência. Em poucas palavras: o arcabouço conceitual para compreensão da bioética já se encontra, de início, pré-definido por limites biopolíticos de poder. O que não significa desconsiderar a premência, por exemplo, dos intrincados problemas bioéticos levantados dia a dia pela prática médica, mas sim postular que a abordagem destes e de outros questionamentos deve sempre levar em consideração um horizonte sócio-político muito mais amplo.

Práticas de controle e apropriação da capacidade de reprodução humana, como aquela consignada no âmbito do credo bioético de Potter, ainda que sob a justificativa de um louvável ideal humanitário, nos parecem desconsiderar a possibilidade de ampliação involuntária das zonas de ingerência da regulamentação biopolítica, ao invés de buscar o enfrentamento do tema em sua essência perturbadora e angustiante, para assim tentar ao menos implementar as restrições eventualmente possíveis contra o extremo de um controle total.

Não que esta se trate esta de alternativa simples e banal, pois, como visto, os diversos níveis de controle da vida a partir das relações de biopoder podem ser encontrados, como visto, à luz dos trabalhos de Campbell, desde as mais rudimentares manifestações da sociabilidade humana, o que nos impõe o colossal desafio de superar uma prática ancestral, para preservar a vida sem instrumentalizá-la. Tal implica que o desenvolvimento de uma reflexão e de uma prática bioética minimamente substancial, depende, sobretudo, de um tensionamento no tecido social, a fim de perseguir o estabelecimento de novas relações de poder capaz de dar suporte aos valores bioéticos pelos quais o momento presente tanto clama.

Referências

CAMPBELL, Joseph. *Mito e Transformação***.** Org.David Kudler – Joseph Campbell Foundation. Trad.Frederico N. Ramos. São Paulo: Ágora. 2008

_____. *As Máscaras de Deus. – V.1 – Mitologia Primitiva.* Trad.Carmen Fischer. São Paulo: Palas Athena, 1992.

FOUCAULT, Michel. *Histoire de la Sexualité. La Volonté de Savoir.* Paris: Gallimard, 1976, Trad.Oswaldo Gaicoia Jr.
_____. *Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France. (1975-76).* Trad.Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 1999
NOYS, Benjamin. *The Culture of Death.* Berg Publishers: Oxford- New York, 2005
PESSINI, Leo. *As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr***.** In: **Revista Bioética,** V.1, n 1 – 2013. Brasília\DF, Conselho Federal de Medicina

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: PARADIGMA DE EFETIVIDADE DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

"Democracia serve para todos ou não serve para nada"
Betinho

Renata Cristina Orlandeli[3]
Andréia Garcia Martin[4]

Resumo
O presente trabalho tem como objetivo central demonstrar o modo como a participação popular na ação direta de inconstitucionalidade funciona como paradigma de efetividade da democracia participativa, permitindo que as decisões advindas desta ação sejam, além de legítimas, um mecanismo instigante da democracia e da cidadania. Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, a participação popular corrobora para que a ação direta de inconstitucionalidade seja acima de tudo transparente, legítima e um reflexo do exercício da democracia e da cidadania, que se manifesta por meio da participação popular em decisões de interesses superior dos membros do STF. Inicialmente será feita uma breve explanação sobre as audiências publicas, sua origem e presença no direito brasileiro e internacional, além de sua presença nas audiências do Supremo Tribunal Federal, com ênfase na ação direta de inconstitucionalidade,em seguida será dissertado sobre a ação direta de inconstitucionalidade como instituto autônomo fundamental no controle de constitucionalidade brasileiro, explanando sobre seus aspectos técnicos e principiológicos. Em conclusão será destacada a participação popular na ação direta de inconstitucionalidade, por meio das audiências públicas, como parte auxiliadora e legitimadora das decisões, coroando a força popular como genuína fonte de legitimação.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e desde a proclamação da República até a promulgação da Constituição cidadã[5] muito foi conquistado.

Uma das conquistas mais expressivas e que no presente trabalho merece destaque foi a efetivação da democracia.[6]

---

[3] Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV.

[4] Doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestra em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV.

[5] Constituição Cidadã é um termo usado precipuamente por Ulysses Guimarães para se referir a Constituição Federal de 1988.

[6] Para boa parte da doutrina a democracia no Brasil é apenas formal, nos encontrando em um estágio de transição da democracia formal para a material/substancial. Neste sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello assevera a necessidade de distinção entre Estados formalmente democráticos e Estados Substancialmente Democráticos, além daqueles que se encontram em transição para a Democracia. Os primeiros utilizaram-se da Democracia tão-somente como a configuração de seus Estados, depara-se em suas Constituições um elevado nível de inefetividade dos direitos nela consagrados, os valores democráticos quedam-se simplesmente na teoria, ainda que seus governantes sejam investidos por ocasião de eleições conforme os

Somente com a Constituição Federal de 1988 o Brasil adentrou em um período em que a democracia principiou a ser efetiva e estável.Começou-se pela conquista de uma democracia representativa, que mesmo já estando presente no passado foi maculada por períodos de ditadura e imposição de governos, nos inesquecíveis anos de chumbo.[7]

Este tipo de democracia foi, sem sombra de dúvidas, muito importante e muito contribuiu para formar o Brasil do presente, contudo, somente a sua presença já não satisfaz mais os anseios de uma população que ganha cada vez mais voz e vez.

O Brasil caminha rumo a novos horizontes onde a democracia representativa, sem sair de cena, cede espaço e caminha ao lado da democracia participativa, permitindo que a população não escolha somente seus representantes de modo democrático, mas, também,participe de importantes decisões, cujos temas sejam de grande relevância social e que possam granjear novos rumos ao país.

Dentre as novas e crescentes tendências no Brasil tem-se um movimento que promova desburocratização e a aproximação da população das tomadas de decisões do Estado, principalmente das decisões advindas do Supremo Tribunal Federal, que ganham lugar de destaque.

Ganha ênfase no presente trabalho as decisões proferidas pelo STF, mais especificamente as decorrentes da Ação Direta de Inconstitucionalidade, abrindo espaço para a fomentação da democracia participativa, ao se permitir que a população, por meio das Audiências Públicas, participe do controle de constitucionalidade.

A inclusão da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade é a chave para que as decisões proferidas nesse tipo de ação tenham maior legitimidade e sejam transparentes,desprovidas de eventuais dúvidas e questionamentos.

Ademais, as Audiências Públicas tem a pretensão de proporcionar uma verdadeira abertura das portas da Suprema Corte brasileira à sociedade, vez que a participação da população corrobora para que as decisões tomadas pelos ministros do STF possam atingir verdadeiramente a realidade da população, tendo como fundamento algo além das normas objetivas e que transcendem o direito positivado. Pois, levando-se em conta a opinião da população que se apresenta repleta de vivências, experiências e valores, se conferirá legitimidade impar a Corte Constitucional brasileira.

---

ditames democráticos. Em tempo, pode-se afirmar que o atual Estado Democrático brasileiro configura-se como um Estado em transição para a democracia. Para embasar esta afirmação, passamos a indigitada conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo o qual: "na medida em que suas instituições e prática estejam voltadas a este efeito transformador, caberia qualificá-las como Estados em transição para a democracia. Entretanto, se, em despeito do formal obséquio que lhe prestem através das correspondentes instituições clássicas, deixarem de consagrar-se à instauração das condições propiciatórias de uma real vivência e consciência de cidadania, não se lhes poderá reconhecer sequer este caráter. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. A Democracia e suas Dificuldade Contemporâneas. In: **Revista de Informação Legislativa,** a. 35 n. 137 jan./mar:Brasília, 1998, p. 256 -258).

[7] Expressão indicativa do período da ditadura, onde após o golpe militar não houve eleições diretas até o ano de 1985.

1 AUDIÊNCIA PÚBLICA: CONCEITO GERAL

Audiência pública é instituto recentemente novo no cenário nacional, tendo o objetivo de permitir que certos órgãos convoquem a participação de alguns cidadãos, representando a população, para debater e auxiliar a respeito de matérias controvertidas.

Em um conceito amplo, é um instrumento que, em determinadas situações,confere maior legitimidade e efetividade a certos atos que incidirão diretamente na vida dos cidadãos, como é o caso nas decisões de assuntos relevantes para a comunidade, com situações que acabam por mudar o cotidiano de várias pessoas.

Além da legitimidade e da maior credibilidade conferida a certos atos, principalmente as decisões do STF, a Audiência Pública pode auxiliar no sentido de que debatendo com a população é possível que se chegue a um resultado bem mais satisfatório, pois se é verdade o velho ditado popular: "de que duas cabeças pensam melhor do que uma", então muitas cabeças refletirão de maneira mais ajustada para o bem de todos.

Uma das principais características é a abertura e aproximação concedida a população com relação às decisões estatais, onde além da legitimidade a população participa diretamente na tomada de decisões relevantes para a comunidade de forma geral.

Deixar que a população se faça presente permite também uma maior colheita de provas o que acaba por facilitar o processo decisório, pois auxilia no convencimento dos julgadores.

Para que se instaure uma Audiência Pública uma série de requisitos devem ser observados, tal como definir quem irá presidi-la, data de início e de término, quem será notificado a comparecer, dentre outros requisitos imprescindíveis para a sua validade e correto andamento.[8]

A Audiência Pública se apresenta como um instrumento de difusão da democracia participativa, proporcionando aos cidadãos presentes espaço para expor seus pareceres e auxiliarem nas tomadas de decisões seja do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, e seja em âmbito municipal, estadual ou federal, uma vez que a participação da população tem espaço em qualquer situação e em qualquer esfera da coisa pública.

Esse instituto pode ocorrer nas mais diversas situações, como por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, durante processos de elaboração de leis, ou até mesmo para prestação de contas dos mais variados órgãos públicos.[9]

A população também pode demandar por iniciativa própria, que seus

---

[8] CESÁR, João Batista Martins.A Audiência Pública como Instrumento de Efetivação dos Direitos Sociais. In: **Revista do Mestrado em Direito** – UCB. Brasília, v. 5, nº 2, p. 356-384, Jul-Dez, 2011, p. 359.

[9]REPENTE: Participação Popular na Construção do Poder Local - Audiências Públicas. In: **Pólis** - Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais nº 24 – São Paulo-SP. Dezembro 2005. Disponível em: http://www.polis.org.br. Acesso em 12 fev. 2014.

representantes de qualquer órgão público convoquem uma audiência pública para dirimir conflitos sobre assuntos relevantes, visando o bem estar social. Transformando-se, para além de uma garantia constitucional, em importante e imprescindível meio para que o país avance em termos de substancialidade democrática.

1.1 Histórico das Audiências Públicas e o Direito Comparado

Desde os primórdios da humanidade é comum se consultar o povo antes de decisões importantes, já no direito romano pode-se ver o que seria o primeiro cerne do futuro instituto da audiência pública. As centúrias romanas ocorriam para que aqueles que eram considerados cidadãos votassem a respeito dos mais diversos assuntos que diziam respeito a temas do Executivo, Legislativo e Judiciário.

Com o passar do tempo e o aumento da população,pessoas passaram a ser escolhidos para representar o povo, fazendo-se necessária a existência de um instituto que permitisse a volta da participação direta da população em decisões relevantes.

Contudo, a primeira aparição do que futuramente viria a ser Audiência Pública,tal como se apresenta na atualidade,se deu no direito anglo-saxão,[10]sendo denominada *publichearings.*

Desde o início de sua existência até o atual momento, este instituto passou por diversas modificações sofrendo influências principalmente do direito inglês e norte americano, e na concepção de Agustín Gordillo[11] por ser uma extensão do princípio da audiência individual possui natureza universal, mesmo que implícita em algumas Constituições.

Nas bases da Audiência Pública tem-se princípios que advém da justiça natural (direito inglês) e do devido processo legal (direito norte americano)[12]. Este último princípio basilar se encontra presente na Constituição brasileira e em Constituições como a Argentina, representando relevante fonte de fundamentação da Audiência Pública nos dias atuais.

Ainda segundo Gordillo a Audiência Pública por ter em seu gene a extensão do princípio da audiência individual integra o chamado devido processo legal substantivo, tendo seu campo de atuação se ampliado ao longo do tempo fazendo com que se tornasse um marco da participação popular.[13]

A ideia da participação popular como meio legitimador e instrumento auxiliar na tomada de decisões importantes para a coletividade é uma

---

[10] O direito Anglo-Saxão é o direito proveniente dos povos anglo-saxões (fusão de povos germânicos) que habitavam principalmente o sul e leste da Grã- Bretanha, no sec. V, este direito era baseado na Common Law, caracterizando um direito não escrito e costumeiro, dando origem ao direito common Law visto atualmente principalmente na Inglaterra.

[11] GORDILLO, Agustín.**Tratado de derecho administrativo**. Tomo 2. 9. ed, Buenos Aires: F.D.A., 2009, p. XI-2.

[12]GORDILLO, Agustín.**Tratado de derecho administrativo**. Tomo2. 9. ed., Buenos Aires: F.D.A., 2009, p. XI-3.

[13] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo 2. 9. ed., Buenos Aires: F.D.A., 2009, p. XI-3.

obrigação do Estado, principalmente dos Estados Democráticos, a participação da população – mesmo que não expressamente intitulada de Audiência Pública – pode ser vista no Pacto de São José da Costa Rica, art. 23.1[14], na Declaração Universal de Direitos Humanos, art. 21.1[15]; no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 25[16]; na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, art. XX[17].

No direito comparado pode-se ver a forte incidência da Audiência Pública como instrumento de legitimação e participação popular em vários países, um bom exemplo é a Argentina que mesmo não contendo norma constitucional expressa a respeito da Audiência Pública a embasa em princípios como o do devido processo legal, presente no art. 18 da sua Constituição, além de ser o principal meio de se efetivar o disposto no art. 43 da dita Constituição, que trata da presença do que a Corte Suprema de Justiça da Nação denominou de a efetiva participação útil dos interessados.[18]

1.2 A Audiência Pública no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A participação popular é a efetiva democracia, por isso se torna um importante instrumento de legitimação de um Estado que se diz Democrático.

No Brasil o período mais efetivo e constante de democracia é o posterior a Constituição de 1988 e, devido a isso, a figura da Audiência Pública ganhou espaço no novo texto constitucional, podendo ser encontrada no art. 58, § 2º, inciso II, onde há previsão de ocorrência nas comissões do Congresso Nacional.

Além do art. 58 que trata especificamente da Audiência Pública nesta determinada situação, observando o art. 1º da Constituição pode-se constatar que se "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição", a participação da população por meio da Audiência Pública nada mais é do que a efetivação de um principio inerente ao Estado Brasileiro, que se configura, acima de tudo,um

---

[14]Pacto de São José da Costa Rica, art. 23.1. "Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;" (BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 – Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 fev. 2014.

[15] Declaração Universal de Direitos Humanos, art. 21.1 "Todo o ser Humano tem o direito de fazer parte do governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos." (ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf. Acesso em: 10 fev. 2014).

[16] Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 25 "Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;"

[17]Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, art. XX " Toda pessoa, legalmente capacitada, tem o direito de tomar parte no governo do seu país, quer diretamente, quer através de seus representantes, e de participar das eleições, que se processarão por voto secreto, de uma maneira genuína, periódica e livre."

[18] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo2. 9. ed., Buenos Aires: F.D.A., 2009, p. XI-3.

Estado Democrático de Direito, devendo respeitar e ouvir sempre que possível a opinião da população, sendo a Audiência Pública um caminho para a concreta realização deste princípio.

A presença da Audiência Publica no texto constitucional, seja de forma expressa ou implícita, conforma-se,sem sombra de dúvidas, um importante e inovador passo, pois,teria o condão de abrir, a partir daí, novos caminhos para que este instituto pudesse se difundir em outras situações.

Tanto é verdade que em 1999 duas leis passaram a dispor sobre a Audiência Pública em situação diversa da descrita na Constituição, inovando com a sua inclusão em julgamentos do STF.

A primeira, promulgada em 10 de novembro de 1999, trata sobre a presença da Audiência Pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade, e a segunda em 3 de Dezembro do mesmo ano que trata da sua presença na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Além da presença na Suprema Corte, pode-se destacar a sua presença no Ministério Público, o art. 3, inciso V da resolução n. 43 do Conselho Nacional do Ministério Publico que em 2009, seguindo o exemplo das referidas leis dispôs que: "O Corregedor-Geral poderá realizar audiência pública com o objetivo de ouvir notícias, sugestões ou reclamações de representantes da comunidade acerca do funcionamento da Unidade do Ministério Público, visando ao aperfeiçoamento dos serviços prestados."[19]

É possível ainda citar brevemente o art. 69 do Regimento interno do Conselho da Justiça Federal,o art. 35, inciso XXXVI do Regimento Interno do TST, o art. 31, inciso VIII do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e o art. 13, incisos XVII, XVIII do Regimento Interno do STF, além dos Decretos nº 5.591/2005; nº 3.327/2000; nº 3.029-1999; nº 2.455/1998; nº 2.335/1997; nº 1.937/1996.

Esse fato demonstra que a Audiência Pública é vertente crescente no ordenamento jurídico do país proporcionando que as mais diversas situações em âmbito federal, estadual ou municipal tenham além da legitimidade conferida pela presença da população, um instrumento de efetividade da democracia participativa reafirmando o disposto no art. 1º da Constituição Federal.[20]

2 A AUDIÊNCIA PÚBLICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já foi dito em tópico anterior a primeira aparição da Audiência Pública foi proporcionada pela Constituição e se referia a sua presença nas Comissões do Congresso Nacional, contudo em 29 de Janeiro de 1999, por meio

[19] Resolução nº 43, de 16 de junho de 2009, art. 3, inciso V.

[20] É importante esclarecer que existem outras espécies normativas que trazem em seu texto correspondência a presença da Audiência Publica, que por ver um instituto versátil podendo ocorrer nas mais diversas situações, etanto em nível municipal, estadual ou federal, se tornaria por demasiado exaustivo elencar uma a uma cada espécie normativa, ficando restrito o presente trabalho a citar apenas as que contem correspondência com o tema proposto.

da Lei nº 9.784, foi introduzida a figura da Audiência Pública como auxiliado nos processos administrativos no âmbito federal, abrindo espaço para que este importante instituto não se restringisse mais somente as comissões do Congresso Nacional e adentrasse permanentemente no meio Judiciário.

Neste mesmo ano foram promulgadas outras duas leis que também merecem destaque, pois contribuíram para a evolução da presença da Audiência Pública no STF.

Em 10 de novembro de 1999 foi editada a Lei nº 9.868onde se pôde observar uma importante e expressiva abertura das portas da Suprema Corte para a presença das Audiências Públicas na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade, podendo a Audiência Pública ocorrer "em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos".[21]

Por meio desta lei pode-se observar a importância que o instituto da Audiência Publica passou a ter a partir desde momento, permitindo-se que por meio de consultas a população o STF julgasse respaldado não só pelo direito positivado, mas também pelo *interesse* popular.

Ainda em 1999 foi promulgada a Lei nº 9.882, fortalecendo a presença da Audiência Pública em julgamentos do STF, acolhendo a sua presença agora na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

E, apesar de já conhecida em termos de positivação, a primeira Audiência Pública que de fato ocorreu foi a de 20 de Abril de2007, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0, onde o tema central versava sobre a possível inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de biossegurança (Lei nº 11.105/05).[22]

Com efeito, e se tratando de um tema polêmico e de grande interesse para a população de modo geral e, pelo fato de versar sobre uma possível ofensa a dignidade da pessoa humana, o Supremo não hesitou em convocar a primeira Audiência Pública.

O relator da referida ADI, o Ministro Carlos Ayres Britto, reportando-se ao disposto no parágrafo 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, convocou para que fossem ouvidos em Audiência Pública vinte e dois cientistas, que auxiliaram no esclarecimento da matéria controvertida do qual tratava a Ação, sendo um passo muito importante em termos de participação de populares.

Assim, apesar da decisão desta primeira Audiência Pública na Corte Constitucional brasileira não ter servido como base à totalidade dos ministros, o primeiro passo já havia sido dado, fazendo com que a população brasileira passasse a ter papel fundamental nas decisões do STF.

Igualmente, em que pese o momento elucidado acima ter sido de grande valor, somente em 2009 o STF de fato regulamentou as Audiências Públicas por meio da Emenda Regimental 29/09.

Ao todo já foram realizadas treze Audiências Públicas no Supremo,

---

[21] Art. 20 § 1º, Lei nº 9.868/99

[22] Informação extraída da pagina oficial do STF, disponível para consulta em http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp

sendo que sete delas foram feitas em ADI[23], estatística que comprova a crescente tendência.[24]

Para reforçando a importância da presença da Audiência Pública nos julgamentos do STF,principalmente em ADI, convém transcrever um pequeno trecho do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

> O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.[25]

Além do referido ministro, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Carlos Ayres Britto já demonstraram que partilham da mesma opinião e acreditam que ao se abrir as portas do Supremo para que a população tenha participação está-se ampliando os horizontes da Corte, permitindo que a democracia participativa seja cada vez mais efetiva e que as decisões proferidas pelos ministros cheguem o mais perto possível da realidade dos brasileiros.

É importante ressaltar que o STF possui legitimidade própria ao proferir suas decisões, tornando-as válidas e obrigatórias na ordem jurídica nacional. Contudo, tal legitimidade é caracterizada por ser formal e conferida pela Constituição, e deste modo acaba deixando a desejar no quesito legitimidade democrática quando não se permite a participação popular.[26]

Nesta linha argumentativa é possível citar o Ministro Luiz Fux, que segundo seu entendimento a Audiência Pública confere "legitimidade democrática" à decisão a ser proferida pelo STF, elucubrando que:

---

[23] ADI – Ação Direta De Inconstitucionalidade.

[24] Fonte retirada da pagina oficial do Supremo Tribunal Federal, disponível para consulta em: http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada .

[25] Voto do Min. Gilmar Mendes, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0 / Distrito Federal p. 598.

[26] MARTIN, Andréia Garcia. A Legitimidade Democrática do STF à Luz dos Direitos Fundamentais**. Revista Linhas Jurídicas**, Ano V, Fevereiro de 2012. Disponível em: http://www.linhasjuridicas.com.br/artigo.php?op=ver&id_artigo=111. Acesso em: 09 fev. 2014.

> Para que o povo tenha confiança na decisão que vamos proferir é preciso que nós também ouçamos as vozes sociais, quando essas decisões não perpassam apenas por um critério meramente jurídico, e que é importante que o STF preste contas à sociedade e que a decisão seja o quanto possível representativa da expectativa popular.[27]

Deste modo, constata-se que é possível a participação da população nos julgamentos do STF tem o condão de complementar a já existente legitimidade formal conferida pela Constituição, atribuindo uma legitimidade democrática advinda da população.

E, além da legitimidade, são facultadas às decisões do STF confiança por parte da população, já que a Audiência Pública é uma proposta não,indistintamente, a todos os julgamentos do STF, mas nas situações de relevante interesse social como na ADI,que é o tema do presente trabalho.

Este tipo de ação, que é de tamanha importância, merece que a decisão que dela se origina seja legítima, não deixando dúvidas por tratar-se de relação direta com o ápice da pirâmide jurídica do país.

Ratificando esta linha de pensamento é possível citar as palavras de Barcelar Filho:

> Ressalta-se a importância das audiências públicas, vez que concretizam o princípio da publicidade, viabilizam a participação dos indivíduos ou grupos determinados, na exposição das suas ideias, preferências e sugestões e, consequentemente, conduzem à Administração Pública a decidir com maior probabilidade de acerto.[28]

Este tipo de participação se faz importante em virtude dos integrantes do Judiciário serem os únicos dos três poderes que não são escolhidos por vontade popular, e por conta disso suas decisões acabam por gerar dúvida se desconfianças dos populares, no quesito de validade.

Por meio das Audiências Públicas a legitimidade das decisões acaba por parecer indiscutível, pois diante de uma importante decisão que terá reflexo no ápice do ordenamento jurídico a população teve participação e por conta disso a confiança nessas decisões tende a crescer mais, confirmando sua legitimidade democrática.

A participação popular tende a ser um argumento a mais facultado ao STF no momento da decisão acarretando mais força à sentença, relacionado ao

---

[27] MEDINA José Miguel Garcia, FREIRE Alexandre, FREIRE Alonso, Audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade, **Revista Consultor Jurídico**, 4 de julho de 2013, p. 2. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular Acesso em: 19 fev. 2014.

[28]BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Interesse Público**. São Paulo, n.16, p.13-22, out/dez. 2002, p. 22.

disposto é importante destacar as palavras de Paulo Mendonça:

> A argumentação exerce um papel fundamental neste contexto, pois permite que as questões jurídicas tornem-se mais acessíveis à sociedade, que inclusive tem o direito constitucionalmente assegurado de saber por que os seus juízes decidem de determinada maneira. Exatamente na fundamentação das decisões judiciais estabelece-se a costura entre a questão técnica do direito e as demandas conjunturais. Ao fundamentar uma decisão, o julgador faz a relação entre a matéria de fato e a de direito, valorando juridicamente as provas produzidas no processo e mensurando o significado da norma jurídica, em função de necessidades concretas.[29]

O Tribunal acerca suas decisões da comunidade científica e da população, não servindo a Audiência Pública apenas como instrumento legitimador, mas também como auxiliadora .

Seguindo as novas vertentes do direito o STF não se preocupa, ao proferir suas decisões, somente com o alcance que suas decisões terão perante a comunidade jurídica, em várias situações é preciso que todo o julgamento, bem como a própria decisão, avance esses limites para chegar de fato à nação brasileira, pois o interesse discutido é algo de grande relevância para toda a comunidade.[30]

O papel do Supremo ao julgar, proferindo decisões, é orientar os demais órgãos do Judiciário e posteriores relações sociais, adequando situações conflitantes aos moldes jurídicos mais adequados.

Com relação à importância das decisões do Supremo Tribunal Federal assevera Mendonça que "Por meio da atividade dos tribunais superiores ocorre uma atualização do sentido das normas jurídicas em vigor, independentemente do Poder Legislativo, o que faz com que o apego ao princípio da separação dos poderes venha sendo repensado nos sistemas jurídicos da atualidade."[31]

Justamente por este motivo é que a Audiência Pública realizada pelo STF e, mais especificamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade permite-nos afirmar que os ministros ao proferirem suas decisões sobre o que esta afligindo a Carta Magna, tenham a possibilidade de valer como argumento mais do que as normas jurídicas disponíveis,socorrendo-se também da opinião pública tal como descreve Paulo Roberto Soares Mendonça:

> As cortes superiores utilizam com frequência não apenas argumentos que têm uma base técnico-jurídica, mas

---

[29] MENDONÇA, Paulo Roberto Soares, **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**.Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 239.

[30] MENDONÇA, Paulo Roberto Soares, **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 238.

[31]MENDONÇA, Paulo Roberto Soares, **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 275

> também recorrem a um tipo de argumentação que leva em consideração essencialmente aspectos valorativos e do senso comum. Com isso, seu discurso tende a aproximar-se da visão do homem comum, não versando na matéria jurídica. Tal postura justifica-se até mesmo em função da forma de recrutamento dos integrantes dos tribunais superiores, que via de regra, deriva de escolhas políticas e não de uma estrutura de carreira. Isso faz com que a visão puramente técnica da atividade jurisdicional por vezes ceda a certos valores sociais[32]

Mister se faz destacar que, apesar de benéfica, a Audiência Pública não fará com que o órgão julgador, no caso em questão o STF, se submeta *cegamente* a vontade popular. Pelo contrário, servirá esta apenas como auxílio, não como algo imposto e que deva ser aceito a qualquer custo. Sendo importante ressaltar que os pressupostos formais estão presentes, mas podem e devem ser extrapolados para se atingir um bom resultado, uma vez a formalidade excessiva, sem bons resultados, será inútil para fins de legitimação democrática.

Ademais, convém afiançar com a Constituição de 1988, segundo Hermes Zaneti Júnior, insuflou uma modificação sob a perspectiva dos domínios políticos, detendo uma "abertura participativa e reconhecimento de diversas instâncias de decisão política".[33]

Ou seja, a democracia, gradativamente vem perpassando por uma mitigação da prevalência dos Poderes Executivo e Legislativo, em que havia um controle central desses dois, para uma composição em que a divisão dos Poderes passa a ser verdadeiramente *trialista*, ou melhor, pluralista, assumindo todos os redutos de concretização constitucional. E, ainda,

> Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centralizado no juiz, apolítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos,para um discurso democrático que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica; em síntese, na garantia substancial do contraditório.[34]

Esse renovado papel que passa a desempenhar o Poder Judiciário conjectura-se numa modificação na *ideologização* da função exercida pelos Ministros, e por consequência, dos operadores que postulam em juízo.

Desde modo, pode-se constatar que a figura da Audiência Pública em

---

[32] MENDONÇA, Paulo Roberto Soares, **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 239.

[33] ZANETI JÚNIOR, Hermes**. Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 55.

[34] ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 55-56.

julgamentos do STF é uma tendência que ganha cada vez mais espaço, vindo a ser além de auxiliadora na tomada de decisões dos ministros um complemento a já existente legitimidade formal, tornando as decisões proferidas pela Suprema Corte eivadas acima de tudo de legitimidade democrática.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Brasil é um Estado de Direito Constitucional, e a Constituição Federal promulgada em 1988 se faz norma suprema.

A atual Constituição Federal por ser uma Constituição classificada como rígida se encontra posicionada no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico do país, fazendo com que todos os atos normativos infraconstitucionais guardem, via de regra, compatibilidade com a lei suprema.[35]

Deste modo,o ordenamento jurídico se encontra em uma relação piramidal devendo ter como referência máxima a Constituição, sendo esta a norma suprema do país.

Acerca do tema descreve José Afonso da Silva dizendo:

> O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional.[36]

O Controle de Constitucionalidade se mostra desta forma como consequência do princípio da supremacia da Constituição, que por meio dele se verifica a incompatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição.

A primeira aparição deste importante e fundamental instituto em texto constitucional se deu com a Constituição de 1891, refletindo grande influência do controle norte americana que se operava de forma difusa por meio de exceção, ou seja, para se arguir eventual inconstitucionalidade era necessário um processo comum já em andamento, sendo inicialmente a declaração de inconstitucionalidade *inter partes*.[37]

Após a referida Constituição este sistema foi mantido, mas foram

---

[35] ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 60.

[36] SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 46

[37] SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 51

surgindo novos meios, como por exemplo, em 1934 onde se instituiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, em 1946 que se institui uma nova modalidade de Ação Direta de Inconstitucionalidade e por fim em 1988 que além das já conhecidas modalidade inovou com a Inconstitucionalidade por omissão e com a Ação Declaratória de Constitucionalidade.[38]

Atualmente o Controle de Constitucionalidade no Brasil se apresenta de duas formas, por meio do controle preventivo e o controle repressivo.

O controle preventivo evita que normas inconstitucionais adentrem ao ordenamento, sendo realizado antes ou durante o processo legislativo.

Já o controle repressivo é exercido junto ao Poder Judiciário e se processa por duas vias, uma difusa e uma concentrada.

A via difusa se dá basicamente pela alegação de inconstitucionalidade de uma lei dentro de um processo judicial, no qual o objeto da discussão não é inicialmente a inconstitucionalidade da norma.

A via concentrada, por sua vez, se dá por meio de uma ação especifica para arguição da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Ainda dentro da via concentrada pode-se notar que esta pode ser processada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, popularmente chamada de ADI, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC –e, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.[39]

Por conta da adstrição ao tema do presente trabalho, convém destacar de modo mais detalhada a ADI.

A ADI, em linhas gerais, é um dos instrumentos utilizados no controle de constitucionalidade, que ao lado do difuso – realizado pelos juízes de primeiro grau com efeito*interpartes* – é tipo de controle concentrado, como também a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Neste tipo de ação visa-se retirar do ordenamento jurídico toda e qualquer norma que esteja em desacordo com a Constituição Federal, não sendo passível a desistência da ação.

A cerca da natureza e dos efeitos da ADI descreve Alexandre de Morais:

> Diferentemente das decisões proferidas em outros processos judiciais, nos quais a o efeito da decisão proferida dirige-se, em regra, apenas às partes que dele participaram ("inter partes"), a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade alcança quem não participou do processo onde ela foi proferida, ou seja, o efeito atinge a todos os jurisdicionados: "erga omnes" Outros efeitos se originam de decisões proferidas em

[38] SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 52

[39] ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 68.

> ADIN. Os efeitos retroativos, ou ex tunc; e irretroativo, ou ex nunc (a partir de agora). Há também, o efeito vinculante, através do qual ficam submetidas à decisão proferida em ADIN, os demais órgãos do Poder Judiciário e as Administrações Públicas Federal, Estadual, Distrital e Municipal, conforme dispositivo expresso no Parágrafo Único, art. 28, Lei 9.868/99 (Lei que regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade).[40]

É, portanto, importante arma no controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro.

Contudo, a ADI ocorre de modo objetivo não havendo partes, diferentemente do controle de constitucionalidade difuso, onde há a presença dos interessados, e como consequência a declaração de inconstitucionalidade ocorre diante de uma fato concreto e *inter partes*, permitindo que os interessados possam argumentar, auxiliando na decisão do magistrado.

Talvez pelo fato da carência da presença dos interessados falte a estas decisões uma legitimidade democrática, o que é preocupante já que a ADI é um instituto fundamental e não deve pairar sobre ele duvidas ou carências, quaisquer que sejam.

Ademais, em cada situação que uma norma que contraria a Constituição é declarada inconstitucional enseja-se sua retirada do ordenamento jurídico, reafirmando-se a supremacia da Constituição com o objetivo de manter o sistema harmônico e acordado com a lei máxima.

A importância da ADI reside justamente neste ponto, manter equilibrado o ordenamento jurídico, uma vez que quanto mais leis em desacordo com a Constituição tiverem no país mais contraditório o ordenamento infraconstitucional será, colocando toda a força e supremacia da Constituição em risco.

Em um primeiro momento, talvez não se veja de modo claro o quão importante e relevante é para a sociedade a decisão de uma ADI.

Decidir o que é contra a lei maior de um país é algo que se faz não só essencial, mas interessante a todos de modo geral, uma vez que a Constituição é a lei máxima do país e, é por esta que se mantém e se interpreta todo o ordenamento jurídico abaixo dela.

Sendo assim, devido ao sistema piramidal em que se encontra o ordenamento jurídico nacional e posição privilegiada de norma superior que ocupa a Constituição Federal, mister se faz que o sistema de controle de constitucionalidade seja o mais eficiente possível, assegurando que as normas infraconstitucionais se encontrem todas consonantes com os fundamentos e princípios constitucionais, mantendo o bom funcionamento das normas no país.

---

[40] MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 734.

4 OS PARADIGMAS DA DEMOCRACIA NO BRASIL

Desde o período do descobrimento até os dias atuais a democracia não foi figura constante na historia do país, somente com a chegada dos ideais iluministas do sec. XVII é que essa figura importante começou a ganhar proporções consideráveis.

Com a queda do sistema absolutista e com a posterior proclamação da República e ascensão do Estado de Direto, a figura de uma democracia representativa começou a se difundir e, os membros que ocupavam o poder passaram a ser escolhidos pelo povo, fazendo com que o país adentrasse em uma era democrática, onde o poder do Estado se encontrava limitado por uma Constituição, sendo não mais um Estado Monárquico, mas sim um Estado de Direito.

Este período foi de grande importância para o crescimento e desenvolvimento do que se entende por democracia nos dias atuais, o fato de se retomar os ideias gregos de participação popular, mesmo que não mais de modo direto tal qual antes, permitiu que a nação brasileira ganhasse vez, podendo votar e escolher quem deveria representar e falar pelo povo. Assim, mesmo que tudo começasse lentamente, o primeiro passo já havia sido dado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Estado de Direto locupletou-se ao Estado Democrático de Direito, fortalecendo os *velhos* ideias de democracia, bem como a proteção de direito fundamentais que estavam adormecidos.

Em meio a novos tempos, o conceito de democracia também evoluiu e, sem ser deixada para traz, a democracia representativa passou a caminhar *acoplado* à democracia participativa.

Neste diapasão, o cidadão não se limitava apenas a escolher quem o representasse, mas ganhou espaço para participar das decisões estatais, como forma de aproximar o Estado da realidade popular, onde a população tem voz ativa e auxilia o Estado em tomadas de decisões relevantes à sociedade.

Neste novo molde de Estado Democrático de Direito a soberania popular ganha o devido destaque, não sendo mais a gestão da coisa pública ofício exclusivo dos que ocupam cargos públicos, mas permitindo que a população tenha seu espaço para debater, opinar e auxiliar, legitimando os atos públicos.

Acerca do tema, Uadi Bulos dispõe que "a importância da participação no governo democrático se reflete claramente por ser parte da soberania popular, qualidade máxima do poder, extraída da soma dos atributos de cada membro da sociedade estatal".[41]

Os novos paradigmas para a democracia no Brasil são justamente velhos ideais que acabaram esquecidos no tempo, todo o poder sempre pertenceu ao povo e somente a presença da democracia representativa já não satisfaz os anseios do povo brasileiro. A verdadeira legitimação dos atos públicos advém da população, da sua presença e da sua participação.

Acerca do tema assevera Jünger Habermas que "a opinião pública,

[41]BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8 ed. Saraiva. São Paulo. 2008, p.492.

transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode "dominar" por si mesmo o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo".[42]

Desde modo, pode-se chegar ao conceito que a participação direta da população em algumas decisões, como no caso da Audiência Publica na ADIN, não tem o condão de dominar tais decisões públicas, mas visa,tão somente, legitimar tais atos e servir de auxilio, refletindo a verdadeira e direta vontade da população.

Complementando, Habermas ainda diz que:

> A obtenção da legitimidade envolve um conjunto de meios "políticos - patológicos" e "políticos – sociais". E esse contexto resulta principalmente do fato de que a satisfação de interesses sociais através de políticas de distribuição não é, em ultima instancia, algo meramente objetivo, necessitando, pois de uma interpretação ideologicamente convincente.Todavia, essa explicação objetiva da proteção de minorias e da mudança de poder é talhada conforme os interesses de elites interessadas, antes de tudo, na conquista e na manutenção do poder. Ora, o que parece plausível aos olhos delas nem sempre convence os cidadãos. O público de cidadãos não se deixará mover para a participação no processo democrático, nem para suportá-lo benevolamente, enquanto ele for considerado apenas como uma presa político-ideológico dos partidos concorrentes. Ele quer ser convencido de que as políticas de um partido são melhores que as do outro, pois, para preferir um partido em detrimento de outro, são necessários bons argumentos.[43]

As palavras de Habermas embasam e auxiliam no entendimento da democracia participativa no Brasil, vez que o cidadão não mais se contenta em escolher quem vai representá-lo, mas, também busca participar dos atos praticados por estes escolhidos, não deixando mais espaço para equívocos e questionamentos sobre as decisões tomadas. A consciência de que o cidadão é parte fundamental na tomada de decisões do Estado é uma realidade que não pode ser ignorada.

---

[42] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 23.

[43] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 15-16.

5 A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO MOLDE DE EFICÁCIA DA DEMOCRACIAE COMO PARTE LEGÍTIMA

Já foi disposto linhas acima que um dos novos rumos em termos de democracia no Brasil é a efetivação da democracia participativa, em complemento da democracia representativa.

São vários os meios para que este novo molde de democracia se efetive em território nacional, e este trabalho se atém a demonstrar um dos vários meios, tratando especificamente da presença da população na Ação Direta de Inconstitucionalidade por meio da Audiência Pública.

O instituto da Audiência publica, em consonância com todo o apresentado anteriormente,promove uma abertura do sistema jurídico para a que a população participe de um ato fundamental no controle de constitucionalidade brasileiro, sendo um meio de efetivação da democracia participativa, granjeando à população voz ativa, que apesar de não ter escolhido aqueles que tomam as decisões na ADI, os membros do STF, conseguem conferir legitimidade a estas decisões.

Nesta linha argumentativa e, sob o fulcro da democracia participativa e da audiência pública os ilustres Daniel Alberto Sabsay e Pedro Tarak, citados por Hugo Nigro Mazzili, dispõem que:

> A audiência pública constitui uma importante contribuição para a passagem de uma democracia representativa para uma democracia participativa. A primeira depositava toda a responsabilidade que deriva do exercício do governo exclusivamente na parcela da sociedade integrada pelos governantes; os governados quedavam num tipo de posição passiva, de meros espectadores, carentes de capacidade de iniciativa, controle ou decisão. Já a audiência trata de tirar os governados da letargia e de levá-los a tomar responsabilidades, a assumir um papel que deles exige protagonismo e que ajuda a compatibilizar posições adversas e gerar o melhor conhecimento recíproco entre os distintos setores da sociedade; [...] pode-se concluir que as audiências públicas não só têm servido como resposta aos reclamos dos cidadãos como também permitem que as autoridades melhorem a qualidade da gestão pública.[44]

Sem a participação popular para conferir legitimidade às decisões da ADI não se estaria mais tomando em conta o sujeito de direito, mas toda a nação. Assim, como referência para decisões, os direitos subjetivos inseridos nessas situações sem o mínimo de consenso popular estariam apenas obrigando a população a aceitar decisões que não tiveram a ínfima interferência do povo para lhe conferir legitimidade a tal ato.

---

[44] MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 326.

O processo decisório que estabelece o que é valido constitucionalmente, mediante uma ação objetiva, apenas torna o processo frio e distante dos interessados e sujeitos de direitos das normas tiradas no ordenamento, ao se permitir processos e decisões assim, sem o mínimo de democracia e legitimidade popular estar-se-ia apagando a ideia de proteção de direitos e de autonomia popular.[45]

A participação da população torna as decisões proferidas na ADIN legítimas por natureza, e mesmo que a audiência pública seja aberta a todos que quiserem e puderem participar, se houver uma pequena parcela da população presente, esta já será suficiente para que se possa falar em uma decisão legitimamente popular e democrática.

Uma vez que, segundo Pietro Costa, a democracia consolida a forma de governar e, transmitindo o pensamento para o tema de modo analógico, a democracia pode consolidar também a forma de decidir questões de relevante interesse popular, expondo o autor que :

> A democracia como auto governo do povo: um regime onde cada cidadão pode, cada um por vez, comandar e ser comandado, como recita a famosa definição aristotélica; a democracia como forma de governo em que o cidadão intervém diretamente no processo de decisão política (um tipo de democracia que os "modernos" chamarão "direta"), a democracia como um triunfo da igualdade dos cidadãos e de sua liberdade de palavra e ação política.[46]

Convém destacar que Poder Judiciário é o único dos três poderes que não tem seus membros escolhidos na forma de democracia direta, e mesmo que os integrantes dos tribunais superiores sejam escolhidos de forma política[47] ao proferirem decisões que terão grande relevância social, tende a parecer para a maioria das pessoas que as decisões advindas desse poder carecem de algo a mais, de uma participação mais democrática que se consuma coma participação direta dos interessados.

Sendo o Brasil um país democrático a exclusão da população de decisões importantes, como as proferidas em sede de ADI, configuraria como visíveis as contradições no conceito de soberania popular, retirando daqueles que tradicionalmente deveria emanar todo o poder tal possibilidade, formando um sujeito sem consciência e vontade política.[48]

A esfera pública, que representa a população, tem um papel muito importante em termos de legitimação e de influência sobre as decisões,

---

[45] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade v. II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 119

[46] COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaios de Historia do pensamento jurídico. Trad. Alexandre Rodrigues de Castro et. al. Curitiba: Juruá, 2010, p. 212.

[47] MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal.** Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 239.

[48] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 255.

principalmente no tocante a uma democracia, como descreve Habermas:

> Na esfera pública luta-se por influência, pois ela se forma nessa esfera. Nessa luta não se aplica somente a influência política já adquirida (de funcionários comprovados, de partidos estabelecidos ou de grupos conhecidos, tais como o Greenpace, a Anistia Internacional, etc.), mas também o prestigio de grupos de pessoas e de especialistas que conquistaram sua influência através de esferas públicas especiais (por exemplo, a autoridade de membros da igreja, a notoriedade de literatos e artistas, a reputação de cientistas, o renome de astros do esporte, do *show* business, etc.). A partir do momento em que o espaço público se estende para além do contexto das integrações simples, entra em cena uma diferenciação que distingue entre organizadores, oradores e ouvintes, entre arena e galeria entre palco e espaço reservado ao publico espectador.[49]

Sendo assim, pode-se afirmar que o cidadão brasileiro acolheu de bom grado a democracia participativa tomando consciência de que seu lugar não é mais o de mero espectador, principalmente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, que devido à cultura difundida entre os populares acredita-se caber somente aos ministros do STF. Fato que compete não só àqueles como também à população.

Desta forma, a partir do momento que o Supremo abre suas portas e inclui a audiência pública na ação direta de inconstitucionalidade nada mais faz do que reafirmar os ideais de Estado Democrático, pois o controle de constitucionalidade das normas é algo de relevo à sociedade, que se revela com intuito de manter o equilíbrio e o bom funcionamento do ordenamento jurídico, auxiliando na exclusão de normas que firam de qualquer modo o que prescinde da Constituição, vez que esta nasceu em meio a diversas ideologias trazidas pela redemocratização e, teve, inclusive, a participação da população em sua criação, sendo um expressivo reflexo da soberania popular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia além de garantia constitucional pode, hoje, ser considerada uma realidade em muitos momentos. Após períodos de repressão a ascensão da democracia não ocorreu sem lutas e, para que a sua completa efetivação ocorra ainda há um longo caminho a se seguir.

O início se deu pela incorporação da Democracia Representativa que garantiu aos cidadãos brasileiros o poder de escolher quem deveria falar por

[49] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 95.

eles, mas ainda era preciso, chegar mais longe, alçar *vôos* mais altos e conquistar mais.

A figura de uma democracia participativa se deu em um momento crucial da história do Brasil, sendo um alento para os anseios de uma população que precisava mais do que representantes, precisava de espaço para falar por si, reafirmando os ideais de participação democrática.

A possibilidade de haver em determinadas situações a participação da população como auxiliadora e legitimadora democrática de atos Estatais corroborou *inestimavelmente* para que a democracia participativa se expandisse e se efetivasse ainda mais.

E dentre estas situações é possível se encontrar a figura da Audiência Pública, que se mostra como um real paradigma de reafirmação e efetivação da democracia participativa, funcionando como um canal que proporciona a aproximação da população das decisões e atos do Estado.

Ao estar presente em situações não só controvérsias, mas de extrema relevância para a nação, como em uma ADI, a Audiência Pública tem o condão de fortalecer os laços entre as decisões proferidas pelos ministros e a população, se apresentando também como uma verdadeira *arena* de debates na qual a população deixa de ser mera espectadora e passa a ter voz atuante.

Ademais, a Suprema Corte brasileira ao abrir a suas portas para o povo se mostra apoiadora e contribuidora da difusão e consumação da democracia participativa de modo definitivo no país.

Deste modo, a participação popular na Ação Direta de Inconstitucionalidade vislumbra-se como um paradigma *real* para que se possa de fato efetivar a democracia participativa, contribuindo na busca de um consenso entre a vontade da população e a vontade Estatal, proporcionado por um debate direto entre os cidadãos brasileiros e membros do Estado.

Com efeito, apesar de não vincular propriamente o Estado, vem auxiliá-lo, reafirmando ideais democráticos, principalmente de legitimidade democrática que acompanham o homem desde os mais remotos tempos, possibilitando a concretização de um governo não só para o povo, mas principalmente vislumbrando a participação ativa povo.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992* **–** *Pacto de São José da Costa Rica***.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0 / Distrito Federal, Relator Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, *Diário da Justiça,* 17 mar. 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598179

. Acesso em: 11 fev. 2014.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiências Públicas Realizadas.* Disponível em:
http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada. Acesso em: 11 fev. 2014.
BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Interesse Público.* São Paulo, n.16, p. 13-22, out/dez. 2002.
BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada.* 8 ed. Saraiva. São Paulo. 2008.
CESÁR, João Batista Martins.A Audiência Pública como Instrumento de Efetivação dos Direitos Sociais. In: *Revista do Mestrado em Direito* – UCB. Brasília, v. 5, nº 2, p. 356-384, Jul-Dez, 2011, p. 359.
COSTA, Pietro, *Soberania, Representação, Democracia – Ensaios de Historia do pensamento jurídico.* Trad. Alexandre Rodrigues de Castro et. Al. Curitiba: Juruá, 2010.
GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo.* Tomo. 2. 9. ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009.
HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.
MARTIN, Andréia Garcia. A Legitimidade Democrática do STF à Luz dos Direitos Fundamentais. *Revista Linhas Jurídicas*, Ano V, Fevereiro de 2012. Disponível em:
http://www.linhasjuridicas.com.br/artigo.php?op=ver&id_artigo=111. Acesso em: 09 fev. 2014.
MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
MEDINA José Miguel Garcia, FREIRE Alexandre, FREIRE Alonso, Audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade, *Revista Consultor Jurídico,* 4 de julho de 2013, p. 2. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular Acesso em: 19 fev. 2014.
MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal.* Rio de Janeiro:Renovar, 2003.
MELLO, Celso Antonio Bandeira de. A Democracia e suas Dificuldade Contemporâneas. In: *Revista de Informação Legislativa***,** a. 35 n. 137 jan./mar:Brasília, 1998.
MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 10 ed. São Paulo: Atlas. 2007.
ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf. Acesso em: 10 fev. 2014.
REPENTE: Participação Popular na Construção do Poder Local - Audiências Públicas. In: *Pólis* - Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais nº 24 – São Paulo-SP. Dezembro 2005. Disponível em: http://www.polis.org.br. Acesso em 12 fev. 2014.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo:

Malheiros, 2008.
ZANETI JÚNIOR, Hermes**.** *Processo constitucional:* o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ASILO POLÍTICO: UM DIREITO FUNDAMENTAL INSERIDO NA ESFERA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Daniela Braga Paiano[50]
Henrique Gabriel Barroso[51]

Resumo:
Trata-se de um trabalho científico com o objetivo de estudar a abrangência da concessão do Asilo Político como um direito resguardado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, sua conceituação, seus desdobramentos no que tange ao asilo diplomático, sua casuística focada em alguns casos notórios, os quais demonstram sua aplicação e disseminação, bem como seu procedimento. É um benefício pautado nos princípios constitucionais básicos, como também baseado na igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, que solicitarem tal instituto e desde que preencham os requisitos necessários para tornarem-se beneficiários do mesmo. Serão estudados neste artigo os dispositivos legais que conferem esta prerrogativa a quem o solicita e que se enquadra nos critérios necessários bem como os fundamentos que levaram a confecção de tal garantia constitucional. Ademais, será colocada em evidência a importância desse mecanismo chamado de asilo político e seu desdobramento em asilo diplomático na atualidade, tendo em vista a segurança de seus solicitantes e seu direito ao abrigo.

INTRODUÇÃO

O direito constitucional é um ramo fundamental do Direito Público voltado ao estudo da Constituição Federal, neste caso referente à Constituição brasileira. Esta lei discorre sobre a organização e o funcionamento do próprio Estado e também confere uma série de direitos e garantias aos cidadãos e aos estrangeiros residentes no país. Ela é pautada ainda em uma série de princípios e fundamentos, sendo seus principais fundamentos a cidadania, a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Porém, vale ressaltar que essa jurisdição da Constituição é limitada pelos limites territoriais do país, isto significa que, nas palavras de Paulo Mascarenhas, (2010, p.51), a constituição afirmar que os destinatários dos direitos constitucionais são os brasileiros e estrangeiros residentes no país não implica na exclusão dos estrangeiros em trânsito pelo território nacional. Na verdade isto significa que tais estrangeiros só podem exigir seus direitos outorgados na Constituição Federal Brasileira de 1988 dentro dos limites territoriais do Brasil, e mais nada.

Como já dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988, uma constituição formal, material, semi-rígida, escrita, analítica, dogmática e promulgada, classificada por critérios estabelecidos por José Afonso da Silva (2005, p. 40-42), confere uma série de direitos e garantias aos cidadão e

[50] Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito, Docente no curso de Direito na Universidade Estadual de Londrina (UEL) e Advogada. danielapaiano@hotmail.com
[51] Discente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). henrique.g.barroso@gmail.com

estrangeiros residentes no país. Esses direitos e garantias individuais e coletivas previstos pela Constituição limitam o poder político dos representantes do povo e também ampliam a área de atuação populacional no quesito de salvaguardar a prerrogativa de cada um e de todos de exigir seus direitos subjetivos que constam na magna carta brasileira, sendo tais direitos condicionados à uma estadia regularizada no Brasil.

Direitos são normas positivadas de conteúdo declaratório, que têm como exemplo o direito à vida, enquanto garantias são normas de conteúdo assecuratório, como por exemplo o Habeas Corpus, com o escopo de garantir a liberdade de ir e vir.

A Constituição Federal brasileira divide os direitos e garantias fundamentais no seu Título II em cinco espécies: Direitos individuais e coletivos; Direitos sociais; Nacionalidade, Direitos políticos e Partidos Políticos. Modernamente, a doutrina majoritária tem classificado esses direitos como de primeira, segunda e terceira geração. A primeira geração é a que se preocupa majoritariamente com os direitos relativos à liberdade como um todo; a segunda geração é aquela que se debruça sobre à intervenção estatal, sobre o poder-dever do estado e sobre os direitos sociais da coletividade, e a terceira geração seria a universalização dos direitos, em prol da dignidade do ser humano, não sendo feito um discernimento referente às nacionalidades. Estão inseridos na terceira geração o direito ao desenvolvimento sustentável, à paz, de comunicação, entre outros. (Informações em http://www.escolalivrededireito.com.br/sobre-os-direitos-e-garantias-fundamentais-conceito-dimensoes-exemplos/).

São inúmeros os temais relacionados a esses direitos e garantias fundamentais constitucionais supracitados, no entanto este artigo se limitará apenas a discorrer acerca do direito ao asilo político, previsto na Constituição Federal. Tal direito é resguardado pela constituição federal brasileira no seu inciso 10 do artigo 4º, BRASIL, Constituição (1988), que diz:

> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; (...) VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; **X - concessão de asilo político** (grifos do autor)

O artigo 5º da Constituição Federal Brasileira reforça esta prerrogativa ainda de asilo político aos estrangeiros residentes no país quando lhes assegura o direito à segurança: "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." BRASIL, Constituição (1988) (grifos do autor).

É previsto um grande rol de direitos e garantias aos estrangeiros residentes no país, mas há uma grande preocupação e curiosidade quanto ao

asilo político especificadamente porque ele envolve questões diplomáticas, internacionais, de liberdade de pensamento e sua exposição, dentre outras problemáticas envolvidas.

Prescinde-se dizer ainda que o Brasil se enquadra no molde de um ente passível de exercer relações internacionais, uma vez que se enquadra nos ditames da Convenção sobre Direitos e Estados, Assinada em Montevidéu, Uruguai, em 26-12-1933, aprovada pelo Dec. Legislativo nº 18, de 28-8-1936 e promulgada pelo Dec. nº 1.570, de 13-4-1937, que diz já em seu artigo primeiro: "Art. 1º O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos: I – população permanente; II – território determinado; III – governo; IV – capacidade de entrar em relações com os demais Estados." (Dec. N.º 1.570, de 13 de Abril de 1937.)

Demonstrados os artigos de lei que ligam o direito constitucional brasileiro ao direito internacional e consequentemente ao direito de asilo político é que se faz primor o estudo quanto a concessão deste benefício, seus requisitos e controvérsias, sua distinção em relação ao refúgio e demais questões levantadas a seguir. Existem ainda muitas dúvidas quanto sua intensidade de utilização, regiões onde essa entidade é mais aplicada as quais serão respondidas no corpo do trabalho que se segue.

1 CONCEITUAÇÃO E NOÇÕES BÁSICAS SOBRE O ASILO POLÍTICO TERRITORIAL

O asilo político vem se desenvolvendo na história desde muito tempo atrás, quando era concedido ainda pelos religiosos a quem eles consideravam digno quando se fala em asilo político, ele pode ser tanto territorial quanto diplomático. Asilo político territorial é o instituto garantidor da segurança do estrangeiro que se encontra dentro das fronteiras de outro país, tendo em vista a perseguição sofrida por ele e praticada pelo seu próprio país ou ainda por um terceiro, motivo pelo qual o leva a procurar abrigo em outro local. Nas palavras de Hildebrando Accioly (2000, p. 345 – 346):

> O asilo territorial, que não deve ser confundido com o diplomático, pode ser definido como a proteção dada por um Estado, em seu território, a uma pessoa cuja vida ou liberdade se acha ameaçada pelas autoridades de seu país por estar sendo acusada de haver violado a sua lei penal, ou, o que é mais frequente, tê-lo deixado para se livrar de perseguição política.

O asilo político territorial constitui a forma mais plena e completa de asilo político, e é concedido ao estrangeiro que, após ter se inserido dentro das fronteiras de determinado país, submeteu-se à soberania do mesmo e requereu o benefício. O benefício é concedido por inúmeras causas, sendo as mais comuns levantadas por Alexandre Moraes (2010, p.53): dissidência política, isto é, o ato de descordar das normas ou mandamentos de um determinado Estado soberano; crimes de opinião quando esta diverge do pensamento massificado

do território no qual o estrangeiro em questão se encontra; ou ainda por crimes relacionados à segurança do Estado, não sendo estes passíveis de inserção no domínio da criminalidade comum disseminada pelas leis do país.

A ONU – Organização das Nações Unidas, faz menção ao Direito ao asilo político na sua Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em Dezembro de 1948 e recepcionada pelo Brasil, quando afirma no seu Artigo XIV (http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-mericana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html Acesso em 27 jun. 2014).:

> 1.Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Além de estar positivado nesta declaração da ONU acima, o direito ao requerimento de asilo político é uma garantia constitucional brasileira prevista no seu artigo 4º, porém se o Estado entender que tal solicitação não deve ser aceita, ele pode de ofício não concedê-la. Não obstante, se o Brasil entender que o estrangeiro seja digno da concessão de determinado direito, mesmo que ele não tenha um visto ou os documentos necessários para uma estadia regular no país, o Brasil pode conceder até mesmo a expedição de um passaporte especial para estrangeiros, sendo então o asilado político o principal beneficiário deste documento, o qual permite a circulação fora das nossas fronteiras.

Narra ainda sobre o asilo a X Convenção Interamericana sobre Asilo Político, não assinada apenas pelos países Americanos Ingleses – EUA e Canadá, sendo alguns de seus principais artigos, relevantes para este trabalho, os seguintes (http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-46.htm. Acesso em 26 jun. 2014):

> Artigo V: O asilo só poderá ser concedido em casos de urgência e pelo tempo estritamente indispensável para que o asilado deixe o país com as garantias concedidas pelo governo do Estado territorial, a fim de não correrem perigo sua vida, sua liberdade ou sua integridade pessoal, ou para que de outra maneira o asilado seja posto em segurança.
>
> Artigo VI: Entendera-se por casos de urgência, entre outros, aqueles em que o indivíduo é perseguido por pessoas ou multidões que não possam ser contidas pelas autoridades, ou pelas próprias autoridades, bem como quando se encontre em perigo de ser privado de sua vida ou de sua liberdade por motivos de perseguição política e não possa, sem risco, pôr-se de outro modo em segurança.
>
> Artigo VII: Compete ao Estado asilante julgar se se trata de caso de urgência.

A partir desta convenção se passa a perceber que nos países Latino-Americanos o asilo político é mais característico e concedida de uma certa forma mais corriqueira em relação aos demais países. Na Europa o benefício é raramente concedido, assim como no oriente.

É imprescindível fazer ainda a diferenciação entre refúgio e asilo, como já faz Rafael Messagi em seu TCC (http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/ASILO-POLITICO-NO-AMBITO-DO-DIREITO-INTERAMERICANO.pdf), tendo em vista que ambos possuem características similares. Enquanto o asilo político, seja ele diplomático ou territorial, configura-se a partir de uma fuga de perseguição por crimes políticos, o refúgio é concedido em situações de perigo ou mero temor de perseguição por motivos religiosos, raciais, dentre outros. Outra diferença marcante é que o refúgio é concedido a um número elevado de pessoas e simplesmente provê um local de amparo aos refugiados, normalmente fora do país no qual houve a concessão de refúgio; enquanto o asilo político é comumente concedido individualmente, pode ser fora do país ou não – no caso do asilo político diplomático o local é na missão diplomática competente – e garante proteção e segurança ao asilado.

Quanto à competência para concessão do asilo político, ela pertence ao Presidente(a) da República e se ele for concedido, o Ministério da Justiça estabelecerá as condições especiais e o prazo para a estada do asilado no Brasil. Ademais, após trinta dias de permanência no País, o refugiado deve apresentar-se no Departamento da Polícia Federal e identificar-se pelo sistema datiloscópico – sistema que utiliza a identidade de cada pessoa para seu reconhecimento. Deverão estar escritos no seu cadastro os dados a seguir: nome, sexo, profissão, grau de instrução, local e data de entrada no Brasil, cidade e país de nascimento, nacionalidade, data de nascimento, espécie e número de documento de viagem filiação, estado civil, número e classificação do visto consular, data e local de sua concessão, meio de transporte utilizado, como ainda os dados relativos aos filhos menores e locais de residência, trabalho e estudo. Se o ingressado no país escolher por se ausentar do mesmo e após retornar sem perda da sua condição, deve solicitar autorização ao Ministério da Justiça. (informações disponíveis no site http://abadireitoconstitucional.blogspot.com.br/2009/12/asilo-politico.html)

2 OUTRA ESPÉCIE DO ASILO POLÍTICO: O ASILO POLÍTICO DIPLOMÁTICO

Segundo assevera REZEK (2011, p. 251) "O instituto chamado de Asilo diplomático é uma espécie, uma forma não permanente do asilo político, só praticada com certa regularidade na América Latina, onde surgiu como instituição costumeira no século XIX, e onde foi tratada em alguns textos convencionais a partir de 1928".

Primeiramente é necessário ter a noção do que é um diplomata brasileiro e como funcionam os consulados no Brasil. A diplomacia é uma carreira pública na qual os indivíduos ingressam mediante um concurso público feito pelo Instituto Rio Branco, um órgão competente para a seleção,

treinamento e aperfeiçoamento dos diplomatas. Quando o diplomata é aprovado no concurso público federal, ele é classificado como terceiro-secretário, mas ele pode ser promovido por antiguidade e merecimento às seguintes classes: segundo-secretário, primeiro-secretário, conselheiro, ministro de segunda classe e ministro de primeira classe (embaixador). A ascensão ao último nível da carreira se dá, segundo normas positivadas, após no mínimo vinte anos de exercício. Sua área de atuação é em qualquer local onde seja requisitado sua atenção mediante problemas internacionais, sendo dentro do próprio Brasil ou ainda em algum outro país. Atualmente, do total de 1.556 diplomatas, 22% são mulheres. (Tais informações são referentes ao site http://www.institutoriobranco.mre.gov.br/pt-br/perguntas_freq%C3%BCentes.xml).

Os diplomatas representam o país no mundo a fora sendo os propagadores dos interesses da União, conforme esta se compromete a fazer nos ditames da Constituição Federal Brasileira no seu artigo 21: "21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;" BRASIL, Constituição (1988).

Conforme preceitua o Instituto Rio Branco ainda (http://www.institutoriobranco.mre.gov.br/pt-br/perguntas_freq%C3%BCentes.xml), existem representações do Brasil no exterior, onde os diplomatas também representam o país. Há cinco setores de trabalho dentro destes postos, cuja intensidade varia dependendo do local no qual se encontra, sendo eles: Político – com o intuito de relatar a conjuntura das relações econômicas, sociais e políticas entre Brasil e o País no qual se encontram à Secretaria de Estado das Relações Exteriores com o escopo de cooperar com as decisões de políticas externas; Comercial – na função de promover o mercado brasileiro fora do país, Consular – com a função de promover auxílio aos cidadãos brasileiros localizados no exterior que solicitarem tão auxílio e preencherem os requisitos, através dos consulados, vice-consulados dentre outros, Cultural – com o objetivo de propagar a cultura brasileira e por fim Administrativo – que cuida da gerência destes postos em países estrangeiros. No tocante ao trabalho no brasil, existem diversas áreas de exercício para o seu trabalho, sendo a mais pertinente para este trabalho a consular, cuja função é prestar auxílio aos brasileiros residentes no exterior.

Cabe ao próprio presidente ou presidenta da República nomear os chefes de missão diplomática permanente, uma vez que já deferida a nomeação dos mesmos pelo Senado Federal. Não obstante, as nomeações dos escolhidos para as missões especiais não precisam ser aprovadas, tendo em vista a dinamicidade que as mesmas requerem. Com todo esse sistema é possível verificar a concentração do poder executivo no quesito diplomático, vide citação de Celso D. de Albuquerque Mello (2000, p.235).

Missões diplomáticas, atualmente entendidas como sinônimos de embaixada, são os locais destinados à estadia dos diplomatas para que representem seu país em território alheio. São ainda o destino dos asilados em outros países. Por exemplo: um indivíduo acusado de crimes políticos por ter expressado seus pensamentos em prol da defesa dos homossexuais em

território Russo pode solicitar e conseguir um asilo político na embaixada, em uma missão diplomática brasileira se este entender que o indivíduo encontra-se em um estado de urgência, necessitando assim do benefício.

Asilo político diplomático é uma modalidade temporária do asilo político e diverge das simples normas do direito diplomático. Por exemplo: se uma pessoa procurada pelo país adentrasse um consulado de outro país a polícia não poderia invadir o local sem prévia autorização judicial, segundo a lei diplomática. Entretanto, nenhum tipo de abrigo ou asilo seriam fornecidos. Já no asilo diplomático, é conferida uma proteção ao refugiado, a qual a lei diplomática ordinária não prevê.

O benefício em questão constitui apenas uma fase, uma ponte para o asilo diplomático territorial, que será consumado no solo do mesmo país cuja embaixada proveu asilo ao asilado; ou ainda será consumado no território de um terceiro país que o aceite. Porém nem sempre o asilo político diplomático se torna asilo político territorial, não se configura como uma regra; Este abrigo só é concedido quando verificados os dois pressupostos a seguir: a natureza política dos delitos atribuídos ao fugitivo e a atualidade da persecução, mais conhecida como estado de urgência, cujos critérios cabe ao país concedente decidir. Ele é deferido nas missões diplomáticas, nas embaixadas. Se a autoridade competente verificar a existência destes dois pressupostos e conferir o asilo para o solicitante, ele expedirá um documento chamado *salvo-conduto* para que o asilado possa deixar de maneira segura seu território de origem e adentrar no local no qual permanecerá sob custódia do asilante que está disposto a recebê-lo. Não obstante, o asilante deve considerar as observações feitas pelo país perseguidor do asilado para tomar a decisão de forma justa, correta e devidamente bem fundamentada.

Para fins didáticos, vale ressaltar que salvo-conduto é um documento emitido pelas autoridades competentes próprio para permitir o transito do seu portador dentro de um determinado território. Este trânsito pode ser tanto livre quanto feito com o auxílio de escolta policial.

O instituto do asilo político diplomático também é mais aceito pela América Latina na sua totalidade, já em vários países do exterior ele é frequentemente recusado. Vale ressaltar ainda que não precisa existir uma reciprocidade de concessão de asilo diplomático entre os países: não se faz necessária a fixação de acordos entre países relacionando a concessão mútua ou a não concessão mútua de asilo político aos refugiados.

A concessão da prerrogativa de abrigo concedida pelo Estado ao indivíduo solicitante pode encerrar-se por uma série de motivos, sendo alguns deles a própria morte do asilado, devido a renúncia do benefício, fuga, saída do estado ou se ainda o Estado entregar o asilado ao território nacional comum como um criminoso ordinário. Contudo, vale ressaltar que com o rompimento de relações diplomáticas o asilo não necessariamente deve cessar também.

3 CASOS DE ASILO POLÍTICO

3.1 O caso de Julian Assange

Julian Assange é um jornalista e Ciberativista Sueco e o principal editor e porta-voz do site chamado WikiLeaks, uma organização transnacional sem fins lucrativos sediada na Suécia e destinada a divulgar informações confidenciais de governos do mundo todo que acabam vazando e sendo enviadas aos administradores da organização por meio do anonimato. (Informações em http://pt.wikipedia.org/wiki/WikiLeaks). Através desse site, foram divulgadas inúmeras informações e documentos confidências do governo dos Estados Unidos da América, dentre eles uma cópia de um manual de instruções para tratamento de prisioneiros na prisão militar estado-unidense de Guantánamo, em Cuba. Por mais que o site tenha sido indicado ao Prêmio Nobel da Paz pelo parlamentar Norueguês Snorre Valen em fevereiro de 2011, por ser um grande incentivo à liberdade de imprensa e de expressão, nem todos encararam desta forma, uma vez que essa exposição de documentos prejudica diversos países.

Em Agosto de 2010, Assange é acusado por estupro e abuso sexual, porém nega todas as acusações. Após algum tempo e empenho da Suécia em saber sobre o paradeiro do jornalista, Julian se entrega em 8 de Dezembro em Londres, sendo liberado devido ao pagamento do valor da fiança. Em 30 de Maio de 2012, após muita divergência quanto a sua extradição para a Suécia ou não, é proferida uma sentença final decidindo que Assange deve ser extraditado para o seu país. Não obstante, o Ministro das Relações Exteriores do Equador afirmou que em 19 de Junho Assange solicitou asilo político na embaixada, pedido este que foi aceito em 16 de Agosto de 2012. Até hoje o jornalista permanece na embaixada, atualmente cercado por autoridades pronto a executar o mandado de prisão em seu nome, portanto trata-se de um asilo político diplomático que, por mais que tentem consolidá-lo em asilo político territorial, permanece sendo apenas diplomático porque existem autoridades prontas para prender Assange se ele deixar a embaixada do Equador. (Informações retiradas do site http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/06/advogados-de-julian-assange-pedem-retirada-de-mandado-de-prisao.html ; http://www.revistabrasileiros.com.br/2012/08/26/entenda-o-caso-julian-assange/#.U625__ldWSo e http://mundoestranho.abril.com.br/blogs/index/2013/07/26/5-casos-de-asilo-politico-polemicos/).

O ativista afirma ser vítima de uma conspiração internacional dos países cujos documentos foram divulgados em seu site com o intuito de ser levado a julgamento em território dos Estados Unidos para que lá seja condenado a uma pena de morte ou prisão perpétua.

3.2 O caso de Cesare Battisti

Cesare Battisti é um italiano ex-integrante do grupo Proletários Armados pelo Comunismo (PAC), um grupo esquerdista dos anos 70. Devido a quatro homicídios entre 1977 e 1979 dos quais a PAC é caracterizada como envolvida, ele é o acusado como atuante direto ou indireto e por isso foi condenado a 12 anos e 10 meses de prisão em 1981. Após uma fuga de Roma, o levando para o México e após para França, onde ele se torna um escritor de

romances, é solicitado um pedido de extradição dele para a Itália. Porém a corte francesa nega o pedido de extradição.

Após uma tentativa de naturalização francesa, e diversos conflitos, em 2004 torna-se concreto e legal o pedido de extradição de Battisti para a Itália, porém ele não se entrega às autoridades como deveria, foge da França e vai para o Brasil em 2007. (Informações disponíveis em http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/entenda-o-caso-cesare-battisti.html).

Veja o que decidiu o STF com relação ao caso:

> EMENTAS: 1. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Fato excludente do pedido. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça, em recurso administrativo. Ato administrativo vinculado. Questão sobre sua existência jurídica, validade e eficácia. Cognição oficial ou provocada, no julgamento da causa, a título de preliminar de mérito. Admissibilidade. Desnecessidade de ajuizamento de mandado de segurança ou outro remédio jurídico, para esse fim, Questão conhecida. Votos vencidos. Alcance do art. 102, inc. I, alínea "g", da CF. Aplicação do art. 3º do CPC. Questão sobre existência jurídica, validez e eficácia de ato administrativo que conceda refúgio ao extraditando é matéria preliminar inerente à cognição do mérito do processo de extradição e, como tal, deve ser conhecida de ofício ou mediante provocação de interessado jurídico na causa. 2. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça. Ato administrativo vinculado. Não correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Contraste, ademais, com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Nulidade absoluta pronunciada. Ineficácia jurídica consequente. Preliminar acolhida. Votos vencidos. Inteligência dos arts. 1º, inc. I, e 3º, inc. III, da Lei nº 9.474/97, art. 1-F do Decreto nº 50.215/61 (Estatuto dos Refugiados), art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.072/90, art. 168, § único, do CC, e art. 5º, inc. XL, da CF. Eventual nulidade absoluta do ato administrativo que concede refúgio ao extraditando deve ser pronunciada, mediante provocação ou de ofício, no processo de extradição. **3. EXTRADIÇÃO. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. Preliminar rejeitada. Voto vencido. Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de**

pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo. 4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.474/97. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas - ACNUR. Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado. 5. EXTRADIÇÃO. Pedido. Instrução. Documentos vazados em língua estrangeira. Autenticidade não contestada. Tradução algo deficiente. Possibilidade, porém, de ampla compreensão. Defesa exercida em plenitude. Defeito irrelevante. Nulidade inexistente. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência do art. 80, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Eventual deficiência na tradução dos documentos que, vazados em língua estrangeira, instruem o pedido de extradição, não o torna inepto, se não compromete a plena compreensão dos textos e o exercício do direito de defesa. 6. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Extensão da cognição do Supremo Tribunal Federal. Princípio legal da chamada contenciosidade limitada. Amplitude das questões oponíveis pela defesa. Restrição às matérias de identidade da pessoa reclamada, defeito formal da documentação apresentada e ilegalidade da extradição. Questões conexas sobre a natureza do delito, dupla tipicidade e duplo grau de punibilidade. Impossibilidade consequente de apreciação do valor das provas e de rejulgamento da causa em que se deu a condenação. Interpretação dos arts. 77, 78 e 85, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Não constitui objeto cognoscível de defesa, no processo de extradição passiva executória, alegação de insuficiência das provas ou injustiça da sentença cuja condenação é o fundamento do pedido. 7. EXTRADIÇÃO. Julgamento. Votação. Causa que envolve questões constitucionais por natureza. Voto necessário do Ministro

> Presidente do Supremo Tribunal Federal. Preliminar rejeitada. Precedentes. O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal tem sempre voto no julgamento dos processos de extradição. 8. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando.
> (Ext 1085, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2009, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-PP-00177) (grifos nosso)

Como o Brasil aceitou-o em seu território, cediço é que se trata de um asilo político territorial e o motivo para este benefício ter sido concedido é que dois dos homicídios são considerados crimes políticos por envolverem autoridades importantes e, como resta uma margem de dúvida quanto a culpabilidade ou não de Battisti, o país escolheu conceder-lhe o benefício da dúvida e prover-lhe segurança e hoje em 2014, Cesare ainda vive no Brasil sob sua soberania e proteção. (Informações também em http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/590812/stf-nega-a-extradicao-de-cesare-battisti-para-italia-ministro-da-justica-concede-lhe-asilo-politico-as-nuancas-juridicas-do-caso-concreto)

CONCLUSÃO

Através do trabalho intitulado "Asilo Político: um Direito Fundamental Inserido na Esfera do Direito Constitucional" procurou-se aprofundar um pouco mais no tema de Asilo Político quanto à sua caracterização, conceituação, distinção entre suas espécies e alguns casos notórios para fins de exemplificação da sua aplicação.

O asilo político possui duas modalidades: o asilo territorial e o asilo diplomático. Enquanto o asilo territorial se dá no território do próprio país que o concede e é duradouro, o asilo diplomático se dá nas embaixadas, nas missões diplomáticas do país cedente localizadas em outros países. O asilo diplomático seria uma ponte para o asilo territorial. Não obstante, os dois são distintos do refúgio, configurado por um temor de perseguição de uma grande população

de indivíduos que procuram abrigo em outro local.

Com o passar do tempo e diante de vários casos polêmicos, o asilo político foi amplamente discutido e debatido, principalmente na América Latina – seu local de maior aplicação-, motivo pelo qual foram criadas diversas leis e convenções para tratar de tal matéria. Ele caracteriza-se ainda como uma prerrogativa constitucional, podendo ser invocada pelos brasileiros de fato tanto quanto pelos estrangeiros residentes no país ou ainda por aqueles que estão tramitando pelo país. É uma garantia basilar positivada pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

Através dessas informações, portanto, fica evidente que o assunto não foi totalmente esgotado e que ele está constantemente em desenvolvimento e evolução, considerando que a cada nova aplicação uma jurisprudência é consolidada e a interpretação do instituto chamado de Asilo Político se transforma um pouco mais. Assim, esse tema ainda será motivo de muito estudo por diversos doutrinadores a fim de pacificar seu entendimento e conceder o benefício ao solicitante que o merecer.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando e G. E. do Nascimento e Silva. *Manual de direito internacional público.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasilia, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto 55.929 de 14 de Abril de 1965. Promulga a Convenção sobre Asilo Territorial. (Aprovada pelo Dereto Legislativo n.º 34, de 20/05/1964). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 20 abr. 1965.

ELD. *Sobre os Direitos e Garantias Fundamentas.* Disponível em http://www.escolalivrededireito.com.br/sobre-os-direitos-e-garantias-fundamentais-conceito-dimensoes-exemplos/. Acesso em 25 jun. 2014.

GLOBO. *Notícia: advogados de Julian Assange pedem retirada de mandado de prisão.* Disponível em http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/06/advogados-de-julian-assange-pedem-retirada-de-mandado-de-prisao.html. Acesso em 25 jun. 2014.

GLOBO. *Notícia: Entenda o caso Cesare Battisti.* Disponível em http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/entenda-o-caso-cesare-battisti.html. Acesso em 27 jun. 2014.

IRB – Instituto Rio Branco. *Concurso de Admissão à Carreira Diplomática.* Disponível em http://www.institutoriobranco.mre.gov.br/pt-br/perguntas_freq%C3%BCentes.xml. Acesso em 26 jun. 2014.

MASCARENHAS, Paulo. *Manual de Direito Constitucional*. Disponível em pdf. Salvador: 2010.

MORAES, Alexandre. *Asilo Político.* Disponível em http://abadireitoconstitucional.blogspot.com.br/2009/12/asilo-politico.html. Acesso em 24 jun. 2014.

MORAES, Alexandre. *Direito Contstitucional.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Celso D. de A. *Direito Constitucional Internacional*. 2 ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MESSAGI, Rafael D. D. *Trabalho de Conclusão de Curso com o tema Asilo Político no Âmbito Interamericano.* Disponível em http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/ASILO-POLITICO-NO-AMBITO-DO-DIREITO-INTERAMERICANO.pdf. Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2010. Acesso em 27 jun. 2014.
MUNDO ESTRANHO. *Matéria: Casos de asilo político polêmcios.* Disponível em http://mundoestranho.abril.com.br/blogs/index/2013/07/26/5-casos-de-asilo-politico-polemicos/. Acesso em 27 jun. 2014.
OEA, *Convenção Sobre Asilo Diplomático*, Caracas, 1954. Disponível em http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-46.htm. Acesso em 26 jun. 2014.
ONU, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Bogotá, 1948. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-mericana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html. Acesso em 27 jun. 2014.
REDE DE ENSINO LUÍS FLÁVIO GOMES. *Notícia: STF nega a extradição de Cesare Battisti para Itália. Ministro da Justiça concede-lhe asilo político: as nuanças jurídicas do caso concreto.* Disponível em http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/590812/stf-nega-a-extradicao-de-cesare-battisti-para-italia-ministro-da-justica-concede-lhe-asilo-politico-as-nuancas-juridicas-do-caso-concreto. Acesso em 27 jun. 2014.
REVISTA BRASILEIROS. *Matéria: Entenda o caso Julian Assange.* Disponível em: http://www.revistabrasileiros.com.br/2012/08/26/entenda-o-caso-julian-assange/#.U625__ldWSo. Acesso em 27 jun. 2014.
REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público.* Curso Elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
SILVA. José A. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 25. ed, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.
WIKIPÉDIA. *Pesquisa: Wiki Leaks.* Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/WikiLeaks. Acesso em 27 jun. 2014.
Site visitado: www.stf.jus.br

ASSÉDIO MORAL: MODALIDADES E A AVILTAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Vinícius Marin Cancian [52]
Sandro Marcos Godoy [53]

RESUMO:
O presente trabalho tem como objetivo verificar o conceito de Assédio Moral e suas principais modalidades. Dentro do conceito se observa os principais elementos que servem de base a caracterização do fenômeno assediatório. Outrossim critica-se a maneira pela qual Sérgio Pinto Martins elenca alguns desses elementos dada a sua superficialidade e incoerência. Se da uma especial atenção a patológica omissão legislativa sobre o tema, tendo em vista que a ausência de uma de lei específica em âmbito federal para a subsunção do fato á norma encadeia insegurança jurídica, ante a presença de uma série de decisões divergentes nos tribunais. Outro ponto que acarreta grave insegurança é a complexidade intrínseca ao próprio fenômeno que insurge a necessidade de seu balizamento legal. Por fim se vê maneira pelo qual o Assédio viola a Dignidade da Pessoa Humana. Contudo, em primeira analise, é preciso entender a densa complexitude da Dignidade, bem como estabelecer premissas que pautam o estudo, antes de conjugar a maneira que Assédio Moral confronta a dignidade humana.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho que tem como tema de estudo o Assédio Moral e seu conceito, bem como suas modalidades, adotou como metodologia de pesquisa o sistema dedutivo, pois parte de uma premissa ampla para uma abordagem empírica específica e delimitada.

Neste diapasão, a presente abordagem analisará o assédio moral quanto ao seu conceito em sentido lato e suas modalidades e espécies, para que a partir deste ponto de sustento se tenha uma cognição vertical profunda a despeito da complexidade do tema e o quão necessária se faz a sua proteção.

Por fim, o enfoque da temática aqui abordada será vista sobre a égide da dignidade da pessoa humana, tendo mente que os danos decorrentes do assédio moral constituem em verdadeira afronta ao viver digno do homem no seu mais puro amago.

Em virtude dos bem jurídicos postos em contraponto, tendo a Dignidade Humana como vetor que permeia e direciona todo o tema, salutar gravitar a presente temática em torno deste preceito fundante da republica que ganhou denotada força com a Constituição Federal de 1988, pois encontra-se disciplinado logo de imediato em seu artigo primeiro.

---

[52] Discente cursando Direito no 7º termo, Turma D, pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Estado de São Paulo.

[53] Professor dos Cursos de Direito, Administração e Ciências Contábeis das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, São Paulo. Mestre em Direito pela UNIVEM / FEERR em Teoria do Direito e do Estado, em Marilia – SP. Doutorando pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Advogado Titular da Companhia de Tratamento de Agua e Esgoto do Estado de São Paulo – SABESP em Presidente Prudente – SP.

Assim sob uma ótica critica do Assédio Moral, vista através da Dignidade Humana, se buscará compreender o tema e maneira pela qual constitui uma das maiores mazelas do ambiente laboral moderno.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Antes da conceituação e analise de modalidades do Assédio Moral, mister estabelecer um corte epistemológico dentro da própria expressão, a fim que se estabelecer premissas na elaboração desta pesquisa.

Neste sentido, a definição de assédio presente no dicionário Michaelis, acessado em sua versão online, pode ser definida como:

> as.sé.dio
> ***sm*** (***baixo-lat assediu***) **1.** Operações militares em frente ou ao redor de uma praça de guerra; sítio, cerco. **2**. Impertinência, importunação, insistência junto de alguém, para conseguir alguma coisa. ***A. sexual:*** ato ou menção que leve a constrangimento de natureza sexual: ***O empresário vai ser julgado por cometer assédio sexual contra suas funcionárias***.

Assim denotamos que o assédio consiste em um ato de importunação, ou seja, em atos reiterados e habituais de se rotineiramente retirar a paz de outrem a fim de que deste se possa extrair algo, visando um objetivo que seja em proveito próprio ou de outrem.

Quanto a moral, o exímio pensador Immanuel Kant procurou a definir dentro da amplitude hermenêutica da filosofia do direito. Conceituando e explicando a moral kantiana observemos o que diz o Professor Doutor Alvaro Luiz. Montenegro Valls[54] do departamento de Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul:

> "A ética kantiana está centrada na noção de dever. Parte das idéias da vontade e do dever, conclui então pela liberdade do homem, cujo conceito não pode ser definido cientificamente, mas que tem de ser postulado sempre, sob pena de o homem se rebaixar a um simples ser da natureza. Kant também reflete, é claro, sobre a felicidade e sobre a virtude, mas sempre em função do conceito de dever. É famosa, na obra de Kant, sua formulação do chamado "imperativo categórico", nas palavras: "Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma

[54] Doutor em filosofia pela Universidade de Hei-delberg, Alemanha, professor da Unisinos e pesquisador do CNPQ e professor titular de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

> legislação universal". - Kant reconhece que esta é apenas uma fórmula, porém ele, que gostava tanto das ciências e que não tinha a intenção de criar uma nova moral, estava apenas preocupado em fornecer-nos uma forma segura de agir. Sua ética é, pois, formal, - alguns até dirão formalista. Ora, o nosso pensador alemão, com seu imperativo categórico, nos forneceu, na prática, um critério para o agir moral. Se queres agir moralmente, (isto é, para Kant, racionalmente,) - o que aliás tu tens de fazer - age então de uma maneira realmente universalizável. Pois aqui está o segredo da ética kantiana: A universalização das nossas máximas (em si subjetivas) é o critério.

Assim, a despeito da definição de moral kantiana, depreende-se que esta constitui em imperativos categóricos, os quais são máximas que devem ser elevadas a condição de axioma universal. Isto é, constitui, um parâmetro para o "agir moral", que deve ser encarado de forma geral, como um vetor que aponta para o caminho correto.

Feita as indagações sobre as palavras que compõe a expressão "Assédio Moral", antes de se analisar o seu teor jurídico, pode se considerar que o assédio a moral (a partir da concomitância dos conceitos semânticos das palavras em isolado) consiste na importunação reiterada a um imperativo categórico. Em outras palavras, uma violação direta a um axioma universal; a um dever de agir moralmente.

3 CONCEITO JURÍDICO DE ASSÉDIO MORAL NO AMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

Tendo em mente aquilo que já foi dito, sobre as definições em conjunto de "assédio" e "moral", agora em momento adequado será definido conteúdo conceitual jurídico do tema, para o âmbito do direito trabalhista.

Desta feita, citando Jorge Luiz de Oliveira da Silva[55], em sua notória obra sobre o tema "Assédio Moral no Ambiente de Trabalho" (2012, p. 24), se extrai definição impar:

> "O assédio moral, conhecido como 'a violência perversa e silenciosa do cotidiano" ou psicoterror, nada mais é do que a submissão do trabalhador a situações vexaminosas, constrangedoras e humilhantes, de maneira reiterada e prolongada, durante a jornada de trabalho ou mesmo fora dela, em razão das funções que exerce; determinando com

[55] Mestre em Direito Publico e Evolução Social (UNESA-2004), pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal (UNESA-2001) e Docência Superior (ISEP -1994) e graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRJ-1991). Juiz-Auditor da Justiça Militar da União e professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia.

> tal pratica um verdadeiro terror psicológico que irá resultar na degradação do ambiente de trabalho, na vulnerabilidade e desiquilíbrio da vitima, estabelecendo sérios riscos à saúde física e psicológica do trabalhador e ás estruturas da empresa e do Estado".

Observa-se, portanto, que não muito diferente do que foi visto o assédio moral ou psicoterror é definido como uma constante e corriqueira retirada do sossego do trabalhador, a partir de sua submissão a situações vexaminosas, dentro do período laboral ou fora dele, em função das suas atividades desempenhadas, o que comina na degradação à psique da vitima.

Ainda na obra do ilustre mestre, vem consignada outra definição do mesmo tema, porém agora feita por Heinz Leymann, psicólogo do trabalho de origem alemã e radicado na Suécia:

> "a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição por longo tempo de duração de um comportamento hostil que um superior ou colegas(s) desenvolve(m) contra um individuo que apresenta, como reação, um quadro de miséria fática, psicológica, e social duradoura".

Assim vemos que o conceito de assédio moral pode ser engajado a partir da **conjugação de alguns elementos essenciais** (contudo esses elementos não são taxativos, tendo em vista que o conceito pode sofrer alterações, embora em razão da comparação de ambos os panoramas aqui trazidos, serão enfocados conteúdos em comum que se adequam as definições citadas):

(I) **Submissão** da vitima a situações **constrangedoras, vexatórias e humilhantes**;

(II) **Abuso** (decorrente da humilhação) do empregador, dos próprios empregados, ou terceiros alheios a relação de trabalho;

(III) **Conduta reiterada e prolongada de atos**;

(IV) **Degradação da vitima**, lhe causando algum tipo de depreciação (seja a sua incolumidade física ou mental, ou a sua esfera patrimonial, ou ainda que ao seu convívio em sociedade).

(V) Deve ser desferido contra pessoas **certas e determinadas.**

(VI) Lastreado a um **proposito**, uma razão de ser;

Portanto, percebe-se que o assédio consiste, em verdade, na pratica de vários atos vexatórios e abusivos que paulatinamente agridem algum bem de interesse do trabalhador-vitima.

Outrossim, ao voltar os olhos ao segundo requisito, percebe-se que existem modalidades de assédio moral, as quais fazem parte do conceito e merecem ser estudadas em apartado, conforme será exposto adiante.

3.1 Crítica aos elementos do Assédio Moral elucidada por Sérgio Pinto Martins

Para Sérgio Pinto Martins, em sua obra "Assédio Moral no Emprego" (2012, fls. 19 a 21), os elementos do assédio moral, são: prejuízo, repetição, intenção, premeditação e danos psíquicos.

Contudo, para Martins, o prejuízo (dano), pode ou não se caracterizar, tendo em vista que a figura do assediado pode se perfazer na de pessoa mais resistente, a qual em alguns casos fica inerte as agressões do assediador.

Já a premeditação e os danos psíquicos, o próprio autor faz uma ressalva no sentido de que ambos não podem ser considerados como elementos. Justificativas: quanto ao primeiro, o individuo pode começar o ato de assediar de maneira espontânea, sem nenhuma razão prévia; quanto ao segundo, pois existem casos em que a vitima é sobremaneira forte e intransigível que os efeitos do assédio não lhe afetam

"*Dada vênia*" aos elementos abarcados pelo ilustre desembargador e doutrinador trabalhista, seu panorama quanto aos parâmetros caracterizadores do assédio moral não são delineados da melhor forma. Isto se da por dois fatores.

O primeiro fator é quanto a contradição dos elementos e sua superficialidade. Uma vez que primeiramente o mestre enumera cinco elementos e após acaba desclassificando dois como tais.

Assim em verdade, existiriam apenas três elementos do assédio moral. Contudo, a constatação de apenas três destes não são suficientes para a caraterização de um fenômeno tão complexo e detalhado.

O segundo fator é quanto à redundância, que acaba também deixando a definição dos elementos de Martins ainda mais perfunctória e contrapostas entre si. Ao afirmar que os elementos se compõem em prejuízo e dano psíquico, é nítido que o dano psíquico é uma espécie de prejuízo que a vitima pode eventualmente sofrer.

Destarte, se posteriormente o doutrinador afirma que o próprio dano psíquico não pode ser considerado como elemento do assédio moral, conclui-se que o prejuízo também não pode ser assim ser considerado, uma vez que a justificativa na qual o exímio jurista usou para desenquadrar o dano psíquico como requisito é a mesma, segundo sua linha de raciocínio, pela qual se pode afirmar que o prejuízo também não o pode ser, já que este ultimo pode ou não existir dependendo do casuísmo e da resistência da vitima. Martins, contudo, em nenhum momento faz essa ressalva.

Isto posto, a própria redundância nos elementos agrava ainda mais a questão de sua superficialidade. A conclusão que se chega a partir da justificativa de desenquadramento do requisito de dano, leva ao fato de que, em verdade, segundo a concepção lógica de Sérgio Martins, existiram apenas dois elementos tracejadores do assédio: a repetição e a intenção.

Feita a devida analise dos elementos delineados por Pinto Martins, é notório que os seis elementos acima elencados neste estudo abarcam de maneira mais real e pormenorizada o a situação do assédio moral, ante seu conceito, caracterização e patente complexitude.

3.2 Modalidades de Assédio Moral

Quanto as modalidades, ou espécies de assédio moral, percebe-se que sua classificação e alocação em grupos segue um **critério subjetivo**, a partir da **figura do ofensor**, ou seja, a partir do "sujeito ativo", do assediador propriamente dito.

Assim sendo, será feita a analise das cinco espécies de assédio moral, que são elencadas na doutrina em modalidades distintas. Porem estas demandam resultados práticos idênticos, sem haver uma hierarquia de gravidade entre um outra espécie.

3.2.1 Assédio Moral Vertical Descendente

Este tipo de assédio moral se compõe na modalidade mais corriqueira do fenômeno deplorável.

Segundo o consagrado Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Sérgio Pinto Martins (2012, p. 29), o Assédio Moral Vertical Descendente é:

> "Se o assédio moral é feito pelo superior ao subordinado (...). O superior pretende afirmar-se perante os subordinados. Tenta mostrar que detém poder na organização. Objetiva destacar-se perante seus subordinados ou querer afirmar que ele manda no local.".

Trata assim de um **constrangimento descendente**, ou seja, que emana do **topo da pirâmide** organizacional da empresa e recai sobre a **base** hostilizada pelo poder gerencial.

Importante denotar que esta é a ampla maioria dos casos, pois decorre justamente da própria essência do fato assediador, tendo em vista que para que alguém se possa ver constrangido e perturbado por outro, prescinde, na grande parte dos casos, de uma relação de poder hierárquico superior.

Assim considerando, é nítido que o empregador detém sobre o empregado um poder hierárquico superior, intrínseco do próprio elemento fundamental do contrato de trabalho: a subordinação.

Portanto, o patrão se valendo e abusando do poder inato que tem sobre o empregado o humilha e constrange, em publico ou não, a fim de obter do mesmo resultados. Os objetivos almejados pelo empregado pode ser: um aumento de produtividade, consubstanciado na cobrança excessiva de metas; imposição de um caráter disciplinador, da qual utiliza o empregado como "bode expiatório" para determinada situação; repassar um ambiente jocoso, no qual se denigre o trabalhador a fim de manter o "bom humor coletivo"; ou ainda, por mais sádico que possa parecer, pelo simples intuito de humilhar o subordinado, seja porque a pessoa é desafeta do chefe ou porque simplesmente

este escolheu alguém para depositar sua raiva.

Além dos motivos supra elencados, existe uma série de outros que podem ensejar o assédio vertical descendente, porém o que deve ficar claro é que há um **abuso de direito do empregador,** tendo em vista que se aproveita de sua superioridade e excede o exercício regular do direito de cobrar ou reprimir seu funcionário, para assim assedia-lo, pois extrapola os limites do razoável e ponderável.

Por muitas vezes o assediador sabe que o emprego é a única forma de subsistência do assediado, razão pela qual tem noção de que este não poderá ofertar nenhum tipo de reação, ante o temor na perda da fonte de sustento de sua família. Trata-se, portanto, de verdadeiro ato de **covardia**.

3.2.2 Assédio Moral Vertical Ascendente

Esta espécie de assédio moral, segundo leciona seu próprio nome, tem origem "de baixo para cima", ou seja, quando os **próprios empregados** ou um empregado, buscam a **degradação de seu superior**.

Segundo lição do renomado autor Jorge Luiz de Oliveira Silva, o Assédio Moral Vertical Ascendente pode ser conceituado como aquele (ob. cit. 2012, p. 26):

> "no qual o subordinado, via de regra, detém conhecimentos relevantes relacionados ao processo de trabalho e os utiliza como instrumento para protagonizar um sistema de terror psicológico, destinado a descompensar e desestabilizar a chefia que não possui tais conhecimentos. No entanto o assédio moral ascendente pode ser implementado, também, a partir de informações confidenciais que o assediador venha a possuir, em relação à vida privada de seu superior. O assédio moral ascendente não possui uma visibilidade adequada em razão do temor da vitima em ser vista como incompetente fraca e incapaz de controlar seus subordinados. Assim a vitima acaba por se submeter ao processo de assédio moral e angariar todos os gravames dessa situação, geralmente, geralmente em silencio.".

Aqui os empregados vão de encontro ao fluxo vertical de hierarquia, pois não se importam com possíveis retaliações de seu superior, ou até mesmo na perda do emprego.

Esse "dar de ombros" dos empregados ao superior hierárquico tem origem nefasta. Sua gênese consiste na barganha ou chantagem, pois o trabalhador sabe que sem ele a empresa fica desfalcada em seu processo de produção, ou até mesmo este se interrompe, em vista do alto conhecimento técnico que possui dos meios de empreendimento. Se da, normalmente, quando a atividade demanda um primor técnico mais especializado; bem como quando

em função deste primor o funcionário detém uma posição de destaque e fidúcia dentro da empresa.

A **barganha ascendente** também se da quando o empregado conhece da intimidade do superior e se vale dessa para chantageá-lo.

Esta espécie de Assédio Moral, contudo, é mais difícil de ser constatada, dado ao temor reverencial que o cargo superior impõe ao inferior, sendo certo que mesmo possuidor de conhecimentos técnicos especializados ou segredos íntimos, o empregado não teria a coragem de colocar seu chefe "contra a parede".

3.2.3 Assédio Moral Horizontal por Aderência

O assédio moral horizontal, diferente dos anteriores, se da quando os empregados membros de uma **mesma classe hierárquica** atormentam seus **pares** e semelhantes dentro da estrutura organizacional da empresa.

Na modalidade por Aderência, muito bem constatou o já citado juiz Jorge da Silva (ob. cit. 2012. p. 26):

> "Esse fenômeno ocorre porque algumas pessoas vislumbram, numa aderência ao assediador, a possibilidade de angariar pontos positivos no trabalho ou oportunidade de ser 'solidário' ao chefe, estabelecendo o chamado 'assédio moral horizontal por aderência'. Quando esta aderência é verificada, a rotina do assediado fica insuportável, sendo os danos, geralmente, de maior monta, tanto que se refere ao caráter psíquico, quanto no que se refere ao contexto patrimonial.".

Aqui se verifica que um empregado ou conjunto de empregados se autointitulam como uma verdadeira "*longa manus*" do empregador que já comete o assédio moral.

São egoisticamente dotados do pensamento medíocre de que a partir de sua conduta serão mais bem vistos dentro da empresa. Não conseguem, pois, crescer e galgar destaque as suas custas e buscam proeminência a partir do rebaixamento moral de outrem.

Se tratam de parasitas do sofrimento alheio e fomentadores da torpeza vertical, pois perpetuam em escala paritária o assédio moral já contundente do patrão. Aumentam o que já é deplorável, pelo simples desejo de se promover.

3.2.4. Assédio Moral Horizontal Propriamente Dito

Neste tipo de psicoterror **não se tem** um assediador que busca no "vácuo" do assédio do patrão sua autopromoção.

Nesta figura, a tormenta é feita pelos próprios empregados membros da

mesma posição hierárquica do assediado, no entanto (ob. cit. 2012. P. 26):

> "(..,) consiste na prática do assédio moral diretamente por patê dos colegas de trabalho, sem que haja um impulsionador concreto por parte da chefia. Neste aso, a empresa passará a figurar como corresponsável pelo danos causados pelo assédio moral, uma veza que, geralmente, não interfere na dinâmica de tiranização, entendendo ser algo de cunho pessoal a ser tratado somente entre os envolvidos. Outras vezes a omissão da empresa é proposital, havendo um fenômeno de aderência inversa, onde colegas de trabalho impulsionam o assédio moral e a empresa adere conscientemente por omissão, em razão do assediado não contar com a simpatia da chefia.".

Assim não se verifica aqui uma mola de engajo subjetivo em causar sofrimento alheio. Se trata dos próprios funcionários da empresa, do qual **partem destes mesmo o próprio caráter volitivo** de tumultuar a vida de outrem, sem que para tanto haja um "*animus*" em especial (pode se tratar de mero prazer em ver a desgraça alheia).

Insta salientar que a empresa é **corresponsável solidária** pelos danos causados ao empregado, conforme preceitua o artigo 942, paragrafo unico do Código Civil, já que a falta de cautela em inibir o assédio, bem como o estimulo omissivo voluntário em permitir que continue (aderência inversa), implica em violação a um dever básico do empregador de **garantir um ambiente de trabalho saudável**, conforme preceitua o artigo 225 "*caput*" e inciso V da Constituição Federal, bem como o artigo 157, inciso I da CLT, o que consiste em **ato ilícito**, ante a afronta a legislação ordinária e constitucional.

3.2.5 Assédio Moral Provocado por Conduta de Terceiros

Quanto ao Assédio Moral Provocado por Terceiros, se trata de uma modalidade que vem sendo reconhecida pela jurisprudência brasileira, muito por conta do dever patronal em garantir um ambiente salubre de trabalho para o empregado (artigos 225 "*caput*" e V da CF c/c, 157, I da CLT).

A despeito dessa modalidade Jorge Luiz comenta (ob. cit. 2012. p. 27):

> "o assédio moral provocado por conduta de terceiros, estranhos a relação laboral. Nesta hipótese, o empregador passa ser responsável pelos danos acarretados pelo processo de assédio moral desde que, uma vez alertado acerca da situação, queda-se omisso nas providencias adequadas a proteger o trabalhador.".

Portanto é a hipótese na qual, **terceiros alheios a relação de emprego**

formado por empregador-empregado, **provocam o psicoterror na vitima**, em razão de uma omissão voluntária ou culposa do empregador, que permite e tolera atos vexatórios, ao não garantir condições saudáveis de emprego.

Mister, ainda, destacar-se jurisprudência assente sobre o caso. Trata-se de decisão proferida no Tribunal Regional da Quarta Região, sob o processo nº 0052600-97.2008.5.04.0028. Vejamos o que leciona o proveitoso pronunciamento jurisprudencial:

> ASSÉDIO MORAL. Constrangimento provocado por terceiros. Omissão patronal. Indenização. Constitui-se em assédio moral a exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, durante a jornada de trabalho ou no exercício das funções profissionais, ainda que provocadas por terceiros, desde que o empregador omita-se, injustificadamente, no fornecimento de ferramentas e recursos que possam reduzir a situação de conflito e constrangimento
> (TRT-4, Relatora: CARMEM GONZALEZ, Data de Julgamento: 14/01/2010, 28ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

Trata-se de ação promovida contra o Conselho Regional Profissional do Rio Grande do Sul, que foi condenado ao pagamento de R$ 60.00,00 a titulo de dano moral, em razão de pratica de assédio moral, praticados por terceiros, usuários do Centro Cultural contra funcionária deste.

Foi constatado que durante anos, desde 2002 a 2008 referidos terceiros praticavam reiteradamente atos hostis e vexatórios em face da autora, que mesmo comunicando o fato ao empregador, não tomou em tempo hábil quaisquer medidas a impedir a pratica do assédio.

Percebe-se, portanto, que é nesta decisão foi reconhecido o dever do empregador e direito ao empregado em usufruir de boas condições de emprego, inclusive na obstrução de atos abusivos de terceiros, tendente a degradar paulatinamente a psique do trabalhador.

Ao passo que fique evidenciado omissão do empregador em coibir o assédio de terceiros, devera responder pelas indenizações (patrimoniais e extrapatrimoniais) que o empregado vier a sofrer.

4 ASSÉDIO MORAL: A VIOLAÇÃO PATENTE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Feita as considerações sobre o a definição jurídica de assédio moral e suas modalidades, agora poder-se-á entender a intima ligação entre a ocorrência deste fenômeno fático com a violação a Dignidade Humana.

Contudo, ainda é necessário tecer esclarecimentos sobre a própria Dignidade da Pessoa Humana, a fim de alocar o fator assediatório no mesmo compasso temático deste estudo.

4.1 Complexitude na Conceituação da Dignidade da Pessoa Humana

Toda analise de qualquer instituto deve ser feita mediante a **busca por um conceito** do qual sirva de base para todo o estudo subsequente, a final de contas, é necessário um norte que indique e aponte uma direção correta.

Porem, neste sentido, o conceito de Dignidade da Pessoa Humana esta embutido a uma análise **extremamente complexa**, pois permanece como um **paradoxo** no mundo jurídico que impede a sua definição objetiva devido as dois aspectos contrastantes.

O primeiro deles é que a dignidade em si é **algo tão genérico** e hoje abrange tantas regras, princípios e subprincípios que sua conceituação é quase inviável, tendo em vista que **engloba uma plenitude e universalidade de direitos fundamentais**. Pode-se falar que todos os direitos dispostos no artigo 5º da Constituição Federal envolvem de forma direta ou indireta a dignidade da pessoa.

Mister mencionar lição do iminente jurista Paolo Ridola, com Coordenação e Revisão Técnica de Ingo Wolfang Sarlet, em recentíssima obra intitulada "A Dignidade da Pessoa Humana e o 'Principio da Liberdade' na Cultura Constitucional Européia" (2014. 1ª ed. p. 20 e 21) a despeito desta pluralidade conceitual da dignidade:

> "Por outro lado, o tema da dignidade habita o interior de diferentes paisagens discursivas, fazendo alusão a culturas de referencias e de tradições estratificadas, ou seja, a diferentes antropologias, que, por sua vez, estão refletidas – como já comentamos – em códigos linguísticos próprios e peculiares. Também a multiplicidade de valências semânticas (*dignitas, dignitye Würde,* só para mencionar as mais significativas) estimula a percorrer o problema constitucional da inviolabilidade da dignidade humana como um percurso, intrinsecamente plural, de história da cultura. Só essa abordagem, a meu ver, permite compreender a diferente colocação e a diversidade de extensão e conteúdo das referencias á dignidade humana nos textos constitucionais europeus."

Neste diapasão, somente a titulo de exemplo, poderíamos afirmar que dentro do conceito de dignidade encontramos: a vedação da tortura ou qualquer outro tratamento humano degradante (artigo 5º, inciso III), o devido processo legal, que por si só já é um direito genérico que engloba, por exemplo, a vedação de provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI), e a duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII).

O segundo aspecto, que constrata ao primeiro e da gênese ao paradoxo que impede a conceituação do instituto se da em razão da **inerência da dignidade ao amago do próprio homem**.

Temos, pois, uma situação tentadora.

Ao mesmo tempo que a dignidade é um conceito lato e complexo que

envolve fatores em potencia, também se convalesce em uma máxima **tão ligada ao ser e ao espírito de cada um** que chegamos ao ponto de internamente, para nós mesmos, saber o que é a dignidade, mas sem saber expressar em palavras e de forma uníssona (objetiva), o que viria a sê-la.

Exemplificando: se perguntarmos para cem pessoas na rua o que é dignidade, obteremos cem respostas diferentes, pois cada um a conceitua da maneira mais adequada as circunstancias, necessidades e experiências de vida que carrega. Dai depreende-se a inerência da Dignidade.

A respeito da inerência da dignidade ao espirito humano Rizzatto Nunes, em seu trabalho "O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana" (2009, 2ª ed. p. 51.) obtempera:

> "Assim, para definir dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticas, para, contras elas, lutar
> Então , se extrai dessa experiência que histórica o fato de que a dignidade nasce com o individuo. O ser humano é digno por que é.
> Aqui temos de recorrer a Heiddegger – que paradoxalmente, em vida, chegou a sonhar com o nacional-socialismo alemão como um elemento de construção do ser. A formulação sobre ser é de conjugação única e tautológica. O ser *é*. Ser *é* ser. Logo, basta a formulação: sou.
> Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência."

Neste mesmo sentido, eficaz também a lição do mestre Paolo Ridola (ob. cit. 2014. p. 21). Vejamos:

> "Propõe-se, neste ponto, uma primeira dificuldade para o discurso sobre a dignidade da pessoa humana. Ele avoca, por um lado, uma pretensão de universalidade, a qual não deriva apenas do reconhecimento estabelecido em convenções internacionais ou regionais, mas, muito mais, da percepção difusa de que o valor universal é como se fosse logicamente intrínseco e inato."

Então para que se possa fixar este estudo em bases sólidas, partir-se-á de **duas premissas** sobre a dignidade humana, a fim de que finalmente se busque entender melhor seu sentido e finalmente se observe a maneira pela qual o assédio moral viola um enunciado de relevância impar.

4.1.1 Primeira Premissa: Natureza Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana

A despeito da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, o professor Marcelo Novelino[56], elucidou a questão de maneira brilhante em artigo intitulado "O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana[57]".

Destaque-se salutar aresto do exímio artigo, onde o mestre destaca que a dignidade da pessoa humana não se trata de mera regra ou princípio, mas sim como **Preceito Fundamental da Republica Federativa do Brasil**, elencado logo de cara no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Vejamos:

> "Consagrada pela primeira vez, de forma expressa, em um texto constitucional brasileiro (CF, art. 1º, III),24 a dignidade da pessoa humana se constitui no núcleo axiológico da Constituição, tendo sido elencada dentre os fundamentos do Estado brasileiro. Ainda que a ausência de consagração expressa não signifique o seu abandono, a consagração cada vez maior nas Declarações Universais de Direitos e Constituições é relevante na medida em que a noção assume um inquestionável caráter jurídico.25 Por certo, não é indiferente que a dignidade da pessoa humana esteja explicitada na Constituição. Tal positivação a converte de valor tão-somente moral para valor tipicamente jurídico, revestido-a de caráter normativo e suscitando importantes conseqüências jurídicas."
>
> Aos poderes públicos, impõe-se o dever de respeitá-la, protegê-la e promover os meios necessários ao alcance das condições mínimas indispensáveis a uma vida digna e ao pleno desenvolvimento da personalidade. Respeitar (observar) significa não realizar atividades que importem a sua violação ("obrigação de abstenção"); proteger implica uma ação positiva para defendê-la contra qualquer espécie de violação por parte de terceiros; promover consiste em proporcionar, por meio de prestações materiais e jurídicas, o mínimo indispensável a uma vida humana digna.
>
> Com fundamento em tais considerações, pode-se concluir que, da consagração como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), decorrem dois mandamentos:
>
> 1º) a imposição de respeito à dignidade da pessoa humana; e,
>
> 2º) a determinação, dirigida aos poderes públicos, de

[56] Procurador Federal. Mestre em Direito Público pela UGF. Doutorando em Direito Público pela UERJ. Palestrante exclusivo do Curso LFG. Contribui de maneira assídua para o estudo do direito a a partir de uma temática inovadora. Principais obras: Direito Constitucional (6ª edição; Editora Método); CF para concursos (3ª edição; Editora Juspodivm).

[57] Artigo publicado em "Leituras Complementares de Direito Constitucional" (3ª ed. 2010)

> proteção e de promoção do acesso aos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida com dignidade.26
> Considerando a norma como um gênero, do qual são espécies os princípios e as regras (...)".

A partir disso, conclui-se que a Dignidade da Pessoa Humana é um preceito que fundamenta não somente a carta de direitos do artigo 5º da Constituição, mas sim a **própria Carta Magna** e o **próprio Estado Brasileiro.**

Assim é possível entender a complexidade da matéria e o porque que deste preceito emana tantos conceitos subjacentes: pois enquanto fundamento do Estado a Dignidade da origem a outros tipos de normas, como princípios e regras.

Princípios são vetores genéricos que apontam para um estado ideal a ser seguido, sem, contudo, indicar uma conduta necessária e especifica.

As Regras, por sua vez, são específicas e indicam uma conduta a ser praticada pelo destinatário.

Enquanto principio a Dignidade da Pessoa Humana pode ser vista, por exemplo, na própria Duração Razoável do Processo, já como regra, é tida na Vedação da Tortura.

Porem, ainda mais importante que seu caráter principiológico-regular a Dignidade da Pessoa Humana é tida como um **Postulado Normativo.** Nesse sentido disse o grande mestre Novelino:

> "O reconhecimento do ser humano como o centro e fim dos ordenamentos jurídicos é uma característica do constitucionalismo contemporâneo. Valor essencial do Estado Constitucional Democrático, a dignidade impõe o reconhecimento do indivíduo como "limite e fundamento do domínio político da República". A pessoa não deve ser tratada como um simples reflexo da ordem jurídica, mas como seu objetivo supremo. Na relação indivíduo/Estado, a presunção milita a favor do ser humano e de sua personalidade: o Estado existe para o homem; não o homem para o Estado.
> Dentro de uma graduação hierárquica dos valores jurídicos, a dignidade se encontra no grau mais elevado. Ainda que isso não signifique uma superioridade normativa capaz de invalidar outras normas constitucionais ou uma prevalência absoluta em caso de conflito, faz da dignidade uma importante diretriz a ser utilizada na criação e na interpretação das demais normas jurídicas. Nesse sentido, pode-se dizer que, além do duplo caráter normativo (princípio e regra), a dignidade atua também como um postulado normativo."

Desta feita, enquanto Postulado Normativo a Dignidade Humana,

acaba sendo uma norma metódica, que organiza, estrutura e viabiliza a aplicação das demais espécies normativas (regras e princípios).

No conflito entre normas, quando aplicado o postulado normativo, sejam elas princípios ou regras, deve então ser adotada aquela postura que mais seja favorável a dignidade do homem.

Assim, em verdade, dada a sua **natureza jurídica de Preceito Fundante do Estado**, a Dignidade da Pessoa Humana, quando origina outras normas, se consubstancia em verdadeiro **signo**, tendo em vista que sob sua faceta se caracteriza as três espécies normativas: principio regra e postulado normativo.

4.1.2 Segunda Premissa: a Dignidade da Pessoa Humana Enquanto um Mínimo Existencial

A segunda Premissa que deve pautar o entendimento da complexa temática sobre a dignidade da pessoa humana reside no conceito do chamado "Mínimo Existencial".

A despeito do assunto o já mencionado jurista Marcelo Novelino, no mesmo artigo que aqui já parafraseamos (O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana), disciplinou:

> "Mínimo existencial é usualmente associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que seja decorrente também de outros princípios constitucionais.39 Apesar de não possuir um conteúdo específico, pode-se dizer que três direitos básicos integram a sua composição: saúde, educação e moradia.
> Como núcleo dos direitos fundamentais, a dignidade se faz presente no conteúdo de todos eles, sem exceção, ainda que a intensidade seja variável. Apesar de desejável o acesso ao maior número possível de bens e utilidades, a ampliação demasiada do conteúdo deste princípio cria o sério risco de enfraquecimento de sua efetividade, podendo gerar um efeito contrário ao desejado. Por isso, a delimitação dos bens e utilidades mínimos indispensáveis.
> (...)
> O aspecto distintivo fundamental entre os direitos integrantes do mínimo existencial e os demais direitos sociais está no fato de que aqueles, por serem imprescindíveis a uma vida digna, não se submetem à "reserva do possível".

Assim, por esta segunda premissa de analise da dignidade do homem, depreendemos que em verdade o tema em espeque também pode ser compreendido como um **conjunto mínimo de fatores, sem os quais, a vida humana não é digna**.

Estes fatores então (saúde, educação e moradia) são essenciais a

Dignidade da Pessoa Humana, sobretudo porque a ausência de qualquer um dos três relega o ser humano á condições tão deploráveis que seria praticamente impossível diferencia-lo de um simples animal em estado vegetativo.

4.2 Assédio Moral e a Aviltação a Dignidade da Pessoa Humana

Superada a analise da Dignidade Humana sobre as duas premissas balizadas neste trabalho, já se tem um alicerce pelo qual poderá se constituir o fecho do presente estudo.

Agora o enfoque será a maneira pela qual a dignidade humana é violada quando transportada para dentro da realidade do Psicoterror Laboral.

A despeito da importância do tema da dignidade da pessoa humana no atual panorama jurídico brasileiro e mundial, Paolo Ridola, em sua recentíssima obra "A Dignidade da Pessoa Humana e o 'Principio da Liberdade' na Cultura Constitucional Européia" (2014. 1ª ed. p. 21), esclarece a sua proeminência

> "É que a natural vocação 'compreensiva' dos dispositivos constitucionais em relação à dignidade humana evoca, por um lado, um 'absoluto', que coloca a dignidade humana num plano muito elevado dentre os bens protegidos pela Constituição, de modo a preserva-la da dinâmica (e dos contínuos desafios) da convivência com outros bens constitucionais;"

Isto posto, justifica-se a analise do tema neste estudo.

Agora sim, tendo em mente as duas premissas abordadas, vejamos o porque que este fenômeno viola de maneira bifronte a dignidade humana.

Sobre a primeira premissa, quanto a natureza jurídica da Dignidade Humana dentro do Assédio Moral, é mister destacar seu estudo enquanto norma, na modalidade de Postulado Normativo.

É certo que o empregador goza de um série de direitos, dentre eles, o direito de cobrar de seus funcionários melhores resultados. Ocorre que todo direito para ser exercido deve ser aplicado **dentro de limites razoáveis**, senão o que era para ser regular convalesce em **abuso**.

É justamente dentro desse abuso no direito de cobrança que Assédio Moral se configura. Muitas vezes o trabalhador é assediado e humilhado, porque não consegue atingir as metas de produtividade quistas por quem aparece no topo da cadeia hierárquica.

Tendo isto em mente, o próprio empregado, também tem direito (e o empregador o dever) de conviver em um ambiente laboral saudável, que zele pela sua incolumidade física e moral, conforme já dito alhures, e elencado nos artigos 225 "*caput*" e inciso V da Constituição Federal e 157, inciso I da CLT. E mais: o próprio trabalhador, enquanto pessoa propriamente dita, antes de se adentrar na sua condição de empregado, tem o direito de ter preservada sua saúde.

Levando em conta que temos um choque de direitos (o do empregador em exigir cobranças de seu empregado e o deste em ter preservado sua saúde), a Dignidade da Pessoa Humana deve ser invocada como **Postulado Normativo**, a fim de que o interprete faça prevalecer no caso concreto aquele direito que mais se aproxime e seja favorável a dignidade da pessoa.

Em razão disso que se tem toda a reprovabilidade e censura ao Assédio Moral, pois o direito do empregado em ter preservado sua incolumidade física e mental, deve prevalecer sobre o direito patronal em almejar resultados e objetivar o lucro, que se configura em legítimo direito patrimonial, tendo em vista a **proeminência da dignidade**.

A analise da segunda premissa, nos da outra perspectiva que permite observar como Assédio Moral avilta a dignidade humana sobre um novo enfoque.

Dentro da concepção do "**Mínimo Existencial**" que se triparte em Saúde, Moradia e Educação, o assediador contribui para extirpar deste conceito a figura da **Saúde**, pois constantemente afronta a integridade do empregado, chegando ao ponto de muitas vezes deixa-lo doente.

Citando os danos que o Assédio Moral causa Jorge Luiz de Oliveira Silva, nos da uma concepção da depreciação do empregado quando assediado.

Segundo o autor, o nível danoso ao trabalhador é tamanho, que ao citar casos reais na jurisprudência comparada (Estados Unidos e Reino Unido) destacou que a vitima pode desenvolver distúrbios e desequilíbrios emocionais, problemas estomacais, baixa autoestima, crises de ansiedade e até mesmo inaptidão para o trabalho, dentre outras tantas consequências gravosas a sua saúde (isto sem mencionar, os danos a sua vida social e profissional).

Por isso que a **afronta a saúde** implica em **violação ao mínimo existencial** que garante a qualquer ser humano uma vida digna.

Conclui-se, finalmente, que a dignidade humana é ceifada em analise ultima, quando o assédio moral se configura, razão pela qual demanda e justifica toda a proteção e responsabilização jurídica (civil e penal) que o direito tende a oferecer.

Contudo, Sérgio Pinto Martins, em estudo feito sobre a legislação do assédio moral dentro do país, em seu livro "Assédio Moral no Emprego", no capitulo 2 (Histórico), constatou que **não existe nenhum diploma legal em nível federal que trate especificamente sobre o assunto** (ob. cit. p. 2. 2012), somente existindo leis esparsas em âmbito estadual e municipal que tratam do assédio.

Desta feita, o Brasil quando não possui uma legislação especifica sobre o tema em seara federal, incorre em **iminente insegurança jurídica e negligencia estatal**, porquanto a complexitude do tema exige legislação específica e muito bem elaborada, a fim de que nenhuma modalidade do conceito fique desemparada de proteção legal. Do contrário, estamos colaborando com a impunidade e propagação do assédio pelo pais.

Outros fatores que justificam uma legislação específica em âmbito federal é a uniformização das jurisprudências setoriais nos tribunais trabalhistas regionais e no Superior Tribunal do Trabalho, bem como a

caracterização do instituto, a fim de que não existam em diferentes orgãos colegiados e varas do trabalho casos idênticos com soluções distintas.

No entanto, apesar de ainda não existir legislação específica o Judiciário vem amenizando a morosidade legiferante, ao reconhecer a ocorrência do Assédio Moral, com base em conceitos médicos e doutrinários de quem estuda o tema, conforme se viu na decisão do TRT da 4ª Região.

Muito por conta disso, já é possível ver uma série de decisões *"pro labore"*, que arbitram vultosas condenações em danos materiais e morais pelos abusos que o trabalhador sofre, a fim de penalizar o assediador e reparar os prejuízos ao patrimônio e psique do assediado.

Porem, ainda estamos em processo de "enobrecimento" e uma mudança no paradigma brasileiro somente será possível a partir da simbiose mutua entre o poder publico (executivo e legislativo), as partes envolvidas e o poder judiciário. Portanto, se deve continuar trabalhando nesta mesma toada, para que controlemos pelo menos um dos maus que aflige a sociedade contemporânea.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do trabalho e pleno estudo apresentado, após uma abordagem do assédio moral em seu conceito e diversas modalidades, foi possível perceber a complexitude do tema. Essa complexitude, demonstra que o assédio se da em todos seguimentos profissionais de uma empresa e não distingue, sob o enfoque da vítima, qual o alvo a ser depreciado, tendo em mente que até mesmo o empregador, que detém em regra, todo o poderio econômico, esta sujeito a este fenômeno.

Assim, um fenômeno que se apresenta sob diversas faces e com diferentes conatações não pode ser tratado de maneira comum pelo direito. É necessária especial proteção, a partir de seu "isolamento normativo", para que todas as formas de assédio estejam abarcadas pelo sistema legal.

Um outra justificativa que embasa o tratamento legal especial diferenciado, que implica na abordagem direita de medidas que visam definir e coibir o assédio, encontra-se na sua violação bifronte a Dignidade da Pessoa Humana, que hoje se institui como preceito fundante do Estado Democrático de Direito, segundo o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Portanto, todo esforço em extirpar qualquer modalidade de Psicoterror Laboral se constitui em verdadeiro progresso moral da sociedade, uma vez que contribui para que os trabalhadores vejam-se livre de todo peso depreciativo do assédio.

Sem sombra de duvida, perto do que se tinha, a erradicação e prevenção do assédio moral já progrediu muito. Porem é justamente por estamos em processo de evolução que demanda de todos os envolvidos neste processo uma conduta ativa e ainda mais exigente, para que enfim se chegue pelo menos a um controle fático do assédio, uma vez que o estado ideal de um planeta sem este mal, somente existe no mundo das ideias de Platão.

Porém, ainda assim, despontamos para um futuro promissor, pois o

progresso moral e evolução ética da sociedade tende a atingir uma escala que nem mesmo Kant prognosticava.

Bibliografia

DA SILVA, Jorge Luiz de Oliveira. *Assédio Moral no Ambiente de Trabalho***.** 2ª Edição – São Paulo: Editora Leud, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *Assédio Moral no Emprego***.** 1ª Edição – São Paulo: Editora Atlas, 2012

RIDOLDA, Paolo. *A Dignidade da Humana e o "Principio da Liberdade" na Cultura Constitucional Europeia***.** Coordenação e Revisão Técnica Ingo Wolfang Sarlet. Tradução Carlos Strapazzon, Tula Wesedonck. 1ª Edição – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Lituras Complementares de Direito Constitucional***.** Em artigo denominado "O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana". 3ª Edição – São Paulo: Editora Juspodium, 2010.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – Doutrina e Jurisprudencia***.** 2ª Edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Moderno Dicionário de Língua Portuguesa Michaelis (versão Online). Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=ass%E9dio>. Acesso em 09 de Abril de 2014.

VALLS, Álvaro Luiz Montenegro*. O conceito "Ética Racional".* Disponível em <http://www.philosophy.pro.br/etica_racional_kant.htm>. Acesso em 10 de Abril de 2014.

MOURA, Mauro Azevedo de. *Assédio Moral.* Disponível em: <www.mobbing.nu/estudios-assediomoral.doc> Acessado em 10 de Abril de 2014.

Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região - Processo Nº TRT – 0052600-97.2008.5.04.0028 (RO) - Relatora Carmem Gonzales. Data da Publicação:14/01/2010. Vara de Origem: 28ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Disponível em: <http://www.trt4.gov.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=00526009720085040028&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90>. Acesso em 14 de Abril de 2014 (sitio eletrônico do Tribunal Regional da Quarta Região).

ASSISTÊNCIA RELIGIOSA EM ESTABELECIMENTOS DE INTERNAÇÃO COLETIVA: LEGISLAÇÃO E PRÁTICA.

Marivaldo Gouveia[58]

Resumo:
O artigo examina a realidade da internação em estabelecimentos coletivos – hospital e presídio – bem como a legislação constitucional e infraconstitucional relativa à visitação religiosa possibilitada as pessoas internadas, sejam elas enfermos ou presos. Salienta que há um embasamento jurídico suficiente do ponto de vista formal bem como destaca a realidade do distanciamento entre as normas e as práticas das normas, em função de barreiras tais como ausência de recursos e falta de lugares apropriados para as visitas ou práticas religiosas. O trabalho está fundamentado em pesquisa bibliográfica.

INTRODUÇÃO.

É evidente sob diversos pontos de vista – espiritual, psicológico, social bem como legal – a relevância da assistência de cunho religioso, realizada para enfermos e aprisionados. Se nos desvencilhamos de maniqueísmos dispensáveis percebemos que a retirada de uma pessoa do convívio social, a institucionalização de uma solidão forçada, obrigatória e compulsória, representará sempre a possibilidade de adoecimento ainda maior, marginalização progressiva e mesmo surgimento de estigmas indeléveis.

Não é intenção do presente trabalho nem está dentro de suas possibilidades "refazer a história desse processo de banimento" pois isso exigiria "fazer a arqueologia de uma alienação" (Foucault, M. p. 81). Parece-nos que esse processo já foi realizado de maneira efetiva não apenas por Foucault como também por outros autores, particularmente da escola francesa, de pensamento holístico e abrangente nessa matéria. Assim, acreditamos que seja suficiente pontuar e remeter o leitor ao exame de obras como História da Loucura, e particularmente, para nossa discussão, do capítulo 3 (O Mundo Correcional). Além disso, consideramos válido ao menos citar uma instigante conceituação dessa obra sobre o internamento, como seus mecanismos subjacentes:

> É evidente que o internamento, em suas formas primitivas, funcionou como um mecanismo social, e que esse mecanismo atuou sobre uma área bem ampla,dado que se estendeu dos regulamentos mercantis elementares ao grande sonho burguês de uma cidade onde imperaria a síntese autoritária da natureza e da virtude. Daí a supor

[58] Mestre em Ciências da religião pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM (São Paulo), é teólogo, psicólogo clínico e professor titular da cadeira de Filosofia Geral e do Direito, no Curso de Direito das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente SP.

> que o sentido do internamento se esgota numa obscura finalidade social que permite ao grupo eliminar os elementos que lhe são heterogêneos ou nocivos, há apenas um passo. (2005, p. 79).

Os que se dedicam ao estudo das internações diversas na cena contemporânea, muito enriqueceriam suas análises se considerassem a possibilidade desses mecanismos descritos acima ainda permanecerem em ação, mesmo que transmutados em formas mais refinadas. Em uma sociedade como a contemporânea, com o predomínio da visão da massificação e da produtividade, não é irrelevante perguntarmos qual é o tratamento dado aos heterogêneos e nocivos. Sobre isso M.Maffesoli é contundente: "Tudo o que é da ordem do heterogêneo e da complexidade repugna aos burocratas do saber, da mesma maneira que inquieta os burocratas do poder." (2000, p. 80).

Nesse sentido, a assistência religiosa desde que bem conduzida, tem o condão de apresentar-se como uma alternativa válida a manutenção de liames saudáveis do sujeito com seu próprio grupo social, visando a obtenção de uma barreira eficaz ao processo de alienação.

Pessoas colocadas em estabelecimentos de internação coletiva, seja hospital ou presídio, continuam sendo sujeitos de direitos, portanto portadores de direitos subjetivos que não podem ser negados, se é que é verdadeira e não hipócrita por parte da sociedade essa tão difundida premissa da recuperação, seja a recuperação da saúde de um doente, seja a reintegração de um apenado por tempo determinado.

Quando a saúde física ou emocional fraqueja ou quando se está sob a aplicação de um poder coercitivo que leva à reclusão compulsória ditada por uma sentença legal, o indivíduo precisará mais do que nunca, de um apoio concreto e de uma assistência efetiva. Esses elementos importantíssimos estão presentes na visita religiosa qualificada e preparada, que pode tornar-se fator de recuperação tanto para doentes internados quanto para apenados reclusos. No caso específico de doentes acentua essa relevância o site Presbíteros:

> A enfermidade põe em evidência a fragilidade e a precariedade da existência humana. Ao mesmo tempo, abre a pessoa enferma para a tomada de consciênciados valores permanentes e transcendentes. O enfermo, entregue ao cuidado dos outros, é levado também a descobrir a solidariedade como essencial para a realização humana. A recuperação da saúde pode então assumir o aspecto de uma "ressurreição", de uma vida nova. (www.presbíteros.com.br/site/direito-dos-enfermos-a-assistencia-religiosa/.

Um dos tópicos recorrentes da Filosofia do Direito é a sempre necessária e nunca plenamente alcançada, coincidência entre as normas jurídicas e a experiência jurídica concreta. Lecionando sobre essa importante

díade – ideal de justiça e experiência jurídica concreta – Miguel Reale cita a contribuição de Rudolf Stammler, autor de *Doutrina do Direito Justo* (1902):

> Há na história, segundo Stammler, exemplos em abundância demonstrando que,muitas vezes, o Direito Positivo entra em conflito com os ideais do justo. Requer-se,no entanto, que o Direito seja sempre uma "*tentativa de direito justo*". Pode ser uma tentativa falha, um esforço malogrado, mas o que é indispensável é que haja tensão no sentido do justo, inclinação rumo ao ideal de justiça. Sem essa referibilidade ao justo não há Direito, afirma Stammler, que nos põe, desse modo, perante um problema que só pode ser enunciado, mas não resolvido, no quadro de sua concepção lógico-formal. (2002, pgs. 296-297).

A busca constante do ideal de justiça através de preceitos legais que, reconhecidamente, tem suas limitações, enfim, uma busca da materialização da justiça, está bem sintetizada nesse comentário de Bittar e Almeida:

> A justiça (*iustitia)* e o justo (*iustum)* interessam ao estudo do direito; mais ainda, o direito (*ius)* interessa ao estudo da justiça e do justo. Quer-se concluir, portanto, que se inter-relacionam, sendo que o direito visa poder estabelecer de maneira plena a justiça. Direito, nesse sentido, não pode ser outra coisa senão uma busca de *iustitia.*
>
> Logicamente, não são o mesmo. Todavia, o que é justo por natureza não pode estar plenamentecontido no direito. O direito não é a justiça, maior das virtudes, mas busca a realização da justiça. (2005, p. 204).

As visitas religiosas em hospitais e presídios estão claramente preceituadas no texto constitucional e infraconstitucional, mas a dificuldade encontra-se, em muitos casos, na obtenção da materialidade e concretude desses mesmos preceitos legais.

Os representantes de ramos religiosos legalmente instituídos no país esbarram constantemente em determinações legais e normas internas das instituições hospitalares e dos estabelecimentos prisionais, que, por seu turno, afirmam que tais normas internas são indispensáveis ao bom funcionamento bem como a segurança desses locais de internação coletiva.

Em um caso concreto podemos referir a um determinado agente religioso que munido do texto constitucional deseja realizar uma visita em determinado hospital, mas é barrado e queixa-se então que o preceito da lei magna transformou-se em letra morta, vitimado fatalmente por uma simples portaria de um provedor de Santa Casa de Misericórdia.

É justo também, ainda no terreno dos exemplos concretos, se referir aos

administradores de hospitais e de presídios que também tem suas queixas quanto aos problemas causados no estabelecimento por visitas religiosas mal conduzidas e realizadas por pessoas sem o mínimo de treinamento e capacitação. Parece justo e sábio, nesse ponto, esperar que ocorra uma busca de equilíbrio entre direitos e deveres, tanto por parte dos interessados na realização das tais visitas religiosas, quanto por parte dos administradores dos estabelecimentos de internação coletiva, no caso, presídios e hospitais.

2. A LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL.

Vejamos o que está registrado na Lei Magna, Constituição Federal de 1988 quanto à matéria em tela: Art. 5º, *caput*:Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

E em seguida, dentre outros incisos, o de nº VII que preceitua: é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. Alexandre de Moraes comenta assim:

> A previsão constitucional encerra um direito subjetivo daquele que se encontra internado em estabelecimento coletivo. Assim, ao Estado cabe, nos termos da lei,a materialização das condições para a prestação dessa assistência religiosa, que deverá ser multiforme, ou seja, de tantos credos quanto os solicitados pelos internos. (2011, p.141).

Observe-se que, em harmonia com nossa Carta Magna, a Lei de Execução Penal (LEP 7.210 de 13 de julho de 1984) busca a meta de "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (cf. artigo 1º) fixando as diretrizes que garantam a materialização do direito constitucional aludido.

A seção VII da LEP refere-se ao item Assistência Religiosa, sendo que o art. 24 trata da assistência religiosa, com liberdade de culto, prestada aos presos e aos internados, sendo permitida participação nas atividades organizadas no estabelecimento penal "bem como a posse de livros de instrução religiosa".

Enquanto o parágrafo primeiro do art. 24 cuida de requerer espaço físico apropriado para cultos religiosos, o parágrafo segundo vai tratar de liberdade da adesão ou não à atividade de cunho religioso. A participação deve ser totalmente voluntária, pois está garantido no diploma legal citado que "nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa".

Na legislação federal enfocamos inicialmente a Lei 9982 de 14 de julho de 2002 que preceitua em seu artigo 1º:

> Aos religiosos de todas as confissões assegura-se o acesso aos hospitais da rede pública ou privada, bem como aos estabelecimentos prisionais civis e militares,para dar atendimento religioso aos internados, desde que em comum acordo com estes, ou com seus familiares no caso de doentes que já não mais estejam no gozo de suas faculdades mentais.

Dessa forma, a regulamentação infraconstitucional busca o equilíbrio entre direitos e deveres, tão fundamental no espírito republicano, e simultaneamente estabelece um consenso mínimo para a realização da visita, ou seja, a concordância do interessado ou de seus familiares.

Quando pensamos no termo assistência religiosa, devemos ter em mente que ela pode ocorrer desde a sua forma mais simples, como uma visita de pessoa à pessoa, do religioso que encontrará o apenado ou o doente, até formas coletivas como as garantidas na LEP – Lei de Execução Penal – com caráter coletivo e uma determinada liturgia específica para cada ocasião e público. O que mais importa é o sentido de pertencimento[59], ou seja, a assistência religiosa individual ou coletiva deve ser sempre solicitada, permitida, consentida. Essencial aqui verificarmos que do ponto de vista da sociologia importa o aspecto externo e suas demonstrações e adesões a um determinado culto ou religião.

Não é função do legislador, quando da produção do texto que oferece as garantias aos direitos individuais, como desse em foco, o direito a assistência religiosa para pessoas que se encontram em estabelecimento de interna coletiva, questionar a subjetividade da conversão ou adesão a um determinado segmento religioso.

É justa essa lembrança na medida em que, se não há problemas dessa ordem no que tange a assistência religiosa prestado em hospitais, no que se refere aos internos em estabelecimentos prisionais, muitas adesões ou conversões tem sido questionadas como sendo meras estratégias para obtenção de benefícios ou regalias. Como já foi dito, o modo de olhar para essa adesão do sujeito a um determinado ramo religioso ou código de condutas religiosas é objetivo, naquele sentido ensinado por Durkheim na obra As Regras do Método Sociológico: "é um fato social toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coação exterior". (1983, pgs. 92/93).

Obviamente deve ser lembrado que os termos hospital e presídio são expressões gerais, amplas. Quanto maior for o número de especificidades maior será a necessidade de um detalhamento das normas internas. Religiosos interessados em realizar essa assistência prevista no art. 1º da Lei 9.982, deverão

---

[59] Apoiado em Berger e Luckman (1973), especialmente o conceito de socialização secundária, Antônio Máspoli de Araújo Gomes comenta na Revista Ciências da Religião que os indivíduos que a compõem (coletividade religiosa) sentem-se ligados uns aos outros pelos laços de uma crença comum. Formam uma sociedade cujos membros estão unidos, porque representam da mesma maneira o mundo sagrado e as relações desse com o mundo profano e porque traduzem essa representação comum em práticas idênticas. (2004, p. 39).

se lembrar que um hospital geral proporcionará a assistência aos internos com mais facilidade que um hospital psiquiátrico, embora, diga-se de passagem, que o número destes tem diminuído na esteira da chamada Luta Antimanicomial, ao mesmo tempo em que aumenta o número de CAPS – Centros de Atenção Psico-Social que enfatizam a necessidade do contato diário com a família, suprimindo-se a internação.

Verifica-se claramente esse processo de desinstitucionalização no Relatório do Ministério da Saúde, SAS/DAPES, Saúde Mental em Dados-8, de 8 de janeiro de 2011 que relata: "a cobertura em saúde mental no Brasil ao final de 2002 quando existiam 424 CAPS era de 21%" (Disponível em bvsms.saude.gov.br/brs/periódicos/saúde_mental_dados_v8.pdf p. 5).

Com a ênfase mudando gradativamente de internação para o modelo hospital-dia, onde o indivíduo retorna diariamente ao convívio familiar ocorre que "em dezembro de 2010 temos 1.620 CAPS e 66% de cobertura" conforme o mesmo relatório oficial (p.5). Corrobora com esse grande aumento dos CAPS o decréscimo dos leitos psiquiátricos do SUS – Sistema Único de Saúde – que diminuíram de 51.393 em 2002 para 32.735 em 2010, conforme o relatório citado (p.16).

De igual forma, será mais viável a visita religiosa em um CR – Centro de Ressocialização do que em um presídio federal, ou mesmo estadual de segurança máxima, por razões óbvias de restrições de acesso às áreas.

É nessa direção que labora o art. 2º, da Lei 9.982:

> Os religiosos chamados a prestar assistência nas entidades definidas no Art. 1º deverão em suas atividades, **acatar as determinações legais e normas internasde cada instituição hospitalar ou penal,** (grifo nosso) a fim de não pôr em riscoas condições do paciente ou a segurança do ambiente hospitalar ou prisional.

É tão real a possibilidade de excessos ou restrições infundadas nessas determinações legais e normas internas de cada instituição hospitalar ou penal, que, por ocasião da aprovação da matéria, foi necessária a aplicação de veto parcial por parte do Executivo. Em 2002, à frente do Executivo Federal, o Sr. Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, cuidou de evitar excesso de poder decisório para as entidades, ao suprimir pela via do veto parcial o parágrafo único do Art. 1º que preceituava: a prestação de assistência religiosa não será permitida se, a juízo das entidades supra-referidas, houver risco à vida ou à saúde do interno ou do religioso.

Se examinarmos atentamente as razões do veto, verificaremos que em consonância com o espírito republicano das leis e de suas aplicações – preservação das garantias e direitos individuais sem excessos de tutela estatal – o Presidente Fernando Henrique Cardoso buscou um ponto de equilíbrio entre o individual e o coletivo.

Instado a se manifestar, assim se pronunciou, em essência, o Ministério da Justiça sobre o dispositivo acima transcrito:

> Há de ser feita ressalva ao parágrafo único do projeto por condicionar a prestação de assistência à concordância dos estabelecimentos hospitalares e prisionais, civis ou militares, a pretexto de risco à vida ou à saúde do interno, o que caracteriza **um excessivo regramento** (grifo nosso) em tema que se deve reservar ao alvedrio das pessoas envolvidas: o próprio paciente e seus familiares. De fato, o dispositivo em questão, ao excluir o paciente ou recluso, bem assim seus familiares, do processo decisório relativo à prestação ou não da assistência religiosa, transferindo à pessoa jurídica – em caráter absoluto e peremptório – a decisão da matéria, malfere o núcleo mínimo garantido pelos incisos VI e VII do Art. 5º da Constituição.(WWW.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/mensagem_veto/mv0960-00.htm).

Essa linha de argumentação evitando o chamado regramento excessivo e resguardando a garantia individual nessa matéria – assistência religiosa em estabelecimentos de internação coletiva é preceito constitucional, como ficou demonstrado – está em harmonia com um importante princípio da interpretação constitucional: o princípio da máxima efetividade.

Pedro Lenza na obra Direito Constitucional Esquematizado, esclarece nesses termos o significado do princípio da máxima efetividade:

> Também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva,o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social. (2011, p. 148).

Essa busca pela máxima efetividade das normas constitucionais deverá se constituir numa atividade permanente, infatigável e recorrente dos operadores do Direito, uma vez que a efetiva aplicação do que está preceituado no âmbito dos direitos fundamentais é um desafio constante.

3. NORMATIZAÇÕES ESPECÍFICAS DE ASSISTÊNCIA RELIGIOSA.

Enfocaremos em seguida dois conteúdos ligados com a assistência religiosa em estabelecimentos de internação coletiva, de forma mais específica e detalhada. Inicialmente a partir do Manual de Procedimento – Regimento Interno padrão dos estabelecimentos prisionais do estado de São Paulo e em seguida, uma portaria de nº 02/2013, da Secretaria de Saúde do estado da Bahia.

3.1 – Manual de Procedimento – Regimento interno padrão dos estabelecimentos prisionais do estado de São Paulo

De acordo com o Manual de Procedimento – Regimento interno padrão dos estabelecimentos prisionais do estado de São Paulo (disponível em www.funap.sp.gov.br/legislaçao/manual/Manual_de_proc_reg_interno.pdf, na secão I, dos Direitos, conforme art. 23, "são direitos básicos comuns do preso" dentre outros:

III – receber visitas;

XVI – prática religiosa, por opção do preso, dentro do programa da unidade.

Observe-se aqui que essa prática estará condicionada ao oferecimento das atividades de cunho religioso mas as mesmas esbarram em limitações as mais diversas, inclusive arquitetônicas e financeiras, conforme será visto em outro item adiante, onde se condiciona o oferecimento a disponibilidade financeira (art. 75, parágrafo único).

Corrobora com esse caráter precário do oferecimento da atividade por parte da estrutura estatal a observação de Gonçalves, Coimbra e Amorim, na Revista Intertemas, quando enfoca em artigo o trabalho da Pastoral Carcerária, que dentro de sua atividade religiosa, acaba por suprir uma lacuna no âmbito jurídico:

> O caso da Pastoral Carcerária nos ajuda a dimensionar a questão. A entidade católica, que atua com cerca de 4 mil voluntários nos inúmeros presídios brasileiros, tem como um de seus principais focos de ação o acompanhamento jurídico dos detentos. A Pastoral disponibiliza em seu site uma apostila para formação de seus agentes com informações de "onde procurar os seus direitos em termos de justiça" (2007b, p.47), além de manter advogados em seus escritórios...Dessa maneira, as instituições religiosas, principalmente evangélicas e católicas, suprem as carências, preenchem as lacunas deixadas pelo Poder Público em não violar o princípio da Dignidade Humana. A partir de seus recursos, os agentes religiosos assistem materialmente e juridicamente fornecendo-lhes condições mínimas de higiene e de defesa,respectivamente. (2010, p. 246).

Mais adiante o citado Manual do sistema carcerário paulista estabelece no art. 27 os deveres dos presos. Consta no item XIV que é exigido do preso que se submeta as normas contidas no regimento, destacando-se para o presente estudo, as letras g e h. A letra g exige que o preso obedeça as normas das "atividades escolares, desportivas, religiosas, de trabalho e de lazer" e na letra h acatamento de normas da "assistência religiosa".

Em forma ainda mais específica temos adiante o título V, Da Assistência e Garantia dos Direitos do Preso. O capítulo I da assistência estabelece no art. 75: "A assistência prestada ao preso nos aspectos material, à saúde, jurídica,

educacional, social, psicológica e religiosa, obedecerá aos procedimentos consagrados pela legislação vigente". E afirma o parágrafo único: "A unidade prisional deverá dispor de recursos para garantir o programa de atividades assistenciais".

A assistência religiosa está prevista na seção VI no art. 86: "A assistência religiosa, respeitada a legislação vigente e com as cautelas cabíveis, será prestada ao preso assegurada a liberdade constitucional de culto e observado o seguinte:

I – Acesso a representantes de credo religioso, sejam ministros, pastores e voluntários ligados a movimentos religiosos;

II – Local adequado para celebração de cultos religiosos, assistência individual e acesso a livros de instrução religiosa."

3.2 – A assistência religiosa no contexto hospitalar.

Tem sido um campo menos polêmico ou complexo do que o campo da assistência religiosa no âmbito prisional, a assistência religiosa no contexto hospitalar, uma vez que a própria condição de fragilidade em que se encontram essas pessoas internadas colabora para maior tranquilidade do uso desse direito. Pode ser acrescentando ainda que também atua na direção dessa realização mais pacífica da visitação um razoável grau de regulamentação por parte das entidades, com horários definidos previamente, número de pessoas permitidas, acessos restritos em determinadas áreas como U.T.I. – Unidade de Terapia Intensiva – e providências assemelhadas.

Apesar dessas considerações, vale observar que mesmo no ambiente hospitalar, a utilização do direito constitucional de realização de assistência religioso constituiu alguns pontos de tensão, levando a necessária regulamentação que é analisada a seguir.

Assistência religiosa em hospital – Em portaria nº 02/2013 da Secretaria da Saúde da Bahia, assinada pelo titular Jorge José Santos Pereira Solla, consta no art. 6º que "a instituição interessada em ministrar assistência religiosa em estabelecimento de internação coletiva deverá realizar o seu cadastramento..."

Essa forma de cadastramento para posterior credenciamento, tem sido uma prática relativamente comum por parte de estabelecimentos hospitalares. Essa postura permite um maior controle sobre os voluntários ou ministros religiosos de quaisquer confissões que visitem com certa regularidade determinado hospital. Vale lembrar que uma visita esporádica, por parte de um ministro religioso pode ocorrer e nesse caso o mesmo deverá apresentar na portaria do estabelecimento, um documento ou credencial que o qualifique como agente religioso.

Um pouco adiante a mesma portaria aludida, respeitando a devida correlação entre direitos e deveres, preceitua no art. 8º:

> No caso de comportamento incompatível do representante da entidade religiosa com as finalidades do credenciamento, a autorização poderá ser suspensa pelo

> prazo de até 90 (noventa) dias garantido o direito de defesa ao imputado. (Disponível em www.saude.Ba.gov.br/images/arquivos/cidadão_usuario/portaria_assistencia_Religiosa_2013.pdf Acesso em 11/02/2014).

O inciso I do referido artigo, reflete uma postura preventiva dentro de um cenário de intenso sincretismo religioso e multiplicidade de formas de expressão religiosa, com o alvo de manter o bom funcionamento do hospital sem ferir o preceito legal da assistência religioso que os diversos segmentos podem realizar: "Será suspenso da assistência religiosa o representante religioso que incorrer em provocação e/ou disputa entre as celebrações com membros de outra entidade religiosa".

Em uma postura que bem dimensiona a importância dessa temática de assistência religiosa em estabelecimentos de internação coletiva, a religião majoritária do campo religioso brasileiro, a Igreja Católica Romana, cuidou bem da matéria no Acordo assinado entre a Santa Sé e a República Federativa do Brasil, em 13 de novembro de 2008, com ratificação do Congresso Nacional em 2009. Inseriu-se no art. 8º:

> A Igreja Católica, em vista do bem comum da sociedade brasileira, especialmente dos cidadãos mais necessitados, compromete-se, observadas as exigências da lei, a dar assistência espiritual aos fiéis internados em estabelecimentos de saúde, de assistência social, de educação ou similar, ou detidos em estabelecimento prisional ou similar, observadas as normas de cada estabelecimento, e que, por essa razão, estejam impedidos de exercer em condições normais a prática religiosa e a requeiram. A República Federativa do Brasil garante à Igreja Católica o direito de exercer este serviço, inerente à sua própria missão. (www.presbiteros.com.br/site/direitos-dos-enfermos-a-assistencia-religiosa).

Deve ser levado em conta que a despeito de perdas substancias em sua membresia, década após década, continua sendo a Igreja Católica inegavelmente majoritária estatisticamente no campo religioso brasileiro. Considere-se ainda que, o próprio fato de que essa entidade religiosa, a ICAR – Igreja Católica Apostólica Romana ter assinado com o Estado brasileiro um Acordo que mereceu inclusive aprovação formal do Legislativo, bem atesta o alto grau de influência remanescente.

Essa influência é dinâmica e é exercida não apenas pela religião majoritária mas também pelas demais denominações religiosas que se inserem, legitimamente, nessa atividade de visitação religiosa para pessoas internadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Como ideal de conduta da civilização pode ser citada a famosa frase que o cânon sagrado coloca na boca do fundador do Cristianismo, Jesus Cristo: "estava nu, e me vestistes; enfermo e me visitastes; preso e fostes ver-me". (Evangelho, Mateus, capítulo 25, versículo, 36, 2009, p. 1270).

Na linguagem mais jurídica e formal, os hipossuficientes já existiam no primeiro século da Era Cristã, quando esse preceito foi lançado. Aliás, com nomenclaturas mais genéricas os chamados hipossuficientes desde sempre marcaram presença na história humana. Como expressão formal e positivada de uma determinada moral vigente e de um consenso ético mínimo o Direito prescreve o tratamento que deve ser dado a esse enfermo e a esse preso: a assistência. Quando, entretanto, começamos a descrever o que está prescrito, e o colocamos em contraste com o descrito, verificamos que há ainda um longo caminho a percorrer.

O prescritivo: Preceito constitucional. Legislação infraconstitucional. Manuais, portarias e regulamentos. O mundo oficial. O descritivo: Limitações. Excessos de burocracia. Ausência de recursos. O mundo "subterrâneo".

A prática e a legislação podem estar distantes. A despeito disso a assistência religiosa em estabelecimentos de internação coletiva continuará ocorrendo, a despeito de eventuais dificuldades ou desvirtuamentos. Com tensões e ambiguidades, conforme se pode perceber nessa observação final sobre a distância entre o prescritivo e o descritivo:

> Mais do que os pastores das igrejas que vêm de fora, ou dos presos que são responsáveis pelas igrejas dentro da cadeia, quem realmente determina o que deve ou não ser feito para e pelos evangélicos são os pilotos, os líderes das facções organizadas que mantém o controle da prisão. (Dias, p. 19, 2006).

A constatação do artigo é a de que embora se reconheça claros distanciamentos entre a legislação e a prática, a assistência religiosa em estabelecimentos de internação coletiva se afirma, tanto no que tange a hospitais quanto no que se refere a presídios, como fértil campo para a reflexão crítica do Direito, e mais do que isso, da busca permanente da Justiça.

Obviamente essa busca não se dará apenas no âmbito individual. É verdade que o cidadão consciente e cônscio dos seus direitos fundamentais deverá buscar a utilização plena de cada um desses direitos, no caso em tela, a busca de visitação religiosa para si ou para outrem, seja no contexto da internação hospitalar, senão no caso de aprisionamento por parte do Estado.

Entretanto, além do âmbito individual, inquestionável em seus fundamentos, também o Estado e a sociedade deverão se interrogar sobre quais aspectos são merecedores de melhorias no que tange ao tópico visitação religiosa em estabelecimentos de internação coletiva como os citados – hospitais, sejam públicos ou privados, e presídios, sejam civis ou militares.

Na hipótese de providências por parte dos Estados federados de contratação de um maior número de Defensores públicos, certamente a assistência jurisdicional seria prestada de forma mais eficiente, conforme também preceitua nossos textos constitucionais e infraconstitucionais.

Entretanto, o que se vê é um descaso que leva até mesmo a assistência religiosa a sofrer desvios vários e desvirtuamentos. Os agentes religiosos, premidos pelas circunstâncias adversas daqueles que se encontram aprisionados, acabam, muitas vezes, assumindo uma função que não é primariamente deles.

Inegável que na esteira dessa omissão e descaso por parte do Poder Público, de transferir suas obrigações a terceiros – uma vez que é de clareza meridiana que o indivíduo encontra-se sob tutela estatal e o Estado tem responsabilidades sobre sua condição, inclusive processual – podem ocorrer lacunas indesejáveis que certamente não permanecerão no vácuo: serão preenchidas, muitas vezes por entes sociais que nesse processo de conquista de espaço poderão se voltar contra a própria sociedade em seu funcionamento normal.

Referências:

BERGER, Peter Ludwig e LUCKMANN, Thomas, *A Construção Social da Realidade***.** Petrópolis: Vozes, 1973.

BÍBLIA de estudo de Genebra. 2º edição Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, São Paulo: Cultura Cristã, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito.* 4º edição. São Paulo: Atlas, 2005.

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

BRASIL. Lei nº 7.210 de 13 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial* [da] Repúlbica Federativa do Brasil. Brasília DF, 13/07/1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/7210.htm> Acesso em: 26/06/2014.

BVSMS.Saude.gov.br/BVS/periódicos/saúde_mental_dados_v.8.pdf Acesso em 27/06/2014.

CIÊNCIAS DA RELIGIÃO: *Revista História e Sociedade***.** Ano I nº 1, São Paulo: Editora Mackenzie, 2003.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *Plural – Revista do Curso de Pós-Graduação em Sociologia da USP.* Nº 13, 2º Semestre – São Paulo: Edusp, 2006.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico.* 2º edição, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

FOUCAULT, Michel. *História da Loucura.* 8º edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2005.

INTERTEMAS – *Revista da Toledo***,** v. 15 – 2010. Presidente Prudente: Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 15º edição. Rev., atualizada

e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.
MAFFESOLI, Michel. *O Tempo das Tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa.* 3º edição. Rio de janeiro: Forense Universitária, 2000.
MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 8º edição. Atualizada até EC nº 67/10. São Paulo: Atlas, 2011.
REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 20º edição. São Paulo, Saraiva, 2002.
www.funap.sp.gov.br/legislaçao/manual/Manual_de_proc_reg_interno.pdf, acesso em 28/06/2014.
www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/mensagemveto/mv0960-00.htm, acesso em 11/02/2014.
www.presbiteros.com.br/site/direito-dos-enfermos-a-assistencia-religiosa/ acesso em 11/02/2014.
www.saude.ba.gov.br/images/arquivos/cidadao_usuario_portaria_assistencia_religiosa_2013.pdf, acesso em 11/02/2014.

AUTONOMIA PRIVADA E PROPORCIONALIDADE: COMENTÁRIOS SOBRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

João Francisco Martins dos Santos[60]
Matheus Arcangelo Fedato[61]

Resumo
O presente trabalho busca realizar um estudo acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com base na análise dos princípios da autonomia privada e da proporcionalidade. O artigo se preocupou em trazer uma pequena análise histórica da autonomia privada, bem como a redefinição de seu conceito nos dias atuais, procurando também estabelecê-la como elemento primordial dentro das relações particulares. Relações estas, que como será visto, também estão sujeitas à incidência dos direitos fundamentais, no fenômeno que se chama eficácia horizontal. Foi abordada, então, a maneira pela qual essas garantias serão aplicadas nas relações privadas, o que implicará na redução da autonomia privada e no uso da ponderação de princípios. A proporcionalidade surge como princípio norteador dessa efetividade, devendo cada caso concreto ser observado a luz desse ditame. Por meio dessa regra, a colisão de direitos deve ser solucionada sempre buscando os ideais de justiça e bem comum, tendo em vista que um princípio não é maior que o outro, mas apenas deixa de atuar em determinado caso, para que outro de igual importância assuma a direção.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sempre foram vistos como normas de defesa do indivíduo perante o Estado e também como prerrogativas que aquele órgão deveria oferecer aos cidadãos. Sua aplicação nas relações particulares sempre foi vista com olhos duvidosos, pois a perspectiva de que as pessoas poderiam exigir uma das outras o respeito a essas garantias implicaria numa redução da própria liberdade individual.

Observa-se, portanto, que o tema é atual e de grande importância, pois se relaciona à aplicação e efetivação dos direitos fundamentais, vistos como mecanismos de alcance da justiça e da paz social. O presente trabalho buscará analisar a incidência desses direitos nas relações privadas e as consequências jurídica daí decorrentes.

O estudo foi dividido em dois grandes capítulos. O primeiro tratará do princípio da autonomia privada como elemento base de formação das relações particulares, bem como a possibilidade de sua restrição pelo poder estatal. Será apreciada também a aplicação dos direitos fundamentais nesses tipos de relações, bem como a forma que esta incidência se dará. O segundo capítulo abordará a utilização do princípio da proporcionalidade como solução para os conflitos existentes na aplicação dessas garantias fundamentais sobre os

[60] Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Vinculado à Universidade como bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica sob a orientação do Professor Doutor Vladimir Brega Filho.

[61] Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Vinculado à Fundação Araucária como bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da própria UENP sob a orientação do Professor Mestre Luiz Fernando Kazmierczak.

negócios particulares. Serão avaliados casos específicos, com o propósito de demonstrar que o direito fundamental que deve prevalecer dependerá do estudo do caso concreto.

Como método científico, optou-se pelo uso do dedutivo, partindo de uma idéia geral de eficácia horizontal, até chagar-se a análise de casos específicos em que a irradiação dos direitos fundamentais causa conflitos de princípios. A técnica de pesquisa adotada no trabalho foi a bibliográfica, onde foram coletadas informações sobre o posicionamento de diversos autores consagrados, que contribuíram para a consolidação das idéias propostas. Buscou-se, além disso, a interpretação de algumas decisões jurisprudenciais, que ajudaram na elucidação do tema.

1. AS RELAÇÕES PRIVADAS E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo fará uma análise do princípio da autonomia privada e sua incidência nas relações individuais, além de comentários sobre sua limitação pelo poder estatal. Será tratada também, de maneira objetiva, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares e o modo como esses direitos incidirão sobre a esfera privada.

1.1 A autonomia privada como princípio base das relações privadas

O homem, como ser livre, sempre foi capaz de determinar os caminhos que pretendeu seguir. A liberdade no mundo pós-Revolução Francesa adquiriu um status tão elevado que foi colocada em um patamar nunca visto anteriormente. Dentro dessa sistemática, os indivíduos poderiam se relacionar da maneira que bem entendessem e com quem achassem conveniente, tendo como única limitação a própria liberdade individual do outro contratante, naquele caso concreto.

Esse poder conferido aos indivíduos, tão natural e inerente a própria condição humana, parecia não precisar de regulamentação alguma. No entanto, a experiência com os governos absolutistas deixou claro que era necessária uma proteção. Essa guarda, no mundo das revoluções liberais do século XVIII, se deu através da Constituição. A Lei Maior de cada país, além de regular a organização do Estado e suas funções, se dedicava também à garantia de direitos mínimos aos cidadãos. Direitos esses, que na conjuntura social da época, se materializavam na defesa do homem contra o poder Estatal, buscando coibir abusos e garantir principalmente a liberdade individual.

Essa nova onda de idéias liberais alcançou o seu ápice com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França. Nela estão expressas todas as conquistas e ideias difundidas pela revolução, que eclodiu buscando instaurar uma nova ordem política e social, provocando a ruptura definitiva com o absolutismo opressor da época. Os direitos assegurados pela declaração trazem a liberdade como elemento definidor do ser humano. Assim, tem-se a garantia da propriedade privada, a resistência a opressão, a prerrogativa de poder fazer tudo o que não prejudique a outrem, o

princípio da legalidade penal, a livre comunicação de pensamentos e opiniões, dentro outros. Eram os chamados direitos de primeira dimensão ou liberdades públicas.

Percebe-se que todas essas prerrogativas citadas giram em torno de um único princípio: o da liberdade. Este, no âmbito particular, adquire o nome de autonomia privada, sendo conceito basilar da ordem privada em todos os ordenamentos jurídicos capitalistas modernos. Sua versão mais tradicional o coloca como a possibilidade dos cidadãos fazerem tudo o que bem entenderem, limitados apenas pela moral, bons costumes e a própria liberdade dos seus pares. A função do Estado era apenas a de garantir essa liberdade, interferindo minimamente e apenas se extremamente necessário na vida particular.

Com o passar dos anos e o desenvolvimento industrial no mundo ocidental, as desigualdades sociais aumentavam gritantemente, a ponto de eclodirem vários movimentos sociais no final século XIX e início do século XX. O surgimento de uma classe operária e trabalhadora, que não tinha o devido usufruto dos direitos assegurados nas constituições, implicou na necessidade de uma atuação estatal para garantir o real exercício das liberdades públicas. Aquele Estado inerte e não intervencionista não condizia mais com a realidade da época.

Essa ruptura na cultura individualista da época provocou uma mudança de pensamento que abalou fortemente as estruturas da autonomia privada. A doutrina tradicional rechaçava a possibilidade de limitação estatal da liberdade individual, tida como princípio máximo pela burguesia da época. No entanto, as pressões populares foram tão fortes que as classes dominantes, temendo uma rebelião maior, assim como ocorrera na Rússia socialista, passaram a buscar uma atividade estatal mais presente, na tentativa de efetivação dos direitos.

O conceito da autonomia privada sofreu profundas mudanças, pois agora a sua limitação não estava assentada apenas na liberdade dos outros indivíduos, mas também na lei. Os cidadãos ainda poderiam disciplinar suas próprias relações, no entanto, os limites destas eram impostos agora pelo ordenamento jurídico. Princípios constitucionais novos foram ganhando força, como o da função social do contrato e da propriedade e o do equilíbrio contratual. Outros foram adquirindo nova roupagem, como o da força obrigatória dos contratos e o princípio máximo da dignidade da pessoa humana. Este último apareceu como forte limitador da autonomia privada.

No estágio atual, Francisco José Marques Sampaio define a autonomia privada como o "poder de autodeterminação e auto-regulação reconhecido aos indivíduos para que disciplinem seus interesses, disponham sobre seus bens e direitos e contraiam obrigações conforme mais lhe convenha, respeitado o estabelecido em lei".[62] O que se percebe, portanto, é que não se busca uma regulamentação minuciosa de todos os atos da vida privada, estabelecendo detalhadamente tudo aquilo que a lei permite e o que ela rejeita. Na verdade, essa limitação deve ser muito mais principiológica e sempre buscando a

[62] SAMPAIO, Francisco José Marques. **Negócios jurídicos e direitos difusos e coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 34

proteção de um bem jurídico maior: o interesse público.

Nos últimos anos, entretanto, a problemática ganhou uma nova roupagem, principalmente em relação à postura pró-ativa do Judiciário brasileiro, que é forçado a dar uma resposta às questões colocadas sob seu crivo. Muitos casos relacionados a conflitos entre direitos fundamentais que envolvem a esfera privada são levados aos tribunais, que se vêem obrigados a decidir questões que historicamente nunca fizeram parte da esfera pública de atuação.

O princípio da autonomia privada vem cada vez mais sendo restringido pelas normas de direito, na busca de uma posição justa para ambos os lados. Francisco José Marques Sampaio analisa a questão com brilhantismo ao afirmar que "parece de essencial importância a busca de um ponto de equilíbrio entre a liberdade de cada indivíduo de disciplinar seus particulares interesses com a liberdade e necessidade de se imporem normas de interesse público capazes de coibir abusos e assegurar o equilíbrio contratual ou negocial entre as partes". [63]

Conflitos sempre existem e continuarão existindo e a atuação do Poder Judiciário se faz necessária. Esse confronto de normas só é possível, pois se reconhece que os direitos fundamentais também devem permear as relações privadas. Se fosse considerado que as normas e garantias fundamentais só vinculam o Estado, o problema estaria resolvido. No entanto, estes direitos também podem irradiar seus preceitos sobre aos particulares, que devem observá-los nos negócios e contratos que forem efetuar. A esse fenômeno dá-se o nome de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que será analisado a seguir.

1.2 A problemática da eficácia horizontal

Os direitos fundamentais sempre foram vistos como prerrogativas do indivíduo em face do Estado. As liberdades públicas implicavam uma abstenção estatal em relação aos atos da vida privada e os direitos sociais buscavam uma atuação positiva e incisiva do Estado na efetivação dos direitos. Ambos tinham como sujeito passivo apenas esse mesmo órgão. A divergência começava quando se indagava sobre a possibilidade desses mesmos direitos serem aplicados contra os próprios particulares.

A doutrina tradicional sempre rechaçou essa ideia, pois tinha o entendimento de que os direitos fundamentais deveriam se materializar em ações estatais. Primeiro a sua abstenção, nas liberdades públicas, e, posteriormente, uma atuação positiva, nos direitos de segunda dimensão. A teoria de que eles pudessem ser exigidos dos próprios indivíduos não era aceita, devido o próprio princípio da liberdade individual. No entanto, principalmente após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial e dos ideais nazistas, ocorreram profundas mudanças no constitucionalismo mundial, principalmente na Alemanha.

Um caso específico, colocado sob o crivo do Judiciário germânico, contribuiu para a formação de uma nova teoria a respeito dos direitos

[63]Idem, p. 36.

fundamentais e de sua dupla dimensão. A história era sobre um boicote promovido pelo presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, em 1950, contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, de passado nazista. A distribuidora do filme obteve decisão, na Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a cessação do boicote, usando o artigo 826 do Código Civil alemão como base. O citado dispositivo legal preceitua que fica obrigado a compensar o dano aquele que causar danos intencionais a outrem, e de maneira que ofenda aos bons costumes. Lüth entrou com uma queixa constitucional no Tribunal Constitucional, objetivando a sua liberdade de expressão. A Corte acolheu seu recurso, afirmando que o termo "bons costumes" deve ser observado de acordo com os valores constitucionais, levando em consideração os direitos fundamentais, que também deveriam ser aplicados a esse caso de natureza privada.[64]

Essas decisões da corte alemã foi muito importante para a consagração da dupla face dos direitos fundamentais. Foi observado que além de um caráter subjetivo do indivíduo frente o poder estatal, de abstenção ou prestação deste órgão, existe uma outra dimensão, esta objetiva, pois se estende a todos os ramos do direito e todas as relações individuais, inclusive as privadas.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que "os direitos fundamentais não se limitam à sua função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra os atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos."[65]. Devem, portanto, irradiar sobre todas as relações jurídicas, até porque são direitos decorrentes da própria natureza do ser humano. Os direitos fundamentais são inerentes a todos os indivíduos e por consequência devem ser aplicados também nas relações entre eles próprios.

Assim ocorre, porque o interesse público deve destoar em relação a todos os outros. Os direitos fundamentais possuem uma carga de garantia individual e coletiva, ou seja, são normas tuteladas pelo interesse público. Não seria, portanto, correto os colocarem fora do alcance das relações particulares. Aquilo que é público, que é de interesse maior e geral em relação a todos, deve sempre prevalecer, respeitando, é claro, o mínimo de liberdade aos membros da sociedade.

Superada essa fase, nova divergência surge com relação à maneira pela qual esses direitos devem incidir nas relações privadas. Dentre as mais importantes, destacam-se a teoria da eficácia mediata ou indireta e a da eficácia imediata ou direta. A primeira teoria afirma que são necessárias normas infra-constitucionais para que os direitos fundamentais possam ser aplicados nos negócios privados. A edição de conceitos abertos e cláusulas gerais no Código Civil, como a boa-fé e a função social, por exemplo, serviriam para direcionar o intérprete para que aplique esses direitos nos casos concretos.

---

[64] SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais***:* fragmento de uma teoria. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 261-262.

[65] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 2 ed., Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2001, p. 143

No entanto, pela própria força normativa da Constituição, não se deve conceber a ideia de que os direitos que estão em seu corpo só seriam aplicáveis se o legislador elaborasse alguma lei infra-constitucional permitindo. Preceitua, então, a teoria da aplicação imediata, que eles devem ser aplicados diretamente nos negócios privados. Afirma que a tutela constitucional dos direitos fundamentais possui normas que por si só fazem valer o que nelas está escrito. Não existe a necessidade de regulamentação, porque o que é constitucional é aplicável a tudo o que está por baixo, na escala do ordenamento.

A lei constitucional ocupa, portanto, a posição mais elevada na hierarquia do ordenamento jurídico. Deve alcançar todas as outras normas, que estarão, consequentemente, abaixo dela. Além disso, em relação aos direitos fundamentais, o próprio texto constitucional afirma que terão aplicação imediata. Não necessitam de regulamentação. O que as leis infra-constitucionais trazem são apenas reforços ao texto constitucional, até pela própria tradição brasileira de sempre falar mais do mesmo.

A grande controvérsia só irá surgir quando a aplicação de um desses direitos colide com outros direitos fundamentais também tutelados, principalmente com o da autonomia privada ou alguma de suas vertentes. Como todos são normas constitucionais, não existe supremacia de uma garantia sobre a outra e o conflito deve ser resolvido pela ponderação e o uso do princípio da proporcionalidade em cada caso concreto, tema que será analisado no próximo capítulo.

2 DO PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

Neste capítulo será abordado o princípio da proporcionalidade dentro da temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para começar, é necessário compreender o significado da palavra princípio. Ronald Dworkin denomina princípio como "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade ".[66]

Conforme será exposto nesse trabalho, poderá observar-se que para que os direitos fundamentais tenham sua eficácia garantida dentro das relações privadas, é necessário que haja um sopesamento dos interesses postos no caso concreto.

Quando se fala em eficácia horizontal de direitos, se trata acerca de sua atuação no campo das relações individuais da sociedade, onde o Estado teria que intervir o mínimo possível, de modo que esse é o objetivo do convívio social, qual seja a menor interferência possível do Estado entre particulares.

Assim, a liberdade que os indivíduos têm para com os outros não deve sofrer imposições ou controle drásticos. A autonomia da convivência deve ser respeitada. O fim da criação do Estado é proporcionar que os que nele habitam

[66] DWORKIN, Ronald**. Levando os direitos a sério.** 1 ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P.36. Grifo nosso.

possam usufruir de seu livre-arbítrio do modo como melhor entenderem, de modo pacífico e conforme os ditames legislativos.

Recentemente muito se tem falado sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde é salutar a intervenção estatal para que não haja desrespeito às normas constitucionais nas relações entre particulares. Há casos onde pode ser vista a aplicação imediata de tais direitos, como: RE 160.222-8 (vistoria íntima de mulheres em fábrica de *lingerie*), RE 158.215-4 (violação do princípio do devido processo legal e da ampla defesa na exclusão de associado), RE 161.243-6 (inobservância do princípio da isonomia por empresa aérea francesa com relação a empregado brasileiro), e o RE 201.819, este último que fala acerca da retirada de membro de sociedade sem oportunidade de defesa e que demonstra uma tendência do STF em aplicar a teoria da eficácia horizontal. Desse modo, depreende-se que é crescente a aplicação da eficácia "irradiante" dos direitos fundamentais de maneira direta, o que torna seu estudo ainda mais importante.

Em uma breve análise de tal teoria pode-se perceber que, em grande parte das vezes, ocorrerá o conflito entre normas constitucionais que tem caráter fundamental, como a autonomia privada e a livre iniciativa contra a dignidade da pessoa humana e a máxima efetividade dos direitos fundamentais. E quando se trata da colisão entre normas fundamentais é primordial a utilização da razoabilidade e da apreciação do caso concreto mediante o princípio da proporcionalidade, que será abordado nesse capítulo.

Referido princípio está relacionado à proporção que um direito sobrepor-se-á a outro no caso concreto para que a solução dada ao conflito seja a mais justa possível. A mesma constituição que assegura a autonomia, também garante a dignidade da pessoa humana, portanto:

> [...] sempre que essas garantias, da mesma estatura constitucional, estiverem em conflito, o Poder Judiciário deverá definir qual dos direitos deverá prevalecer, em cada caso, com base no princípio da proporcionalidade[67].

Princípios, conforme leciona Alexy, devem ser entendidos como mandamentos de otimização, haja vista, são normas que preceituam que algo seja satisfeito no maior grau possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas.[68] Podem ser satisfeitos das mais diversas medidas. De modo que quando inevitável o choque entre preceitos de magnitude constitucional, estes não devem ser tomados como mandamentos de maximização, acarretando em uma interpretação isolacionista dos princípios, levando a um entendimento de independência principiológica, onde estes são considerados autônomos e sem relação com o conjunto de direitos fundamentais postos pela Constituição da

---

[67] BRASIL, Tribunal de Justiça – PI. **Apelação Cível 200900010031668 Pi** , Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, Data de Julgamento: 23/02/2011, 3a. Câmara Especializada Cível. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18310180/apelacao-civel-ac-200900010031668-pi-tjpi>. Acesso em: 20 mai. 14.

[68] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 90.

República, mas sim como mandamentos de otimização, onde regidos sobre as máximas de adequação e necessidade, harmonizam-se, respeitando-se e solucionando o caso concreto de maneira a satisfazer os interesses em juízo.

No caso de dois princípios colidirem entre si[69], um deles terá que sucumbir. Porém, um ponto importante, é que o princípio que sucumbirá não deverá ser considerado inválido. Nem que nele deva ser introduzida uma regra de restrição para cada caso. O que ocorre é que em aprazada situação, um preceito apresentará prevalência sobre o outro. Ou seja, nos casos concretos, os princípios demonstrarão ter pesos diferentes, e os que possuírem um maior peso, são os que têm um grau mais elevado de precedência[70]. Uma característica dos princípios é que eles possuem uma dimensão de peso ou importância, diferentemente do modelo de regras[71].

Destarte, tendo como alicerce que princípios possuem uma particularidade de pesos, mister se faz na ocorrência de conflitos entre eles, a utilização ponderação, buscando encontrar no contexto fático qual possui maior valor ou importância.

Dessa análise, pode-se criar uma norma, a lei da colisão, onde o conflito deve ser resolvido com base no sopesamento dos interesses postos. A finalidade dessa avaliação é decidir qual interesse possui um maior peso no caso concreto[72]. De modo que, se por esse método chegar-se ao entendimento de que os direitos da ampla defesa do sócio devem ser respeitados, em oposição ao direito de autonomia privada da associação, então, os direitos daquele prevalecem sobre os desta, recebendo um maior peso no caso concreto. Ratificando, os princípios têm por característica abranger o maior número de possibilidades jurídicas e fáticas, assim a prevalência da ampla defesa sobre a autonomia privada se justifica pela possibilidade de sua realização por meio de ambos os modos[73]. Em resumo, da interpretação do caso concreto, surge o estabelecimento de condições de prevalência, ou das condições em que um princípio precede outro.

Assim, "a questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder" [74]. É claro que tais interesses não possuem um peso predeterminado, restando à compreensão da realidade fática para se mensurar e atribuir um valor mais alto para um em detrimento do outro.

No caso do empregador[75], que exigiu de suas operárias, em

---

[69] Como no caso do RE 201.819, onde do ponto de vista da União Brasileira de Compositores (UBC) o direito à ampla defesa e contraditório não eram permitidos diante da autonomia das relações negociais, e do ponto de vista do sócio excluído, tais direitos eram permitidos mesmo diante da autonomia privada.

[70] Idem. Ibidem. p. 94.

[71] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1 ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

[72] Op. cit. p. 95.

[73] Ressalte-se aqui o caráter de otimização dos princípios, e não de maximização, pois se assim fosse, estes deveriam ser considerados isoladamente, impossibilitando desse modo a ponderação.

[74] Op. cit. p. 97.

[75] RE 160.222 – RJ (Relator Ministro Sepúlveda Pertence)

cumprimento de cláusula contratual, submissão à revista íntima, sob ameaça de demissão por justa causa, observa-se que realização de tal procedimento, mesmo estabelecida em contrato, que faz "lei entre as partes", implica em afronta a dignidade da pessoa humana, por meio de constrangimento ilegal, fazendo com que as trabalhadoras tivessem violadas sua intimidade e imagem. Consequentemente, "se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida." [76]

Referido posicionamento já encontra acolhida na jurisprudência pátria, de modo que:

> O ato fere a dignidade da pessoa humana, não podendo dispositivo normativo ou contratual ignorar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da proteção à intimidade, o que afasta a suposta licitude da prática de revista dos trabalhadores. A dignidade humana jamais pode ser violada a pretexto de mera desconfiança generalizada quanto à ameaça ao patrimônio do empregador. Sendo a vida o principal bem do ser humano, a honra lhe segue imediatamente em importância, situando-se acima do patrimônio material na escala dos valores protegidos pelo Estado Democrático de Direito.[77]

Percebe-se pelo exposto, a enorme importância dada à dignidade da pessoa humana, que é preceito basilar nas sociedades modernas. Conforme o Artigo 1.º, inciso III da Carta Magna: "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: a dignidade da pessoa humana". E de outro modo não poderia ser, pois, no decorrer da história, muitas coisas horrendas aconteceram, onde referido preceito foi desrespeitado, rechaçado, mitigado, esquecido ou tido como inexistente. Batalhas duríssimas foram travadas para que hoje se possa dar a dignidade da pessoa humana um caráter de fundamentalidade, que deve ser sempre considerada, porque, como dito, ela é um sustentáculo da vida contemporânea.

Ainda, observa-se a estima conferida à honra, à intimidade e à vida privada, que como prescreve a jurisprudência acima mencionada, acompanham contiguamente o principal bem do ser humano, que é a vida. Estão elencadas no Artigo 5º, X, que assim preceitua "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;".

---

[76] Op. cit. p. 98.

[77] BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – Rondônia**. Apelação 01226-2008-001-10-00-5.** Acordão 3ª Turma. Relator Grijalbo Fernandes Coutinho, 01/09/2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>. Acesso em: 26 mai. 2014.

Entende-se então que, no caso acima descrito, houve a prevalência da dignidade da pessoa humana sobre o princípio da autonomia privada, além disso, cumpre ser feita a análise e o sopesamento dos preceitos fundamentais, com finalidade de uma decisão justa, não bastando apenas invocar o princípio da proporcionalidade para justificar uma precedência principiológica.

Consoante explica Alexy, o que importa saber é, consequentemente, em quais possibilidades fáticas e jurídicas um princípio terá prevalência sobre outro. E dessa concepção, pode ser extraída a formulação para uma regra. Dessa maneira "As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático para uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência."[78]

Referida regra pode ser chamada de lei da colisão, e expressa a face dos princípios como mandamentos de otimização. Além disso, demonstra a inexistência de uma relação absoluta de precedência entre preceitos fundamentais.

Isso quer dizer que, para a aplicação da lei da colisão, é mister a não existência de um pré-valoramento de um direito sobre o outro, pois, desse modo, não haveria porque se falar em conflito, já que, se houver uma relação absoluta de precedência, o caso está resolvido, não necessitando da razoabilidade do sopesamento.

Não obstante, seria a ponderação dos valores o único e derradeiro modo disponível para a solução da colisão? Existe algum outro modo menos incisivo de adequar os fatos a um caminho onde não restaria necessária a intervenção jurisdicional? Para tanto, busca-se resposta nas máximas da adequação e da necessidade.

Analisando o caso acima relatado, da exigência de vistoria das funcionárias de fábrica de *lingerie,* percebe-se que a atitude da empresa não foi a mais adequada, pois constrangia ilegalmente as empregadas a praticarem atos contrários a sua vontade, quais sejam os de se submeter à vistoria. Ainda, seria tal medida necessária? Não haveria outros meios lícitos para que o empregador se cientificasse de possível ocorrência de furto? É por isso que em referido caso foi utilizado o sopesamento.

Dentro do princípio da proporcionalidade, existem três níveis que devem ser considerados, quais sejam: o da adequação, o da necessidade e o sopesamento, este que deve ser entendido como *ultima ratio*, ou seja, será utilizado apenas se os outros métodos não produzirem efeitos. Nunca se deve buscar o conflito, pois dificilmente neste nível todos sairão ganhando. Devem-se objetivar sempre os modos mais pacíficos e condizentes com uma boa convivência, com a dignidade da pessoa humana. Destarte, as máximas da adequação e da necessidade devem ser sempre levadas em conta quando se fala da otimização dos direitos fundamentais.

Com relação ao RE 161.243-6, mais conhecido como "Caso Air France", também existiu o conflito de normas. Contudo, trata-se agora do princípio da isonomia perante a autonomia privada. No caso, um brasileiro, ex-empregado da empresa aérea Air France, ajuizou uma ação trabalhista contra a empresa

[78] Op.Cit. p. 99

buscando a nulidade das rescisões contratuais, o FGTS e os demais direitos amparados pela legislação e pelo Estatuto.[79] A questão é que referida instituição negava estes direitos aos brasileiros, pagando ainda salários diferenciados a quem fosse francês.

A Air France em sua defesa alegou que agiu dentro de sua autonomia privada, reconhecendo haver tratamento desigual aos empregados. Pela simples leitura, percebe-se o flagrante ataque ao princípio da igualdade. Houve a alegação de que o tratamento desigual ocorria devido ao critério de nacionalidade, onde os franceses teriam preferência em relação aos brasileiros. Felizmente, tais argumentos foram afastados pelo Pretório Excelso, em prol da isonomia. A equiparação entre os empregados, que essa era a medida mais adequada a ser exercida, não foi tomada pela empresa, culminando então na necessidade de valoração dos princípios no caso concreto e no reconhecimento da discriminação. Sobre o assunto Gilmar Mendes mostra o seguinte posicionamento:

> Nesse contexto, assume relevo questão relativa ao grau dessa vinculação, especialmente à aplicação desses direitos e garantias fundamentais nas relações privadas. Se o estado não pode estabelecer qualquer discriminação ou restrição em razão de sexo, idade, raça, concepção religiosa ou filosófica, é lícito indagar em qual medida podem as entidades privadas deixar-se influenciar, nas suas relações jurídicas, por esses elementos de distinção ou discriminação.[80]

Como pode ser visto, a eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais vem se consolidando na jurisprudência brasileira, não sendo apenas uma teoria sem aplicabilidade, mas sim uma teoria que na prática tem mostrado sua força. Agora, analisar-se-á o caso que foi o maior responsável pela consolidação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O Recurso Extraordinário 201.819-8, provindo do Rio de Janeiro, tem como autor Arthur Rodrigues Villarinho, e como ré a União Brasileira de Compositores (UBC). O caso é o de que o autor era sócio da ré, e este foi excluído do quadro de sócios da associação sem direito ao devido processo legal e à ampla defesa. A ministra relatora do caso foi Ellen Gracie, a qual optou por conhecer o recurso e lhe dar provimento, com base no argumento de que

---

[79] WOLOWSKI, Andréa Cristina Dall'Ago. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**: Dogmática e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. p. 61. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2010. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27426/000765016.pdf?...1> . Acesso em: 26 mai. 2014.

[80] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas**: análise de jurisprudência da corte constitucional alemã. p. 237-238 In: MONTEIRO, M.L.G. Introdução ao Direito Previdenciário. São Paulo: LTR, 1998. p.237-253. Capítulo do livro.

não houve violação ao princípio da ampla defesa.

Cabe ressaltar o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual decidiu contrariamente a ministra relatora.

> Embora a sociedade tivesse, de fato, por seu órgão deliberativo, designado uma comissão especial para apurar as possíveis infrações estatutárias atribuídas ao autor, tal comissão, por mais ilibada que fosse, deixou de cumprir princípio constitucional, não ensejando ao apelado oportunidade de defender-se das acusações e de realizar possíveis provas em seu favor.[81]

Pode-se entender então que, a valoração dada pelo Acórdão ao princípio da ampla defesa foi maior do que o do voto da ministra Ellen Gracie. Após o voto da relatora, o ministro Gilmar Mendes, vendo se tratar de um caso de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pediu vista dos autos. Para defender sua tese, o ministro baseou-se em sua obra "Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas" onde diz que:

> Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos está frequentemente relacionada com um caso de colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros.[82]

Ainda, na fundamentação seu voto, o ministro citou outros casos na jurisprudência, onde houve a aplicação mediata dos direitos fundamentais, como o caso do RE n° 160.222-RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), do RE n° 158.215-RS (Rel. Min. Marco Aurélio), do RE nº 161.243-DF (Rel. Min. Carlos Velloso). Em sua opinião,

> [...] 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. Logo, as penalidades

---

[81] BRASIL, **Recurso Extraordinário 201.819-8 Rio De Janeiro**, Ministra Relatora Ellen Gracie. In: Informativo nº 405 STF. 2005. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>. Acesso em: 26 mai. 2014.

[82] Op. cit. p. 251. Cabe ressaltar: "Os direitos fundamentais não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico. Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas". p. 248-249

> impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5°, LIV e LV, da CF).[83]

Destarte, observa-se que o direito fundamental à ampla defesa possui grande aplicação nas relações entre particulares. Principalmente no que tange à exclusão de membro de associação, sua observância é indispensável. Na conclusão de seu voto, o ministro Gilmar Mendes mostrou-se convencido de que da análise do caso concreto a aplicabilidade dos direitos fundamentais, diga-se a ampla defesa, é legítima. Diferindo, desse modo, da relatora Ellen Gracie, a qual teve sua tese vencida.

Ainda, cabe discorrer sobre um caso recente que aconteceu na cidade de Bauru – SP, onde um padre foi excomungado pela Igreja Católica sem ter o direito à ampla defesa. Poderia o Direito Canônico se sobrepor ao ordenamento jurídico brasileiro, não concedendo um direito previsto pela Carta Magna? Como instituição, a igreja deve respeitar as leis como todos os outros, observando o disposto pelas leis vigente no Brasil. Contudo, a ação movida pelo padre ainda não foi julgada, de modo que, por hora, não se pode emitir opinião sem o completo conhecimento dos elementos do caso.

Conclui-se, pelo exposto, que para a ocorrência da eficácia imediata dos direitos fundamentais, é necessário primeiramente a análise do caso concreto, e posteriormente, verificando-se a colisão de normas, a aplicação do princípio da proporcionalidade, tomando como base as máximas da adequação e necessidade, e o sopesamento. Considerando-se a ocorrência fática, possibilita-se a valoração dos princípios, e desse modo, a resolução do caso concreto. Nota-se também a aceitação de tal teoria pela jurisprudência brasileira, e de outro jeito não poderia ser, pois, trata-se aqui de normas de caráter fundamental, as quais devem buscar sempre a garantia de sua efetividade.

Os direitos fundamentais não se limitam à sua função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra os atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir que, a eficácia horizontal dos direitos deixou de ser apenas uma teoria, pois vem sendo aplicada pela

---

[83] Op. cit. passim. In: Informativo nº 405 STF. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>. Acesso em: 26 mai. 2014.

jurisprudência aos casos concretos. A aplicação imediata de referidos direitos é realidade. Também conhecida como eficácia irradiante, tal teoria tem o objetivo de aplicar os direitos fundamentais nas relações da vida privada. Portanto, devido sua importância para o mundo atual e para o Direito, foi estudada nesse trabalho.

Dentro da problemática levantada, observou-se que, alguns princípios de magnitude constitucional estavam sofrendo de um afastamento, e para efetiva aplicação da eficácia horizontal, necessário seria que, em determinados casos alguns princípios tivessem que ser valorados e mitigados. Buscou-se então, analisar-se o princípio da autonomia privada, sempre presente nos casos concretos, e outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da isonomia e do devido processo legal. Para que, desse modo, dentro do conflito entre tais normas, pudessem essas ser consideradas da melhor maneira.

Objetivou-se, para resolução das colisões entre princípios fundamentais conflitantes nas relações privadas, o uso do princípio da proporcionalidade. Por meio dele, pode-se chegar a uma solução mais justa aos casos concretos, pois estabelece modos de como sopesar valores para se chegar a um resultado de precedência. Assim, toma-se por base que nenhum direito fundamental tem uma condição absoluta de validade, pois, como todas as normas constitucionais devem ter eficácia, isso implica que, em algum ponto, determinado princípio terá que ceder.

Para compreensão da aplicação prática da proporcionalidade foram utilizadas várias jurisprudências. No caso da UBC, foi necessária a análise dos elementos concretos, para que assim se pudesse valorar qual princípio se sobreporia ao outro, qual receberia maior peso. Em conflito estava a autonomia privada e a observância do devido processo legal para exclusão de sócio. Após a apreciação, teve-se como resultado de que, pelo caso concreto, a última deveria ser observada, e por consequência a primeira sofreria mitigação.

Conclui-se, destarte, que, para correta aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, imprescindível faz-se a análise do caso concreto e da utilização da razoabilidade para valorar os princípios colidentes. Assim, a proporcionalidade não é a resposta, mas sim, um meio para alcança-la.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

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

_____, *Recurso Extraordinário 201.819-8 Rio De Janeiro*, Ministra Relatora Ellen Gracie. In: Informativo nº 405 STF. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>. Acesso em: 26 mai. 2014.

_____, Tribunal de Justiça – PI. *Apelação Cível 200900010031668 Pi* , Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, Data de Julgamento: 23/02/2011, 3a. Câmara Especializada Cível. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18310180/apelacao-civel-ac-

200900010031668-pi-tjpi>. Acesso em: 20 mai. 14.
_____, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – Rondônia**.** *Apelação 01226-2008-001-10-00-5.* Acórdão 3ª Turma. Relator Grijalbo Fernandes Coutinho, 01/09/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm >. Acesso em: 26 mai. 2014.
DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 1 ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas:* análise de jurisprudência da corte constitucional alemã. In: MONTEIRO, M.L.G. Introdução ao Direito Previdenciário. São Paulo: LTR, 1998. p.237-253. Capítulo do livro.
SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócios jurídicos e direitos difusos e coletivos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais:* fragmento de uma teoria. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
SARLET, Ingo Wolfgang**.** *A eficácia dos direitos fundamentais,* 2 ed., Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2001.
WOLOWSKI, Andréa Cristina Dall'Ago. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares:* Dogmática e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2010. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27426/000765016.pdf?... 1> . Acesso em: 26 mai. 2014.

BIOÉTICA, BIODIREITO E BIOTECNOLOGIA: A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA E O INEVITÁVEL CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diego Abdalla de Oliveira[84]
Marcela Chagas de Azevedo[85]

Resumo
O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise sobre a colisão de direitos existente entre o reconhecimento da origem genética e o direito ao anonimato do doador de material genético, em especial no âmbito da reprodução humana assistida heteróloga. Para tanto, faz-se também útil o estudo de dois institutos que se relacionam com esta problemática: a Bioética, envolvendo as inovações e questionamentos éticos decorrentes dos avanços nos campos da medicina e da biotecnologia, permitindo a participação do homem na evolução biológica através de estudos e pesquisas na busca de benefícios à vida das futuras gerações; e o Biodireito, o qual, frente às relações de ordem jurídica, cuida da regulamentação das condutas envolvendo as pesquisas científicas resultantes do progresso biomédico. Prosseguir-se-á então com o exame acerca dos direitos fundamentais em conflito, quer sejam, os já mencionados direito de conhecimento à identidade (conhecimento da origem genética) e o direito ao anonimato do doador. Buscar-se-á, por fim, traçar um panorama sobre a atual regulamentação jurídica brasileira a respeito do tema, bem como elencar considerações importantes sob a luz da Bioética e do Biodireito, no intuito de se alcançar um posicionamento seguro e de equilibrado entre estes dois direitos fundamentais tão importantes.

INTRODUÇÃO

Este estudo visa analisar melhor a técnica de Reprodução Humana Assistida sob a ótica do Direito, já que se trata de um grande avanço da ciência (sobretudo no campo da medicina e da biotecnologia) no qual existe a colisão de princípios fundamentais de grande importância – quer sejam, o direito à origem genética e o direito ao anonimato.

Um dos direitos previstos da Constituição Federal de 1988 é aquele que garante que o indivíduo possa conhecer sua verdadeira identidade, e que está consagrado também através do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – sendo que este, em especial, assume status de princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro.

Em um primeiro momento, a pesquisa procurar apresentar os conceitos de Bioética e de Biodireito, bem como os princípios envolvidos com o tema, os limites (ou a ausência destes) ao poder de atuação da biotecnologia e na resolução conflituosa entre os direitos fundamentais – em que de um lado se encontra o direito ao acesso à identidade genética e, do outro, o direito ao anonimato do doador.

As questões jurídicas relacionadas ao direito de filiação e às Técnicas de

[84] Graduando do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
[85] Graduada em Direito pela Faculdade do Norte Pioneiro (Fanorpi). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela instituição Projuris Estudos Jurídicos.

Reprodução Humana Assistida, no bojo de sua utilização, são responsáveis por quebrarem paradigmas concernentes às condições norteadoras dos conceitos de relações familiares e de pessoa humana. Assim, na aplicação destas técnicas, ultrapassam o tradicional modelo familiar, dando ensejo a um novo conceito de família e que implicará nos próprios valores da vida humana.

O tema em questão apresenta o direito ao anonimato do doador – a qual gera grandes discussões devido à possibilidade jurídica da quebra do sigilo para a busca da verdade biológica da pessoa gerada por meio de inseminação artificial heteróloga. E este, na lacuna legislativa existente em relação ao tema, acaba se contrapondo a um outro direito, quer seja, a preservação da identidade do indivíduo – que, por mera liberalidade e no intuito de beneficiar a outrem, ofertou seu patrimônio genético.

Cumpre o presente trabalho, assim, analisar os princípios dos direitos fundamentais e a ponderação como critério para solução do presente conflito de interesses referente ao conhecimento da origem genética e a problemática do direito do anonimato do doador de material genético, como vertentes da dignidade da pessoa humana.

Necessário registro se faz, ainda, quanto à metodologia empregada ao presente trabalho, sendo que para a confecção deste foi utilizado o método dedutivo – já que se parte de uma visão geral dos direitos fundamentais, buscando posições científicas que os sustentem ou neguem, para que no final, seja apontada a prevalência ou não das hipóteses oferecidas ao seu curso.

Por fim, foram utilizadas como técnicas de pesquisa, como forma de coletar e analisar os materiais pesquisados a pesquisa indireta documental (Constituição Federal de 1988 e outros códigos afins), bem como a pesquisa indireta bibliográfica – por meio de doutrinas, legislação, artigos e demais publicações científicas.

1 BIOÉTICA, BIODIREITO E NOVOS DESAFIOS

A humanidade se encontra sempre em constante evolução, seja em suas relações, em seus problemas, nas tecnologias por ela desenvolvidas ou em quaisquer outras searas de conhecimento. Os conceitos de tempo e espaço já não são mais os mesmos de outrora, a vida se torna cada dia mais dinâmica e o problemas aumentam de complexidade à medida que a teia de relações sociais também se diversifica e se embaraça.

Diversos problemas e questionamentos surgem e são apresentados ao Direito cotidianamente – como é o caso do Direito Digital, do Direito Internacional, do Direito Ambiental, etc. E o desenvolvimento científico, inevitavelmente, também passa a elencar novos desafios que devem ser enfrentados no âmbito jurídico, de modo a resguardar o interesse social e os direitos fundamentais, bem como garantir a paz e o bem-estar de toda a coletividade.

Esse mencionado desenvolvimento científico pode ser exemplificado em diversas inovações, como a criação de drogas medicamentosas mais

potentes e precisas; o surgimento de novas técnicas e práticas de análise, estudo e tratamento; a evolução da compreensão acerca de diversos males; entre outros.

São outras práticas, entretanto, em especial no campo da biotecnologia, que possuem o condão de, atualmente, gerarem os maiores questionamentos e os debates mais acalorados sobre sua viabilidade, os limites éticos, morais e jurídicos e suas consequências para os envolvidos, bem como para toda a sociedade. Dentre estas, pode-se mencionar os organismos geneticamente modificados (transgênicos), os estudos com células-tronco e a clonagem, a tentativa de decodificação do genoma humano, a eutanásia e as diferentes técnicas reprodutivas hoje existentes – como a fertilização in vitro, por exemplo. (MALUF, 2010, P. 3-4).

Neste sentido:

> Os avanços da biotecnologia alcançam, no mundo, polêmicas discussões filosóficas, sociais, econômicas e jurídicas. O impacto na sociedade, em relação aos avanços trazidos pelo desenvolvimento científico e tecnológico nos campos da biologia, da saúde e da vida, de modo geral, é notável, levando a humanidade a deparar-se com as mais diversas e inusitadas situações até pouco tempo inimagináveis.
>
> Se por um prisma todas essas conquistas trazem na sua esteira renovadas esperanças de melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, por outro criam uma série de contradições que necessitam ser criteriosamente estudadas, visando não só ao equilíbrio e ao bem-estar futuro da espécie como à própria sobrevivência do planeta. Por essa razão, as teorias atuais da justiça e da moral trilham por caminhos próprios, diferentes dos da "ética" em seu sentido clássico de uma doutrina da vida correta. (SANTOS, 2006, P. 8-9)

Essa capacidade humana de adaptação e de alteração de características e situações de acordo com as suas conveniências demonstram um grande potencial de conhecimento e progresso. Faz-se mister, contudo, que esta evolução seja sempre analisada e discutida sob determinados prismas, como o da ética, da moral e das ciências jurídicas.

Visando propiciar e fundamentar essa discussão a respeito das novas práticas biotecnológicas envolvendo a vida e o próprio ser humano (o qual passou a ser objeto de manipulação científica), cada vez mais atuais e presentes no cotidiano de cada um, é que a Bioética e o Biodireito têm se desenvolvido e ganho relevância como searas do pensamento de grande importância para a sociedade como um todo.

1.1 A BIOÉTICA

Expressão proveniente do grego (*bio* + *ethik*), foi primordialmente cunhada por Fritz Jahr em uma publicação do periódico alemão "*Kosmos*" – mais precisamente no ano de 1927 (GOLDIN, 2006, P. 86).

Mais famoso e comumente aceito, entretanto, é o uso inicial da palavra "Bioética" (ao menos no sentido como a conhecemos atualmente)pelo oncologista Van Resselaer Potter, na publicação "*Bioethics: bridge tothe future*". Nesta obra, Potter visava criar uma nova disciplina que aliasse o saber biológico (bio) e o sistema axiológico humano (ética), de modo a propiciar um relacionamento entre a ciência e o humanismo para garantir a existência ecológica do planeta, a perpetuidade do ser humano como espécie e, ainda, difundir e tornar acessível o conhecimento científico. (MUÑOZ, 2004, P. 79)

Decorrente da filosofia moral, a Bioética progrediu de forma mais evidente nos últimos 35 anos, conjuntamente com as Ciências Biológicas – principalmente a Medicina, a Engenharia Genética e a Biotecnologia.(VIANA; TEIXEIRA. 2009, P. 2)

MALUF, por sua vez, sintetiza o conceito dessa disciplina da seguinte forma:

> Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera, portanto, questões onde não existe consenso moral, como a fertilização *in vitro*, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas com células-tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações. (2013, P. 6-7)

Preocupando-se com problemas e questionamentos modernos e complexos decorrentes dos estudos e dos avanços biotecnológicos, a Bioética não é apenas uma atualização da ética médica tradicional. Ela extrapola a simples e restrita relação médico-paciente, sendo de interesse de toda a sociedade. (SCHAEFER, 2008, P. 35)

Funda-se, por fim, em diferentes princípios básicos, os quais podem, a partir das lições de MUÑOZ (2004, P. 2) e de VIANA e TEIXEIRA (2009, P. 121), serem assim elencados:

I) Autonomia: a vontade do paciente deve prevalecer, descabendo qualquer forma de abuso;

II) Justiça: é proporcionar a cada pessoa aquilo que ela merece e/ou necessita, na proporção de sua condição e de seu direito – o que não significa dizer que justiça é sinônimo de igualdade para todos, já que os desiguais devem ser tratados, consequentemente, de formas distintas;

III) Beneficência: busca pelo bem do indivíduo;

IV) Não-maleficência: dever de cuidado, no intuito de primordialmente não agravar eventual situação concreta apresentada;

V) Consentimento informado: decorrente do princípio da autonomia, assevera que caberá ao indivíduo, após ser corretamente informado, a decisão acerca da realização de exames, diagnósticos, tratamentos e demais procedimentos que se façam necessários;

VI) Sacralidade da vida humana: a vida humana é sagrada e deve ser resguardada através de todos os meios possíveis e em sua integridade, com a aplicação de práticas éticas e de acordo com os demais princípios aqui elencados, não se constituindo o indivíduo em mero objeto;

VII) Dignidade da pessoa humana: cerne do ordenamento jurídico brasileiro, é, nas palavras de SARLET, a "existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade". (2010, P. 311).

1.2 O BIODIREITO

Apenas a Bioética não se mostrou suficiente para discutir e, principalmente, enfrentar os problemas cotidianamente apresentados pela ciência, de tal forma que se fez imprescindível a normatização de determinados princípios, regras, conceitos e pensamentos desta seara para a verdadeira efetivação de direitos e garantias fundamentais resguardados pela Constituição brasileira – com especial destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Surge assim a disciplina que ficou comumente conhecida como "Biodireito", a qual caminha, desenvolve-se e permanentemente se relaciona com a primeira – sendo a Bioética umaverdadeira e importante fonte desta disciplina jurídica. (PARISE, S.D., P. 7).

Ao passo que comumente o ser humano não costuma se guiar apenas por valores morais e éticos, faz-se imprescindível a atuação do Direito – através da positivação de determinadas normas da Bioética – no intuito de resguardar valores básicos do homem, como a vida, a liberdade e a dignidade, de modo que não sejam estes feridos sob o pretexto do progresso científico (muitas vezes almejados a todo e qualquer custo, sem qualquer semelhança com os anseios sociais).(VIANA; TEIXEIRA, 2009, P. 121).

Coerente com o acima exposto é a ideia de HINORAKA, a qual expõe o seguinte:

> O Direito, assim voltado a organizar as liberdades decorrentes das dimensões biotecnológicas que sem cessar despontam, bem como voltado à sua função maior de revisor e guardião de valores fundamentais da esfera humana, se estrutura e opera sob sua nova ordem, vale dizer, sob a denominação de Biodireito. E o duo inicial promovido pelo bio e pela ética, se pluraliza, se reforça e

> se redesenha neste viés jurídico novo, disponibilizado à garantia da preservação da dignidade humana e da dignidade da própria humanidade, num último assento.
> (...)
> Dito de outro modo, o papel do Direito – visto num plano bastante abrangente – pode mostrar-se como o de um *sistema de resolução de conflitos*, ou, diferentemente, pode apresentar-se como um *sistema de preservação de direitos*.

Facilmente se compreende, assim, o caráter eminentemente prático do Biodireito, como estrutura de resguardo a valores importantes e de grande valor ao homem – como é o caso do já mencionado princípio da dignidade da pessoa humana.

1.3 O BIODIREITO E A INEVITÁVEL COLISÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Grande problema se apresenta, no entanto, quando o caso concreto coloca em lados antagônicos dois direitos fundamentais. Quais métodos utilizar e como solucionar questões assim?

Os direitos fundamentais não são dotados de caráter absoluto, já que possuem restrições e relações recíprocas. Assim sendo, no caso concreto, deve prevalecer o mais adequado – sendo este determinado através da análise do problema sob a óptica do princípio da proporcionalidade e da ponderação entre os princípios, com as devidas considerações axiológicas inerentes a cada situação específica.

Ocorre, entretanto, que muitos dos problemas enfrentados no âmbito da Bioética e do Biodireito recorrente vezes se mostram demasiadamente complexos até mesmo para este mecanismo de solução de conflitos entre direitos fundamentais, de modo que é possível a ocorrência de reiteradas decisões contraditórias e que nem sempre atendem de forma satisfatória aos interesses das partes envolvidas.

Uma das mais recentes e instigantes discussões atualmente existente na seara do Biodireito versa sobre o conflito entre o direito ao anonimato do doador de material genético e o filho que deseja conhecer sua origem genética e seus pais biológicos – em especial quando do uso da técnica de inseminação artificial heteróloga.

Qual posição deve prevalecer? Quais as vantagens e desvantagens? No que se baseia cada ideia? Como o ordenamento jurídico brasileiro atualmente se posiciona acerca de problemas semelhantes? É possível uma sistematização com vistas a facilitar eventual solução em caso de recorrência de conflitos afins?

Para responder a estas e a outras perguntas por ventura existentes, imprescindível é um conhecimento mais aprofundado a respeito dos direitos envolvidos: o direito ao anonimato *versus* o direito à informação, de modo tal que se possa, em um momento seguinte, tentar proceder com uma valoração real deste conflito e chegar a um denominador comum que atenda a todas as

partes envolvidas.

2 EVOLUÇÃO CIENTÍFICA E CONFLITO DE DIREITOS

A humanidade tem acompanhado grandes evoluções na área da genética, da medicina, da biologia e outras afins. Entretanto, indubitavelmente, é a biotecnologia uma das searas científicas que gera as maiores discussões a respeito de seus estudos, ao mesmo tempo em que torna palpável grandes oportunidades e práticas de vital importância para milhões de pessoas – como é o caso dos estudos com células-tronco e progresso acerca de diferentes técnicas reprodutivas.

Novos conceitos de família começam a surgir de acordo com que as antigas definições já não mais correspondem à estrutura social existente, promovendo a substituição do modelo tradicional por um conceito mais moderno e que apresenta novos questionamentos, os quais repercutem no Direito de Família.

As novas técnicas na área da reprodução humana assistida, com relação às origens, critérios e efeitos de filiação, atingem diretamente a vida, num cenário de instabilidade em virtude de um conflito jurídico existente entre o direito ao anonimato do doador de material genético e o direito à identidade gênica do novo indivíduo.

2.1 DIREITO DE FILIAÇÃO E ORIGEM GENÉTICA

Os conflitos existentes entre os direitos fundamentais em tela, presentes na Constituição Federal de 1988 e no atual Código Civil brasileiro, trazem profundas transformações nas relações familiares.

Primeiramente é necessário entender que o direito à identidade tem seu fundamento com base na dignidade da pessoa humana, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. O ordenamento jurídico pátrio prevê os direitos de personalidade nos seguintes dispositivos:

> **Constituição Federal de 1988:**
> **Dos direitos e deveres e deveres individuais e coletivos**
> **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:
> (...)
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação
>
> **Código Civil Brasileiro de 2002:**
> **Dos direitos da personalidade**

> **Art. 11**. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Inserida no âmbito dos direito de personalidade, a identidade é considerada com um dos direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos. Ela é de total importância, pois carrega consigo toda história pessoal-familiar de um indivíduo, além de ser garantia constitucional da identidade genética, a qual, por sua vez, conduz à sua verdadeira procedência biológica.

Há muito tempo, em razão de fatores sociais, históricos, ideológicos e religiosos, o estado de filiação se subordinou à verdade biológica e às relações matrimoniais, diante de novos valores constituídos à família, podendo ela ser biológica ou socioafetiva, Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não das relações biológicas, e é neste contexto que há necessidade de se distinguir o estado de filiação.

Ao passo que o direito de família sofre intensas transformações, o estado de filiação passa a assumir dimensões mais amplas na concepção familiar. A família pode estar formada não somente pela filiação biológica, mas sim pela filiação não biológica, aquela que é composta por filhos ilegítimos, como é o caso de uma adoção ou de uma reprodução humana assistida heteróloga. A definição deste contexto se encontra no artigo 1596 do Código Civil Brasileiro:

> **Art. 1.596**. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Também nesse sentido:

> Filiação exprime a relação que existe entre o filho e as pessoas que o geraram. Ou seja, a relação do filho para com o pai, ou a mãe. Contrapõe-se à relação decorrente da paternidade ou maternidade, que é aquele rol de direitos e deveres do pai ou da mãe em relação ao filho [...] neste vasto campo de disciplinamento legal, em constante evolução legislativa, são tratadas questões de grande interesse da prole, cujo âmbito, no entanto, não se atém apenas ao aspecto jurídico. Sempre constituiu preocupação e objeto de estudo e matérias relacionadas aos filhos, que traz profundos problemas não apenas no âmbito familiar, mas também nas repercussões sociais e mesmo políticas, de interesse do Estado, já que diz com a formação do povo. (RIZZARDO, 2004, P. 403)

Ainda sobre esta temática, SÍLVIO DE SALVA VENOSA conceitua filiação da seguinte forma:

> Todo ser humano possui pai e mãe. Mesmo a inseminação artificial ou as modalidades de fertilização assistida não dispensa o progenitor, o doador, ainda que esta forma de paternidade não seja imediata. Desse modo, o Direito não se pode afastar da verdade científica. A procriação é, portanto, um fato natural. Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que tem como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral. (2010, P. 223)

A filiação como vista, compreende um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sobre o estado de filiação afetivo, um novo modelo de família advinda de inseminação artificial heteróloga, a relação é somente socioafetiva e não uma relação com sua origem biológica.

A presunção de filiação, com o novo Direito de Família, deixou de ser certa em face da inseminação artificial heteróloga. "Dessa forma, podemos definir filiação como a relação que une uma pessoa àquela que a gerou, como também aquela estabelecida por relações socioafetivas, seja pela adoção, seja pela inseminação heteróloga." (GASPAROTTO; RIBEIRO, 2008, P. 359)

Convém assinalar ainda que"a presunção de paternidade não decorre somente da paternidade consanguínea, mas também da socioafetiva, pois a verdadeira filiação é aquela edificada no relacionamento diário e afetuoso e não somente a estabelecida por herança genética." (GASPAROTTO; RIBEIRO, 2008, P. 360)

Diante desta temática, a filiação se constitui, portanto, no vinculo jurídico de parentesco entre pais e filhos.E, muito embora a comprovação da filiação presumida por lei tenha por base o casamento (não existindo grandes contradições em relação a esta), verdadeiro problema se dará em relação àquelas que são nascidas fora dos laços tradicionais do matrimônio.

O Código Civil trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação do casamento e os havidos fora do casamento. Como bem cita MARIA BERENICE DIAS:

> O capítulo intitulado "Da Filiação" (CC 1.596 a 1.606) cuida dos filhos nascidos na constância do matrimônio, enquanto os filhos havidos fora do casamento estão no capítulo "Do reconhecimento dos filhos" (CC 1.607 a

> 1.617). a diferenciação advém do fato de o legislador ainda fazer uso de presunções quando se refere aos filhos fora do casamento. Tal tendência decorre da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a alguém não por ser pai ou mãe, mas simplesmente para a mantença da estrutura familiar. (2010, P. 346)

Nesta linha de pensamento, o Código Civil dispõe sobre a questão de presunção da paternidade, não sendo exclusivamente biológica, ou seja, os filhos nascidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação.Esta vertente tem previsão no texto constitucional (artigo 227, §6º) e no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597,o qual introduziu novas presunções de paternidade/maternidade, abaixo apresentadas:

> **Constituição Federal de 1988:**
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> [...]
> §6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.
>
> **Código Civil Brasileiro de 2002:**
> **Art. 1.597**. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
> **I** - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
> **II** - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
> **III** - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
> **IV** - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
> **V -** havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Assim, como mostra a atual legislação, foram criadas novas presunções nas hipóteses de inseminação artificial. São os filhos concebidos na constância do casamento, havidos por fecundação homóloga – mesmo que falecido o marido e ainda que se trate de embriões excedentários (CC, artigo 1.597, incisos III e IV) –, bem como igualmente é ficta a filiação nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido (CC, artigo 1.597, inciso V). (DIAS, 2010, P. 348).

Essas questões acerca da inseminação artificial, mesmo possuindo regulação em diversos dispositivos legais, ainda geram dúvidas nas esferas da biologia e do direito. E, tendo em vistaque a filiação pode ser a biológica (natural) e não-biológica (civil) – esta última, como já apresentado, decorrente da relação socioafetiva, como no caso de adoção, na posse de estado de filho e na inseminação heteróloga –, é evidente a existência de grandes conflitos no âmbito da busca da origem genética, de conhecer o real interesse da criança e pensar, acima de tudo, no seu bem estar, na afetividade, na sua proteção, em sua dignidade e,principalmente, no vínculo que criado entre pai e filho.

Neste sentido, importante o ensinamento de PAULO LUIZ NETTO LOBO:

> A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O direito deu um salto a frente do dado da natureza, construindo a filiação jurídica com outros elementos. A verdade real da filiação surge na dimensão cultural, social e efetiva, donde emerge o estado de filiação efetivamente constituído. Como vimos, tanto o estado de filiação ope legis quanto a posse de estado de filiação podem ter origem biológica ou não. (LOBO APUD VENOSA, 2004, P. 234)

Já segundo MARIA HELENA DINIZ:

> Essa técnica utilizada pode trazer conflitos entre o casal na medida em que atinge a integridade moral e a honra do marido, ou ainda, o arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial, sugerindo o aborto, ou depois do nascimento provocando o infanticídio, rejeição, abandono ou maus tratos, ou ainda chegar a uma ação de negatória de paternidade alegando que foi dolosamente enganado ou que anuiu por coação. Por isso que esse assunto traz discussões e deve ser tratada de forma especial e detalhada. Colocando a vontade e aceitação do marido de forma esclarecida, uma vez que, independente da criança ter nascido desta técnica, ela deverá ter seus direitos e vínculos de pai e de filho nessa relação familiar. (2010, P. 465)

Dessa maneira, no âmbito das técnicas e reprodução assistida e no que

tange a respeitoda manifestação de vontade do pai ou da mãe da criança concebida por este procedimento, foi previsto o Enunciado nº 104 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002:

> Enunciado 104 – Art. 1.597: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento. (AGUIAR JÚNIOR, 2012, P. 27)

Enfim, existem muitos problemas relacionados à vida humana e que se tornam cada vez mais estreitos na medida em que se contrapõem aos direitos fundamentais – principalmente nesse aspecto da reprodução humana assistida, em que o filho não tem o conhecimento de seu pai biológico, já que foi gerado através de uma inseminação artificial proveniente de material genético de um doador anônimo.

Sobre essa questão de relação de parentesco, mais uma vez se pode utilizar as palavras da doutrinadora MARIA HELENA DINIZ:

> Tem direito de saber, como diz Paulo Luiz Netto Lôbo, a história da saúde de seus parentes consanguíneos para fins de preservação de moléstia congênita física ou psíquica ou para evitar incesto, tendo, para tanto, acesso aos dados genéticos do doador anônimo do material fertilizante, constantes do arquivo da Clínica de Reprodução Assistida, logo não poderá pleitear o estabelecimento da relação de parentesco, nem responsabilidade civil, do doador. Esse direito de personalidade (CF, artigo 5º, XIV) não se confunde com o direito de filiação, nem gera direito de reivindicar nome da família, pensão alimentícia e herança de pai genético. (2010, P. 467)

Percebe-se que muitos são os problemas gerados pela técnica de reprodução humana assistida, em especial a heteróloga. E, além da previsão legal já existente no Código Civil, as questões jurídicas que envolvem essa técnica precisam também de normas especiais que indiquem o caminho a percorrer, já que, entre a verdade biológica ou a socioafetiva, deve ser privilegiada àquela que consiga promover o melhor interesse da criança, no intuito de preservar a convivência familiar e a dignidade da pessoa humana.

2.2 DIREITO AO ANONIMATO

De acordo com os princípios constitucionais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, todo cidadão tem direitos de falar o que quiser – estando a liberdade de expressão prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso IV. Entretanto, ao mesmo tempo, esse direito se contrapõe ao direito ao anonimato, princípio também previsto na Carta Magna brasileira.

A vedação ao anonimato não exige que as pessoas se identifiquem o tempo todo, mas estabelece que elaspossuem a obrigação de assumir responsabilidades por expor conteúdos que possam ferir a honra ou a imagem de outrem, em especial quando se tratar de conteúdo criminoso e ofensivo.

O direito à intimidade pode ser visto sob diferentes prismas, devendo ser analisado de acordo com cada caso concreto. O direito à intimidade, quando se tratar de sigilo a dados pessoais, por exemplo, pode estar diante de um conflito, no momento em que os doadores de material genético não podem conhecer a identidade de seus receptores e vice- versa, mantendo o total sigilo sobre os dados pessoais dos envolvidos.

Assim sendo, manter-se anônimo é direito fundamental e garantia de autonomia e desenvolvimento na proteção à intimidade e à privacidade, ou seja, direito à liberdade de não se expor, em diversas situações ou posições jurídicas, como a inviolabilidade da casa, das comunicações, dos dados e das correspondências.

Nesta linha de pensamento, aduz CANOTILHO:

> O direito à intimidade se apresenta como direito à liberdade, marcado por um conteúdo mais determinado ou determinável, conjugado a um complexo de princípios constitucionais, que nada mais são do que suas manifestações concretas. Os conceitos tradicionais de "direito a estar só" ou equivalentes não dizem de seu sentido exato, sequer alcançam muitas de suas exteriorizações. O referencial da dignidade da pessoa humana como fundamento da República dá o tom da proteção à intimidade, como faz em relação ao direito geral à vida privada, de suas múltiplas ligações com os princípios e regras constitucionais. [...] (2013, P. 281)

O direito ao anonimato é, portanto, direito fundamental previsto na Constituição Federal do Brasil, contudo, mesmo com vários projetos de leis e questionamentos existentes, ainda não se conseguiu definir e estabelecer com precisão até que ponto sua identidade deverá ser preservada – especialmente quando se tratar do interesse da criança em buscar sua identidade genética.

E, diante desta temática, imprescindível se faz então a análise do funcionamento do sistema de doação de sêmen de um doador anônimo e como é regulamentado esse procedimento.

No Brasil, sob a determinação do artigo 2º e 3º do item IV, da Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), resta estabelecida a

garantia do anonimato do doador, bem como dos que receberão o material genético.

Observa-se, portanto, que o Conselho Federal de Medicina, estabelece que os doadores não devam conhecer a identidade dos receptores (bem como os receptores também não devem conhecer a procedência do material genético), mantendo-se o sigilo entre os envolvidos – demonstração esta da prevalência do posicionamento favorável ao anonimato do doador, estabelecendo o direito à preservação de sua intimidade.

Assim sendo, não restam dúvidas de que há um conflito na ponderação de interesses dos direitos fundamentais. Cabe ressaltar, que diante de situações especiais, como aquelas relacionadas à saúde da criança na cura de doenças hereditárias, ocorrerá, portanto, a quebra de sigilo médico, pois houve a necessidade real da busca das suas origens genéticas.

É fato notório, que o anonimato gera grandes discussões, uma vez que há um conflito de ordem jurídica envolvendo tanto as clínicas que recebem material genético de doadores anônimos(tendo que preservar a intimidade de seus doadores) quanto ao direito de um indivíduo de buscar sua origem genética.

Outro importante instituto que compõe regras sobre o sigilo das informações genéticas, com o objetivo de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, é a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos – sobre a qual expõe MARTINELLI:

> Foi criada pela UNESCO em 1997 reconhecendo assim o direito humano ao patrimônio genético. Entre seus signatários, reforça um compromisso moral e mandamental assumido pelos Estados. Insere-se no campo do biodireito trazendo deveres aos países signatários de incorporarem seus princípios e regras ao seu ordenamento jurídico interno. Em se tratando do anonimato do doador, pode-se elencar alguns artigos da Declaração que são de suma importância. (MARTINELLI, [200-?], P.01)

Em face desta perspectiva, interessante destaque deve ser dado ainda a alguns dos artigos mais importantes elencados na supramencionada Declaração Universal do Genoma Humano:

> **A Dignidade Humana e o Genoma Humano**
> **[...]**
> **Artigo 4º** - O genoma humano em seu estado natural não deve dar lugar a ganhos financeiros.
> **Direitos das Pessoas Envolvidas**
> **Artigo 5º:**
> **a)** Pesquisas, tratamento ou diagnóstico que afetem o genoma de um indivíduo devem ser empreendidas somente após a rigorosa avaliação prévia dos potenciais

riscos e benefícios a serem incorridos, e em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional;
b) Em todos os casos é obrigatório o consentimento prévio, livre e informado da pessoa envolvida. Se esta não se encontrar em condições de consentir, a autorização deve ser obtida na maneira prevista pela lei, orientada pelo melhor interesse da pessoa;
c) Será respeitado o direito de cada indivíduo de decidir se será ou não informado dos resultados de seus exames genéticos e das consequências resultantes;
d) No caso de pesquisas, os protocolos serão, além disso, submetidos a uma revisão prévia em conformidade com padrões ou diretrizes nacionais e internacionais relevantes relativo a pesquisas;
e) Se, de acordo com a lei, uma pessoa não tiver a capacidade de consentir, as pesquisas relativas ao seu genoma só poderão ser empreendidas com vistas a beneficiar diretamente sua própria saúde, sujeita à autorização e às condições protetoras descritas pela lei. As pesquisas que não previrem um benefício direto à saúde, somente poderão ser empreendidas a título de exceção, com restrições máximas, expondo a pessoa apenas a riscos e ônus mínimos e se as pesquisas visarem contribuir para o benefício da saúde de outras pessoas que se enquadram na mesma categoria de idade ou que tenham as mesmas condições genéticas, sujeitas às condições previstas em lei, e desde que tais pesquisas sejam compatíveis com a proteção dos direitos humanos do indivíduo.
Artigo 6º - Ninguém será sujeito a discriminação baseada em características genéticas que vise infringir ou exerça o efeito de infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana.
Artigo 7º - Quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade devem ser mantidos em sigilo, nas condições previstas em lei.
Artigo 8º - Todo indivíduo terá o direito, segundo a lei internacional e nacional, à justa reparação por danos sofridos em consequência direta e determinante de uma intervenção que tenha afetado seu genoma.
Artigo 9º - Com o objetivo de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, as limitações aos princípios do consentimento e do sigilo só poderão ser prescritas por lei, por razões de força maior, dentro dos limites da legislação pública internacional e da lei internacional dos direitos humanos.

Os artigos citados acima também buscam resguardar o sigilo e a preservação da identidade.A Declaração, portanto, garante ao indivíduo que ele não poderá ser alvo de investigações indesejadas sobre sua intimidade genética, bem como não poderá haver divulgação de seus dados – ou seja,o acesso à sua informação genética deverá ser restrito. (MARTINELLI, [200-], P. 01)

A revelação das informações genéticas, como se nota – e em contraposição ao direito de conhecimento à origem genética –, é de grande gravidade. O confronto é evidente, pois o genoma pertence à esfera íntima do indivíduo e merece proteção e resguardo do sistema jurídico vigente, da mesma maneira que o direito à intimidade – também este um direito fundamental, estando ambos devidamente elencados no artigo 5º da Constituição Federal brasileira.

Previstos de forma genérica no ordenamento jurídico brasileiro, o direito de anonimato do doador encontra guarida e fundamentação específica apenasemresolução do Conselho Federal de Medicina, restando evidente a falta de legislação específica para analisar o melhor interesse do indivíduo e suas reais necessidades na ocorrência de situações de tal complexidade. E, ainda que os desafios decorrentes dessa nova técnica de reprodução humana assistida não tenham sido satisfatoriamente elencados e trabalhados de forma objetiva pelo Direito, não há como ignorar a necessidade de melhores discussões e tratamento acerca do assunto, de modo a resguardar e harmonizar da melhor forma possível todos os interesses e direitos envolvidos na ocorrência de um caso concreto.

3 A DOAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO E A SITUAÇÃO JURÍDICA DO BRASIL NA ATUALIDADE

A reprodução humana medicamente assistida é, na lição de MARIA HELENA DINIZ, "é um conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano", sendo que este processo ocorre em ambiente extracorpóreo – em geral, clínicas especializadas em reprodução artificial.

A procriação em laboratório pode ocorrer com base em duas situações distantes: a homóloga, quando o material genético é proveniente dos próprios genitores, ou seja, dos respectivos pai e mãe do novo indivíduo, não gerando grandes controvérsias em âmbito jurídico; e a heteróloga, que se dá quando um dos gametas (seja este o masculino ou o feminino) é proveniente de uma terceira pessoa, que doa seu material genético (gametas) em prol de pessoas que apresentam dificuldades ou estão impossibilitadas de gerarem novos descendentes através da fecundação natural – sendo que tal oferta, normalmente, ocorre de forma anônima e desvinculada de quaisquer responsabilidades futuras.

E é a inseminação artificial heteróloga que, ao contrário da homóloga, cria conflitos de pensamentos é amplamente analisada, estudada e debatida pelas ciências jurídicas, já que sua utilização contrapõe, inclusive, direitos

fundamentais do ser humano (como a identidade de um lado e o anonimato e a intimidade de outro), além de enfrentar constantes questionamentos – em especial quanto à paternidade biológica e a paternidade socioafetiva. (MORALES, S. D., P. 7)

3.1 DUAS CORRENTES DE PENSAMENTO, NENHUMA MANIFESTAÇÃO LEGISLATIVA

Com base na já mencionada Resolução nº 1.957/2010 do CFM, constitui-se em preceito quase que dogmático o anonimato do doador de material genético, ressalvando-se apenas alguns poucos casos especiais fundamentados em razões médicas – possibilidade esta que permitirá somente à equipe clínica envolvida conhecer detalhes da origem genética do paciente, de forma a ainda assim resguardar a identidade civil do doador.

Tal regulação visa garantir a estabilidade do sistema de doação de gametas e a segurança dos envolvidos, já que, sendo permitida a possibilidade de reconhecimento da origem genética de indivíduos gerados através da inseminação artificial heteróloga e possíveis implicações futuras, pouquíssimas seriam as pessoas que ofertariam seu material genético a outrem. A estrutura da concepção artificial seria arruinada e milhões de pessoas que sofrem de infertilidade ou que são estéreis se veriam prejudicadas, sem mais poder usufruir deste importante mecanismo de reprodução.

Por outro lado, entretanto, pode-se perguntar: mas o novo indivíduo não teve espaço e muito menos condições para manifestar seu desejo de nascer através de métodos artificiais, bem como jamais pode ter desejado abdicar de sua origem genética. É justo que agora as implicações recaiam sobre ele? Isso sem discorrermos e questionarmos outros eventuais problemas que podem ser enfrentados, como relações incestuosas, desordens de origem genética, entre tantas outras...

O conflito de interesses e de direitos é visível! E o Poder Legislativo brasileiro continua se furtando em apreciá-lo! Para muitos pensadores, o legislador brasileiro se acovarda diante deste assunto, ao não tratá-lo com a atenção que merece e necessita, relegando ao Conselho Federal de Medicina uma tentativa de sua regulação e ao Poder Judiciário a aplicação de normas no intuito de alcançar uma efetiva harmonização entre os direitos e princípios fundamentais envolvidos.

3.2 UMA SENSÍVEL QUESTÃO

Para alguns, a regulamentação do Conselho Federal de Medicina pode até parecer suficiente. Entretanto, em uma análise mais metódica, verifica-se que ela busca apenas estabelecer regras quanto à prática médica, sem que se manifeste sobre direitos do indivíduo concebido e meios de solução de conflitos éticos e jurídicos por ventura existentes – mesmo porque tal normatização foge de sua esfera de competência.

Não se pode buscar o estabelecimento de um regramento específico para determinar a prevalência do direito ao anonimato sobre o direito ao conhecimento da origem genética ou vice-versa, já que, ao se garantir um, o

outro se verá maculado. Além disso, diversos fatores sensíveis estão envolvidos, como os limites que uma permissividade inicial pode alcançar em relação àquele e, no tocante a este último direito mencionado, a situação extremamente delicada em que se encontra, pois "envolve o sentimento, o desejo e até mesmo a necessidade de conhecer suas origens para obter respostas para os mais variados questionamentos." (MORALES, S.D., P. 19)

Cerne principal da Constituição Federal do Brasil, o princípio da dignidade humana deve ser observado sempre, de modo que exista o equilíbrio os envolvidos. E, em especial na atual fase em que se encontra o direito brasileiro, principalmente após o novo Código Civil, que tanta atenção passou ofertar ao vínculo socioafetivo com seu artigo 1593– em detrimento até mesmo do vínculo biológico –, com muito cuidado deve ser feita a análise para eventual autorização do conhecimento da origem biológica – mesmo porque, a partir deste momento, ainda que a justiça não reconheça vínculo de paternidade ou responsabilidadeentre os envolvidos, não é difícil de imaginar que o indivíduo fruto da inseminação artificial queira manter proximidade com aquele que seria seu genitor biológico.

Qual a solução então? Um posicionamento claro do legislador brasileiro acerca do que será permitido e do que não. Não se trata de afastar este ou aquele direito, mas de estabelecer segurança jurídica a toda sociedade, resguardando os envolvidos e estabelecendo limites a determinadas pretensões e condutas.

Em um primeiro momento, a estrutura e o pensamento da sociedade brasileira aparentemente não está preparada para conceder ao indivíduo que é concebido através de técnicas de reprodução artificial heteróloga o direito de conhecer a sua procedência biológica. As consequências poderiam ser catastróficas a este sistema de concepção, com o medo e o afastamento de eventuais doadores de materiais genéticos e com o fim dos sonhos de milhares de pessoas que só possuem esta esperança e esta possibilidade de, concretamente, conseguirem constituir uma família com filhos.

Com a evolução social e alcançando-se um ponto de estabilidade nestas questões, poder-se-ia começar a cogitar a concessão do conhecimento da origem biológica em alguns casos – em especial nos que efetivamente ficasse comprovada alguma necessidade médica ou afim. Deve-se, contudo e ainda assim, buscar resguardar sempre a identidade civil do doador, pois, ao proceder com a doação de gametas, não visa ele, ao menos naquele momento, constituir família, ter filhos ou assumir quaisquer outras responsabilidades, mas sim ajudar terceiros que necessitem.

Neste sentido, convém destacar:

> Outra questão importante é a que diz respeito à possibilidade de o filho por essa forma gerado, vir a querer conhecer o seu "pai ou mãe biológicos" ou a sua ascendência genética. O ordenamento jurídico brasileiro só tem um remédio para satisfazer essa "curiosidade" – uma ação de investigação de paternidade.

> Esse recurso jurídico para a realização do direito de conhecimento de sua origem (um direito de personalidade) pode, entretanto, causar inúmeros constrangimentos, não somente para o "pai ou mãe afetivos", como para o "pai ou mãe biológicos" que, como doadores, efetuaram um ato de mera liberalidade, não tendo, certamente, a intenção de formar uma família por essas vias. (ANDRADE; CHAGAS, 2010, p. 711)

Podem os pais afetivos não desejarem que o filho busque conhecer sua origem biológica. Pode ocorrer de o(s) pai(s) biológico(s) já terem constituído nova família e, em uma eventual aproximação, esta ser comprometida ou desestabilizada. Não é difícil imaginar que grandes confusões e problemas podem ser gerados, gerando mais prejuízos do que benefícios aos envolvidos.

No quesito material então, não parece assistir qualquer razão a este novo indivíduo de reclamar alimentos, herança ou qualquer outra espécie de assistência financeira ou de espécie afim. Não existe responsabilidade entre as partes e, se assim fosse, o doador poderia ser surpreendido, até mesmo décadas depois, por ações das mais diversas, como de indenização por carência afetiva.

A Lei de Biossegurança não atendeu da maneira desejada a este e a outras problemas decorrentes do avanço científico. Mesmo assim, o Poder Judiciário tem conseguido responder de maneira louvável aos casos concretos que lhe são colocados, em especial ao tentar equilibrar todos os direitos envolvidos. Entretanto, tendo em vista esta e tantas outras evoluções, em especial no campo da biotecnologia e que diretamente impactam na seara do direito de família, faz-se mister que o legislador brasileiro estabeleça um conjunto básico de regras e princípios que auxiliem o operador do direito, no intuito de garantir a paz social e de garantir que as decisões sejam igualmente fundamentadas.

Não se trata (e nem se pode desejar) um ordenamento engessado, frio e distante da realidade social na qual está inserido. Esta realidade apenas o magistrado poderá efetivamente tomar ciência ao conhecer do caso concreto. Mas é inegável a necessidade de suprir a lacuna hoje existente no ordenamento jurídico pátrio, que só tem projetos de lei em tramitação (como o PLS 90/99 em trâmite no Congresso Nacional) e nenhum resultado concreto e prático como a ciência, a sociedade e a nação tanto anseiam.

3.3 BIOÉTICA E BIODIREITO COMO CAMINHOS DE EQUILÍBRIO E JUSTIÇA

Como já anteriormente assinalado, a complexidade dos problemas decorrentes das novas práticas científicas por vezes podem parecer demasiadamente intrincados até mesmo para a Bioética e o Biodireito. Não existem, porém, searas mais preparadas, próximas e capazes de discutirem e fornecerem meios equilibrados e justos para a solução dos conflitos existentes.

A Bioética, em sintonia com as modernas práticas e buscando a manipulação responsável da vida, além de sua preocupação axiológica e

embasada em princípios de grande importância (como a autonomia dos envolvidos, a justiça, a beneficência, o consentimento informado, a dignidade da pessoa humana, a não-maleficência e a sacralidade da vida humana), já possui a devida experiência e conhecimento para discussão e aperfeiçoamento de um assunto tão sensível como a colisão de direitos fundamentais envolvidos na inseminação artificial heteróloga.

Seus princípios fundantes devem ser continuamente observados e aplicados na confecção de uma normatização para o assunto, de modo que sejam resguardados da melhor maneira possível todos os direitos envolvidos. Entretanto, especial destaque deve ser dado a dois deles e que, mesmo hoje, não são aplicados de maneira satisfatória em todos os lugares envolvidos – as clínicas especializadas, por exemplo, sequer informam da possibilidade de que, na ausência de um regramento específico para o tema, os doadores possam ser futuramente surpreendidos por ações como para conhecimento da origem biológica do indivíduo gerado:

> O Princípio da Autonomia, o qual deve permear a doação de sêmen/óvulo no procedimento de inseminação artificial heteróloga, se consubstancia no consentimento informado, e traduz a relevância da total e ampla consciência do doador, acerca das implicações advindas da prática de seu ato. Todavia, inconteste é a ineficiência dos esclarecimentos prestados em parte dos estabelecimentos responsáveis pela prática desta técnica de reprodução assistida.
> O Princípio da Autonomia está atrelado ao consentimento informado, que consiste na anuência consciente de todos os envolvidos no procedimento.
> (...)
> É Imprescindível, então, que haja um incremento na política dos centros de reprodução assistida, pois muitas vezes os responsáveis pelos procedimentos, não têm a real dimensão das consequências que podem advir de uma doação de sêmen/óvulo. (ANDRADE; CHAGAS, 2010, P. 714)

Suprindo-se a lacuna hoje existente no ordenamento jurídico brasileiro e tendo em vista o caráter e a esfera de aplicação de tais normas, integrarão elas o campo do Biodireito. E, com a positivação de diretrizes, passará a sociedade como um todo (e principalmente os doadores de material gênico e a própria classe médica) a gozar de maior segurança e limites objetivos daquilo que é e daquilo que não é permitido.

Enquanto tais leis não forem confeccionadas e em consonância com os princípios constitucionais, paradoxal será a exigência de uma postura esclarecida dos profissionais envolvidos, já que até mesmo o legislador brasileiro não terá conseguido chegar a conclusões objetivas acerca do assunto e

a fixar parâmetros jurídicos que regulem tais práticas. (ANDRADE; CHAGAS, 2010, P. 714)

O bom-senso e a responsabilidade devem imperar não só na prática cotidiana, mas também na hoje imprescindível confecção da legislação sobre o tema. O Direito não pode mais se furtar de apresentar respostas aos temas impostos pelo mundo moderno e que se sucedem de maneira tão rápida, de modo a se alcançar uma compatibilização entre os direitos e garantias da pessoa humana e o desenvolvimento científico.

Considerando o estágio de desenvolvimento da sociedade e os princípios bioéticos mencionados, o legislador precisa analisar e apontar qual o melhor caminho se deve trilhar para que se possa alcançar o bem comum e a paz social. E assim, aliado a uma conduta responsável e harmonizando da melhor forma possível os direitos de todos os envolvidos, resguardar-se-á a continuidade e a viabilidade das práticas de concepção artificial que a tantos beneficiam.

CONCLUSÃO

O tempo passa, a ciência evolui e a mentalidade social se altera. O mundo se tornou globalizado, os desejos e as necessidades humanas são mais complexos e, certamente, os problemas também já não são mais os mesmos.

A ciência como um todo e a biotecnologia, mais especificamente, apresentam na segunda metade do século XX e neste início de século XXI um desenvolvimento singular, ao passo que criam, modificam, alteram e desenvolvem métodos variados no intuito de atender aos mais variados interesses.

Invariavelmente, técnicas novas enfrentam novos problemas questionamentos – sobretudo éticos. No caso dos métodos de inseminação artificial tal situação não é diferente, mas é a reprodução humana assistida heteróloga aquela que apresentar as maiores contradições e desafios de ordem jurídica a serem enfrentados, já que contrapõe direitos essenciais ao ser humano, quer sejam, o direito de conhecer sua identidade (inclusive e especialmente, no tema em análise, aquela referente à sua origem genética) e o direito ao anonimato (intimidade).

Encontrar um ponto de equilíbrio em uma conjuntura tão sensível como esta não é uma tarefa fácil e nem sequer pode ser alcançado de modo frio e distante da realidade do caso concreto. Entretanto, de igual maneira, também não pode o ordenamento jurídico brasileiro se furtar de, ao menos, estabelecer parâmetros e princípios básicos que auxiliem o juiz no julgamento das causas que lhe são apresentadas, bem como tragam segurança jurídica a todos os envolvidos em práticas do tipo e resguardem a paz social.

É inegável que o Poder Judiciário nacional vem procurando realizar um bom trabalho na lacuna existente quanto ao tema. No entanto, a sociedade brasileira necessita que o legislador, embasado nos princípios bioéticos e em consonância com a Constituição Federal, posicione-se e procure resguardar

todos os diferentes interesses envolvidos. E, na ausência de da possibilidade de a todas as partes agradar quando da aplicação da norma ao caso concreto, que ao menos indique como deve ser realizado um juízo valorativo que se mostre favorável à coletividade.

Por se tratar de um tema tão delicado, é possível encontrar defensores da prevalência de ambos os direitos. Contudo, em uma análise geral, é necessário que cada um se questione e que a sociedade como um todo também o faça: no atual estágio de desenvolvimento social que o Brasil se encontra, a concessão geral e indiscriminada do direito ao conhecimento da origem genética será benéfico ao indivíduo isoladamente. Mas e à coletividade? E aos doadores de material genético que deixarão de possuir segurança jurídica para praticar um ato como este? E, se caso esse sistema reprodutivo ruir em razão da ausência de doadores disponíveis, como ficarão aquelas famílias que só possuem esta alternativa para conseguir realizar o sonho de terem filhos?

Claro que cada caso é uma situação diferente e assim deve ser analisado pelo Poder Judiciário, já que podem envolver diferentes variáveis e interesses. Mas é preciso resguardar também esse sistema de reprodução artificial que tanto bem faz a diferentes pessoas que muitas vezes só possuem este caminho a trilhar, conferindo a todos a segurança jurídica necessária – desde os doadores, passando pelos profissionais médicos e pelos receptores do material genético e alcançando o novo indivíduo concebido.

Assim sendo, com o uso dos princípios bioéticos e na imperiosa necessidade de confecção de um Biodireito verdadeiramente condizente com a realidade nacional e com os desafios que a sociedade agora enfrenta, faz-se mister um posicionamento efetivo e claro do legislador brasileiro, no intuito de promover o bem estar coletivo e a paz social, resguardando direitos e garantindo a ordem e o progresso da sociedade e da nação.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *JORNADA DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V:* enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>. Acesso em: 05 jun. 2014.

ANDRADE, Denise Almeida de; CHAGAS, Márcia Correia. *Limitações ao anonimato dos doadores de material genético nas fecundações artificiais humanas frente ao direito à informação do receptor:* uma nova mirada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3474.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2014.

BRASIL. *Código Civil:* Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília: Senado, 2002.

_____. *Constituição* da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2.380 p.
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**.** *Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.* Resolução nº 1.957/2010, de 6 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.
DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias.* 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Brasileiro.* 25. ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva 2010.
GASPAROTTO, Beatriz Rodrigues e RIBEIRO, Viviane Rocha. *Filiação e o Biodireito. Uma análise da reprodução humana assistida heteróloga sob ótica do código civil.* Disponível em: <http://www.**conpedi**.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/04_819.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2014.
GOLDIN, José Roberto. Bioética**:** origens e complexidade. *Revista do Hospital das Clínicas de Porto Alegre.* Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006.
HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Bioética e Biodireito:* revolução biotecnológica perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. Disponível em: <http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Giselda/(Bio_351tica%20e%20Biodireito).pdf>. Acesso em: 12 jun. 2014.
QUADROS, Marivete Bassetto de. *Monografias, dissertações & cia:* caminhos metodológicos e normativos. 2. ed. Curitiba: Tecnodata Educacional, 2009.
MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito.* São Paulo: Atlas, 2010.
MARTINELLI, Lorhainy Ariane Lagassi. *Aspectos jurídicos do anonimato do doador de sêmen na reprodução humana heteróloga*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10916.> Acesso em: 06 jun. 2014.
MORALES, Priscila de Castro. *O direito á identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida.* Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Priscila_Castro.pdf >. Acesso em: 11 jun. 2014.
MUÑOZ, Daniel Romero. Bioética: a mudança da postura ética. *Revista Brasileira de Otorrinolaringologia.* São Paulo, v. 70, n. 1, p. 578-579, set./out. 2004.
PARISE, Patrícia Spagnolo. *O que é Biodireito?* s.d. Disponível em: <http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/ART4.pdf >. Acesso em: 11 jun. 2014.
RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
SANTOS, Ana Célia de Julio. *Da vida humana e seus novos paradigmas:* a manipulação genética e as implicações na esfera da responsabilidade civil. 2006.

211 f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, 2006.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
SCHAEFER, Fernanda. *Bioética, Biodireito e Direitos Humanos. In:* MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). Biodireito em discussão. Curitiba: Juruá, 2008.
UNESCO, 1997. *Declaração Universal do Genoma Humano e Dos Direitos Humanos.* Adotada pela Conferência Geral da UNESCO, em sua 29ª sessão, em 21 de outubro de 12 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm.> Acesso em: 05 jun. 2014.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* direito de família. 10. ed. vol. 6. São Paulo: Atlas, 2010.
VIANA, Narladiene de Oliveira; TEIXEIRA, Osvaldo de Freitas. Breve análise sobre Bioética e Biodireito. *Jus Societas.* Ji-Paraná, v. 3, n. 1, p. 117-131, 2009.

DIREITO À INTIMIDADE VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE JURÍDICA NA QUESTÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS.

Luiz Fernando Peixoto Moreno[86]

Resumo:
O presente artigo tem como objetivo realizar um estudo acerca da importância da liberdade de expressão como princípio fundamental na construção do Estado Democrático de Direito. Partindo dessa premissa, tem com enfoque central a questão das Biografias não autorizadas no sistema jurídico brasileiro. Para tanto, será realizado uma analise jurídica acerca dos Direitos Fundamentais da Intimidade e da Liberdade de Expressão, bem como desdobramentos em relação à colisão entre esses Direitos Fundamentais. Nesse contexto, tal artigo, versará sobre a constitucionalidade das biografias não autorizadas no ordenamento pátrio, pautado nas premissas estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais são assim entendidos, por que se referem a certos direitos que são básicos e intrínsecos aos seres humanos, buscando desse modo salvaguardar e positivar garantias naturais à vida de qualquer individuo.

Amparados nesse contexto, é que se pode entender a exata compreensão dos direitos fundamentais, especialmente no papel que tais direitos exercem enquanto limitadores e conformadores do poder estatal.

Neste sentido, tornou-se indispensável mencionar que os direitos fundamentais se estabelecem na vanguarda do processo de positivação dos direitos naturais, portanto, se estabelecendo como um direito natural inato ao homem.

Destarte, o presente artigo científico, teve como objeto central de pesquisa, a questão das biografias não autorizadas, já que nos últimos tempos, tal temática tem dominado a mídia, com debates acalorados representados pelos grupos que possuem entendimentos divergentes sobre a legalidade ou não da proibição das biografias não autorizadas.

Tal temática tem despertado debates entusiasmados por diferentes setores da sociedade, justamente por que nosso país recentemente viveu um período de ditadura militar, onde os direitos fundamentais do cidadão eram suprimidos, principalmente sua liberdade de expressão, prevalecendo assim sempre o interesse e o posicionamento oficial do militares, portanto tudo que fosse diferente disso seria considerado subversivo e passível de censura.

Nesse contexto, coube destacar o papel centra da Constituição Federal de 1988, já que ela surge após um longo período de ditadura militar, vislumbrando assim ressalvar a sociedade em geral de seus direitos e garantias fundamentais, nesse sentido a Constituição Cidadã como ficou conhecida,

[86] Discente do 9º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. e-mail: tico_floripa@hotmail.com

vislumbra as premissas de um Estado Democrático de Direito, conferindo as pessoas em geral uma série de direitos fundamentais.

Diante do exposto, para se versar sobre a constitucionalidade ou não das biografias não autorizadas, foi necessário de forma inicial tecer considerações sobre dois importantíssimos Direitos Fundamentais, o Direito a Intimidade e a Liberdade de Expressão.

Por fim, têm-se as considerações finais do presente trabalho, expondo-se de maneira concisa os pensamentos que se alcançaram ao longo deste estudo.

2. DIREITO À INTIMIDADE

A Humanidade desde seus primórdios desenvolveu-se estabelecendo suas premissas alicerçadas na vida em sociedade. O homem é um ser eminentemente social.

Nesses termos com ser social, os indivíduos estabelecem relações cotidianas com outras pessoas, necessitando, portanto vivenciar um espaço social de interação, aonde a esfera pública e a privada vão se misturando e se inter-relacionando.

Diante do exposto, encontramos no filósofo grego Aristóteles, um pensamento que contextualiza toda essa problemática referente à vida em sociedade: "qualquer um que não consegue lidar a vida comum ou é totalmente autossuficiente que não necessita e não toma parte da sociedade, é um bicho ou um deus" (Aristóteles, 384-322 a.C).

Nesse ínterim, o Direito à Intimidade, surge com vistas a contemplar toda essa problemática, buscando estabelecer premissas para delimitar o que é público, e o que pertence à esfera intima do individuo.

O Direito a Intimidade, é considerado um Direito Fundamental, na medida em que se refere aquela categoria de direitos que são considerados intrínsecos ao ser humano, nesses termos buscando positivar garantias que são naturais a vida de qualquer cidadão.

Destarte, esse capítulo tem objeto central de pesquisa, um estudo sobre o Direito à Intimidade, buscando exprimir sua relevância como alicerce de sustentação do Estado Democrático de Direito.

2.1 Aspectos Conceituais e Terminológicos

Em relação ao Direito a Intimidade, é relevante atentar que existe uma enorme discussão doutrinaria quanto sua conceituação, contemplando uma série de divergências, com uma ampla gama de definições e conceitos diferenciados, não havendo uma convergência.

Nesse sentido, de forma inicial verificamos que a etimologia da palavra intimidade, vem do latim *intimus*, que significa "interior, o que é de dentro".

Lucrecio Rebollo Delgado, sobre esse assunto, assim leciona:

> Intimus(a, um), se traduce del latín por íntimo, el más íntimo.Su procedência, la encotramos en el advérbio

> intus, traducible por dentro, o hacia adentro. Así íntimo cabe traducirlo del término latino, como ló más interior, lo que tiende a demonstrar la máxilma interioridad.De esta forma, la lengua latina establece que a interior, le corresponde el superlativo intimus(...)Em uma primeira aproximación al concepto de íntimo, observamos uma ideia de interioridad, de redcto personal que se pretende ocultar al resto de aquellos com quien convivimos. Se establece una pretensión de ausência de difusíon, de conocimiento por parte de otros(DELGADO, 2000, p.36).

Observamos ainda, que existem diferentes designações desse direito mundo afora, assim no direito norte americano é conhecido pela expressão "*right of privacy*", no direito frânces como "*droit à la vie privée*" e no direito espanhol pela expressão "derecho a la esfera secreta ".

A Intimidade esta relacionado com aquilo é que extremamente pessoal ao individuo, a possibilidade de se resguardar, de se relegar ao conhecimento de outros, daquilo que se refere à privacidade da pessoa.

Embora o homem seja um ser eminentemente social e político, e que a maior parte de sua vivência exija interação com outros indivíduos, o que por vezes torna essa relação pública, contudo, não obstante a essa necessidade humana de socialização, existe de forma simultânea, e não menos importante, a necessidade indispensável de ficar só, de resguardar certos aspectos de sua existência para si, ou apenas para pessoas mais próximas.

Diante do exposto, observamos os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, uma contribuição acerca da definição do Direito à Intimidade:

> Esse direito reveste-se das conotações fundamentais dos direitos da personalidade, devendo enfatizar a sua condição de direito negativo, ou seja, expresso exatamente pela não exposição a conhecimento de terceiro de elementos particulares da esfera reservada do titular. Nesse sentido, pode-se acentuar que consiste no direito de impedir o acesso de terceiros aos domínios da confidencialidade. Trata-se de direito, alias, em que mais exalça a vontade do titular, a cujo inteiro arbítrio queda a decisão sobre divulgação(BITTAR, 2001,p.108).

Nesse ínterim, cumpre referenciar que o Direito à Intimidade, esta relacionado com a vontade de estar só, configurando um domínio de sua vida que é reservado de forma exclusiva para si, portanto, é uma prerrogativa fundamental de que aspectos particulares de sua vida não sejam divulgados de forma pública, que não chegue ao conhecimento de outras pessoas.

Nas palavras de Edilsom Pereira de Farias, encontramos uma importante lição acerca de tal temática:

> A intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o individuo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse principio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: "a solidão(donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência do sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo com centro emanador de informações)"(FARAIS,2006, p.113).

Cabe mencionar a enorme importância desse direito, na medida em possibilita que individuo tenha proteção na sua esfera intima, resguardando assim sua privacidade, preceito tão importante na vida do ser humano, protegendo para que aspectos pessoais de sua vida não seja exposta de forma arbitraria, sem o consentimento de seu titular.

2.2 Distinção entre Intimidade e Privacidade

Nesse presente tópico, pretende-se versar sobre a diferenciação entre dois termos que comumente e de forma errônea, habituam ser trados com se indicassem a mesma coisa, nesse sentido é precioso destacar que em termos jurídicos, intimidade e privacidade, são institutos diferentes. Esse erro e tão comum, que verificamos até mesmo na doutrina, eles sendo utilizados com se tivessem o mesmo significado.

Contudo, de forma cristalina, essa não foi à intenção do legislador, ou seja, ela não quis por meio de expressões distintas tratarem de um único instituto. Assim sendo, apesar serem direitos que em muitos aspectos são parecidos, e que na língua portuguesa são sinônimos, eles não possuem o mesmo significado jurídico.

Desse modo, quando o legislador previu expressamente no texto constitucional, os institutos da intimidade e da privacidade, logicamente estava resguardando de dois institutos quer possuem significado e abrangências diferentes.

A privacidade parece ter uma significado mais abrangente, externo, de forma que não diz respeito aos aspectos mais íntimos da pessoa, e sim ligados as relações interindividuais, esfera da vida privada, que se conjectura na ausência do público lato sensu, mas não das pessoas próximas, espaço esse onde acontece as relações sociais da família nucleada e dos amigos mais próximos.

> Já a privacidade ou vida privada consiste naquelas particularidades que diz respeito, por exemplo, à família da pessoa, tais como relações de família, lembranças de

> família, problemas envolvendo parentes próximos, saúde física e mental etc. Seria então aquela esfera íntima de cada um que vedasse a intromissão alheia. Entretanto, percebe-se que neste caso a pessoa poderia partilhar com as pessoas que bem lhe conviesse, sendo efetivamente da família ou até mesmo um amigo próximo(GUERRA, 1999,p.47).

No que tange a intimidade, ela refere-se aos aspectos internos do viver das pessoas, aqueles que são relegados à esfera intima do individuo, no sentido de ser considerado um campo ainda mais exclusivo da vida privada.

Diz respeito aos segredos íntimos das pessoas, que se revelados poderiam causar um certo tipo de constrangimento.

> Assim, verifica-se que a intimidade é algo a mais do que a privacidade, ou seja, a intimidade caracteriza-se por aquele espaço, considerado pela pessoa como impenetrável, intransponível, indevassável e que, portanto, diz respeito única e exclusivamente à pessoa, como por exemplo, recordações pessoais, memórias, diários etc, Este espaço seria de tamanha importância que a pessoa não desejaria partilhar com ninguém. São os segredos, as particularidades, as expectativas, enfim, seria o que vamos chamar de o "o canto do sagrado" que cada pessoa possui (GUERRA, 1999, p.47).

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, (2010, p.174), entendem que "Poderíamos ilustrar a vida social como uma grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo o interior seria aposto um ainda mais constrito e impenetrável, o da intimidade".

Por fim, como forma de demonstrar de maneira mais incisiva, a diferenciação entres os institutos da intimidade e privacidade, vislumbramos ainda nas lições dos doutrinadores Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, uma importante reflexão acerca de tal temática:

> Podemos vislumbrar, assim, dois diferentes conceitos. Um, de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o "eu" e os "outros", de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Assim, o direito de intimidade tem importância e significação jurídica na proteção do individuo exatamente para defendê-lo de lesões a direitos dentro da interpessoalidade da vida privada(...) Os poderão elucidar

> as diferenças. As relações bancárias de um indivíduo estão dentro do círculo da privacidade. Da mesma forma, seus relacionamentos profissionais, assim como o rol de seus clientes. Por outro lado, os segredos pessoais, as dúvidas existenciais, a orientação sexual compõem o universo da intimidade(ARAUJO, NUNES JÚNIOR, 2010,p.174).

Diante do todo exposto, fica claramente demonstrado que o legislador tratou de dois institutos distintos, sendo assim, apesar das palavras privacidade e intimidade serem versados como sinônimo em termos de língua portuguesa, no entanto, no que diz respeito à ciência jurídica tais expressões possuem significados diferentes.

Portanto, fica claro que são duas esferas da vida da pessoa, sendo uma menor marcada pela intimidade e as relações familiares e mais próximas, enquanto que a privacidade é mais ampla e envolve mais relacionamentos.

2.3 Da Natureza Jurídica e de sua Previsão na Constituição de 1988

O Direito à Intimidade tem como natureza jurídica a ideia de ser uma espécie de direito negativo, que se caracteriza em virtude da não exposição pública de aspectos íntimos da vida do individuo para terceiros.

Destarte, cabe destacar que Carta Magna Brasileira, prevê a proteção à intimidade e a privacidade, buscando nesse sentido assegurar sua inviolabilidade.

Cumpre observar, que essa proteção disposta pela Constituição Federal de 1988, é estabelecida com vistas a amparar aos indivíduos não somente em face da invasão de intimidade impetrada pelo Estado ante ao particular, mais também na proteção em relação a terceiros, que de forma arbitraria e ilegal atentem contra ao Direito Fundamental à Intimidade do indivíduo.

Assim, o artigo 5º caput, e incisos X, XI e XII, da Constituição Federal de 1988, dispõem:

> Artigo 5º - Todos são iguais perante á 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:
> X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> XI- a casa é asilo inviolável do individuo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial;
> XII- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunições telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no ultimo caso, por ordem judicial, nas

> hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Diante do exposto, é valioso aludir que a Constituição Federal estabeleceu três premissas de proteção ao direito à intimidade, a primeira esfera relacionada à intimidade e a privacidade de forma lato sensu, a segunda buscando a proteção intimidade domiciliar do individuo e a terceira esfera relacionada ao sigilo de correspondências e dados do individuo.

Sidney Cesar Silva Guerra, por sua vez, analisando tal temática, assim preleciona:

> Diante de tais considerações, verifica-se que vida privada, à luz da Constituição Federal de 1988, é o conjunto de modo de ser e viver, como direito de individuo viver sua própria vida. Consiste ainda na faculdade que cada individuo tem de obstar à intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso à informações sobre a privacidade de cada um, e também que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação da existência humana(GUERRA, 1999,p.47/48).

No campo infraconstitucional encontramos previsão de proteção ao Direito à Intimidade e Privacidade, na Lei n.10.406/2002, ou seja, o Código Civil, que em seus artigos 20 e 21, disciplinou o direito à intimidade como direito de personalidade.

> Artigo 20 – Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.
> Parágrafo único - Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.
> Artigo 21 – A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providencias necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Conforme os ensinamentos de Silvio Romero Beltrão (2005,p.129), "O art.21 do Novo Código Civil, adotando a mesma postura da Constituição Federal, disciplinou o direito à vida privada, como direito a personalidade,

determinando a existência de um isolamento natural da pessoa, onde a mesma possa viver o seu interior e se manifestar livre dos olhos sociais".

Contudo, cumpre ressalvar que apesar de o Direito à Intimidade ser considerado um Direito Fundamental, ele não é um Direito Absoluto, nesses termos sendo passível de limitações, quando houver justificativa e relevância, casa em que haverá certa prevalência dos interesses coletivos sobre interesse particular.

Por fim, é relevante observar que quando envolver pessoas notórias, políticos, artistas, esportistas, ou seja, em casos de pessoas públicas, o Direito à Intimidade sofrera certas limitações, tendendo a ser interpretado e aplicado de forma mais restritiva, sendo as limitações ao Direito à Intimidade, o objeto de estudo do próximo tópico.

2.4 Limitações ao Direito à Intimidade

Um aspecto muito tormentoso e que gera muitos debates entre os doutrinadores tem relação com a limitação ao direito á Intimidade.

É muito difícil delimitar com precisão o que diz respeito ao interesse público e o que é apenas privado, isso ainda mais quando pensamos em pessoas públicas, que utilizam da mídia e da publicidade para desenvolverem sua profissão.

Resta claro que o Direito à Intimidade é um Direito Fundamental, já que fora galgado a essa situação pela própria Constituição Federal de 1988, quando de forma expressa através de seu artigo 5º, inciso X, positivou como Direito e Garantia Fundamental, portanto, sendo inato a qualquer ser humano.

Não obstante a tudo isso, o Direito a Intimidade não é absoluto, ele possui limitações, contudo, o que é difícil, é estabelecer que situações concretas ele possam ser limitado. Um fato indispensável para tal problemática, diz respeito às pessoas notoriamente públicas, como: políticos, esportistas, atores, cantores, escritores. Em tais casos, até onde se contempla o Direito à Intimidade.

Sobre essa problemática, Alexandre de Moraes, assim versa:

> (...) essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de fiscalização pela mídia, enquanto que o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição da mídia (MORAES, 2006, p.74).

Por vezes, nos casos das pessoas notórias, o Direito à Intimidade sofrera limitações, isso não quer dizer que sejam suprimidos, no entanto, por causa do exercício de sua atividade, sofrerão restrições, quando a divulgação de fatos íntimos seja de interesse da coletividade.

Igualmente nesse sentido, leciona Edilsom Pereira de Farias:

> Assim, o direito à intimidade oferece uma maior proteção aos cidadãos comuns do que aos homens públicos ou pessoas célebres, porquanto estes voluntariamente se expõem ao público, tendo que abdicar em parte de sua intimidade como preço da fama ou prestígio granjeados. Todavia, ressalta-se que as pessoas públicas sofrem uma limitação e não supressão de sua intimidade. Esta subsiste, naquelas hipóteses em que sua divulgação adentra na esfera íntima da intimidade (FARIAS 2006, p. 116).

Por fim, cabe ressalvar que não se prega a supressão do Direito à Intimidade das pessoas públicas, o que se defende é apenas limitações, desde que sejam justificadas ao relevante interesse da coletividade. Portanto, há um fenômeno que deve ser levado em conta no caso de pessoas, como artistas e políticos, que buscam os veículos de comunicação de massa para divulgação dos seus trabalhos para ganhar dinheiro e angariar votos, respectivamente.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O presente artigo científico pretende versar nesse capítulo, sobre o Direito Fundamental a Liberdade de Expressão, bem com sua enorme relevância como alicerce de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Destarte, incumbe mencionar que a liberdade de expressão consiste em Direito Fundamental, com previsão expressa na Constituição Federal de 1988, sendo garantido a todo e qualquer cidadão, não sendo possível nenhuma espécie de distinção.

Neste sentido, torna-se indispensável mencionar a liberdade de expressão se estabelece como um direito inato ao homem, que como ser eminentemente social, ou seja, como individuo participante da vida em sociedade, tem a possibilidade se de expressar de forma "livre" perante a sociedade, sem nenhum tipo de censura ou restrição.

Outro aspecto a se destacar, diz respeito ao significado que tal Direito Fundamental tem para o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, na medida em que a Liberdade de Expressão contribui para conformação da opinião pública, funcionando como importante instrumento de fiscalização dos cidadãos comuns para com os Homens Públicos que exercem a atividade governamental.

Sobre tal assunto, assim ensina Jónatas Eduardo Mendes Machado:

> O direito à liberdade de expressão assume um lugar central no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais. Isto, em boa medida, graças à sua função instrumental relativamente à afirmação da liberdade individual de pensamento e de opinião e à garantia da

> autodeterminação democrática da comunidade política globalmente considerada. Desde cedo se considerou que o governo degenera quando confiado apenas aos governantes, sendo fundamental uma ampla discussão pública dos assuntos de interesse geral. A liberdade de expressão, devidamente reforçada por outras prioridades constitucionais, como a generalização da instrução pública e do direito de sufrágio, é vista como uma das peças principais de um governo republicano (MACHADO, 2002, p.61).

Cumpre observar, a Liberdade de Expressão, é um direito amplo, abarcando uma gama diversificada de manifestações culturais e de opinião, podendo destacar entre outras formas de livre expressão, a música, literatura, cinema; etc.

Diante do exposto, pretende-se nesse analisar a questão conceitual e terminológica do tema, para por fim, tratar da Liberdade de Expressão na Constituição Federal de 1988.

3.1 Liberdade de Expressão: Terminologia, Aspectos Conceituais e Jurídicos

Quanto ao termo liberdade, cabe destacar que ele abarca uma série de significados, possuindo inúmeras possibilidades de uso e aplicação linguística, sendo uma expressão muito ampla, podendo ser inserida nas mais diversificadas situações.

A palavra liberdade tem sua origem vinculada ao latim, assim tal termo vem do vocábulo *libertas,* que significaria "ser livre", já na etimologia grega, liberdade tem correspondência com o termo *eleutheria,* algo que teria significado relativo à liberdade de movimento.

Na concepção jurídica, lato sensu, a expressão liberdade, séria uma espécie de poder que é atribuído ao individuo, com vistas a agir ou deixar de agir, de acordo com sua vontade, desde que amparado em preceitos estabelecidos na lei.

José Horacio Meirelles Teixeira, a respeito da definição de liberdade de expressão, assim dispõe:

> Liberdade é o direito de viver e de desenvolver e exprimir nossa personalidade de maneira a mais completa, conforme as lei da natureza e da razão e a essencial dignidade da pessoa humana, no que for compatível com igual direito dos nossos semelhantes e com as necessidades e interesses do bem comum, mediante o adequado conjunto de permissões e de prestações positivas do Estado(TEIXEIRA, 2000.p.672).

Liberdade possui ainda um sentido filosófico, ligado a algo utópico, ao estado ideal a ser buscado, há autonomia e independência que é conferida ao

individuo, no sentido de tomar suas decisões de acordo com sua própria vontade.

No que tange a liberdade de expressão, é relevante atentar que tal direito se configura no rol dos direitos fundamentais de primeira geração, figurando-se como direito de liberdade do cidadão perante o estado.

Diante do todo exposto, encontramos nos estudos de Célia Zisman, a seguinte assertiva:

> A liberdade de expressão é o direito, garantido por preceito constitucional, de cada pessoa poder manifestar o seu pensamento livremente, expondo o seu ponto de vista, a sua opinião própria, optando e agindo de acordo com esta, para desenvolver a sua personalidade conforme seus interesses e idéias, sem que o estado e outros indivíduos possam interferir. (ZISMAN, 2003, p.81).

Destarte, é salutar enfatizar que a liberdade de expressão, é entre os direitos que se referem a manifestação do pensamento, com certeza o que possui a maior abrangência e amplitude. Sendo que ele se coaduna com valores como a democracia, pluralismo partidário, liberdade de imprensa, liberdade cientifica, liberdade religiosa, liberdade sexual e filosófica, entre outras.

Nesses termos, busca-se criar um ambiente propicio e harmonioso para o livre debate de ideias e manifestações, no qual possam conviver de forma pacífica, correntes de pensamento ou políticas, mesmo que irredutivelmente opostas, objetivando o estabelecimento de uma sociedade pluralista, onde as pessoas possam participar de forma livre do devir social.

Vislumbramos assim, aos ensinamentos de Alexandre de Moraes:

> A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo(MORAES, 2006.p.111).

Diante do exposto, cabe mencionar ainda que liberdade de expressão além de um direito fundamental positivado na maior parte das Cartas Magnas dos países democráticos se estabelece ainda como um pressuposto elementar na busca pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Já que possibilita, ao homem efetuar suas escolhas, de acordo com suas convicções filosóficas, políticas, religiosas, cientificas, de forma livre, sem a prévia interferência do estado ou demais membros da sociedade.

Outro aspecto de muita importância ao se pensar em liberdade de

expressão, diz respeito ao estado democrático de direito, desse modo podemos afirmar de maneira enfática, que a liberdade de expressão é uma condição *sine qua non* para o estabelecimento do estado democrático de direito.

Destarte, não conseguimos vislumbrar um estado democrático moderno, que não possua entre seus preceitos fundamentais, o direito de liberdade de expressão positivado em sua Carta Magna, de modo a garantir aos seus cidadãos a liberdade em sua escala mais amplificada possível. Nesse sentido, o doutrinador Edilsom Farias, assim leciona:

> A concepção dual da liberdade de expressão e comunicação, aqui exposta, sistematiza os argumentos esgrimidos em duas perspectivas: (i) na perspectiva subjetiva, apresentam-se as teorias que consideram a liberdade de expressão valor indispensável para a proteção da dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade; (ii) na perspectiva objetiva, reúnem-se as teorias que julgam a liberdade de expressão e comunicação valor essencial para a proteção do regime democrático, na medida em que propicia a participação dos cidadãos no debate público e na vida política (FARIAS,2004, p.64).

A liberdade de expressão e informação, consagrada em textos constitucionais, sem nenhuma forma de censura prévia, constitui uma das características das atuais sociedades democráticas.

Essa liberdade é inclusive, considerada como termômetro do regime democrático. Por conseguinte, a liberdade de expressão e estado democrático de direito são princípios indissociáveis, sendo inaceitável imaginar democracia sem liberdade de expressão.

No entanto, faz-se necessário ressalvar que a liberdade de expressão, não se configura como um direito absoluto, nesse sentido é importante observar que tal direito possui "limitações" que devem ser lembradas para não possibilitar que a excessiva liberdade possa se confrontar com outros direitos, ou seja, a liberdade deve ser exercitada com responsabilidade, se estabelecendo a partir de princípios e regras estabelecidas no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o próprio diploma legal estabelece alguns instrumentos, que disciplinam formas de limitações, podendo citar a vedação ao anonimato, o direito de resposta, bem como a possibilidade de indenização com vistas reparar eventual dano moral ou material à imagem da pessoa.

Por conseguinte, liberdade de expressão e estado democrático de direito são princípios indissociáveis, sendo inaceitável imaginar democracia sem liberdade de expressão.

3.2 Previsão da Liberdade de Expressão na Constituição de 1988

De forma inicial, cumpre observar o contexto histórico no qual a Constituição Federal de 1988 foi concebida, depois de uma Ditadura Militar,

que sufocou os veículos de comunicação e estabeleceu uma censura de cunho institucional.

Entre os anos 1964 a 1985, o Brasil viveu governado pelo Regime Militar, sendo esse um dos períodos mais tormentosos da Historia do Brasil, principalmente no que tange ao desrespeito aos Direitos Fundamentais.

Desse modo, durante esse momento a Liberdade de Expressão fora duramente restringida, os indivíduos eram impedidos de se manifestarem livremente, já que não poderiam discordar dos militares, nenhuma forma de expressão cultural, artística, jornalística, de opinião e política contraria ao regime era tolerada, sendo considerada subversiva.

O Brasil viveu nesse período, angustiado pelo medo e por perseguições, no campo político a democracia fora exterminada, sendo vetado a existência de partidos políticos, a não ser os ligados ao regime, assim quem atentasse de alguma forma contra os interesses da ditadura militar corria sérios riscos de ser perseguido, torturado e até morto.

Tempos em que o cidadão brasileiro não tinha respeitado seus Direitos e Garantias Fundamentais, ficando a mercê de um regime que impunha restrições à liberdade de expressão dos indivíduos, que sofriam repressão e censura se ousassem emitir qualquer forma de pensamento antagônico ao regime militar.

Nesse contexto, a Constituição Federal, reflete de certa forma toda essa luta da sociedade brasileira pela "redemocratização", nesse sentido ela buscou estabelecer de forma expressa uma série de direitos e garantias fundamentais que anteriormente eram relegadas, pautados por premissas de um Estado Democrático de Direito.

Diante do apresentado, depois uma mobilização intensa da sociedade civil em busca da redemocratização do país, no dia 05 de outubro de 1988, fora promulgada a Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988, também conhecido como Constituição Cidadã, estabeleceu de forma expressa um rol de elementos e princípios com vista a objetivar de maneira efetiva os Direitos e Garantias Fundamentais, na busca pela "plena" liberdade de expressão dos indivíduos.

Sobre tal temática, Felipe Chiarello de Souza Pinto, assim leciona:

> Nenhuma outra Constituição brasileira deu abertura à liberdade de manifestação do pensamento como a atual, que garante, ainda, a abolição da censura a todas as formas de expressão artística e cultural. A Constituição de 1988 privilegiou, portanto, a liberdade de informação, fatores vitais para um regime democrático(PINTO, 2006,98/99).

Nesse ponto, o artigo 5º da nossa Carta Magna, trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, tendo uma importância histórica muito grande, na medida em que estabeleceu de forma expressa os Direitos Fundamentais.

Assim, o artigo 5º caput e incisos IV e IX da Constituição Federal de 1988, dispõe:

> Todos são iguais perante á 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:
> V- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> IX – é livre a manifestação da atividade intelectual,artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

Destacamos ainda, o artigo 220 que versa sobre a liberdade de imprensa, vedando a censura.

> Art. 220º A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
> § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Outro ponto que merece destaque, é que conforme disposição expressa definida pela própria Constituição, a liberdade de expressão inclui-se no rol dos Direitos Fundamentais.

Por conseguinte, em vista da relevância do seu prisma conceitual, tal direito configura-se com uma clausula pétrea, aquelas que são insuscetíveis de emendas e modificação.

Nesses termos, dispõe o artigo 60, parágrafo 4, inciso IV da Constituição Federal:

> Artigo 60 – A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> Parágrafo 4- Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> IV- os direitos e garantias individuais.

Sendo a Liberdade de Expressão um Direito Fundamental, é relevante observar que o Constituinte de 1988, buscou sua proteção de forma expressa, transformando em clausula pétrea, garantido assim que a Liberdade de Expressão não pudesse ser retirada de nenhuma forma, do rol de Direitos e Garantias Fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal.

Edilsom Farias, a esse respeito explica:

> As cláusulas pétreas constituem uma categoria jurídico constitucional já bastante difundida no direito constitucional brasileiro.Consistem em um núcleo duro da Constituição, insuscetível de reforma por meio de emendas constitucionais, razão pela qual são cognominadas também de cláusulas da eternidade. As cláusulas pétreas estão previstas no art60,par.4, I a IV, da CF de 1988. O último inciso inclui os direitos fundamentais dentre as matérias arroladas como clausula pétrea.

Diante dos fatos acima apresentados, é relevante atentar que a proibição das biografias não autorizadas é uma espécie de censura, não mais nos moldes do período da ditadura militar, mas sim repaginada agora em um forma de uma "Censura Privada", cumpre lembrar as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (2001,p.16/17), que assim leciona:

> Assim, mesmo que se adapte o conceito formal de censura para designar a sujeição da comunidade à uma fiscalização estadual e à uma autorização administrativa prévia, ainda assim o conceito de censura em sentido amplo pode enriquecer a teoria das restrições e a própria força normativa do direito à liberdade de expressão, fazendo impender uma forte presunção de inconstitucionalidade sobre todas as formas de restrição à liberdade de expressão(CANOTILHO,2001.p.16/17).

Por fim, é imperativo advertir que a liberdade de expressão, não se conforma como um direito absoluto, sendo importante observar que tal direito possui "limitações" que devem ser advertidas para não possibilitar que a extrema liberdade possa se confrontar com outros direitos, ou seja, a liberdade deve ser exercitada com responsabilidade, se estabelecendo a partir de princípios e regras estabelecidas no ordenamento jurídico.

4 BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

O presente capítulo tem como objeto central de pesquisa, um estudo, mesmo que breve sobre a questão das Biografias não autorizadas, buscando verificar como Constituição Federal trata sobre essa temática.

Portanto, de forma inicial realizaremos as considerações iniciais, posteriormente trataremos sobre aspectos conceituais do que vem a ser entendido com Biografia, e por fim, explanaremos uma analise jurídica acerca da temática das Biografias não autorizadas, vislumbrando versar sobre a inconstitucionalidade da "censura" das biografias não autorizadas.

4.1 Considerações Iniciais

Nos últimos tempos, à possibilidade de "censura" das biografias não autorizadas, tem dominado a mídia e mundo jurídico, com debates acalorados, representados pelos grupos que possuem entendimentos divergentes sobre a legalidade ou não de tal assunto.

A possibilidade de censura às biografias não autorizadas no Brasil, ganha facetas tormentosas, justamente pelo país ter recentemente vivido um período de ditadura militar (1964/1985), período esse em que o cidadão brasileiro não tinha respeitado seus Direitos e Garantias Fundamentais, ficando a mercê de um regime que impunha restrições à liberdade de expressão dos indivíduos.

Cumpre destacar, que durante o período da ditadura militar, existira uma forte repressão e censura a toda e qualquer manifestação artística e política, nas suas variadas dimensões, que se opusessem de alguma forma contra o regime autoritário.

Nesse contexto, jornais, revistas, músicas, peças teatrais, livros, sofreriam controle externo pelo aparelho repressivo do Estado, por meio de órgãos como o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) que poderiam censurar qualquer dessas manifestações culturais, que fossem interpretadas como subversivas, que se opusessem aos interesses do regime militar.

Sobre esse assunto, leciona Roberto Dias:

> Isso é confirmado quando nos lembramos do período em que os militares subjugaram o Brasil, entre 1964 e 1985. Durante o regime autoritário, jornais, revistas, filmes, peças teatrais, novelas, musicas, e tudo o que pudesse- de fato ou na imaginação dos censores- significar afronta à ditadura ou ameaça ao governo que se impunha pela força era mutilado, quando não era efetivamente proibido. A oposição ao sistema era motivo mais do que suficiente para impedir a circulação de um jornal ou a encenação de uma peça de teatro.(...)A permissão para manifestar o pensamento, a opinião e crítica era, dada apenas aos que expusessem suas ideias de acordo com o que impunha o regime autoritário. A manifestação do pensamento era aceita apenas para consentir.Não havia imprensa livre.Não se admitia a pluralidade. Não se podia expressar para divergir do governo. A insistência poderia levar o insubmisso, o rebelde, o independente, o insubordinado às salas de tortura, a países estrangeiros, sem passagem de volta, ou à morte.Em resumo: não havia democracia(DIAS,2012,p.206/207).

Nesse contexto, emergiu a Constituição Federal de 1988, conferindo a sociedade em geral uma série de Direitos Fundamentais, estabelecendo as

premissas de um Estado Democrático de Direito, assegurando a liberdade de expressão na suas mais variadas facetas.

No entanto, nós últimos tempos, o Brasil vem sendo assombrado por uma nova modalidade de censura, agora não mais institucionalizada pelo Estado, mais sim pelo poder judiciário, que de forma arbitraria e não respeitando os valores democráticos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, tem impedido a circulação de biografias de uma serie de personalidades brasileiras.

Assim, o Judiciário valendo do artigo 20 do Código Civil de 2002, argumentando em face do fundamento de que as biografias não autorizadas violam o Direito a Intimidade e Honra do biografado, tem proibido a publicação de algumas obras desse gênero literário.

Nesse ínterim, podemos citar dois casos emblemáticos de censura por parte do poder judiciário em relação às biografias não autorizadas, o primeiro caso referente aos 90, diz respeito à Biografia do jogador Garrincha, que por causa de uma ação judicial proposta pela família do jogador, fora retirada de circulação, a obra em caso chamava-se Estrela Solitária, elaborada pelo escritor Ruy Castro. Essa decisão foi posteriormente revertida nas instancias superiores da justiça, no entanto, tal obra fora censurada pelo período de um ano.

Outra caso, ainda mais recente e emblemático, diz respeito a biografia do cantor e compositor Roberto Carlos, produzida pelo escritor Paulo Cesar de Araújo, fruto de uma ampla e detalhada pesquisa, a obra intitulada Roberto Carlos em Detalhes, teve sua circulação proibida e os exemplares que já estavam em circulação foram recolhidos, por causa de ação proposta pelo cantor, argumentando que sua honra e sua intimidade estavam sendo duramente afetados, o curioso é mais estarrecedor, que essa decisão persiste até hoje, ou seja, a obra encontra-se censurada desde 2007.

Diante dos fatos apresentados, objetivo deste capitulo e versar sobre a inconstitucionalidade do artigo 20 do Código Civil, já que ele tem sido o instrumento utilizado para argumentar a proibição de uma série de biografia não autorizadas.

4.2 Análise jurídica na questão das Biografias não autorizadas

O Supremo Tribunal Federal está para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, impetrada pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, que corre sob o número 4.815 e tem como relatora a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, com vistas versar sobre a inconstitucionalidade do artigo 20º do Código Civil.

Nesta esteira, cumpre atentar que a problemática das biografias não autorizadas está intimamente relacionada com a existência e a colisão de dois importantíssimos Direitos Fundamentais, que possuem previsão expressa na Constituição Federal de 1988, ou seja, o Direito à Intimidade e à Liberdade de Expressão.

Observamos a previsão dos Direitos Fundamentais a Liberdade de Expressão e o Direito à Intimidade, no artigo 5º caput, e incisos V, IX, X da Constituição Federal de 1988, que dispõem:

> Artigo 5º - Todos são iguais perante á 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:
> V- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> IX – é livre a manifestação da atividade intelectual,artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.
> X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

No campo infraconstitucional encontramos previsão de proteção ao Direito à Intimidade e Privacidade, na Lei n.10.406/2002, ou seja, o Código Civil, que em seu artigo 20, disciplinou o direito à intimidade como direito de personalidade.

> Artigo 20 – Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.
> Parágrafo único - Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Nesse diapasão, o artigo 20 do Código Civil de 2002, não se amoldou aos preceitos estabelecidos e emanados por nossa Carta Magna, que fora fundada alicerçada com base no valores do Estado Democrático de Direito.

Sobre esse assunto, encontramos amparo nas lições de Danielle Vincentini:

> O artigo 20 do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002), ao restringir a publicação da biografia à vontade do biografado, fere o princípio constitucional da liberdade de expressão e informação, colocando em privilégio a garantia constitucional da vida privada. Quando esses direitos entram em conflito, surge a colisão entre os próprios direitos fundamentais, cuja solução se revela desafiadora (...). A liberdade de expressão e informação, uma vez que contribui para a orientação da opinião

> pública na sociedade democrática, é estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais (VINCENTINI, 2013, p.2).

A atual sistemática disposta pelo artigo 20 do Código Civil, que permite apenas a publicação de Biografia previamente autorizada, é muito prejudicial tanto a Liberdade de Expressão, que é um Direito Fundamental, quanto ao gênero literário das Biografias, que é muito importante para compreensão de fenômenos históricos, já que a historia é formada antes de tudo por pessoas, cuja vida é o objeto central desse gênero,.

Nesses termos tal previsão, enfraquece cientificamente muito esse gênero literário, já que possibilitaria apenas uma visão única e parcial do biografado, dando origem à chamada Biografia "chapa branca", ou seja, aquela em que o biografado não tem os acontecimentos de sua vida analisado de forma crítica, transformando todo cidadão em herói, um ser quase mitológico sem defeitos, uma visão romantizada das pessoas.

> Portanto, ao admitir apenas as publicações de biografias autorizadas pelos biografados ou seus herdeiros, o Estado brasileiro admite a censura privada, suprime o pluralismo, garantido pelo art.1º, inciso V, da Constituição Federal, impõe a visão única – a do biografado – e afeta o regime democrático. Como bem mencionado na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4.815(DIAS, 2012, p.211).

Existem atualmente dois projetos de lei que pretendem alterar o referido artigo, o projeto de Lei nº 393/2011 de autoria do Deputado Federal Newton Lima (PT/SP) e o projeto nº 395/2011 de autoria de Deputada Federal Manuela D'avilla (PC do B/RS), sendo que esse último foi apensado ao primeiro, visando a possibilitar a publicação de biografias não autorizadas.

Se o projeto de Lei n.393/2011, realmente vier a ser aprovado, ele amoldara o artigo 20 do Código Civil as premissas democráticas estabelecidas pela Constituição Federal, já que não necessitara mais da autorização do biografado para que a Biografia possa ser publicada.Esse projeto busca incluir ao artigo 20 do Código Civil o parágrafo 2º, que teria a seguinte redação:

> § 2° A mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.

Democracia real pressupõe a existência de um espaço público robusto, dinâmico, e diversificado, em que os temas de interesse social possam ser

discutidos com liberdade, onde haja espaço e seja possibilitado o livre debate, para que posicionamentos antagônicos possam coexistir, privilegiando o pluralismo de ideias.

Destarte, ao vislumbrarmos a possibilidade de restrição da publicação das biografias, já que as mesmas necessitam de uma condição, ou seja, da previa aceitação do biografado, estamos privilegiando o Direito à vida privada, relegando e atentando contra a Liberdade de Expressão e os valores coletivos da sociedade.

Cumpre destacar, que maior parte das Biografias, tem como objeto de pesquisa a vida de pessoas notoriamente públicas, que são famosas em suas áreas de atuação, que de forma livre e espontânea escolhem por exercem atividades profissionais e políticas que exigem exposição pública, e que tiram proveitos econômicos dessa publicidade, assim por esse motivo resultando em forte atração ao interesse público e coletivo.

Portanto, nos casos das pessoas notórias, o Direito à Intimidade sofrera limitações, isso não quer dizer que sejam suprimidos, no entanto, por causa do exercício de sua atividade, sofrerão restrições, quando a divulgação de fatos íntimos seja de interesse da coletividade.

A exigência de prévia autorização, ainda que motivada pelo propósito de proteção dos direitos da personalidade e intimidade (honra, imagem), configuram restrição legal manifestamente desproporcional aos Direitos Fundamentais à Liberdade de expressão e ao acesso à informação, que são consagrados pela Constituição Federal.

Diante do exposto, sobre tal problemática, Roberto Dias, afirma:

> Mais especificamente, pode-se dizer que não há razão suficiente para intervir de forma tão intensa na liberdade de expressão do individuo e o no direito a informação da coletividade, com vistas a proteger o direito à honra, à boa fama, à respeitabilidade e o patrimônio do biografado. Nesse caso, é justificável mitigar o cumprimento do preceito constitucional que busca proteger a honra, a vida privada, a imagem e o patrimônio, em razão da importância que se dá à liberdade de expressão, ao direito à informação e ao acesso às fontes da cultura nacional. Ademais, as pessoas notórias têm a esfera de proteção de sua intimidade e privacidade reduzidas, exatamente por serem personalidades públicas(DIAS, 2012,p.219).

Ao se aceitar a censura privada de biografias não autorizadas pelo poder judiciário, estamos regredindo no tempo, e criando uma espécie de *INDEX LIBRORUM PROHIBITORUM, ou seja, uma lista de public*ações literárias que eram proibidas pela Igreja Católica, mais agora passam a ser censurados pelo poder judiciário.

No tocante a censura da Igreja Católica Apostólica Romana, em 1790 saiu o último "Index" de livros proibidos, mas, como ressalta Sérgio Tibiriçá

Amaral(2003, p. 107) sua atividade censorial durou até o século XX, inclusive com vedações a autores brasileiros, como Leonardo Boff.

Por conseguinte, vislumbra-se a possibilidade de se utilizar de mecanismos legais, menos arbitrários e antidemocráticos do que a Censura, para combater quaisquer excessos cometidos pelos autores das biografias não autorizadas.

Nesse ínterim, já existe previsão legal, tanto na Constituição Federal quanto Código Civil, de mecanismos jurídicos para se combater eventuais excessos cometidos pelos autores de biografias não autorizadas, como Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais em face de inverdades, calúnia, difamação e injúrias cometidas contra os biografados, nesses termos não necessitando de qualquer forma de censura.

Edilsom Pereira de Farias, assim preconiza:

> A liberdade de expressão e informação, uma vez que contribui para a orientação da opinião pública na sociedade democrática, é estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais. Em consequência, no caso de pugna com outros direitos fundamentais ou bens de estatura constitucional, os tribunais constitucionais têm decidido que, prima facie, a liberdade de expressão e informação goza de preferred position(FARIAS, 2006, p.158).

Por fim, cabe mencionar de forma categórica que o atual artigo 20 do Código Civil, não respeita a hierarquia imposta pela Constituição Federal de 1988, que é a Lei Maior desse país, e preconiza premissas que devem ser respeitadas por toda e qualquer espécie de lei no ordenamento jurídico nacional.

Sendo que o disposto no referido artigo, atenta contra as premissas estabelecidas pela Carta Magna, que preconizam a Liberdade de Expressão como Direito Fundamental, responsável pela formação da opinião publica pluralista, e como *conditio sine qua non* para a configuração do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Fundamentais, como foram vistos no decorrer desse trabalho, são aqueles inerentes à própria existência humana. Desse modo fora demonstrado que seu surgimento e seu estabelecimento são fruto de uma conquista que se deu de forma lenta e gradual aos longos dos períodos históricos.

Nesse contexto, verificou-se a exata compreensão dos Direitos Fundamentais, especialmente no papel que tais direitos exercem enquanto limitadores e conformadores do poder estatal. De tal sorte que, os direitos

fundamentais se estabelecem na vanguarda do processo de positivação dos direitos naturais, portanto, se constituindo como um direito inato ao homem.

Nesta esteira, a problemática das biografias não autorizadas está intimamente relacionada com a existência e a colisão de dois importantíssimos Direitos Fundamentais, que possuem previsão expressa na Constituição Federal de 1988, ou seja, o Direito à Intimidade e o Direito a Liberdade de Expressão.Tarefa não muito fácil, é diagnosticar com precisão acerca da linha tênue que separa o Direito à Intimidade e a Liberdade de Expressão, até onde vai esfera de um sem que haja invasão ao outro, como definir limites.

De qualquer forma, buscou-se com a realização desse artigo cientifico demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 20º do Código Civil, já que esse tem sido o mecanismo jurídico que tem amparado à proibição e restrição da publicação das Biografias Não Autorizadas por parte de decisões judiciais.

Cumpre destacar, que a atual sistemática emanada pelo artigo 20º do Código Civil de 2002, não se amoldou aos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, por conseguinte, a necessidade de prévia autorização por parte do biografado, ainda que determinada pela finalidade de proteção dos direitos da personalidade e intimidade (honra, imagem), funciona como restrição legal manifestamente desproporcional aos Direitos Fundamentais à Liberdade de expressão e ao acesso à informação.

A censura nos dias atuais ganhou uma nova roupagem, agora realizada pelo poder judiciário, e não mais como anteriormente onde ocorria de forma institucionalizada pelo próprio Estado, no entanto isso não quer dizer que ela seja menos perigosa, muito pelo contrario, ele continua sendo muito danosa à sociedade, já que qualquer forma de censura representa uma grave lesão aos princípios do Estado Democrático de Direito e da Liberdade de Expressão.

Assim, como já foi demonstrado no decorrer do presente trabalho, existem outros instrumentos menos totalitários e mais democráticos para combater eventuais abusos ao Direito a Liberdade de Expressão do que a Censura. Como a possibilidade de propor Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais em face de inverdades, calúnia, difamação e injúrias cometidas contra os biografados, nesses termos não necessitando de qualquer forma de censura.

Nesse sentido, admitir qualquer espécie de restrição ou censura, a obras literárias, seria um prejuízo muito grande, um retrocesso sem tamanho à sociedade brasileira, já que a Democracia e consequentemente a Liberdade de Expressão foram valores e direitos conquistados depois de muita luta.

Por fim, é salutar enfatizar que a liberdade de expressão, é entre os direitos que se referem à manifestação do pensamento, com certeza o que possui a maior abrangência e amplitude. Sendo que ele se coaduna com valores como a democracia, pluralismo partidário, liberdade de imprensa, liberdade cientifica, liberdade religiosa, liberdade sexual e filosófica, entre outras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá**.** *O CLOSED CAPTION, A LEGENDA ANIMADA,*

COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE INFORMAÇÃO DE 3.ª GERAÇÃO – Dissertação de Mestrado: Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2003.
AMARAL, Sérgio Tibiriçá**.** *A Era dos Deveres (Breves comentários sobre três questões).* In:INTERTEMAS:Revista da Toledo.v.6.p.09/37.Junho de 2002.
ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de**.** *História Constitucional do Brasil.*10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.
ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano**.** *Curso de Direito Constitucional.* 14 ed. São Paulo: Saraiva,2010.
BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade: De Acordo com o Novo Código Civil.* São Paulo: Atlas, 2005.
BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 5 ed.atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* de 5 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 470 p. (Manuais de legislação Atlas)
BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado, 2002.
BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
_____,Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
BOIN, Rosana. *Dano Moral nos Crimes de Imprensa: Cerceamento da Liberdade de Expressão ou Proteção dos Direitos Individuais?*.2004.128f. Monografia (Bacharelado em Direito)- Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente/SP, 2004.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 15.ed. São Paulo: Malheiros,2005.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
COMPARATO, Fábio Konder**.** *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2000.
CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*.In Filosofia Jurídica. Porto Alegre,1994.
DELGADO, Lucrecio Rebollo. *El Derecho Fundamental a La Intimidad.* Madrid: Editora Dykinson, 2000.
DIAS, Roberto. *Liberdade de Expressão: Biografias não autorizadas*. In:Revista Direito, Estado e Sociedade. nº41. p.204/224.Jul/Dez 2012.
FARIAS, Edilsom de Pereira. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
_____, Edilsom de Pereira. *Colisão de Direitos : a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*.Porto Alegre, 2006.
FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2003.
GEBARA, Gassen Zaki. *Direito á Intimidade e Direito á Informação: Colisão de Direitos Constitucionais.* Revista Jurídica UNIGRAN.Dourados/MS.v4.n.8.jul/dez 2002.
GODOY, Claudio Luiz Bueno. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da*

Personalidade. São Paulo: Atlas, 2001.
GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem.* Rio de Janeiro: Renovar,1999.
ISRAEL, Jean Jacques. *Direito das liberdades fundamentais.* 1ed. Brasileira. Barueri/SP: Manole,2005.
MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social.* Coimbra: Ed.Coimbra, 2002.
MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas,2006.
PINTO, Felipe Chiarello de Souza. *Os símbolos nacionais e a liberdade de expressão*. São Paulo, Editora Max Limonad,2001.
SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo:* de acordo com o novo código civil, Lei n.10.406, de 10-01-2002.São Paulo: Atlas,2002.
SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
_____, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informação pessoais, da vida e da morte.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 20 ed. São Paulo: Malhaeiros Editores, 2002.
SILVA, Leandro Rodrigo da. *Dos Limites da Liberdade de Imprensa versus o Direito á Intimidade.* 2007.68f. Monografia (Bacharelado em Direito)- Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente/SP, 2007.
TONICANTE, Daniela Batista. *Direito á Privacidade e Direito a Intimidade frente a Liberdade de Imprensa.* 2003.128. . Monografia (Bacharelado em Direito)- Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente/SP, 2003.
VICENTINI, Daniella Regina Bartelli.*Aspectos Jurídicos das Biografias não autorizadas.* Disponível em: http://jus.com.br/artigos/25088/aspectos-juridicos-da-biografia-nao-autorizada. Acessado em 10 de Março de 2014.
ZISMAN, Célia Rosenthal. *A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas limitações: os limites dos limites.* São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

EM BUSCA DO "SISTEMA GEOMÉTRICO VARIÁVEL" DE FONTES DO DIREITO E O USO DE PRECEDENTES VINCULANTIVOS NO BRASIL

Jaime Domingues Brito[87]
Tiago Domingues Brito[88]

Resumo
Objetiva-se e perspectiva-se apresentar, neste trabalho, uma visão que possa sugerir a utilização de um sistema de precedentes no Brasil, e que seja capaz de trazer maior segurança jurídica, igualdade e previsibilidade. Para isso, o trabalho enfoca, num primeiro passo, o fenômeno jurídico, historicizando-no, a fim de demonstrar que, nos primórdios das leis, as fontes do direito que se mostravam plural, com as mudanças sociais, vieram a transmutar-se para a situação que passou a dar maior valia à lei. Esse fenômeno no trabalho é denominado de *legolatria.* Ressaltado é também, que o apego exagerado à lei deu fundação à *Civil Law,* que é um dos principais sistemas continentais. Após isso, a atenção se volta para a comparação da *Civil Law* com o sistema da *Common Law*, que não se rendeu completamente ao mito da lei. Este último sistema merece, no trabalho, atenção especial, já que a utilização de alguns de seus fundamentos, como a teoria da *stare decisis* – respeitados evidentemente a realidade brasileira– pode ensejar a possibilidade de se efetivar o referido sistema precedentalista. A ideia portanto é sair daquilo que se chama sistema de geometria fixo para se alcançar, com o uso de precedentes, um sistema de geometria variável de fontes do direito.

INTRODUÇÃO

No presente texto busca-se analisar que o legalismo, decorrente de verdadeira legolatria que adveio de aparelhos mitológicos e que têm raízes no Iluminismo, desvitaliza e põe em dúvida uma das mais importantes práticas do direito, que é exatamente o ato de sentenciar do juiz.

Traz, então, em seu bojo, elementos históricos voltados para o aspecto das estruturas de um período que se resolveu chamar de modernidade, apontando, acima de tudo, as conseqüências desse exagerado apego à própria lei e desprezo às demais fontes do direito, aí incluída a utilização dos precedentes vinculativos.

Por intermédio do trabalho, portanto, busca-se perspectivar resposta à importante indagação: se fosse levada a cabo o uso de precedentes vinculativos no sistema brasileiro, isso poderia trazer maior isonomia, previsibilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados? Tentemos resolver a questão.

---

[87] Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Direito do Norte do Paraná. Professor do Curso de pós-graduação do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, de Londrina. Advogado militante desde 1978.

[88] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pelas Faculdades Integradas de Ourinhos, PR (FIO).

1. MODERNIDADE EUROPEIA E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Compreender o fenômeno jurídico sob perspectiva histórica não é um simples narrar de fatos temporalmente concatenados que justifique e afirme a atual situação do direito. O objetivo de *historicizar* o direito é construir a possibilidade de relativizar o presente e todas suas estruturas, para analisar de forma diacrônica o fenômeno jurídico em busca de uma melhor compreensão dos problemas atuais que, por sua vez, possuem bases ocultas justamente por estas serem reafirmadas há tanto tempo.

Tome-se, por exemplo, bases como a lei, fonte imediata do direito; o Estado como único produtor do direito; a divisão dos poderes; a relação entre aplicação da lei e segurança jurídica. Essas são formas tão incrustadas na atual cultura jurídica que, como afirma o juiz da suprema corte italiana Paolo Grossi[89], transformaram-se em verdadeiras "Mitologias Jurídicas", que oferecem espaço para o seguinte questionamento:

> É satisfatória, de um ponto de vista substancialmente justicial, a garantia oferecida pela legalidade, pela segurança jurídica, pela divisão de poderes? É possível se satisfazer com a lei como justiça quando a mesma lei é reduzida a comando respeitável, mas passível de todo tipo de conteúdo e, portanto, vazio?

Longe de se criar novos mitos, numa incessante jornada pela origem de tais formas, por intermédio do presente texto, o que se quer é compreender historicamente como o direito atual herdou as estruturas daquele período que se convencionou chamar de modernidade, analisando, ao mesmo tempo, quais consequências esses mitos trouxeram para uma das mais importantes práticas do direito: o sentenciar do juiz[90]. E mais: quais são as consequências que esse sentenciar pode trazer e provocar para os cidadãos membros de um determinado Estado.

Pois bem, a série de movimentos intelectuais, políticos e científicos ocorridos a partir de meados do século XVI, conhecidos genericamente por modernidade, trouxe consequências profundas nas mais diversas instâncias da sociedade ocidental. Seja levando em conta a colonização da América, ou as revoluções científicas ou os movimentos da reforma protestante, pode-se dizer que o ocidente teve de rever seus mais profundos e sólidos valores antes tão creditados. O direito, por sua vez, não escapou às críticas, justamente por ser uma das mais concretas estruturas da sociedade.

---

[89] GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade.* 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 17.

[90] Entenda-se a expressão "o sentenciar do juiz" de modo amplo, pois aí é de se englobar evidentemente, as decisões que são proferidas pelos tribunais superiores e que irão criar o sistema de precedentes, que é o foco deste trabalho.

2. VELHAS E NOVAS FONTES DO DIREITO

Lei e Direito só puderam ser confundidos em tempos bastante recentes em se tratando de História do Direito. Afirma Paolo Grossi[91], no estudo das fontes jurídicas do início da modernidade, que

> Bodin, ainda no século XVI, registra dois planos, dois níveis da experiência jurídica francesa: o das leis - ainda em crescimento-; e o outro, mais subterrâneo, enraizado na sociedade, que ele não hesita em chamar *direito*. Planos diferentes, mas também realidades particularmente diferentes devido as suas qualidades intrínsecas: a lei régia liga-se somente à vontade do rei, não tendo relevo o seu conteúdo substancial; o direito é, ao contrário, o fruto da experiência de vida de uma comunidade que registra em si as soluções mais équas que, cotidianamente, a comunidade fez suas.

A grande contribuição que Bodin deixa nesta passagem é revelar a existência de duas categorias jurídicas convivendo em um mesmo momento, configurando um conflito pela "jurisdição", ou seja, pelo dizer o direito.

Para melhor compreender a passagem que Paolo Grossi analisa, é preciso retornar às fontes do direito, elencando a questão dos costumes em perspectiva histórica. Como denunciara Jean Bodin, ocorre que paulatinamente os costumes –diferentemente do que ocorreu no regime da *common Law*– começaram a perder sua validade como principal fonte de direito. Com a construção do gigante *ius commune* europeu, que dominou o cenário jurídico do período medieval e avançou por mais de cinco séculos, os costumes disputariam espaço com a releitura do direito romano e as doutrinas de direito canônico, sem esquecer ainda as estruturas do direito local, formado a partir de leis reinícolas que buscavam regular questões internas dos feudos e dos estados nacionais ainda em formação.

De acordo com Hespanha[92], o *ius commune*, no que tange sua relação com as fontes de direito, possuiu três fases de compreensão:

> A primeira corresponde aos séculos XII e XIII e é caracterizada pelo predomínio do direito romano (e canônico) sobre todas as outras fontes concorrentes cuja validade só é admitida desde que não estejam em contraste com a norma de direito comum. A segunda fase estende-se do século XIV até o fim do século XVII, nela se notando a afirmação dos *iura própria* como fonte primária dos ordenamentos particulares, cujo valor se equilibra

[91] *Idem*, *op. cit*. p. 43-44.

[92] HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia*: *síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 245.

> com o direito comum. A terceira, por fim, marca a independência completa do direito dos reinos que se torna a única fonte do direito e relega o direito comum para a posição de direito subsidiário.

O *ius commune*, um misto do direito canônico com uma releitura do direito romano, serviu de sustentação doutrinária para o estudo do direito em toda a Europa continental e sua ação temporal teve expansão no cenário jurídico até o século XVIII. O direito comum (outra denominação do *ius commune*) se configurava como um debate acerca da racionalidade do direito, sobretudo no campo universitário, pois havia certa uniformidade do ensino em toda a Europa, já que os textos eram escritos e os cursos lecionados em latim. Muito diferente do direito moderno, o *ius commune* não possuía um formato legislativo, atuando muito mais como uma diretriz de aplicação do direito no campo doutrinário e filosófico. Essa diretriz possuía o *status* de "Direito dos Doutores", ou no termo correto *opinio communis*.[93]

A primeira fase do direito comum (prevalência do direito romano e canônico sobre todas as outras fontes) tem seu bojo de formação nas necessidades sociais advindas daquele período, qual seja o renascimento das cidades e do comércio, por volta do século XIII. O motivo pelo qual ocorre uma releitura do direito romano é explicado por Antonio Manuel Hespanha[94]:

> A este novo tipo de relações econômicas seriam necessárias três coisas no plano jurídico - um direito estável, que garantisse segurança jurídica e institucional necessária à previsão e ao cálculo mercantil, um direito único, que possibilitasse o estabelecimento de um comércio inter-europeu, e um direito individualista, que fornecesse uma base jurídica adequada à actividade do empresário, livre das limitações comunitaristas que os ordenamentos jurídicos medievais tinham herdado do direito germânico.

Desta forma, o direito romano viria para suprir às necessidades sociais e relações econômicas centradas naquele período. Importante destacar que a ordem do direito romano do *ius commune*, apesar de desejar uma unicidade, não se constituía como a única fonte de direito efetivamente aplicada em toda a Europa, haja vista que, como foi dito, havia a existência dos ditos direitos tradicionais que eram utilizados quando não estavam em conflito, além da atuação do direito canônico para regular a ordem espiritual e familiar.

Muito embora o *ius commune* possuísse três fases, ocorre que as esferas componentes do direito comum (direito romano relido, direito canônico e direito tradicional) formavam uma ordem plural de fontes de direito atuando

---

[93] *Idem*, *op. cit*. p. 121.
[94] *Ibidem*, *op. cit*. p. 144.

sobre o mesmo ordenamento jurídico. É o que Antonio Manuel Hespanha[95] denomina de *pluralismo jurídico*. O direito comum possuía assim uma ordem mista de fontes: lei, costume, jurisprudência e doutrina, ambas possuindo poderes de criação do direito, o que se mostra muito diferente do direito estatal-legalista coevo.

As referidas fontes possuíam formas de comunicação entre si, possibilitando construir um ordenamento jurídico complexo e que não se fechava em uma única fonte imediata, como a lei o é hoje. As maneiras com que este diálogo entre as fontes se construía havia o uso de vários conceitos amplos: seja pelo bem comum, pelo poder absoluto ou extraordinário, pela posse de estado, baseado nos direitos adquiridos, na razão jurídica, e também pela idéia de estabilidade das decisões jurídicas (*stare decisis*)[96].

Assim sendo, as formulações jurídicas não se prendiam a um abstracionismo legal, sendo intimamente relacionadas com o caso prático. Nas palavras de Hespanha "os modelos de transferência (ou transcrição) não eram fixos, o resultado era uma ordem entrecruzada e móvel, cujas particularizações não podiam ser antecipadamente previstas" formando a "geometria variável do direito comum".[97]

À primeira vista, este direito plural poderia soar um tanto quanto imprevisível, pois não se pautava por regras formais, mas pela arbitrariedade do julgador. Contudo, como Hespanha explica, ocorre que

> Este arbítrio é, no entanto, guiado. Pelos princípios gerais a que já nos referimos (no parágrafo anterior). Mas, sobretudo, pelos usos do tribunal ao julgar questões semelhantes (*stylus curiae*), usos que, assim, se vêm a transformar num elemento decisivo de organização (casuística) do complexo normativo deste direito pluralista.[98]

O respeito pelos precedentes formara, para o *ius commune*, uma maneira de sistematizar e organizar as decisões com equidade, utilizando o caso como parâmetro e não abstrações puramente doutrinárias. Teoria e prática jurídica eram autoreferentes. Numa ordem plural, para se evitar arbitrariedades excessivas, tinha-se sistematizado a necessidade de respeito a um sistema de precedentes.

Séculos mais tarde, já na segunda fase do direito comum (equivalência entre as fontes plurais), as leis régias que estavam em pleno florescimento começaram a ganhar um corpo organizado.

No referido período ocorre então um equilíbrio entre o direito romano e canônico e os direitos próprios (tradicionais, régios, etc.). A base intelectual que permite esta estrutura ficou conhecida como Escola dos Comentadores.

---

[95] *Ibidem*, *op. cit*. p. 161.
[96] *Ibidem*, *op. cit*. p. 165.
[97] *Ibidem*, *op. cit*. p. 165.
[98] *Ibidem*, *op. cit*. p. 174.

Com as legislações francesas, alemãs, belgas etc., até as famosas Ordenações portuguesas, todas são exemplos de direitos próprios dos reinos, que se afastavam em parte das propostas gerais do direito comum. Tais legislações ainda não representavam uma tentativa de monopolizar as fontes de direito em torno do Estado Nacional, como bem lembra António Manuel Hespanha[99].

Portanto, o *iura propria* objetivava traduzir os anseios sociais advindos das relações entre cidadãos locais em formas jurídicas mais sólidas e capazes de resolver problemas estritamente localizados. Além da forma escrita em legislações, a resolução dos conflitos também se pautava pelo respeito ao precedente e às decisões dos tribunais, especialmente no segundo período do *ius commune* em que o direito local começa a ganhar destaque como uma importante fonte do direito comum. Sobre este tema, Hespanha[100] lembra ainda que

> Assim, por toda a Europa, as decisões dos grandes tribunais passam a ter, a partir da segunda metade do século XVI, uma enorme audiência na doutrina. (...) Por um lado, porque os tribunais, como tribunais da corte ou 'colaterais', estão revestidos da dignidade do rei. Finalmente, porque a regra do precedente conduz a uma maior certeza [sobre] o funcionamento do critério da *opinio communis*. A prática forense torna-se, assim, na (...) interpretadora das leis (...) e dos critérios de decisão contidos nas abundantes recolhas de decisões jurisprudenciais'.

Portanto, o lugar dos precedentes ainda estava preservado ao lado da lei, agindo como fonte de direito com a mesma importância em relação a esta. Mas de qualquer forma, a partir da *iura propria* (por volta do século XVII) a legislação começa a ganhar um lugar de destaque no cenário jurídico por trazer os costumes locais em forma escrita e especificada, relegando o papel das doutrinas e reinterpretações do direito romano para uma posição de análise com relação à equidade e à aplicação, mas não em uma posição de análise da validade ou justiça dos costumes.

Assim, as fontes enfrentaram "a evolução social e o progresso do movimento de centralização do poder político [que] acaba por modificar o equilíbrio do sistema das fontes (...) abrindo para uma (...) supremacia do direito reinícola ou citadino"[101].

Já os ensinamentos do direito romano, dito insubstituíveis e base fundamental do direito comum, por mais que passassem por processos de readaptações e modernizações, a partir das alterações políticas da modernidade, não conseguiram mais estruturar os anseios sociais e políticos de

---

[99] *Ibidem*, *op. cit*. p. 247-248.
[100] *Ibidem*, *op. cit*. p. 261.
[101] *Ibidem*, *op. cit*. p. 245.

um estado absolutista nascente.

Mas tal estudo romanístico não foi em vão. A partir dele é que foi possível que se fundasse a dogmática jurídica e, com ela, se estudasse a estrutura interna do direito, numa busca pelos axiomas formadores do direito.

O cordão umbilical que ligava o direito às incessantes releituras do sistema romano acabava de ser cortado, e com isto, muito das experiências medievais de análise do direito. Fruto da modernidade, o direito começava a ser influenciado pela racionalidade cartesiana e com isto, o "sistema geométrico variável" das fontes começa a se tornar um "sistema geométrico fixo" e fixado especificamente no conteúdo da lei.

A formação da dogmática jurídica trouxe em pauta a abstração do direito, ou seja, começou-se a pensar o direito sobre princípios e axiomas metafísicos que foram extraídos do direito romano. Por sua própria natureza, estes axiomas não possuíam uma relação concreta com os precedentes e com os casos práticos, agindo como formador subterrâneo do direito. Teoria e prática tinham se separado de forma aguda. Paulatinamente, o espaço de criação do direito pelos tribunais vai sendo sufocado até sua total supressão com as revoluções liberais do século XVIII.

3. JUSRACIONALISMO E LIBERALISMO POLÍTICO

Como foi destacado, o *ius commune* possui três fases e diversos desdobramentos e peculiaridades. A terceira e última fase corresponde à formação dos discursos liberais e jusracionalistas (direito natural racionalista), que foram ganhando espaço acadêmico a partir do século XVII e XVIII.

A noção de direito natural não é uma criação desse período. Entretanto, há, a partir deste marco temporal, uma mudança de perspectiva quanto à formação de tais direitos. Com referências estoicas –típicas de um período de renascimento e resgate do classicismo grego– a formação do jusracionalismo, o direito natural racional, propõe a construção de um direito sob três principais pilares: i) existe uma lei natural que é imutável e construída por um ente elevado; ii) tal lei é onipresente e pode ser encontrada ao se utilizar a *boa razão*; iii) um direito, a partir de tanto, deve ser formado por normas claras e precisas, que independam de interpretação, já que o direito é fruto da boa e retilínea razão[102].

Muito embora seja possível recorrer a autores da Baixa Idade Média, como Guilherme de Occam ou Duns Scotto, o paradigma do jusracionalismo possui como um de seus grandes fundadores René Descartes, com suas proposições sobre a racionalidade e o argumento do *cogito*[103].

A partir do advento da modernidade, a razão torna-se cada vez mais *instrumental*, ou seja, ela possui uma noção estratégica e busca articular meios e

[102] *Ibidem*, *op. cit*. p.294-295.

[103] Esforço filosófico que Descartes propõe no século XVI que resulta na famosa frase "penso, logo existo". De tal proposição é possível extrair que somente a razão pode levar a humanidade à verdade suprema, e portanto, somente seres ditos "racionais" são capazes de serem considerados como sujeitos de direito. É o início da subjetividade moderna.

fins ditos *racionais*, como lembra José Reinaldo de Lima Lopes[104].

Além disso, a valorização da razão no mundo moderno traz à baila um direito individualista, que busca sua fundamentação na reflexão individual, como afirma Paolo Grossi[105].

Talvez um dos grandes exemplos históricos desta mudança de perspectiva tenha sido a Reforma Protestante, em que o sujeito livre pela razão busca diálogo direto com o ente divino, independendo de patamares mediadores[106].

Assim como no plano religioso, a construção jurídica começou a se firmar na ideia de racionalidade e individualidade, e filósofos como Hobbes, Locke e Rousseau propuseram formas de conceber o direito a partir da idéia de voluntarismo (o direito como produto e defensor da vontade humana) e lutaram por uma cientifização do direito (a ciência jurídica deve respeitar os princípios das ciências naturais em plena ebulição).

Resulta, dessa soma individualista e racionalista, nas palavras de José Reinaldo Lima Lopes, um direito cada vez mais "procedimentalista", pois "o poder já não pode ser justificado apenas por seus bons propósitos, mas também, ou sobretudo, por sua eficácia na consecução dos novos objetivos políticos: paz civil e prosperidade econômica. A justificativa do exercício do poder altera-se".[107]

O resultado dessas discussões, nas palavras de Hespanha[108], é que se formou um "racionalismo metodológico, ou seja, um método racional de atingir a natureza da sociedade e do homem e de concluir, a partir daí, o tipo de ordem que preside às coisas humanas".

> Seja a partir das formulações absolutistas de Hobbes, seja a partir das liberais de Locke e Rousseau, para o direito ambas possuem o condão de construir um governo civil baseado na vontade racional do homem moderno e, a partir de então, é preciso que este governo negue fontes jurídicas que não são formadas sob a égide desta racionalidade e voluntarismo. Tais teorias formam a noção moderna de soberania, concedendo ao governo – agora representante da razão e da vontade geral e defensor do direito natural– a capacidade de criar o direito, instituindo como fonte única a lei nacional.

Inaugura-se, a partir desta perspectiva, o marco fundamental do direito europeu continental que dominará o cenário jurídico até a atualidade. E essa mudança se deu pelo deslocamento do eixo da atuação jurídica perante a

---

[104] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: *lições introdutórias*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 161-162.

[105]GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton C. L. *História do direito em perspectiva.* Curitiba: Juruá, 2010, p. 19-20.

[106] GROSSI, *op. cit.* p. 20.

[107] LOPES, *op. cit.* p. 162.

[108] HESPANHA, *op. cit.* p. 312.

sociedade, que anteriormente se dava sob a óptica de uma relação entre sociedade e cidadão, ou seja, uma relação em que o direito correspondia a um apelo dos costumes e cotidiano de uma comunidade, para uma relação entre estado e cidadão, em que o direito é fundado unicamente como fruto de um poder supremo estatal[109].

Eis aí, portanto, o ápice e, consequentemente, o fim da terceira e última fase do chamado *ius commune*.

Com o ruir da experiência e a mudança paradigmática do direito, o costume, por sua vez, sofre um solapamento de valor. Isto porque as tradições imemoriais poderiam carregar em seu bojo uma tendência a se violar direito naturais, já que não foram construídas sob a égide da racionalidade.

Em finais do período absolutista, ganha força um movimento intelectual comumente conhecido por "Iluminismo" ou "Esclarecimento". Suas ideias no cenário jurídico formaram solo fértil para muitas das teorias supradiscutidas e entre elas fundamentam-se reformas importantes no meio jurídico, especialmente instituídas pelos governantes da nobreza que assimilavam as teorias do jusracionalismo. Estes nobres paradoxais, já que somavam as prerrogativas do antigo regime com propostas libertárias do iluminismo, são conhecidos como "Déspotas esclarecidos".

Referidos "Déspotas", presentes em vários países da Europa, e em especial em Portugal, promoveram o impulso inicial dos movimentos pela codificação do direito. Destes soberanos surgem, por exemplo, o *Codex Bavaricus* da Baviera, o Código Josefino da Áustria e o Código Civil da Prússia de Frederico, o Grande[110]. Em Portugal, sob o governo do regente Marquês de Pombal, é editada a "Lei da Boa Razão", que não é um código, mas revolucionou as formas de tratamento das fontes de direito.

> A ideia contida na lei portuguesa era de exclusão por completo do *pluralismo* do *ius commune*, aceitando apenas a lei nacional e "das nações polidas da Europa" como fonte imediata e única do direito.

A atuação jurisdicional se encontra amplamente reduzida ao referido silogismo do julgador, não podendo interpretar a lei em seu conteúdo interno normativo, mas apenas podendo aplicar na sua literalidade.

Ademais, mostra-se importante destacar que Portugal começa, a partir das reformas pombalinas, a propor a construção de um Código Civil, o que virá somente quase um século depois. Enquanto isso, a Coroa Portuguesa aceitava a aplicação de Códigos estrangeiros de nações reconhecidamente "polidas", por mais que este termo seja um tanto dúbio.

A proposta da codificação sugeria a construção de um complexo de normas jurídicas em que se atingisse uma capacidade racional tamanha que

---

[109] E a partir desta perspectiva que alguns autores começaram a discutir a secularização de algumas estruturas teológicas da política, em especial com relação à soberania e a nomogênese, o que ficou conhecido como Teologia Política.

[110] *Idem*, p. 191.

poderia ser um sistema independente de outras fontes e capaz de responder a todos os problemas que viessem a surgir.

A situação das codificações, em especial seu fetichismo, se agrava ainda mais quando da explosão das Revoluções Liberais na América (em especial na Independência dos EUA de 1776) e com a Revolução Francesa de 1789[111]. A partir da chamada segunda fase da Revolução Francesa, no período conhecido como "Terror", em que os jacobinos dominaram o cenário político francês, outorgou-se diversas reformas institucionais que haviam sido colocadas em prática pelos burgueses moderados da fase da "monarquia constitucional"[112]. Buscou-se a formação de um novo tempo, uma nova era, motivo pelo qual se chegou a trocar até o calendário vigente pelo calendário revolucionário. O direito, por sua vez, não iria ficar imune a esta revolução baseada no liberalismo político. A negação do passado jurídico se agravou ainda mais:

> Perante a lei, o costume (antes legitimado pela tradição) devia ceder. (...) na constituição do costume interviera uma Nação concebida trans-historicamente, feita de passado e presente, de mortos e de vivos. E agora, a Nação tendia a ser identificada com o povo atualmente existente, capaz de votar e eleger. Como veremos, outros dirão que, justamente, esta é uma ideia muito redutora de Nação, cujos valores e cujo espírito não são propriedade da geração presente; mas isto constitui já um ponto de vista crítico sobre o democraticismo jacobino.[113]

Nesta mesma perspectiva, Paolo Grossi[114] novamente complementa:

> Nasce daqui a condenação sem apelação àquela fonte materna, encarnada na repetição de um fato, proveniente de baixo e rastejante, sempre aderente à terrenidade da experiência quotidiana. E entende-se o orgulho e a satisfação de Robespierre, expressão genuína do novo projeto jurídico, quando, no ápice do momento jacobino da Revolução, anuncia aos franceses a sua *libertação* dos

---

[111] Importante destacar que é bastante comum encontrar defesas veladas e até explícitas dos movimentos da Revolução Francesa nas doutrinas mais famosas do Direito. Em um discurso inflamado por "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", estes juristas muito pouco – ou quase nada – observam com responsabilidade intelectual os reais efeitos que os movimentos jacobinos causaram para o mundo jurídico, sejam os bons, sejam os maus.

[112] Eric Hobsbawm em sua obra *Era das Revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 97, reafirma sua posição como importante pensador da Revolução Francesa e assinala que: "Entre 1789 e 1791, a vitoriosa burguesia moderada, atuando através do que tinha a esta altura se transformado na Assembléia Constituinte, tomou providências para a gigantesca racionalização e reforma da França, que era seu objetivo. A maioria dos empreendimentos institucionais duradouros da revolução data deste período, assim como os seus mais extraordinários resultados internacionais, o sistema métrico e a emancipação pioneira dos judeus".

[113] HESPANHA, *op. cit*. p. 347.

[114] GROSSI, *op. cit.* p. 25.

> obstáculos factuais dos costumes imemoriais e proclama, com tons messiânicos, uma nova vida jurídica guiada e disciplinada unicamente por *princípios*; se, de fato, não era fácil controlar o pulular esparso dos costumes, era por outro lado nos plenos poderes dos titulares da soberania conformar os *princípios* segundo o projeto que eles tinham em mente. (Grifos no original)

Cai também em descrédito, assim, na Europa continental, os precedentes que não haviam formado-se sob a égide de tais teorias modernas, bem como, ainda que genericamente, a ideia de precedente em si, já que o direito seria fruto de uma razão retilínea e contemporânea, independente do passado e das experiências de outros juristas. As fontes de Direito, que já se encontravam amplamente tendentes à valorização única da lei, agora se firmam exclusivamente a ela[115]. A historiografia italiana de Grossi[116]se mostra no seguinte rumo:

> Mas não era somente o material consuetudinário a acabar no sótão: ciência e jurisprudência prática sofreriam a mesma sorte, porque, fontes primárias na complexidade jurídica do antigo regime, foram chamadas a tecnicizar, definir e em alguma medida categorizar a amorfa sedimentação dos usos e representavam um risco à causa das capacidades autonomizadoras de uma categoria de competentes aguerridos. Claro, uma vez que a lei – já fonte única – é aplicada, não se poderá desprezar os juristas, mas se lhes tirará sua liberdade de ação reduzindo o doutrinário à prisão da exegese e o juiz às amarras de um silogismo aprisionador.

As mudanças jacobinas instituídas utilizaram novamente um instrumento que viria a ganhar cada vez mais poder com o passar dos tempos: a Constituição. O direito, positivado e legislado, atuaria como leal defensor da Revolução Francesa e de seus ideais. Foram medidas da Constituição jacobina o sufrágio universal, o direito ao trabalho e subsistência, a resistência e

---

[115] "Também a doutrina deixa de ter legitimidade para fazer construções autônomas, fundadas na 'natureza das coisas', ou nos princípios da razão, como aquelas que tinham constituído o cerne do direito desde as escolas medievais. É que tais construções eram direito porque se aceitava que uma das fontes de legitimidade deste era a autoridade técnica ou doutrinal dos especialistas, capazes de revelar um direito que residia nas próprias coisas ou nos princípios abstractos da razão. Agora, no contexto do novo Estado democrático, a única função legítima da doutrina é – em contrapartida – a de descrever a lei, de a interpretar (se possível, de acordo com a vontade do legislador histórico – interpretação subjetiva) e de integrar as suas lacunas, propondo aquela norma que o legislador histórico, se tivesse previsto o caso, teria formulado. Em alguns casos extremos, a interpretação doutrinal chegou a ser proibida, determinando-se o recurso à interpretação autêntica, ou seja, à interpretação levada a cabo pelo próprio órgão legislativo (référé législatif)". Em HESPANHA, op. cit. p. 349.

[116] GROSSI, *op. cit.* p. 25-26.

insurreição, e aboliu-se a escravidão nas colônias francesas, entre outras.[117]

Essas medidas assinalam a mudança de perspectiva das relações jurídicas para uma estrutura Estado-indivíduo. A maioria dos direitos proclamados e defendidos durante a Revolução eram de caráter individual e baseados na teoria do jusracionalismo iluminista. Evidentemente, tais direitos nem sempre foram efetivamente garantidos, sendo muito mais atuantes como um moderno fetiche à semelhança da lei. Os historiadores do direito não se furtam a criticar esse fetichismo do discurso revolucionário.

A utilização de um sistema precedentalista fica completamente prejudicado. O controle da lei era exercido única e exclusivamente pelo Poder Legislativo, e o juiz, longe de julgar conforme anseios populares, age como marionete do *jacobinismo jurídico*, sendo apenas a "boca da lei".

A proposta jurídica da Revolução foi uma das que mais deu certo no cenário europeu. Depois da burguesia ter concretizado-se no poder, especialmente após a ascensão de Napoleão Bonaparte, é iniciado um grande projeto de edição de um Código Civil francês, terminado em 1804, e que seria referência internacional em termos de ciência jurídica e também de literatura. Não é injusto dizer –como o faz Hobsbawm– que importantes mudanças ocorreram na sociedade europeia do século XIX como, por exemplo, "os grandes monumentos de lucidez do direito francês, os Códigos que se tornaram modelos para todo o mundo burguês, exceto o anglo-saxão, foram napoleônicos" entre outras mudanças. E mesmo depois de sua derrota e a restauração temporária da nobreza, o Código Napoleônico continuou sendo utilizado devido sua tamanha autoridade intelectual.[118]

A vitória da simbologia revolucionária francesa foi arrebatadora. O sistema napoleônico baseado na lei e na sistematicidade do código como fonte única transformou definitivamente o direito europeu continental. Paolo Grossi classifica este período como o início do chamado "absolutismo jurídico". A resposta para este imbróglio nas fontes do direito, só viria anos mais tarde, primeiramente de fora da Europa continental e, depois, de Kelsen, através das noções de Constituição e Controle de Constitucionalidade.

Mas esse apego aos códigos não se deu por completo. Realmente, nos países cujos sistemas se encontravam atrelado à *Common Law*, as fontes do direito se voltava para outros elementos, consoante a seguir se pretende demonstrar.

4. A *COMMON LAW* E O CONSTITUCIONALISMO

O sistema da *civil law* e da *common law* já tinham nítidas diferenças em diversas concepções desde, pelo menos, o século XIII[119], como ensina José

[117] HOBSBAWM, *op. cit.* p. 104.

[118] HOBSBAWM, *op. cit.* p. 132.

[119] Mesmo quando o estudo do *ius commune* atinge solo inglês, e ocorre a inserção do direito romano nas universidades inglesas, mantém-se uma valorização das formulações imemoriais da *common law*. Nas palavras do grande jurista inglês do período, Sir William Blackstone, "Ninguém está mais completamente convencido da excelência geral de suas regras [do *ius*

Reinaldo de Lima Lopes,

> Ao longo da história ocidental do processo houve um momento em que duas tradições jurídicas se definiram. Foi o tempo da distinção entre a *common law* e o direito romano-canônico. As diferenças eram patentes no processo e na administração da justiça. Segundo Dawson, a distinção tornou-se clara a partir do momento em que na França dos séculos XIII e XIV, por exemplo, os tribunais seculares do rei adotaram o sistema inquisitorial. Originalmente, o sistema de inquéritos (...) era conhecido pelos normandos, que o levaram para a Inglaterra, mas a forma que tomou na França e, na verdade, em toda a Europa continental (...) deveu-se à influência do direito canônico. Em contraste com a tradição a Inglaterra consolidou o que se chama o modelo adversário (*adversarial mode*). Na análise de Stein as duas formas refletem-se na diferença de participação dos leigos, assim como no papel dos recursos dentro do sistema processual.[120]

E estas diferenças não se resumiram ao processo propriamente dito, mas vieram a se tornar ainda mais incisivas a partir da adoção do sistema estatalista e legalista de direito que dominou o cenário da Europa continental. Isto porque, muito embora o paradigma das soberanias modernas estivessem fundamentadas em solo inglês (Hobbes e Locke) e também em francês (Rousseau), os usos do direito eram bem diversos, e a herança romanística medieval[121] e canônica do direito continental não influiu da mesma maneira no solo inglês. Isto não significa que o Direito Inglês não mudou junto com a modernidade, pois a *common law* também passou por diversas crises em sua formação e legitimação, inclusive com figuras muito próximas do apelo à fonte

---

commune e direito romano], e da equidade usual de suas decisões, nem mais convencido do seu uso, assim como do ornamento que constitui para o acadêmico, o sacerdote, o estadista, e mesmo o advogado comum. Mas nós não devemos sobrecarregar a nossa veneração a ponto de sacrificar os nossos Alfredo e Eduardo aos manes de Teodósio e de Justiniano". **In** HESPANHA, *op. cit*. p. 265.

120 LOPES, José Reinaldo de Lima. *Uma introdução à história social e política do processo*. In WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 4ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 421.

121 Ressalte-se que o termo "herança romanística medieval" deve ser observado com atenção histórica. O *ius commune* fez uma releitura a seu tempo dos institutos do direito romano, jamais trazendo de volta a realidade factual do período romano e sua aplicação exata. Ademais, se for feita uma análise em termos apenas teóricos, fica evidente que há uma aproximação muito mais clara entre o direito inglês com o direito pretoriano do que o *ius commune* jamais conseguiu: "O direito inglês acabava por se assemelhar bastante, na sua gramática formal, ao sistema de direito pretoriano dos romanos, constituído por regras de julgar, finalmente codificadas nos éditos dos pretores" (HESPANHA, *op. cit.* p. 268)

única, que poderia ser apelidado de "precedentelatria"[122].

Mas mesmo assim, *common law* e *civil law* firmaram diferenças claras no que consente ao tratamento das fontes do direito. Nas duas tradições as principais mudanças se deram com as revoluções liberais que cada um dos países e seus sistemas perpassaram.

Entretanto, de forma diversa da francesa, na Inglaterra as revoluções liberais mantiveram o sistema jurídico vigente, compreendendo-o como instrumento revolucionário e garantidor da liberdade individual dos cidadãos e não como uma instituição representativa do *status quo*, ou seja, do poder estatal absolutista.

John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo[123], ao analisarem as diferenças com relação ao papel da lei e da utilização do direito nas revoluções inglesas e francesas deixam claro que:

> It is important to understand that state positivism was much more sharply and consciously emphasized on the Continent than it was in England during this period of revolutionary change. One reason, of course, was the milder, more gradual, and more evolutionary nature of the English revolution. In England many of the forms of feudalism were retained, while their substance was transformed. The trappings of an established church survived, while that church's influence on the form and content of lawmaking diminished to the vanishing point. Most important of all, the indigenous common law of England, which had developed along lines quite different from those taken by the *jus commune* on the Continent, was not rejected in the interest of statism, nationalism, positivism, and sovereignty. On the contrary, the common law of England was a positive force embraced as evidence of national identity and national genius. On the Continent the revolution seemed to require acceptance and even glorification of it. The implication of this difference for the attitudes toward codification in the civil law and common law worlds are obvious.[124]

---

[122] Em linhas atrás, com base no escólio de Paolo Grossi, este trabalho utilizou-se da expressão "legolatria". Assim, valendo-se de Grossi, pareceu-nos acertado criar um neologismo "precedentelatria", termo cujo significado, em futuro próximo, o autor deste trabalho pretende melhor explorar, partilhando, inclusive, suas ideias com a comunidade acadêmica.

[123] MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America.* 3.ed.Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 22.

[124] "É importante entender que o estado positivista era muita mais forte e conscientemente enfatizado no Continente do que o era na Inglaterra durante este período de mudança revolucionária. Uma razão, é claro, era a suave, mais gradual, e mais natural evolucionário da revolução inglesa. Na Inglaterra muitas das formas de feudalismo estavam retidas, enquanto suas substâncias estavam (eram) transformadas. As armadilhas de uma igreja estabelecida sobrevivia, enquanto a influência das igrejas na forma e o conteúdo da legislação diminuiu para

Essa divergência se funda justamente no papel em que a lei e os precedentes tomaram em cada um dos sistemas durante o tempo. Enquanto a Revolução Francesa propõe um novo direito e um novo papel para o juiz, a fim de negar o passado e consequentemente provocar uma quebra da experiência do *ius commune*, a Revolução Inglesa com a *common law* e o sistema precedentalista simbolizaram a identidade inglesa pautando um nacionalismo britânico, categoria esta nascente justamente entre os séculos XVIII e XIX.

Assim, as duas revoluções utilizaram-se do direito como instrumento de ação, mas a maneira que escolheram de fazê-lo gerou e gera efeitos diversos. Além desta diferença nos usos do direito, uma figura em especial teve caminhos percorridos bastante diversos no mundo britânico e americano. Esta figura é exatamente o juiz. A representação anglo-saxônica feita por John Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo[125] sobre a figura do juiz da *civil law* em detrimento ao juiz da *common law* parece bastante acertada:

> In France the judicial aristocracy were targets of the Revolution not only because of their tendency to identify with the landed aristocracy, but also because of their failure to distinguish very clearly between applying law and making law. As a result of these failings efforts by the Crown to unify the kingdom and to enforce relatively enlightened and progressive legislative reforms had frequently been frustrated. The courts refused to apply the new laws, interpreted them contrary to their intent, or hindered the attempts of officials to administer them. Montesquieu and other developed the theory that the only sure way of preventing abuses of this kind was first to separate the legislative and executive from the judicial Power, and then to regulate the judiciary carefully to ensure that it restricted itself to applying the law made by the legislature and did not interfere with public officials performing their administrative functions.[126]

---

o ponto de fuga. Mais importante de tudo, o direito da Common Law da Inglaterra, que tinha devolvido através de linhas bem diferentes daquelas tomadas pelo ius commune no Continente, não foram rejeitadas no interesse do estatismo, nacionalismo, positivismo, e outros mais. Ao contrário, a Common Law da Inglaterra era uma força positiva que abraçou como evidência da identidade nacional e gênio nacional. No Continente a revolução parecia requerer aceitação e glorificação disso. A implicação dessa diferença de atitudes em torno da codificação no mundo da Civil Law e da Common Law são óbvios." (Tradução livre do autor deste trabalho).

[125] *Idem*, *op. cit.* p. 17.

[126] "Em França a aristocracia judicial era alvo da Revolução não somente por causa de suas tendências para se indentificar com a aristocracia da terra (local), mas também por causa de sua falha em distinguir muito claramente entre aplicação da lei e elaboração da lei. Como resultado desse esforço falho pela Coroa para unificar o reino e se esforçar relativamente para as iluminadas (esclarecidos) reformas progressivas da legislação tinham sido frequentemente frustradas. As Cortes se recusavam a aplicar as novas leis, interpretando-as de modo contrário aos intentos deles, ou dificultado as tentativas de administrá-los. Montesquieu e outros

Em comparação a toda essa restrição imposta aos juízes –o que era bastante compreensivo à época da Revolução–, devido à confluência de desejos entre a nobreza e o Poder Judiciário, o juiz da *common law* tinha papel bastante diferente segundo Merryman e Pérez Perdomo[127]:

> In the United States and England, on the contrary, there was a different kind of judicial tradition, one in which judges had often been a progressive force on the side of the individual against the abuse of power by the ruler, and had played an important part in the centralization of governmental power and the destruction of feudalism. The fear of judicial lawmaking and of judicial interference in administration did not exist. On the contrary, the power of the judges to shape the development of the common law was a familiar and welcome institution.[128]

O medo[129] do "governo dos juízes" era latente no mundo da *civil law*, enquanto na *common law* a atuação judicial na defesa das liberdades individuais era bastante aceita e desejada, o Poder Judiciário invocava a *common law* contra as arbitrariedades do rei. John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo[130] lembram e ressaltam, por exemplo, que um dos reflexos dessa diferença é que enquanto na *civil law* os grandes juristas confundem-se com os grandes legisladores (Justiniano, Napoleão etc.) e doutrinadores (Domat, Pothier, Savigny, Kelsen), no mundo da *common law* os juízes são os grandes nomes do direito (Marshall, Story, Holmes etc.). Concorda com este posicionamento Luiz Guilherme Marinoni[131] ao afirmar que

> (...) Na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista

---

desenvolveram a teoria de que somente o modo de prevenir abusos dessa espécie seria (era) separar o legislativo e executivo do Poder judiciário, e então regular o judiciário cuidadosamente para garantir que seria restritivo (proibido) a ele (ao judiciário) aplicar a lei feita pelo legislativo e (bem como) interferir nas funções que os funcionários públicos exercem (Tradução livre do autor deste trabalho).

127 *Ibidem*, *op. cit.* p. 17.

128 "Nos Estados Unidos e Inglaterra, ao contrário, havia uma diferente espécie de tradição judicial, uma na qual juízes tinham várias vezes tido uma força progressiva do lado do individual contra o abuso do poder pela lei, e tinham desempenhado uma importante parte do poder centralizador governamental e a destruição do feudalismo. O receio da criação de norma judicial e da judicial interferência na administração não existe. Ao contrário, o poder dos juízes para moldar o desenvolvimento da Common Law era familiar e uma bem-vinda instituição.

129 Traduziu-se acima como receio, mas mais correto teria sido usado mesmo o vocábulo "medo", porque, em última análise, na Civil Law havia, sim, por razões óbvias, por parte dos juízes, forte razão para se ter medo em não seguir exatamente o que a lei determinava.

130. *Ibidem*, o*p. cit.* p. *36.*

131 MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR.* Curitiba: (49): p. 31, 2009.

> preocupada em proteger o individuo e em botar freios no abuso do governo, como ainda desempenharam papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo.
> (...)
> A Revolução Francesa, no entanto, procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante o esquecimento não só do direito francês mais antigo como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional. Tal direito, ao contrário do inglês, tinha que ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do direito e do poder governamental. Não havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder.

As diferenças entre as concepções de jurisdição e ofício dos juízes eram bastante divergentes no período revolucionário, bem como o era o papel do Parlamento em França e na Inglaterra. Na primeira, como visto, houve uma transferência de poder absoluto do Rei ao Parlamento e, neste sentido, não caberia ao juiz nada mais que respeitar exatamente a literalidade dos ditames do Parlamento francês. Já em terras inglesas, o Parlamento se apoiou na regra do *rule of law and not of men*, que diferentemente do ocorrido em França, significava uma proposta de se voltar contra o absolutismo do rei, mas sem tomar o poder soberano deste em suas mãos, consoante o escólio de Marinoni[132]:

> (...) enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à era da Codificação, no *common law* observou-se o surgimento da ideia de criação judicial do direito. Naquela tradição, diante da estrita separação entre legislativo e o judiciário, a vontade apenas poderia estar no Parlamento; todavia, no *common law*, em virtude do espaço de poder bem mais amplo deferido aos juízes, a vontade foi confiada ao judiciário.

O Parlamento inglês, diferentemente do Parlamento francês – especialmente o jacobino– possuía suas atribuições bastante concentradas e limitadas, não agindo como o suprassumo do poder estatal. Isto é bastante claro quando se estuda as relações entre a Colônia e o Parlamento Inglês.

Ensinam os historiadores, de modo acertado, que a Revolução Francesa é diretamente influenciada pelos movimentos da Independência Norte-

[132] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

Americana de 1776. Assim, é possível extrair a inferência segundo a qual os Estados Unidos da América teriam sido uma importante referência para a formação das teorias políticas da Revolução Francesa, uma vez que, à época em que o movimento revolucionário ocorreu, muito do ideário francês foi constituído com base no espírito americano de liberdade. Apesar disso, os Estados Unidos da América não foram importantes na formação do direito continental. Esse quadro só muda radicalmente com a edição da Constituição Americana que se torna, junto com a Declaração de Independência, um dos principais textos de inspiração iluminista. Inicia-se com maior força o período histórico do Constitucionalismo.

Com a separação das colônias americanas do Reino inglês, vários debates foram travados sobre a manutenção ou não da *common law* e, por fim, admitiu-se mais pela prática do que pelo discurso, no sentido de que os institutos ingleses deveriam ser mantidos, a fim de que a segurança jurídica e a estrutura política da ex-colônia mantivessem um mínimo de organização. Só em 1787, ou seja, 11 anos depois da Declaração de Independência é que se organizou uma Constituição dos Estados Unidos, inaugurando, deste modo, uma importante referência para a Ciência do Direito. Tanto a *civil law* como a *common law* olharam com apreço a esta Carta. Apesar disso, Marinoni[133] destaca que as ideias de Constituição já vinham sendo cunhadas antes mesmo da própria Independência.

> Anote-se, contudo, que a ideologia da imprescindibilidade de imposição de limites ao legislativo mediante uma lei maior pode ser vista já à época em que os colonizadores da América do Norte – que não tinham representantes no Parlamento inglês – se revoltaram contra os tributos exigidos pelo governo da metrópole, mediante a alegação de que qualquer ato do Parlamento, contrário à equidade natural, seria nulo.

O destaque à Constituição Americana tem de ser ampliado. A proposta de uma lei superior às demais e com finalidades de organizar o Estado, a política e os direitos naturais era algo bastante vanguardista, tanto que a primeira Constituição francesa deve sua inspiração aos redatores da Constituição americana.

A ideia de Constituição como aquela que serviria de limitadora do poder soberano em geral trouxe consigo uma mudança importante no sistema de fontes do direito: o controle de constitucionalidade das leis. Uma primeira ressalva deve ser feita, pois, por mais que o controle de validade das leis possa ter ganhado uma valorização com o advento da Constituição e a lição de Marinoni[134] é certeira ao mostrar que tal fato já ocorria, a partir da *common law*, ainda no período colonial:

---

[133] *Idem*, *op. cit.* p. 45.

[134] *Ibidem*, o*p. cit.* p. 47.

> O controle da legitimidade das leis coloniais se dava a partir do *common law*, até porque o Parlamento, como já dito, estava submetido a um metadireito ou a uma metalinguagem (o *common law*), e não simplesmente escrevendo as primeiras linhas de um direito novo, como aconteceu com o poder (legislativo) que se instalou com a Revolução Francesa.
> Desse modo, o controle da legitimidade dos atos da colônia, a partir do direito inglês, e o controle da constitucionalidade das leis, com base na Constituição americana, não significou uma troca de princípios ou a substituição do princípio da supremacia do parlamento pelo princípio da supremacia do judiciário.

Esta passagem faz necessário repensar alguns outros mitos como a discussão acerca do caso *Marbury vs. Madison* que, sem dúvida alguma, foi de suprema importância para a construção do sistema de controle jurisdicional das fontes de direito, bem como pela instrumentalização dos precedentes obrigatórios, mas não foi a origem mítica de um sistema que aqui se busca recuperar.

O controle de constitucionalidade, se não foi uma grande novidade para o sistema norte-americano, com certeza foi um grande espanto para o mundo da *civil law* europeu, tanto que tal noção só será sistematizada na Europa Continental vários anos mais tarde, a partir da Filosofia do Direito de Hans Kelsen.

5. O CENÁRIO LATINO-AMERICANO: MITOS E RESISTÊNCIAS

Mas é necessário centrar a atenção no cenário local, tendo-se em mente que pensar o Direito latino-americano e suas fontes se mostra tarefa difícil e complexa. Realmente, é estar consciente de que, como colônia, a América latina não era alvo de um efetivo trabalho que buscasse a construção de um sistema jurídico e político similar aos europeus.

Ora, o objetivo central do Direito europeu nos países colonizados envolvia nada mais do que manter o equilíbrio e certa paz, a fim de que os negócios entre Metrópole e Colônia mantivessem sua estabilidade.

Assim, nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca[135] "governar, aqui, é sobretudo julgar, numa arquitetura jurídico-política em que a ideia de divisão dos poderes deve estar bem afastada". E, dentro de uma perspectiva historiográfica do Direito, a ausência da divisão de poderes acaba por remeter o estudo ao Direito colonial.

Pois bem, o Direito colonial na América latina possuía bases típicas do direito do Antigo Regime, ou seja, uma estrutura próxima ao *ius commune*

135 FONSECA, Ricardo Marcelo . *A jurisprudência e o sistema de fontes no Brasil*: *uma visão histórico-jurídica*. Sequência (UFSC), v. 58, 2009, p. 27.

europeu. Não é de se assustar que Tulio Ascarelli –importante jurista italiano– disse, já no século XX, que o Direito brasileiro possuía uma enorme herança ainda presente do *ius commune*.

A realidade na América portuguesa, acima de importantes semelhanças, possuía, como é de se esperar, diferenças com relação aos países da América espanhola. E essa divergência se apresentou pelo fato de, no mundo colonial português, não ter havido nenhuma universidade ou centro de altos estudos que pensasse um Direito específico para a realidade colonial.

Em *terrae brasilis*, a seu turno, como explica Ricardo Marcelo Fonseca,

> A natureza do direito brasileiro no período colonial é muito controvertida. De um lado, é certo que não havia a circulação de direito 'culto' no Brasil nesse período e nem tampouco a existência de focos que ensejassem a circulação cultural. Na mesma linha, toda a regulamentação jurídica 'oficial' provinha de Portugal (..., sobretudo das Ordenações do Reino as mais longevas foram as Ordenações de Filipe II, de 1603). Todavia, por outro lado, vários autores expressivos afirmam com convicção que buscar o direito colonial no arcabouço das leis régias portuguesas implica na perda da compreensão das especificidades do próprio direito do antigo regime, quando 'a autonomia de um direito não decorria principalmente da existência de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade local de preencher os espaços jurídicos de abertura ou indeterminações existentes na própria estrutura do direito comum'.[136]

Os espaços abertos a que se refere Ricardo Marcelo Fonseca eram preenchidos, para recorrer a uma ideia já trabalhada, por um sistema de geometria móvel das fontes do direito. Ou seja, baseando-se no caso concreto, o juiz possuía a liberalidade-sempre guiada, como discutido –de adaptar a variedade de normas existentes na busca de uma solução tópica do problema.

Com a crise do sistema colonial e a vinda da família real para o Brasil, a situação jurídica começa a sofrer importantes mudanças.

Com efeito, em primeiro lugar isso se deu porque as reformas de Pombal, com relação a modernização de Portugal, tinham conquistado grande espaço político e não poderiam mais retroceder sem custo para a Coroa. A par disso, as referidas reformas, quando não operadas pela própria vontade da Corte, eram basicamente empurradas pelo poder financeiro da Inglaterra, que a este ponto estava protegendo o Reino de Portugal, Brasil e Algarves das mãos das tropas napoleônicas. Já o terceiro ponto, que ensejou as mudanças, se deu a partir de uma real desvalorização do ensino clássico do Direito nos moldes do *ius commune*, praticado em Portugal e que possuía certa reciprocidade nas colônias.

---

[136] FONSECA, *op. cit.* p. 26-27.

Mencionada desvalorização, então, foi operada pelos Estatutos da Universidade de Coimbra (editados em 1772) e que traziam em seu conteúdo uma condenação do estudo do direito romano (a partir, obviamente, de suas escolas hermenêuticas que compunham o direito comum) e em contraposição valorizava a lógica, latim, grego, retórica e metafísica, disciplinas estas intimamente relacionadas aos movimentos racionalistas e pró direito natural, todos típicos da modernidade.

Dessa forma, o direito comum, a partir de então, seria praticado no máximo como referência subsidiária aos juristas, não podendo em nenhuma hipótese ser o fundamento jurídico de decisões judiciais[137].

De outra banda, o sangrento processo de Independência ocorrido no Brasil– ao contrário do pacifismo levantado pela historiografia mais conservadora– gerou em seu bojo a necessidade de criação de uma Constituição para regular os desejos da nova (e velha) elite política brasileira.

Assim, após o infrutífero projeto da apelidada "Constituição da Mandioca", D. Pedro I outorga a primeira Carta Constitucional, datada de 1824. Sua redação era em sua totalidade produzida por acadêmicos estudados na Universidade de Coimbra e, portanto, respeitavam os preceitos iluministas do Direito, ainda que em partes.

De forma que, trazer as teorias europeias para o solo tropical sempre se mostrou como abertura para confusões e inversões de sentido[138] e, na questão da separação de poderes, não seria diferente:

> O sistema norte-americano de *checks and balances* foi, na verdade, um sistema de 'soberania partilhada': todos os três poderes partilham do poder soberano do Estado e é necessário o concurso de três para o exercício da política. A França, com sua tradição de suspeita dos tribunais e do rei, optou por um modelo em que a Assembleia Nacional encarna a soberania popular, com certos limites vindos da divisão de funções, antes que da participação da soberania. O Poder Moderador, na teoria, era o árbitro de outros poderes do Estado. Mas, como viram seus vários críticos, tornou-se um árbitro sem regras definidas.[139]

O liberalismo no Brasil, como demonstra Reinéro Antônio Lérias[140], gerou o absolutismo à brasileira, a partir da introdução do Poder Moderador. Com o objetivo obscuro de "manter a harmonia entre os poderes", em verdade

---

[137] Acerca do direito comum pós-reformas pombalinas, Arno Wheling (2004, p. 469) ensina que "o assento de 11 de novembro de 1791 da Casa de Suplicação reiterou que ele [o direito comum] deveria ser observado quando as 'leis pátrias o mandam expressamente'."

[138] Neste sentido, por exemplo, tem-se a tese de Alfredo Bosi que comprova a influência paradoxal do liberalismo na manutenção do escravismo no Brasil.

[139] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 298.

[140] LÉRIAS, Reinéro Antonio. *As constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania.* In: KLOCK, Andréa Bulgakov (org.). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

tal teoria fundamentada por Benjamin Constant garantia poderes constitucionalmente ilimitados para o Monarca. Mas um ponto há de ser destacado: o Poder Moderador foi utilizado em maior escala por D. Pedro I, porém não há registros de sua atuação no governo de D. Pedro II. Isto porque as elites econômicas brasileiras –agrícolas no caso– sempre mantinham acordos com a Monarquia, a fim de garantir seus privilégios e direitos. Fato notório quanto a isso se dá pela formação do Conselho do Estado. Tal órgão foi formado por membros escolhidos pelo Imperador e, portanto, membros da elite.

O Conselho de Estado geria a relação entre Poder Judiciário e Poder Executivo, na medida em que dirimia conflitos entre portarias, decretos, instruções e também acerca das jurisdições competentes. Em 1828, agora dentro do Poder Judiciário, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça, com 17 ministros letrados, vindos diretamente do antigo Tribunal da Relação, ainda fruto do Direto Colonial[141].

A influência francesa na doutrina brasileira era evidente. A noção de superioridade da Assembléia, da necessidade do respeito literal das leis como forma de garantia de segurança e a criação do juiz *bouche de la loi* ocupavam todos os discursos jurídicos brasileiros. O Supremo Tribunal de Justiça atuava como soberano jurídico, cassando decisões contrárias ao seu entendimento e enviando a outro juízo para decidir a demanda.

> O Supremo, aceitando o pedido de revista não fazia ele mesmo o julgamento: cassava a sentença e remetia os autos a outra corte (que não aquela que havia proferido a primeira decisão), para que fosse novamente julgado o caso. Era um recurso compatível com a ideia de submissão dos juízes à lei, num tempo em que se acreditava que era possível controlar o processo interpretativo e que a obediência às resoluções da Assembleia Geral era garantia de ordem e liberdade.[142]

Mas grande parte deste discurso morria da mesma maneira que nasceu: teórico. Em verdade, como levantou José Murilo de Carvalho[143], o Poder Judiciário brasileiro era extremamente problemático e paradoxal. Em pesquisas feitas sob a característica da elite política nacional, o autor revela que cerca de 50% dos senadores brasileiros eram ao mesmo tempo – pasmem!– juízes de direito. A lei era aprovada pela mesma pessoa que a aplicava. E dentro dos conflitos internos entre liberais e conservadores –luzias e saquaremas– o desrespeito e a corrupção com relação à lei eram evidentes. Um dos grandes pensadores brasileiros do século XIX, Joaquim Nabuco, já denunciara essa crise espinhal em 1871[144].

---

[141] *Idem*, *op. cit.* p. 306

[142] LOPES, *Ibidem*, o*p. cit.* p. 307.

143 CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial.* Teatro de sombras: a política imperial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

[144] LOPES, *op. cit.* p. 308.

Vê-se de antemão que o problema do descompasso e desrespeito ao *stare decisis* e à hierarquia não é novo. E, infelizmente, no período republicano a situação só piorou. Com a entrada dos ideais e pensamentos norte-americanos no país, em especial a doutrina jurídica, a República e a proposta de democracia americana, geraram efeitos bastante diversos do que em sua terra original. E mais: ministros do Supremo Tribunal Federal, então recém-criado, como Pedro Lessa, viam com bastante entusiasmo a entrada destas propostas[145].

A característica do Direito brasileiro então sempre foi a pluralidade de doutrinas e propostas. Mas, a partir da Independência, a unidade de fontes também foi fator decisivo. O Brasil viveu uma legolatria tropical, com características diferenciadas quanto a feitura das leis e a confusão política na teoria da separação dos poderes. Em termos estritos do presente texto, a maior atenção deve ser dada à doutrina importada do controle de constitucionalidade.

> O Supremo Tribunal Federal, criado por decreto do governo provisório (...) passara a ter o controle da constitucionalidade das leis. Não havia na Primeira República (como até 1965), um controle concentrado de constitucionalidade. O sistema adotado é em tudo análogo ao sistema norte-americano, segundo Pedro Lessa. O *judicial review* existira apenas em casos concretos, e o Supremo não dispunha de mecanismos como a avocatória (*writ of certiorari*) anglo-americana para intervir em decisões dos juízes inferiores. (...) Foi-lhe dada autonomia para nomear seus funcionarios, mas suas decisões não teriam o poder vinculante do tribunal estadunidense.[146]

No início do período republicano não havia o controle concentrado de constitucionalidade, não existindo então a vinculação de decisões do Supremo Tribunal Federal em escala *erga omnes* a todos os graus de jurisdição quando se tratava de matéria constitucional. Problematicamente, o controle difuso de constitucionalidade foi adotado pouco tempo depois, garantindo aos juízes singulares um poder de declarar a inconstitucionalidade ainda em primeira instância.

A abertura para corrupção, venda de sentenças e privilégios foi catastrófica. Em se tratando de Primeira República, não se pode tirar da mente o fato do Estado ser tratado como um ente privado para os cafeicultores e pecuaristas de São Paulo e Minas Gerais, respectivamente. Até a edição do sistema de controle de constitucionalidade concentrado, os abusos registrados foram enormes[147].

A cultura jurídica brasileira, filha do bacharelismo da época em tela, parece ter mantido a posição aristocrática dos juízes brasileiros. O desrespeito a posições de Tribunais Superiores, as decisões múltiplas em uma mesma

---

[145] *Idem*, *op. cit.* p. 340.
[146] *Ibidem*, o*p. cit.* p. 349.
[147] *Ibidem*, o*p. cit.* p. 351.

Comarca, deixando às traças a disciplina do *stare decisis*, geraram e geram hoje o problema da desigualdade jurídica, da imprevisibilidade e insegurança.

Mas é chegada a hora de se apresentar breves conclusões a respeito desse trabalho.

BREVES CONCLUSÕES

Às vezes se questiona os motivos pelos quais ainda se enfrenta tanta resistência em se ter precedentes vinculativos no sistema judiciário brasileiro. E mais: pergunta-se também se seria possível e necessária a efetivação dessa adoção.

No presente trabalho, após ter sido elaborado, de modo abreviado, a historicização das fontes do direito e ter sido verificada que referidas fontes se mostravam de modo plural e variável ao contrário do que ocorre hoje, em que se verifica o apego exacerbado aquilo que se denominou de *legolatria,* o presente trabalho deu acento ao relevante aspecto de que a modernidade, principalmente nos sistemas, como no caso do Brasil, em que vigora a *Civil Law,* não se conseguiu, ainda, desvencilhar-se, por questões que estão enraizados em nossa cultura, dessa mesma legolatria.

O trabalho, portando, demonstra que se mostra necessário o resgate da *geometria variável das fontes* e não dar continuidade ao mito da legolatria e aponta, como uma das soluções para isso, o uso de precedentes vinculativos, pelos quais possível será obter-se, no sentenciar do juiz, maior isonomia, maior estabilidade e estabilidade e maior segurança jurídica no sistema jurídico brasileiro.

Referências:

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial.* Teatro de sombras: a política imperial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

FONSECA, Ricardo Marcelo . *A jurisprudência e o sistema de fontes no Brasil*: *uma visão histórico-jurídica*. Sequência (UFSC), v. 58, 2009

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade.* 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton C. L. *História do direito em perspectiva.* Curitiba: Juruá, 2010.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia*: *síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBSBAWN, Eric. *Era das Revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977

LÉRIAS, Reinéro Antonio. *As constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania.* In: KLOCK, Andréa Bulgakov (org.). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: *lições introdutórias*. São

Paulo: Editora Atlas, 2008.
LOPES, José Reinaldo de Lima. *Uma introdução à história social e política do processo*. In WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 4ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba: (49)
MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3.ed.Stanford: Stanford University Press, 2007.
STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto* – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.
TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ENTRE APATIA E FISCALIZAÇÃO: BREVE ANÁLISE DA FUNÇÃO DO CIDADÃO NO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO

Flávia Elaine Soares Ferreira [148]

Resumo
Este breve estudo pretende introduzir premissas acerca da possibilidade do controle da política pública pelo cidadão. Para tanto parte-se da análise das teorias contratualistas de Estado, que resultaram na assunção por parte deste ente em determinadas obrigações para com os indivíduos, razão pela qual, a positivação dos direitos sociais eleva o cidadão à condição de destinatário de políticas públicas. Como objeto de estudo tem-se o controle das políticas públicas, analisando-se as formas disponíveis para que estas sejam avaliadas tanto no âmbito da própria Administração quanto no controle externo. Posteriormente, serão analisadas as formas pelas quais o cidadão deixa de ser mero destinatário e passa a ser responsável também pela aferição da qualidade do serviço público. Conclui-se que o controle das decisões do Administrador está cada vez mais plausível e, que a participação do cidadão é cada vez mais salutar, para que o objetivo da República Federativa do Brasil esteja cada vez mais próximo de ser atingido, qual seja: a construção de uma sociedade mais justa, livre e democrática.

INTRODUÇÃO

As teorias contratualistas da origem do Estado trazem consigo o ensinamento de que ao se organizar em sociedade, o ser humano abriu mão de parcela de sua liberdade, garantindo-se ao Estado esta liberdade na organização das normas de conduta da sociedade e decisão acerca de conflitos. Eis que surge para o Estado, inicialmente a obrigação negativa de não intervir na vida do indivíduo, trata-se da liberdade negativa.

A liberdade negativa é considerada como direito de primeira dimensão, pois seria o respeito do Estado aos direitos do indivíduo e ao mesmo tempo o direito de participação do individuo na vida em sociedade, enquanto os deveres prestacionais do Estado seriam considerados direitos sociais, significando que neste caso, caberia ao indivíduo pleitear a tutela destes direitos em face do Estado.

Os direitos sociais já foram considerados de implementação progressiva, ou seja, não poderiam ser exigidos pelos indivíduos em face do Estado, contudo, com o avanço da interpretação constitucional, pode-se dizer que estes direitos por demandarem investimentos progressivos e contínuos do Estado podem ser exigidos de imediato.

Além dos diversos direitos e garantias constantes Texto Constitucional referido diploma normativo se preocupa com a efetivação destes, através de alguns princípios explícitos e outros implícitos.

A preocupação contemporânea está inserida no campo da eficácia dos direitos outrora conquistados. Dessa forma, a efetivação dos direitos sociais,

[148]Advogada. Professora universitária. Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Direitos Sociais. flavia.ferreira@adv.oabsp.org.br

tem sido centro de diversos debates. A preocupação hodierna está nas possibilidades de tornar efetivas as medidas programáticas inscritas na Constituição de 1988.

Saliente-se que se a eficácia dos direitos sociais tem sido alvo de debates, surge agora, o debate sobre a fiscalização das medidas governamentais que pretendem conceder a eficácia aos direitos sociais, razão pela qual, o indivíduo além de possuir o direito social a ser assegurado, passa a ter a responsabilidade na fiscalização da Administração e mais, compete à Administração Pública viabilizar instrumentos de fiscalização de suas escolhas.

Este estudo cinge-se à análise das formas pelas quais permite-se ao cidadão a fiscalização da eficácia destes direitos sociais, sendo certo que o direito de participação é inerente ao Estado Democrático. Neste diapasão, estaria na seara do cidadão a responsabilidade e o direito de fiscalizar os gastos públicos e as escolhas do Administrador.

Assim sendo, cumpre a este breve estudo a análise das formas pelas quais a participação do cidadão na fiscalização da Administração Pública contribui para a efetivação dos direitos sociais.

1 DOS DIREITOS SOCIAIS

Adotando a premissa das teorias contratualistas na formação do Estado diz-se que a ele compete a responsabilidade pela efetivação de direitos dos cidadãos.

Nesse sentido:

> Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade pública à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos.Essas ideias tiveram decisiva influência sobre a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração Francesa, de 1789. Talvez, por isso, com maior frequência, situa-se o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos fundamentais na segunda metade do século XVIII, sobretudo com a Bill of Rights de Virgínia (1776), quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que a normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente (MENDES, et al. 2008, p. 232).

Os direitos sociais demandam uma atuação positiva do Estado, sendo permitido ao indivíduo exigir a efetivação destes.

Assim é o ensinamento de Sarlet (2007, p. 57) "A dimensão dos direitos fundamentais sob análise outorga ao indivíduo a possibilidade de exigir prestações sociais estatais (assistência social, saúde, educação, etc. [...]"

Ocorre que a efetivação se dá em razão da implementação de políticas públicas, são estas as responsáveis para verificar a demanda, analisar a forma de efetividade dos direitos e implementar políticas hábeis a concretizar tais direitos.

As políticas públicas são ferramentas de administração que são aplicadas na administração pública de recursos financeiros e, em razão delas é que os direitos sociais são implementados. Estas políticas públicas são formadas por um ciclo que explicitará como a organização destas será capaz de garantir a efetividade do direito social tutelado.

Segundo Derani (2002, p. 239):

> As políticas são chamadas de públicas, quando essas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações existentes [...] para produzir efeitos modificadores da vida social. São políticas públicas, porque empreendidas pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas.

Dessa forma o processo de política pública significa a escolha de prioridades para determinara quais serviços serão prestados. Assim, por política pública deve-se entender que significa um processo de escolha que não pertence somente aos agentes políticos, mas também aos servidores da Administração que, participam no procedimento das escolhas públicas.

Para Bucci (2002) as políticas públicas consistem em ações governamentais com diretrizes para atividades públicas e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes.

De acordo com os ensinamentos de Santin (2004, p. 34-35):

> As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas do Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. As principais políticas públicas são: política econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política previdenciária, política de saúde e política de segurança pública. 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, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material

> da função.
> Na sua função, o Estado desempenha inúmeras atividades, prestando serviços essenciais e não essenciais, de relevância pública ou não. para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base de fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislados infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado.

Considerando-se que as políticas públicas são de responsabilidade do Estado enquanto organização responsável pela proteção dos direitos dos indivíduos, necessário se faz uma breve análise da evolução do Estado, fator culminante para responsabiliza-lo pela efetivação dos direitos fundamentais.

Referidas políticas públicas são, portanto, instrumentos de efetivação dos direitos sociais, observe-se que a participação na elaboração destas e na fiscalização deve ser do ente que efetivará tal direito social. Contudo, a participação popular é essencial na elaboração e destinação das verbas públicas para efetivação do direito e, pode ser ainda mais incisiva e essencial no controle da efetividade destas políticas.

As decisões estatais que norteiam as escolhas no momento de implementação das políticas públicas devem ser fundamentadas no interesse público e se tratam de atos administrativos vinculados aos programas de governo.

Ainda, em atenção ao princípio da eficiência e observando forma de governo democrática, há que se analisar as possibilidades de participação e fiscalização popular nas escolhas dos agentes políticos.

As políticas públicas dependem de um programa que vai desde o planejamento para a escolha da política pública adequada, passando pela previsão orçamentária e chegando à aplicabilidade da política escolhida.

Segundo Bucci (2006) o programa seria uma fase de individualização da política pública, no qual há especificação dos objetivos a seguir, este processo de escolha de políticas públicas depende de uma ação com atos coordenados, que formalizam um processo, de escolha, implementação e avaliação da política pública.

Nesse sentido é a lição de Massa Arzabe (2006, p. 70): [...] é preciso ter claro que a política pública dá-se por ciclos, não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução.

Assim, pode-se compreender que o processo da política pública denominado ciclo de políticas públicas identifica as seguintes fases: I

identificação do problema; II organização de agenda com soluções possíveis; III estabelecimento de objetivos; IV indicação de modos de execução (MASSA-ARZABE, 2006).

A forma como a política pública será executada tem estreita relação com a adoção do modelo de Estado, assim, "nos Estados democráticos, as decisões surgem da avaliação de, pelo menos, dois Poderes, o Legislativo e o Executivo". (DAL BOSCO, 2008, p.248)

No Estado brasileiro compete ao Executivo dar efetividade às políticas públicas, seria uma atividade administrativa. Desse modo, ainda que com o auxílio de entidades da sociedade civil e até mesmo Conselhos de Gestão, a efetivação da política pública fica a cargo do Executivo, que, norteado pelas prioridades escolhidas pelo Legislativo, no caso, por exemplo, da criança e do adolescente, do idoso, deverá proceder à efetivação dos direitos via política pública.

A participação popular na tomada de decisões do governo é dificultosa, seja em razão da ausência de cultura popular nesse sentido, vez que saímos de um período ditatorial, seja em razão de que os instrumentos disponíveis são subutilizados, o único que tem uso corriqueiro é o direito a voto.

Dessa forma o ideal constitucional de que o poder emana do povo e será exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição acaba sendo ineficaz, tendo em vista que o exercício direto tem diversos impedimentos.

Após o estabelecimento pelo Legislativo dos parâmetros possíveis, compete ao Executivo a organização da atividade administrativa com o fim de dar eficácia aos direitos sociais e manejar o recursos públicos disponíveis para a consecução das políticas públicas.

Dessa forma a escolha dos modos de efetivação dos direitos sociais depende de uma atuação conjunta das funções legislativa e administrativa, de modo que estabelecidos os parâmetros pelo legislativo, compete ao Executivo a escolha na adoção das medidas que serão aplicadas para a efetivação dos direitos sociais via políticas públicas.

É na seara administrativa que ocorrem as escolhas trágicas, posto que a legislação orçamentária define limites para a aplicação dos recursos públicos enquanto que as necessidades públicas são, por sua vez, ilimitadas.

Para Barcellos (2008, p.265) a denominação escolhas trágicas significaria que o Estado quando opta por investir em "determinada área, significa, ao mesmo tempo, deixar de atender outras necessidades, ainda que a opção de abandonar um campo específico não tenha sido consciente".

No momento de escolha das necessidades públicas que serão amparadas é que deve ser levado em conta os públicos que demandam políticas públicas prioritárias, assim, as crianças, os adolescentes e os idosos, por força de dispositivos constitucionais devem ter prioridade na distribuição de políticas públicas.

Neste mesmo sentido é que alguns direitos sociais são elencados pelo texto Constitucional como prioritários, são direitos sociais sem os quais os

demais direitos se tornam inefetivos, assim é o caso da saúde e da educação, que demandam investimentos mínimos do administrador público.

Tendo em vista que o objeto de escolha não seria discricionário, posto que a efetivação dos direitos sociais não é uma escolha mas o cumprimento de um mandamento constitucional, e da mesma forma o motivo também não seria discricionário, mas a obediência do Texto Constitucional que determina a eficácia dos direitos fundamentais.

Nesse sentido ensina Jorge Neto (2008, p. 64): "Como proclama o art. 3º, da Constituição da República de 1988, o Estado brasileiro deve estar voltado para os seguintes objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais".

O ato administrativo que decide efetivar os direitos sociais via política pública não seria discricionário, mas vinculado aos mandamentos constitucionais, e, ainda mais vinculado quando a legislação estabelece percentuais mínimos de investimento em políticas públicas específica, como é o caso da saúde e da educação.

Esta vinculação é característica recente, vez que deriva do Poder Constituinte Reformador (Emenda Constitucional 29 de 2000), e mais recente ainda é a regulamentação da norma, que somente em 2012, em razão da Lei complementar 141 de 2012[149], passou a prever quais seriam os percentuais mínimos de investimento.

Razão pela qual é mais acertado considerar o ato administrativo que escolha a forma pela qual o direito social será efetivado, como ato vinculado.

Nesse sentido é o ensinamento de Massa-Arzabe (2006, p. 71):

---

[149] Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.

Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea "a" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea "b" do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

> [...] órgão e instâncias diretamente envolvidos na execução da política, assim como entidades do setor privado, nas hipóteses de convênios ou parcerias, não agem em livre discricionariedade, mas guiados e vinculados numa perspectiva ampla, pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos, e numa perspectiva estrita, pelos princípios, diretrizes e objetivos imediatos e mediatos traçados na política pública.

Dessa forma, não haveria discricionariedade na escolha fazer ou não fazer e, atualmente, nem mesmo na escolha do mínimo a investir, pode-se dizer que os atos administrativos que fazem parte do processo de política pública possuem mais característica vinculada que discricionária.

A discricionariedade administrativa nos atos administrativos foi, por muitas vezes, utilizada com argumentação para impedir a análise do Judiciário nas escolhas administrativas.

Utilizou-se, por muito tempo, a falácia de que o Judiciário não poderia intervir na escolha do administrador, por estar interferindo no ato discricionário e desrespeitando a independência e harmonia da tripartição dos poderes.

Ocorre que, ao Judiciário não é dada a possibilidade de omissão, dessa forma quando instado a se pronunciar é de sua competência aplicar o direito ao caso concreto, sob este raciocínio diversas demandas foram submetidas a esta apreciação, na tentativa de efetivação dos direitos sociais que estavam desamparados.

Compete ao Judiciário intervir nas decisões políticas que dizem respeito aos direitos sociais quando estes não estiverem sendo amparados, assim, não é de competência do Judiciário decidir qual a política pública é adequada, uma vez que a esta função cabe a decisão no caso individual, razão pela qual o Judiciário não implementa políticas públicas.

2 O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Hodiernamente pode-se notar que a fiscalização popular começa a ter efetividade, seja em razão do aumento na busca pelo Judiciário, conduta adotada por muitos, quando necessitam da intervenção desta função estatal para terem acesso a direitos sociais inefetivos – saúde e educação, por exemplo, seja em razão da maior participação e fiscalização na vida pública (audiências públicas exigidas nos estudos de impacto ambiental).

Ainda que a função judicial seja atualmente questionada por ter característica protagonista, e, em tese, afrontar a separação dos poderes, pode ser considerada uma das formas de controle de políticas públicas e não de sua implementação.

O controle de políticas públicas tem sido alvo de diversos questionamentos seja em relação a possíveis desvios de verbas, seja em relação à efetividade das políticas que são elaboradas.

Dessa forma, a discussão atual que se tem diz respeito à possibilidade de se exigir a implementação destes direitos pela via jurisdicional, vez que nas vias administrativa e legislativa existe um vácuo na atuação estatal que deixa de regulamentar e efetivar tais direitos.

Muito se tem argumentado de forma favorável à atuação do Judiciário no sentido de que não lhe é dado omitir-se, motivo pelo qual quando acionado deverá aplicar o direito e implementar a política pública ainda que com déficit de legitimidade e conhecimento em relação ao orçamento.

Por outro lado existe doutrina muito forte no sentido que não seria competência do Judiciário imiscuir-se na aplicação do orçamento público, destinando verbas ora para determinada aplicação ora para outra, sob pena de que haja invasão de funções e desrespeito à separação de poderes.

Saliente-se que ao Judiciário é vedado agir de ofício, assim sendo, esta função estatal só age quando chamada pelo cidadão ou órgão competente para o ajuizamento da ação civil pública.

O enfoque a ser dado aqui é o de que as políticas públicas devem ser controladas, cada vez mais pelos usuários dos serviços públicos, uma vez que a eles é destinada, mas quais seriam os instrumentos possíveis para a utilização desta participação popular?

O ideal que se pretende perseguir é que haja participação popular na decisão da política pública a ser adotada, bem como nos rumos desta política pública, se haveria necessidade de readequação de seus instrumentos, por exemplo, e, especialmente a possibilidade do controle de qualidade da prestação deste serviço público.

Desta forma, pretende-se analisar as ferramentas viáveis de análise de controle de qualidade da administração pública no que se refere à efetivação das políticas públicas, as hipóteses preliminares que se têm são no sentido de que as ferramentas de controle de qualidade utilizadas na administração privada, poderiam, na medida do possível serem aplicadas na administração pública, de forma que se viabilize a efetividade desta, em atenção ao princípio insculpido pela Emenda Constitucional 19/1998, princípio da eficiência.

Tal estudo é essencial e representa questionamentos atuais acerca da efetivação dos direitos sociais, esta afirmação é corroborada com os recentes protestos que ocorreram por todo o Brasil.

2.1 Controle de qualidade externo

O controle de qualidade da política pública pode ser feito no âmbito externo ao da administração. Nesta espécie de controle quem realiza a avaliação da qualidade da prestação da política pública é o próprio cidadão.

Observe-se que se prefere o termo controle de qualidade da política pública, pois a fase de avaliação da política pública está inserida no ciclo de formação e execução das políticas públicas, razão pela qual o controle não seria apenas o serviço público, realizado em relação à análise de seu destinatário final, mas seria realizado pelo destinatário final como forma de alterar o direcionamento da política pública.

Diferentemente do setor privado no qual o controle realizado pelo destinatário do produto ou serviço é apenas indicativo, no setor público é cada vez mais presente a ideia de que o controle de qualidade realizado e questionado pelo cidadão deve ser capaz de ensejar mudanças de rumo, a fim de se permitir que a política pública seja a mais adequada para o fim a que ela se destina.

O acesso às informações sobre os serviços públicos e sobre as contas da Administração Pública além de efetivar o direito de acesso ás informações permite que o cidadão controle os gastos do governo e a qualidade do serviço público prestado.

Dessa forma, instrumentos que viabilizam o controle pelo cidadão estão sendo cada vez mais acessíveis e disponíveis.

Na esfera administrativa, como visto anteriormente, o sistema de ouvidorias criado por diversos órgãos públicos permite que o usuário atue em parceria com a Administração de forma, que compete a ele, na condição de destinatário do serviço, a avaliação da qualidade deste.

Quanto aos instrumentos processuais disponíveis ao cidadão para questionar o serviço público, existem as ações de obrigação de fazer a ação popular, hábeis a questionar opções administrativas e, até mesmo, no caso das obrigações de fazer negativa de atendimento ao usuário, como é o caso da saúde, serviço no qual, muitas vezes o cidadão se encontra desamparado e, acaba recorrendo ao Judiciário para que tenha assegurado a efetividade do direito à saúde.

Na função legislativa existe a possibilidade da lei de iniciativa popular e a participação em audiências públicas que tem como destinação principal a participação e a discussão com o Legislativo das opções do legislador em determinadas matérias, é o caso, por exemplo, de legislações ambientais.

2.2 A lei de proteção do usuário do serviço público

A Emenda Constitucional nº 19 de 1998 assegura o direito de o usuário do serviço público ter uma legislação específica que discipline as normas de utilização dos serviços públicos. Embora já conte com mais de uma década, a previsão da necessidade de uma lei específica possui eficácia limitada, segundo a classificação de José Afonso da Silva, uma vez que demandaria a edição de legislação infraconstitucional que disponha acerca dos direitos básicos do usuário do serviço público.

Ainda não houve a edição de lei que regulamente esse direito garantido constitucionalmente, razão pela qual surgem alguns conflitos.

Dessa forma, a morosidade do legislativo inviabiliza a eficácia plena de um direito constitucionalmente assegurado, razão pela qual foi necessário o pronunciamento jurisdicional em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, a ADO nº 24, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A premissa de omissão inconstitucional fundamenta-se no lapso temporal de 15 anos para a edição de lei que regulamente os direitos básicos do

usuário de serviço público, uma vez que na data da publicação da EC 19/1998 foi conferido pelo legislador constituinte o prazo de 120 dias para a edição de referida lei.

A omissão legislativa impede a eficácia plena dos direitos do usuário do serviço público uma vez que na ausência de norma que disponha acerca dos direitos mínimos deste usuário, as normas aplicáveis a relação jurídica entre usuário e administração pública direta ou indireta são as disposições legais do Código de Defesa do Consumidor que, por vezes, é insuficiente para amparar os direitos do usuário, tendo em vista que na relação entre administração e usuário vigoram as normas de direito público, e estas, por vezes desamparam o usuário em detrimento de um interesse público nem sempre existente.

No pedido liminar na ADO nº 24 o ministro Dias Tóffoli reconheceu a mora do inconstitucional do Legislativo e fixou o prazo de 120 dias para que o Congresso vote o projeto de lei em tramitação. Entretanto, deixou de analisar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre usuário de serviço público e Administração Pública, considerando que este aspecto deve ser analisado com maior profundidade pelo Pleno do Supremo.

Houve a constituição em mora do Legislativo e, a determinação do prazo de 120 dias para a aprovação da Lei de Proteção ao Usuário do Serviço Público, surtiu efeitos imediatos, uma vez que o Projeto de Lei nº 6.953 de 2002 foi colocado em regime de urgência.

Somente, aproximadamente, 240 dias após a decisão que de determinou a aprovação em 120 dias, o Projeto de Lei obteve parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados[150]. Dessa forma, o direito de proteção do usuário de serviços públicos no âmbito da Administração Pública Federal ainda continua com a eficácia limitada, sem aplicabilidade social.

No estado de São Paulo existe legislação que dispõe acerca dos direitos básicos do usuário do serviço público, trata-se da Lei nº 10.294/1999, referida lei elenca alguns direitos como: a qualidade[151], o tratamento com urbanidade, o

---

[150] Em 24/04/2014, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) o parecer do Relator, Dep. Anthony Garotinho (PR-RJ), pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa deste, do Substitutivo 1 ao PL 674/1999 da CTASP, da Emenda de Relator 1 da CFT, da Emenda de Relator 2 da CFT, da Emenda de Relator 3 da CFT, da Emenda de Relator 4 da CFT, da Emenda de Relator 5 da CFT, da Emenda de Relator 6 da CFT, do PL 1678/1999, do PL 1896/1999, do PL 2086/1999, do PL 1397/2003, do PL 674/1999, do PL 4907/2005, do PL 5600/2005, do PL 6926/2006, do PL 6861/2010, do PL 679/2011, do PL 1165/2011, do PL 6002/2013, do PL 6882/2013, e do PL 2007/2011, apensados, com emendas.

[151] Do Direito à Qualidade do Serviço

Artigo 6.º - O usuário faz jus á prestação de serviços públicos de boa qualidade.

Artigo 7.º - O direito á qualidade do serviço exige dos agentes públicos e prestadores de serviço público:

I - urbanidade e respeito no atendimento aos usuários do serviço;

II - atendimento por ordem de chegada, assegurada prioridade a idosos, grávidas, doentes e deficientes físicos;

III - igualdade de tratamento, vedado qualquer tipo de discriminação;

IV - racionalização na prestação de serviços;

V - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas em lei;

direito de informação, o controle adequado do serviço público[152] e a existência de um conselho de ética que analisará reclamações dos usuários. Existe, ainda, um Decreto Estadual nº 45.040 de 2000, que criou e organizou o Sistema Estadual de Defesa do Usuário de Serviços Públicos – SEDUSP.

Enquanto não existe a regulamentação específica do direito do usuário do serviço público, deve-se aplicar as regras constantes no Código de Defesa do Consumidor, que encontra fundamento no próprio diploma consumerista, que dispõe que os serviços fornecidos mediante atividade remunerada sofrem a incidência da legislação de consumo[153].

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, proferido em argumentação *obter dictum* no REsp 976836 / RS:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. PIS E COFINS. Repercussão jurídica do ônus financeiro aos usuários. FATURAS TELEFÔNICAS. LEGALIDADE. DISPOSIÇÃO NA LEI 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. TARIFAS DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE

VI - cumprimento de prazos e normas procedimentais;
VII - fixação e observância de horário e normas compatíveis com o bom atendimento do usuário;
VIII - adoção de medidas de proteção á saúde ou segurança dos usuários;
IX - autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade;
X - manutenção de instalação limpas, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço ou atendimento;
XI - observância dos Códigos de Ética aplicáveis às várias categorias de agentes públicos.
Parágrafo único - O planejamento e o desenvolvimento de programas de capacitação gerencial e tecnológica, na área de recursos humanos, aliados a utilização de equipamentos modernos, são indispensáveis à boa qualidade do serviço público.

[152] Do Direito ao Controle Adequado do Serviço
Artigo 8.º - O usuário tem direito ao controle adequado do serviço.
§ 1.º - Para assegurar o direito a que se refere este artigo, serão instituídas em todos os órgãos e entidades prestadores de serviços públicos no Estado de São Paulo:
a) Ouvidorias;
b) Comissões de Ética.
§ 2.º - Serão incluídas nos contratos ou atos, que tenham por objeto a delegação, a qualquer título, dos serviços públicos a que se refere esta lei, cláusulas ou condições específicas que assegurem a aplicação do disposto no § 1.º deste artigo.

[153] De acordo com a lei 8.078/1990 (CDC), em seu Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
§ 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

> DEFESA DO CONSUMIDOR. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA DOS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.
> 1. A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.
> 2. O concessionário trava duas espécies de relações jurídicas a saber: (a) uma com o Poder concedente, titular, dentre outros, do *ius imperi* no atendimento do interesse público, ressalvadas eventuais indenizações legais; (b) outra com os usuários, de natureza consumerista reguladas, ambas, pelo contrato e supervisionadas pela Agência Reguladora correspondente. [...]
> 6. O regime aplicável às concessionárias na composição da tarifa, instrumento bifronte de viabilização da prestação do serviço público concedido e da manutenção da equação econômico-financeira, é dúplice, por isso que na relação estabelecida entre o Poder Concedente e a Concessionária vige a normatização administrativa e na relação entre a Concessionária e o usuário o direito consumerista. Precedentes do STJ: REsp 1062975/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJ de 29/10/2008. (grifo do autor)

Saliente-se que a exigência da remuneração para que a atividade seja amparada pela legislação de consumo não pode ser vista como óbice para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, vez que, ainda que, nem sempre haja remuneração direta pela prestação de serviços públicos, a remuneração indireta existe, uma vez que a prestação do serviço público depende das receitas tributárias, cujo desembolso é de responsabilidade do cidadão, futuro destinatário da prestação de serviços públicos.

2.3 Lei de transparência pública

A Lei 12.527/2011 reconhecida como Lei da transparência pública entrou em vigor a fim de regulamentar o acesso às informações, direito fundamental assegurado pela Constituição Federal e forma de se permitir a fiscalização da atividade pública pelo particular.

Referida norma não disciplina apenas o acesso à informação, a lei

garante que instrumentos mínimos estejam disponíveis ao público a fim de que esta garantia atinja a sua finalidade. Desse modo, existe determinação no sentido de que os órgão devem disponibilizar as informações em sítios oficiais da rede mundial de computadores, bem como de outros instrumentos legítimos de que dispuserem.

Os sítios dos órgãos públicos devem possibilitar que o pedido de informações seja requerido eletronicamente, e, não podem exigir o preenchimento de dados que inviabilizem o acesso a tais informações.

A regulamentação da lei de transparência pública no âmbito do executivo federal se deu por meio do Decreto 7.724/2012 que determinou a transparência ativa, assim considerada, a disponibilização de informações do próprio executivo federal em seu sítio na rede mundial de computadores independentemente de requerimento.

No estado de São Paulo foi criado o portal transparência com o objetivo de divulgar para a sociedade informações da Administração Pública. O Portal da Transparência Estadual foi criado no Decreto nº 57.500, de 8/11/2011, sob a responsabilidade da Corregedoria Geral da Administração. O objetivo do Portal é tornar disponível, na rede mundial de computadores todas as informações referentes às receitas e despesas, e também de outros dados importantes, em sintonia com a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527, de 18/11/2011) e Decreto Estadual nº 58.052, de 16/05/2012, além de outras informações relevantes para o exercício do controle social.

Neste portal de transparência o acesso às informações não é tão simples, os dados totais estão disponíveis com facilidade, contudo não há como saber em relação aos repasses aos municípios, por exemplo, o total repassado para cada município. Na base de dados dos repasses de IPVA, por exemplo, é possível acessar os valores repassados aos municípios no ano de 2014, contudo, não é possível verificar tal repasse por município. Assim, pode-se verificar que a efetividade do acesso á informação transparente não é ampla.

No município de Ourinhos-SP, o portal de transparência permite o acesso livre aos dados de receitas e despesas públicas. Solicitações individuais devem preencher o cadastro no sítio da transparência pública, o preenchimento é simples e exige o número do CPF e o nome completo do cidadão. Sendo que a solicitação deve ser preenchida na forma dissertativa, o requerimento é direcionado ao gabinete da prefeitura municipal.

CONCLUSÕES

O cidadão brasileiro está começando a entender o seu papel na efetivação de uma sociedade mais digna e justa, motivo pelo qual cobra dos atuais governantes a responsabilidade na escolha das políticas públicas e na efetividade destas, deixando de ser mero expectados da esfera pública para se tornar partícipe.

Como condutas esperadas das entidades governamentais tem-se, também a edição de normas que viabilizem a participação popular nas escolhas

administrativas e na fiscalização destas. Neste sentido é o que dispõe o artigo 27 da Emenda Constitucional 19 de 1998, que competiria ao Legislativo Federal a elaboração de um Código de Defesa do Usuário do serviço público em 120 dias a publicação da referida emenda constitucional.

Ocorre que 15 anos após a publicação da emenda não há que se falar na edição deste Código, o que, por sua vez fez que a OAB ajuizasse no Supremo uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº 24), exigindo-se a constituição em mora do Legislativo bem como a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviços públicos.

Em relação à aplicação do CDC não houve procedência da cautelar, uma vez que ao deferir a liminar o Ministro Dias Toffoli deixou de apreciar referido pedido, aguardando-se a manifestação dos demais ministros.

Observe-se que existe projeto de lei (PL nº 6.953) em tramitação no Congresso com a finalidade de dar guarida a este reclame da proteção ao usuário de serviços públicos. Referido projeto está em tramitação no Congresso há mais de 10 anos,

Diante desta inércia é que a medida cautelar foi deferida para constituir em mora o Legislativo Federal.

Como exemplo de edição de lei que pretende amparar o usuário do serviço público pode-se citar o Estado de São Paulo que editou a lei 10.294/1999, referida norma traz em seu bojo os direitos básicos do usuário do serviço público, tais como informação, qualidade, controle adequado (através de ouvidorias).

Eis a comprovação de que a regulamentação dos direitos do usuário é medida que deve ser adotada pelos entes federados e, ainda, a participação neste na melhoria da qualidade do serviço prestado também é conduta desejada, aliás, a participação popular no momento da escolha das políticas públicas é possível em razão das audiências públicas, que dificilmente atingem o seu objetivo, vez que por questões, na maioria das vezes culturais, não existe a maciça participação popular.

Conclui-se que, a fiscalização a cargo do cidadão é um caminho a ser trilhado, que depende de instrumentos acessíveis ao cidadão. Sendo certo que se caminha a passos lentos para que a o controle de políticas públicas seja, também feito pelo cidadão.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de**.** *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana***.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática Liminar do Ministro Dias Toffoli na ADO nº 24. Decisão disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADOM&s1=24&processo=24. Acesso em: 20.04.2014.

_____, Portal transparência do Governo Federal. Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/. Acesso em: 27.04.14.

_____, Portal de acesso à informação do Governo Federal. Relatório de acesso á informação. Disponível em: http://www.acessoainformacao.gov.br/sistema/Relatorios/Anual/RelatorioAnualPedidos.aspx. Acesso em: 27.04.14
_____, Câmara dos Deputados. Parecer do Deputado Relator Raul Henry. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490116. Acesso em: 26.04.14.
_____, Superior Tribunal de Justiça. REsp 976836/RS. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em: 20.04.2014.
_____, Projeto de Lei nº 7420 de 2006. A qualidade da educação básica e a responsabilidade dos gestores públicos na sua promoção. Disponível em: http://www.camara.gov.br/. Acesso em: 24. 4.2014.
_____, Projeto de Lei nº 6.953 de 2002. Proteção do usuário do serviço público. Disponível em: http://www.camara.gov.br/. Acesso em: 24. 4.2014.
BOBBIO, Norberto; *Igualdade e Liberdade*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
_____. *A era dos direitos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa***.** Curitiba: Juruá, 2008.
DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
GONÇALVES, Leonardo Augusto. *Direitos sociais: cidadania, política e justiça.* Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.
JORGE NETO, Negibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais.* Salvador: Jus Podivm, 2008.
MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006.
MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
SÃO PAULO. Prefeitura Municipal. Corregedoria do Município. Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/controladoria_geral/a_cgm/index.php?p=153812. Acesso em: 12.04.14.
_____, Portal de transparência. Informações disponíveis em: http://www.transparencia.sp.gov.br. Acesso em: 27.04.14.
SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ESTADO NAÇÃO E A POLÍTICA DE ENFRENTAMENTO À FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA NEGATIVA

Ana Paula Conde Bogo[154]
Suelyn Tosawa[155]

Resumo:
Atento as principais transformações ocorridas no mundo do trabalho após a imposição pelo ideário neoliberal de um novo padrão de produção capitalista, o presente artigo volta sua atenção a tendência de flexibilização das relações e normas trabalhistas e seu impacto nos âmbitos jurídico, social e político. Para tanto, discorrer-se-á a respeito da globalização e do neoliberalismo, produzindo-se uma breve análise sobre a confluência desses fenômenos e seus reflexos na organização do trabalho. Posteriormente, serão abordados os aspectos mais relevantes da flexibilização trabalhista e seus desdobramentos, além do modelo proposto pela União Europeia chamado *flexicurity*. E por fim, o artigo destaca o papel do Estado e do Direito do Trabalho na promoção e proteção do trabalhador tendo como norte o princípios da dignidade da pessoa humana e direito ao trabalho decente.

INTRODUÇÃO

Impulsionado pela globalização e o advento de novas tecnologias, o novo modelo de produção capitalista, sob o conceito neoliberal de *acumulação flexível,* tem gerado uma verdadeira desorganização no mundo do trabalho.

Na medida em que as políticas neoliberais ultrapassam as barreiras transnacionais e se instalam como via absoluta para a sobrevivência da economia local dentro de uma competição concorrencial elevada a níveis mundiais, maiores passam a ser os índices relacionados ao trabalho precário, ao desemprego estrutural e a informalidade.

Dentro desse novo processo de reorganização do capital a ordem é a de flexibilizar, inclusive relações e direitos trabalhistas que, em especial, tem fomentado amplas discussões nas esferas política e jurídica acerca da necessidade/viabilidade e seus reflexos no mundo do trabalho. Acarretando quase que invariavelmente a perda ou a mitigação de direitos trabalhistas, a onda de flexibilização tem exigido a mudança de posicionamento por parte do Estado e do Direito do Trabalho.

Na primeira parte do presente artigo, busca-se traçar um paralelo entre a necessidade de (re)legitimação do capitalismo após a crise instaurada na década de 70, em muito influenciada pela crise do petróleo, que culminou com

[154] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2010). Pós graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-PR (2014). Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do norte do Paraná – UENP. Advogada.
[155] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2012). Pós graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (2013). Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do norte do Paraná – UENP.

o declínio do modelo taylorista/fordista de produção, e a ascensão do modelo neoliberal pautado pela *acumulação flexível* e as novas formas de organização do trabalho com preponderância da diferenciação social e funcional.

Diante do panorama estabelecido, pondera-se quanto a tendência de flexibilização trabalhista e os pontos sobre os quais seus defensores buscam se apoiar para estender a pratica aos níveis de auto-regulação pretendidos pelo capitalismo.

Já na segunda parte do artigo, são expostos alguns conceitos doutrinários acerca da flexibilização, além dos pontos que a diferenciam e aproximam da desregulamentação. A fim de esclarecer no que consiste a flexibilidade trabalhistas, são colecionados alguns exemplos no âmbito normativo e jurisprudencial em que ela foi aplicada e quais foram os principais efeitos práticos. Traz-se, ainda, uma breve análise do modelo proposto pela União Europeia, chamado *flexicurity*, que em meio a crise econômica pela qual passa a região, busca encontrar saídas para o momento através de uma série de medidas que mesclam flexibilidade e segurança.

Por fim, a terceira parte busca evidenciar o papel do Estado Democrático de Direito e do Direito do Trabalho na efetivação dos direitos fundamentais sociais e consequente proteção do trabalhador, pautados no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito ao trabalho decente.

A escolha do tema se deu pela inegável tendência a flexibilização trabalhista buscada pelo mercado e de certa forma imposta ao Estado e as graves consequências que ela tem acarretado sobre os direitos do trabalhador.

A pesquisa foi realizada com base em bibliografia atualizada, destacando-se a doutrina, legislação e dados estatísticos. Esta pesquisa é oriunda de discussões no grupo de estudo GPCERTOS da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

1. A RELEGITIMAÇÃO DO CAPITAL E A INFLUÊNCIA DESORGANIZADORA NO MUNDO DO TRABALHO

As sucessivas crises econômicas enfrentadas desde os anos de 1970 levaram a um processo de reestruturação do sistema capitalista cujas mudanças resultaram em forte impacto no mundo do trabalho.

Como resposta à crise instaurada, deu-se início a um processo de "reorganização do capital e de seu sistema ideológico e político de denominação, cujos contornos mais evidentes foram o advento do neoliberalismo, com a privatização do Estado e desregulamentação dos direitos do trabalho e a desmontagem do setor produtivo estatal" (ANTUNES, 2009, p. 33)

A ideologia capitalista, agora, neoliberal passa então a se renovar ou se relegitimar perante a crise, buscando impor o predomínio do capital por meio do fenômeno da globalização.

Caracterizada pela estreita vinculação entre os mais diversos subsistemas nacionais, regionais ou comunitários, em muito associado aos processos de evolução tecnológica e científica dos meios de comunicação e

transmissão de dados, a globalização proporcionou a criação, como parâmetro relevante para o mercado, da noção de globo terrestre e não mais, exclusivamente, nação ou região. (DELGADO, M. G., 2006, p. 12)

Essa expansão dos limites de atuação do capital com a queda das barreiras econômicas e a forte tendência de atuação mínima dos Estados, permitiu ao capitalismo a estruturação de um mercado marcado pela massificação da produção, elevação da competição concorrencial a escala mundial, e novas técnicas de gerenciamento da força de trabalho.

Próprio da sua dinâmica e necessidade cíclica de sobrevivência, o capitalismo passa então a ratificar a criação de novas relações sociais aliada a um novo modelo empresarial atento as conjunturas da época, exigindo um Estado também aliado aos preceitos neoliberais, de atuação mínima. (DELGADO G. N., 2003, p. 56)

Sob o prisma dessa nova condição do capitalismo a empresa deixa de percorrer os caminhos ditados pelo modelo fordista/taylorista[156] de produção, já ultrapassado devido ao seu esgotamento, para amoldar-se a um sistema de regulamentação política e social doutrinariamente conhecida como *acumulação flexível*. "Marcada por um confronto direto com a rigidez fordista, [a *acumulação flexível*] se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo" (HARVEY, 2013, p. 140).

A fórmula a partir de então passa a ser "horizontalizar o mais possível, para enxugar a máquina, aumentar a eficiência, garantir a qualidade e conquistar um mercado que parece cada vez mais exigente. Da empresa se diz que *quanto menor, melhor."* (VIANA, 1997, p. 155)

O novo modelo de produção tende a oferecer "soluções para a necessidade do capital de aumentar seus lucros por meio da diminuição gradativa da força de trabalho, da organização do espaço produtivo, da desconstrução da autonomia sindical e dos direitos dos trabalhadores." (MARCELINO, 2004, p. 79)

Contudo, adaptado às urgências do mercado, além de desagregador sob o ponto de vista de consciência e organização de classe, porquanto tem por meta priorizar a fragmentação das fases da produção, enfraquecendo a atuação dos sindicatos, é o novo padrão de acumulação, também, responsável pela disseminação do desemprego estrutural.

Para Giovanni Alves, "no plano contingente, o processo de (re)constituição do mundo do trabalho, sob a mundialização do capital, é percebido como uma 'desordem do trabalho'", (1999, p.150) desordem essa, todavia, proveniente de uma "nova ordem do capital", sob o complexo de reestruturação produtiva, impulsionado pelas políticas e anseios neoliberais.

---

[156] Ricardo Antunes entende o fordismo "como a forma pela qual a indústria e o processo de trabalho consolidaram-se ao longo deste século, cujos elementos constitutivos básicos eram dados pela produção em massa, através da linha de montagem e de produtos mais homogêneos; através do controle dos tempos e movimentos pelo cronômetro taylorista e da produção em série fordista; pela existência do trabalho parcelar e pela fragmentação das funções; pela separação entre elaboração e execução no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição/consolidação do operário-massa, do trabalhador coletivo fabril, entre outras dimensões." (2002, p. 25)

Isso porque, "se por um lado, sob a mundialização do capital, ocorre o crescimento da classe dos trabalhadores assalariados, com a particularidade da redução e metamorfose da classe operária tradicional, do crescimento dos assalariados dos "serviços" e da proliferação do trabalho assalariado precário"; de outro, denota-se "como um componente contraditório do desenvolvimento capitalista, o crescimento do desemprego estrutural, com a constituição de um novo patamar de exclusão social nos principais países capitalistas." (ALVES, 1999, p.149-150)

Revelando sua forma de ser do mundo do trabalho, sob a nova ofensiva do capital de produção a "população trabalhadora excedente" passa a ser, diante os efeitos da (re)estruturação produtiva, uma "população trabalhadora excluída", porquanto transformada em uma grande "massa de desempregados (e subproletários) do sistema de exploração do capital, [...] cuja impossibilidade real de serem incluídos pela 'nova ordem capitalista' aparece no plano contingente, meramente como índices do desemprego estrutural" (ALVES, 1999, p.151)

A indústria e o setor de serviços, que normalmente apresenta maior capacidade de absorver os trabalhadores assalariados desempregados, tendem a limitar o número de vagas de emprego, substituídas pela introdução de novas tecnologias microeletrônicas e novos padrões organizacionais de menor custo vinculados à lógica do toyotismo[157].

Reportando-se à leitura realizada por José Eduardo Faria sobre o momento vivido pelo capitalismo e a utilização de modernas técnicas de produção, afirma o autor que:

> As novas tecnologias exercem assim um impacto decisivo na descentralização, hetetogeneização e fragmentação do mundo do trabalho seja por permitir a transferências dos custos da ociosidade produtiva das grandes para as pequenas e médias empresas, seja, por substituir o tradicional contrato de prestação de serviços e de compra e venda da força de trabalho por um contrato de fornecimento de mercadorias, seja por abrir caminho para sua regulação em termos cada vez mais individualistas, promocionais e meritocráticos [...] Além de possibilitar a manipulação na velocidade das máquinas e dos equipamentos produtivos, levando à crescente aceleração do ritmo de trabalho, elas também afetam o nível de crescimento da oferta de emprego, na medida em que permitem a agregação de diferentes funções para cada trabalhador [...] tornando desnecessária a contratação de pessoal para as tarefas rotineiras e repetitivas (2004, p.

[157] A lógica do toyotismo está toda centrada na reorganização do processo produtivo e da força de trabalho, de modo a otimizar o uso do maquinário, já disponível e, por consequência, otimizar também os lucros, [...] tem seus pilares em dois pontos fundamentais: a) a produção *jus- in-time* [...] b) a auto-ativação da produção. (MARCELINO, 2004, p. 80 e ss.)

233-234)

Sob este panorama de flexibilidade de estrutura de mercado de trabalho e dos meios de produção, torna-se possível identificar três níveis simultâneos de emprego: a) um núcleo cada vez menor de trabalhadores polivalentes estáveis; b) uma mão de obra periférica de baixa qualificação; e c) trabalhadores externos. O primeiro grupo trabalha em tempo integral com ampla "flexibilidade funcional", encontra-se protegido pelos direitos trabalhistas e benefícios sociais, que o permite dispor de relativa segurança, garantida pela dificuldade de substituição em face de seu nível de qualificação e experiência; o segundo grupo, envolvido com a mão-de-obra periférica, possui baixa qualificação, são contratáveis e demissíveis de acordo com as conveniências das empresas, encontrando-se vulneráveis ao "acaso da conjuntura econômica"; e por fim, o terceiro grupo, dos trabalhadores "externos", abrange os eventuais ou temporários, os poucos especializados, e aqueles contratados por tarefa, sobre estes trabalhadores a empresa não tem maiores obrigações jurídicas. (FARIA, 2004, p. 230-231)

Não é de forma despropositada, portanto, que o capital, em processo de mundialização, seja encarado como uma ofensiva contra o trabalhado assalariado, uma ofensiva que por sua dinâmica, debilita o movimento operário e deturpa as bases do mercado de trabalho. (ANTUNES, 2005)

A tendência flexibilizadora do novo modo de organização do capital tem gerado cada vez mais a manutenção de grupos pequenos formados de trabalhadores multiqualificados, com alto grau de polivalência que não só ocupam e atuam em diferentes funções, mas equivalem ao trabalho de dois ou mais indivíduos, como também tem fomentado a expansão do trabalho precário e do desemprego estrutural, derivando daí um alto nível de informalidade.

Na medida em que emergem no âmbito internacional e intercontinental novas dimensões às relações comerciais, ampliando as cadeias de produção e sistemas de cooperação entre os produtos, o capital se vê livre para apostar seus investimentos naqueles países cujo custo social seja menor. Isso implica não só em leis e condições fiscais mais atrativas, mas também, em menor ou inexistente tensão sindical e baixo garantismo laboral.

Nesta toada, cada vez mais e mais rapidamente os postos de trabalho tendem a migrar, por meio da terceirização, de países desenvolvidos para países de desenvolvimento tardio ou ainda subdesenvolvidos.

Esse processo de *achatamento do mundo*, com a quebra de barreiras e desconcentração do capital desdobra-se em quatro fenômenos peculiares: a *deslocalização do trabalho*, a *desterritorialização das relações de trabalho* e a *despersonificação do empregador*,[158] sobre os quais, segundo Tarso Fernando Henz Genro:

> [o] velho Direito do Trabalho não responde e não poderá responder [...]. [pois] O seu caráter protecionista surgiu

[158] Ver mais em Guilherme Guimarães Feliciano, Curso Crítico de Direito do Trabalho, 2013, p. 72 e ss.; e em Wilson Ramos Filho, O Direito capitalista do Trabalho, 2012, p. 281 e ss.

> para envolver relações com uma certa estabilidade (princípio da continuidade) e subordinação fiscalizada (que informa o seu caráter tutelar), categorias que tendem a ser desagregadas por outras formas de exploração e subordinação. (GENRO, 1996)

Daí porque muito se tem discutido sobre uma possível e iminente crise do Direito do Trabalho. Atualmente se tem percebido que as relações de trabalho, multifacetadas, se distanciam em muito dos limites estabelecidos nas relações de emprego tuteladas pelo Direito do Trabalho. E que, em oposição a corrente de precarização das relações de trabalho, é preciso que o Direito do Trabalho assuma uma nova consciência para expandir sua potencialidade protetiva quanto ao labor que já vem sendo prestado.

Maurício Godinho Delgado traz alguns dados que comprovam a dificuldade encontrada pelo Direito do Trabalho para abarcar as diversas formas de relação de laboral:

> Reafirme-se, pois, que há uma singularidade no desenvolvimento econômico-social brasileiro: aqui, em torno de somente 1/3 dos trabalhadores ocupados é regido pelo Direito do Trabalho, em contraponto com o percentual-padrão de mais de 80% de relevantes países capitalistas. Quer dizer, por mais que se intente justificar tratar-se de realidade nacional incomunicável, a defasagem de dados e situações é simplesmente brutal. Está-se diante de uma discriminação acentuada, gravíssima, posto que neste País milhões de pessoas laboram em dinâmica qualificada pelos elementos integrantes da relação de emprego, porém sem que tenham garantido o patamar civilizatório mínimo característico do Direito do Trabalho. Observe-se que não se está falando de discriminação contra setores especiais da população, segmentos isolados (o que seria também grave, obviamente), porém *trata-se de discriminação contra cerca de 2/3 do pessoal ocupado no Brasil,* algo que escapa inteiramente ao padrão mínimo de desenvolvimento da civilização ocidental. (DELGADO, M. G., 2006, p. 143, grifos do autor)

É neste panorama, de expansão das diversas formas de relação de trabalho, insuficiência ou ineficiência na atuação do Direito do Trabalho e forte pressão exercida pelo sistema para que o Estado viabilize o desenvolvimento econômico do país, que florescem propostas e discussões acerca da (necessidade ou não da) flexibilização das normas trabalhistas.

Recentemente no cenário jurídico-político europeu, ganhou destaque a proposta que relaciona flexibilidade com segurança, a chamada *flexicurity,* cujo

modelo busca equalizar a crescente demanda mercadológica pela flexibilização do trabalho e das relações produtivas e a necessidade de proteção e segurança da classe trabalhadora.

Isto posto, dada à importância que essa figura da flexibilização tem assumido, passe-se a abordá-la em tópico particular.

2. ASPECTOS GERAIS ACERCA DA FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA

Insta destacar, de antemão, que flexibilização não deve ser confundida com desregulamentação.

Nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior

> [...] por flexibilização entende-se a adaptação das regras trabalhistas à nova realidade das relações de trabalho, que permite, e muitas vezes exige, um reordenamento do sistema jurídico, não necessariamente no sentido de diminuição de direitos ou de exclusão de regras positivadas, mas no sentido de regular, de modo diferente, as relações de trabalho. (2000, p. 139)

Já a desregulamentação "identifica-se a idéia de eliminação de diversas regras estatais trabalhistas, buscando uma regulamentação por ação dos próprios interessados." (SOUTO MAIOR, 2000, p. 139)

Ocorre que, e este se torna o ponto nebuloso no discernimento entre as ideias, por manterem ambas, flexibilização e desregulamentação, uma estreita vinculação quando apoiadas "no pressuposto da necessidade de alteração das relações de trabalho, para fins de satisfação do interesse econômico [...] acabam constituindo-se na mesma idéia, sendo que o termo 'flexibilização' ainda possui um forte poder ideológico, por ter, conceitualmente, um significado, mas atuar em outro sentido." (SOUTO MAIOR, 2000, p. 139)

Daí porque, muitas vezes, se vincula tão fortemente as duas propostas e seus objetivos, vindo inclusive a se repercutir conceitos como o dado por Guilherme Guimarães Feliciano, segundo o qual, se concebe a flexibilização do Direito do Trabalho como sendo "diretriz política segundo a qual os imperativos econômicos podem justificar a postergação ou atenuação de direitos sociais *stricto sensu* (direitos trabalhistas) como meio necessário para propiciar o desenvolvimento econômico", fundamental para a melhoria social das condições dos trabalhadores. (FELICIANO, 2013, p. 135)

Ambicionando como meta primordial a redução dos custos de produção, a doutrina neoliberal, de fato, busca, por meio das tentativas de flexibilização das normas protetivas, a possibilidade de gerir com maior a liberdade às relações mercadológicas, ampliando assim o poder modulatório do empregador. Em razão, é a flexibilização do Direito do Trabalho, atualmente, uma das principais bandeiras da política econômica neoliberal para se combater os efeitos creditados a crise econômica na esfera do trabalho.

Alice Monteiro de Barros destaca que,

> a flexibilização no campo do trabalho, historicamente, tem sido uma reivindicação empresarial identificável com uma explícita solicitação de menores custos sociais e maior governabilidade do fator trabalho. Para a realização dessa reivindicação, reclama-se uma flexibilidade normativa, que poderá ser atingida sob o prisma legal, regulamentar e convencional, mas assegurando-se garantias mínimas ao empregado. (2005, p. 80-81)

Como bem adverte Souto Maior, "o pressuposto de que o direito do trabalho precisa ser alterado para possibilitar o fortalecimento das empresas, no ambiente de concorrência globalizada, não encontra qualquer obstáculo de ordem moral, primeiro porque a globalização não é [apenas] vista pelo seu lado perverso" e segundo, porque sendo o custo do trabalho elemento pontual na competição concorrencial, gerará ele um efeito negativo em todo país caso ele deixe de ser competitivo. (2000, p. 139)

O pressuposto para se discutir seriamente a flexibilização como via de alargamento do alcance do Direito do Trabalho (extensão do garantismo social a não só aqueles que se encaixam nos limites da relação de emprego, mas também aqueles que envolvidos em relações de trabalho, de um modo mais abrangente), e mecanismo de fortalecimento da empresa e seu papel socioeconômico como gerador de empregos e desenvolvimento é, sem dúvida, compreender e buscar saídas para que flexibilizar não signifique necessariamente precarizar as condições e garantias de trabalho.

Não obstante, e diversamente do ideal, sobretudo pela sobreposição dos interesses econômicos aos sociais, percebe-se que muito embora, no caso brasileiro, tenha o país passado por uma recente onda de flexibilização, não houve uma evidente melhora nos níveis sociais e condições dos trabalhadores, muito pelo contrário.

No âmbito normativo destacam-se a previsão do contrato de trabalho em regime parcial, com remuneração proporcional (art. 58-A da CLT); reformulação da figura do "banco de horas", permitindo a compensação simples das horas excedentes da 8ª diárias, até a 10ª, dentro do período máximo de 1 ano, sem o pagamento de horas extras (art. 59, §2º, da CLT); possibilidade de quebra da irredutibilidade salarial por negociação coletiva (art. 7º, VI, da CRFB); possibilidade de flexibilização do regime de duração de jornada de trabalho normal e do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, também pela via da negociação coletiva (art. 7º, XIII e XVI, da CRFB); a recepção pela CLT da figura da "cooperativa de mão de obra", sistema em que não haveria vínculo empregatício entre as sociedades cooperativas e seus associados (art. 442, par. ún., da CLT), entre outros.

Já no campo jurisprudencial, talvez o exemplo de maior destaque e repercussão venha da Súmula 331 do C.TST, que flexibilizou a regra estabelecida no verbete sumular que a precedeu, o Enunciado 256. A súmula

331 prevê a possibilidade das iniciativas pública e privada contratarem serviços especializados desde que ligados a atividade-meio da contratante, sem que para tanto reste configurado a formação de vínculo empregatício entre o empregado terceirizado e a tomadora de serviços.

Contudo, todas essas vias flexibilizadoras resultaram em grande parte na minoração de direitos e na precarização das condições de trabalho, sobretudo pela deturpação dos institutos.

As chamadas cooperativas de mão de obra tornaram-se terreno fértil para a manipulação do capital, forjando relações de emprego absolutamente fraudulentas; o sistema de "banco de horas", muito embora, por sua natureza devesse atender circunstâncias apenas emergenciais, tornou-se uma realidade rotineira nas empresas, trazendo graves danos à saúde do operariado, em razão da não ideal compensação; a terceirização, da mesma forma, tem se tornado foco de evidente precarização das condições do trabalho por diversos fatores, entre eles estimular a chamada "pejotização" - processo em que pequenos empresários, muitas das vezes ex-empregados da tomadora, assumem boa parte dos riscos da atividade, fornecendo mão-de-obra especializada as empresas contratantes, sem que para tanto tenham capacidade econômica para suportá-los. Nesses casos, não raro, prestadoras de serviços acabam não horando contratos de trabalho, deixando de garantir direitos mínimos aos seus empregados, como aqueles relacionados à questão previdenciária e de segurança do trabalho. Dados preocupantes apontam para incidência muito maior de acidentes de trabalho registrados entre os empregados de empresas prestadoras de serviços[159].

Isso sem mencionar todas as incertezas e inseguranças trazidas aos trabalhadores através da flexibilização de formas contratuais, tais como o contrato por tempo parcial, o contrato por tempo indeterminado e possibilidade do contrato temporário, que ainda que válidas para determinados períodos e fases da economia vieram desamparadas de qualquer medida efetiva voltada a reinserção estável do trabalhador no mercado de trabalho.

A flexibilização tal qual vem sendo proposta, portanto, tem se mostrado uma medida desconstrutora, pois dissociada dos preceitos de proteção sobre os quais está pautado o Direito do Trabalho.

Envolta no dilema estabelecido entre a necessidade de viabilizar um equilibrado desenvolvimento econômico ao estado e assegurar condições dignas de trabalho aos seus cidadãos, a União Europeia tem avaliado desde a primeira década deste século, um modelo inspirado nas políticas públicas aplicadas na Dinamarca, o qual se convencionou denominar *flexissegurança* ou *flexicurity,* dada sua pretensão em conciliar flexibilidade e segurança.

Mais do que um conceito jurídico em si, a *flexicurity* parece representar um conjunto de medidas (já conhecidas e outras novas) voltadas à equalização das tensões estabelecidas entre a flexibilização do mercado de trabalho e seguridade social. Em termos práticos advoga-se pela facilitação dos

[159] Para se ter uma ideia da dimensão do problema, no ano de 2012, 90% dos óbitos decorrentes de acidentes de trabalho a serviços da Petrobras ocorreram entre trabalhadores terceirizados. Fonte: MPT e FUP.

procedimentos voltados a admissão e demissão contrabalanceada pela implementação de "alguns incrementos durante o emprego e sobretudo melhores auxílios no desemprego, mediante novas estratégias de seguridade social, de recolocação profissional e de criação de novos empregos." (FELICIANO, 2013, p. 141)

Guilherme Guimarães Feliciano esclarece que a *flexicurity* mescla a elementos políticos, de flexibilidade e de segurança. Sobre os elementos políticos e de flexibilidade acumular-se-iam a "flexibilidade e segurança dos dispositivos contratuais; estratégias globais de aprendizagem e reciclagem profissional ao longo da vida útil; políticas públicas ativas e eficazes no mercado de trabalho; e regimes de seguridade social modernos", consistindo a flexibilidade em "permitir a cada um adaptar-se às transições entre as várias etapas da vida [...]; organizar o trabalho em função das necessidades de produção e de competências; e facilitar a conciliação entre vida profissional e vida privada". Já a segurança, se voltaria ao estímulo à conservação do emprego, demandando a capacitação de "cada trabalhador de competências tais que lhe permitam evoluir na vida profissional e/ou encontrar um novo emprego; estabelecer subsídios de desemprego [...]; e multiplicar as possibilidades de formação, reciclagem e capacitação para todos os trabalhadores, em especial quando são pouco qualificados e/ou mais idosos." (2013, p. 141)

O temor relacionado a esse sistema é justamente de que impere um desequilibro entre as medidas, no qual se sobreponham apenas àquelas que atendam ao interesse econômico.

A Organização Internacional do Trabalho já se manifestou em ao menos duas oportunidades acerca das politicas neoliberais. No ano 2000, Juan Somávia então Diretor-Geral à época, manifestou na Assembleia Geral das Nações Unidas a discordância quanto às políticas neoliberais destinadas ao trabalho e a centralidade dos mercados no processo políticos de construção legislativa. Já no ano de 2009, na 8ª Reunião Regional Europeia, a mesma OIT admitiu que diante de mercados tão flexíveis as estratégias da *flexissegurança* seriam eventualmente viáveis, mas desde que adotadas no contexto de um planejamento amplo e de enfrentamento das instabilidades do mercado, com especial atenção aos desempregados. (FELICIANO, 2013, p. 144)

Ao que se percebe, ainda que guardadas as devidas distinções entre as formas com que são encaradas e aplicadas, as políticas voltadas à flexibilização das normas trabalhistas acima descritas, invariavelmente, impactaram de modo negativo nos direitos e garantias sociais vigentes. Não obstante, as transformações advindas do novo modelo de produção capitalistas dão conta de um fato inegável e irreversível: há um novo mercado de trabalho e uma nova forma de gerir o mundo do trabalho para o qual o Estado e o Direito do Trabalho precisam voltar sua atenção e suas ações.

Ao Direito do Trabalho cabe aqui papel fundamental como agente direto na proteção da dignidade da pessoa humana por meio garantia do trabalho decente.

3. ESTADO NAÇÃO E UMA POLÍTICA DE ENFRETAMENTO À FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA NEGATIVA

Diante do panorama reconhecidamente excludente exponenciado pelo fenômeno da globalização, urge a necessidade de que o Estado-nação retorne ao centro das questões políticas e jurídicas contemporâneas.

José Eduardo Faria afirma que, cabe ao Estado-nação se reafirmar dentro de sua capacidade de direção "como um efetivo destinatário das aspirações e reivindicações sociais, impondo uma vontade política forjada democraticamente a sistemas auto-organizados, auto-referidos e auto-regulados; (...) [definindo] objetivos sociais e estratégias consistentes para implementa-los;"(2004, p. 268)

Ou seja, o Estado precisa pautar suas ações (agora não mais vinculadas a uma atuação mínima) em consonância com seu novo papel de agente ativo e efetivo na proteção dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, tornando os princípios, as garantias e esses mesmos direitos sociais informantes perenes e indissociáveis do sistema jurídico infraconstitucional.

Nesse esteio, J. E. Faria propõe a assunção pelo Estado-nação de seu viés social, para que assim sejam desenvolvidos mecanismos jurídicos-institucionais voltados a neutralização ou ao menos a amortização os efeitos decorrentes da transnacionalização da economia. Sendo para tanto, imprescindível não só a mudança do conteúdo normativo do sistema atual, mas também das estratégias hermenêuticas aplicadas que deverão passar a "encarar a 'questão da justiça' não em termos de *princípios últimos* ou *valor-fonte,* porém em termos mais pragmáticos e eminentemente sociológicos." (2004, p. 269)

Pontua ainda o Autor que,

> Esses mecanismos jurídico-institucionais com propósitos "sociais" teriam assim a forma de pautas decisórias e de regras a *um só tempo "corretivas" e "compensatórias"*, capazes (a) de estimular segmentos sociais e os distintos setores econômicos a negociar suas diferenças, (b) de obriga-los a fazer concessões recíprocas e (c) de viabilizar a socialização dos riscos, a redeterminação dos custos e a distribuição das perdas, que variam conforme o *status* das partes envolvidas nas situações conflitivas. Só uma intrincada combinação entre ação estratégica, racionalidade instrumental, procedimento negociais e normas imperativas, afirmam os teóricos do modelo "direito social", permitiria neutralizar a explosão anômica de litigiosidade, reduzir as distâncias provocadas pela profunda divisão social entre "incluídos" e "excluídos", assegurar um equilíbrio substantivo e, por fim, criar as condições tanto para a redefinição dos padrões vigentes de responsabilidade, controle e segurança e validade. (2004, p. 270-271) (grifo nosso)

A proposta do "direito social", então, busca equalizar as iniciativas jurídico-institucionais de modo que elas sejam, repisa-se, "a um só tempo 'corretivas' e 'compensatórias'", uma vez que não se ignora o atual momento mercadológico e a dependência da economia a esse sistema, mas se tem de forma clara a necessidade de que o Estado intervenha como o fiel da balança para a garantia do equilíbrio entre as partes.

Não se acredita, por outro lado, que essa intervenção venha a se dar exclusivamente ou majoritariamente pela via legislativa, pelo contrário, a implosão legislativa nessas circunstâncias, de intensa fragmentação, pluralidade e especialidade de relações e condições, tende muito mais intensificar a insegurança do que viabilizar respostas claras e racionais aos conflitos. [160] (FARIA, 2004, p. 128 e ss.)

Consoante à proposta do direito social, com foco em ações corretivas e compensatórias, entendemos pela necessidade de mudança de postura do Estado-nação em ao menos duas frentes, quais sejam: revitalização do conceito de subordinação jurídica e promoção de políticas públicas.

No âmbito jurídico, o enfretamento a tendência flexibilizadora negativa - aquela que pretende apenas excluir ou mitigar direitos trabalhistas -, a transformação deve vir quanto ao conteúdo e a hermenêutica utilizada em sua compreensão. Ao Direito do Trabalho caberia flexibilizar "positivamente" alguns dos seus conceitos mais elementares: a subordinação.

Inegavelmente, as mudanças impostas pela globalização e modelo neoliberal de produção ao mundo do trabalho afetaram de forma pontual o modo de se encarar as relações de subordinação jurídica.

Conforme por Maurício Godinho Delgado, entende-se por subordinação clássica,

> [a] situação jurídica, derivada do contrato de emprego, em decorrência da qual o trabalhador acata a direção laborativa proveniente do empregador. É uma situação jurídica que se expressa por meio de certa intensidade de ordens oriundas do poder diretivo empresarial, dirigidas ao empregado" (2007, p.86)

Contudo, a partir da reestruturação do modelo capitalista de produção, a organização da empresa passou a estabelecer uma nova ordem entre empregado e empregador, dando maior (ainda que aparente) autonomia aos contratados, pulverizando a forma de prestação de serviços e, consequentemente, afetando o formato clássico da subordinação. Neste momento, o sistema protetivo juslaboral passa a ser, paradoxalmente, pois contrário a sua natureza, excludente, vez que deixa de amparar um novo e grande número de trabalhadores que não mais se encaixam no clássico conceito.

Urge daí a necessidade de se buscar novos horizontes ao conceito de subordinação, a fim amoldá-lo a dinâmica do mercado de trabalho atual,

[160] Ver mais em José Eduardo Faria, "O Direito na Economia Globalizada", 2004, p. 128 e ss.

elastecendo seu campo de incidência e proteção ao novo proletariado.

Dentre as iniciativas doutrinárias nesse sentido, destaca-se a de Maurício Godinho Delgado, com o conceito de "subordinação estrutural":

> Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. (2007, p. 86)

Além da proposta por Lorena Vasconcelos Porto, que prevê subordinação sua dimensão integrativa:

> A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume riscos de ganho ou de perdas e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade. (2008, p. 26)

A revitalização do conceito de subordinação, ainda que não seja a única via necessária à mudança de paradigma do direito trabalhista, se mostra como medida urgente e pontual no amparo de grande número de trabalhadores que se encontram em relações de trabalho que estão à margem da proteção justrabalhista.

O Direito do Trabalho agiria então de forma corretiva, pois retificaria as distorções provocadas pela (des)organização do mercado nas relações laborais.

De outro lado, seguindo a proposta de compensação, cabe ao Estado, a fim de frear a tendência neoliberal de flexibilização de direitos, a criação e execução de programas de governos e políticas públicas voltadas à efetiva promoção dos direitos sociais.

Conforme esclarece Vladimir Brega Filho,

> Os direitos sociais, por serem direitos fundamentais, têm como característica a cumulatividade, ou seja, dentro de uma ideia de patrimônio político-jurídico, os direitos sociais reconhecidos por um Estado passam a constituir um verdadeiro patrimônio dos indivíduos, que não pode ser suprimido. Fala-se, então, que o estágio de concretização dos direitos sociais não pode retroceder, reconhecendo-se a existência do princípio da proibição do retrocesso, também conhecido por princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. (2013, p.104)

Conforme já pontuado anteriormente, é a iniciativa neoliberal, por sua natureza, desregulamentadora/desorganizadora do sistema de garantias sociais, sobretudo em decorrência de seus múltiplos reflexos nocivos que levam a exclusão do indivíduo, considerando não só o trabalhador mais a todos aqueles que dele dependem.

Inegável, dessa forma, considerar o risco de retrocesso social que o ideário neoliberal representa a sociedade quando não enfrentado.

Neste panorama, a promoção dos direitos sociais, aqui proposta pela via das políticas públicas, volta-se não só a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, mas também a garantia do princípio da proibição do retrocesso social.

Segundo José Eduardo Faria, o direito social têm por sua natureza "objetivos compensatórios, redistributivos, integracionais e niveladores", que exigem do Estado uma postura intervencionista no sentido concretizar direitos e atender as expectativas por eles geradas com sua positivação. (2004, p. 273)

As políticas públicas nesta toada devem voltar-se ao resgate do indivíduo excluído, bem como, a sua reinserção no mercado de trabalho após efetiva capacitação e, portanto, menos vulnerável às inconstâncias do sistema capitalista.

Há que se destacar que uma das principais bandeiras da Organização Internacional do Trabalho, a garantia do direito ao trabalho decente a todos, passa diretamente pela promoção dos direitos sociais pela via das políticas públicas.

Conforme definido pela própria OIT, o Trabalho Decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho (em especial aqueles definidos como fundamentais pela Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho e seu seguimento adotada em 1998: (i) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) *eliminação de todas as formas de trabalho forçado*; (iii) *abolição efetiva do trabalho infantil*; (iv) *eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação, a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social*.[161]

Acerca do tema afirma Sérgio Pinto Martins que,

> [...] propõe a OIT agenda de trabalho decente, consistente em promover o diálogo social, proteção social e criação de empregos. Esclarece que o trabalho não é mercadoria, pois não pode ser negociado pelo maior lucro ou pelo menor preço. Deve haver política de resultados nos Países, com distribuição de renda, fiscalização trabalhista, permitindo que as pessoas possam trabalhar com dignidade. (2009)

Assegurar condições decentes de trabalho implica num plano de

[161] Informação disponível em http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente.

atuação que garanta desde a limitação de jornada de trabalho, condições de trabalho salubres, seguras e equilibradas do ponto de vista psicológico, extinção de formas odiosas de trabalho, tempo ocioso para a coexistência do trabalho, convivência familiar e lazer, até a estabilidade ou, ao menos, a garantia de empregabilidade ao indivíduo.

O objetivo de um trabalho decente extensivo a todos deve ser visto como elemento nuclear do desenvolvimento social integrador e envolve diretamente a garantia dos direitos sociais como via corretiva e compensatória em meio a instabilidade provocada pela tendência flexibilizadora do ideário neoliberal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos trabalhistas passam por uma fase não de expansão, mas sim de luta pela sua preservação ante as inúmeras investidas desorganizadoras do ideário neoliberal.

Erigida pelo empresariado como uma das alternativas a crise do desemprego, a flexibilização, na verdade, e especialmente nos países de desenvolvimento tardio, se mostra como um mecanismo de precarização e relativização dos direitos trabalhistas voltado a objetivo certo: redução dos custos e maximização dos lucros. E nessa dinâmica somente um lado consegue auferir alguma vantagem.

Inicialmente pensada apenas como mecanismo de adaptação nos momentos de crise econômica, a flexibilização já toma ares de irreversibilidade, deixando com que gradativamente a instabilidade do mercado tome conta das relações de trabalho.

Não se ignora, outrossim, a nocividade dos reflexos gerados em uma economia que se fecha a dinâmica estabelecida pelo neoliberalismo, sobretudo num momento em que se vivência a queda quase de total das barreiras econômicas, entretanto, urge a necessidade de que o Estado assuma seu viés social e intervencionista com vistas a equilibrar as discrepâncias promovidas pelo mercado.

Para tanto, é imprescindível que o Estado-nação fortaleça seus agentes sociais, como o movimento sindical, que deve manter pautas coerentes com os interesses da classe trabalhadora, tais como cidadania, qualidade de vida, direitos de personalidade, bem-estar social e capacitação técnica ampla e contínua, entre outros.

Assegurar condições ao trabalho decente e promover políticas públicas voltadas à garantia dos direitos sociais não necessariamente obstruirá as iniciativas desestabilizadoras do neoliberalismo, contudo, é certo, tornará a classe trabalhadora menos suscetíveis as instabilidades delas resultantes e mais forte para seu enfretamento.

Referências

ALVES, Giovanni. *Trabalho e mundialização do capital* - A nova degradação do

trabalho na era do Capital. 2ª ed. Londrina: Praxis, 1999.
ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho***:** ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2009.
_____ *Adeus ao Trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho. 8ª ed. São Paulo-SP: Editora da UNICAMP, 2002.
BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2005, págs. 80/81.
BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. *Revista Argumenta***,** Jacarezinho – PR, n. 19, p. 103-124, mar. 2014. ISSN 2317. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409>. Acesso em: 29 de Jun. 2014.
DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização*: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: Editora LTr, 2003.
DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*: entre o paradigma de destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.
_____ Direitos Fundamentais na relação de trabalho. In: SILVA, Alessandro da et al. (Coord.). *Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 86
FARIA, Jose Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico do Direito do Trabalho* **–** Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.
GENRO, Tarso Fernando Herz. Crise terminal do velho Direito do Trabalho. In *Revista da Anamatra***,** Brasília: Anamatra, abril-maio, 1996, n 26.
GÓES, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.
HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna,* 24ª ed. São Paulo: Edições Loiola, 2013.
MARCELINO, Paula Regina Pereira. *A logística da precarização*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.
MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das Condições de Trabalho*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.
_____ A OIT e a Globalização. In *Juris Síntese*, nº 78, julho/agosto de 2009. (versão digital).
PORTO, Lorena Vasconcelos. A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. In: *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, nº 24, p. 05-30, maio/jun. 2008
RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho*: História, Mitos e Perspectivas no Brasil, São Paulo: LTr, 2012.
SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.
VIANA, Márcio Túlio. Alguns pontos polêmicos da terceirização. *Repertório IOB de Jurisprudência.* 2ª quinzena de Abril de 1997. Nº 8/97 – Caderno 2 p. 153-155.

O QUE É O ESTADO?

João Carlos Carvalho da Silva[162]

Resumo:
O presente trabalho tem como objeto o conceito de estado. a partir de uma abordagem histórica, procura-se desvendar qual é o papel do estado no interior da sociedade em geral e na sociedade capitalista em particular. conclui-se que a forma política estatal destina-se a gerenciar a sociedade de classes e que qualquer mudança por dentro do estado é incapaz de alterar o *status quo*.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que o Brasil é um Estado democrático de direito. Tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, fixando como objetivos a erradicação da pobreza e da marginalização. De outro lado, prevê como direitos sociais a moradia, a saúde, a educação e o lazer. Trata-se, verdadeiramente, de uma Constituição cidadã.

No entanto, a previsão em texto constitucional de inúmeros direitos e garantias não tem se mostrado capaz de alterar a realidade dos fatos. Por esta razão, torna-se imperioso a atuação no sentido de realizar efetivamente as disposições constitucionais, a fim de que se construa, na prática, uma sociedade livre, justa e solidária, deixando para trás as situações de miséria e desigualdade social latentes no país.

Mas uma questão prévia se coloca. Antes de se "democrático" e "de direito", o Brasil é um "Estado", e isso tem implicações importantes no que diz respeito à promoção de direitos e superação das desigualdades.

O conceito de Estado é tema de fundamental importância para os estudiosos das ciências humanas e sociais. Ocupando o centro de debates acalorados, o Estado é tido por muitos como panaceia dos problemas sociais. Em direção diametralmente oposta, há quem o responsabilize por grande parte das mazelas que flagelam a sociedade. A despeito de divergências, a verdade é que o Estado é presença inexorável na vida em sociedade.

Desse modo, qualquer perspectiva real de mudança do *status quo* que não contemple adequadamente a questão do Estado está fadada ao insucesso.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo delinear o conceito de Estado e seu papel na sociedade capitalista, aferindo-se a possibilidade de efetiva emancipação humana a partir do aparato estatal.

---

[162] Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

2 ESTADO E SOCIEDADE DE CLASSES

O Estado não é um fenômeno a-histórico e eterno. Apontar sua data de nascimento é tarefa que os historiadores e outros cientistas têm levado a cabo. Jared Diamond, por exemplo, considera que o Estado surgiu em 3400 a.C. (DIAMOND, 2012, p. 12).

Importa referir que o Estado surge em um momento específico da história humana, como resultado da conjugação de inúmeros fatores. Apenas para exemplificar - e para continuar com Diamond – vale registrar que não há Estado sem produção alimentícia excedente, uma vez que sem excedentes torna-se impossível que toda uma categoria de indivíduos se dedique exclusivamente aos assuntos do governo. Conforme o autor

> there could be no states until there was food production (beginning only around 9000 BC), and still no states until food production had been operating for enough millennia to build up the large, dense populations requiring state government (DIAMOND, 2012, p. 12).

Só há burocracia estatal quando a classe que trabalha é capaz de produzir alimento suficiente para sustentar todo o conjunto social. De outro lado, um Estado só se forma com um crescimento populacional significativo. Pequenos bandos ou tribos prescindem da figura de um líder central, com grande autoridade nas mãos, que é exercida por meio de uma burocracia hierarquizada, com aparatos repressivos voltados a sua efetivação. Nos pequenos grupamentos, de outro lado, as relações sociais se regulam majoritariamente pela tradição e o líder não possui poder ou força suficiente para impor sua vontade sobre os demais indivíduos. Não há razão para a manutenção de um vasto aparato, destinado a regular os conflitos sociais, se todos os membros de um grupo se conhecem por nome, apresentam vínculos consanguíneos e são dependentes de cooperação mutua. Quando o numero de indivíduos cresce enormemente, as relações sociais tornam-se mais impessoais. Nessa hipótese, torna-se imperativo uma força oficial que se coloque acima das relações individuais.

Além disso, o Estado, em sua forma, tamanho e função, alterou-se ao longo dos séculos, seguindo sempre o movimento concreto das relações sociais que lhe davam sustentação. É importante, porém, que fique consignado o seu caráter histórico-social, cuja existência é indissociável da própria evolução da sociabilidade humana.

Referencial teórico importante para tentar compreender o conceito de Estado é o proveniente do pensamento marxista. A escola marxista ou, mais precisamente, marxiana, oferece rica contribuição para o entendimento do Estado e da sociedade como um todo. No que se refere à específica questão do Estado, via de regra, divide-se a história de acordo com os modos de produção predominantes em cada momento do desenvolvimento histórico.

Nessa linha, fala-se em quatro grandes etapas históricas, cada qual

ancorada em um determinado modo de produção e em uma organização específica do trabalho: o comunismo primitivo, o modo de produção escravista, o modo de produção feudal e o modo de produção capitalista.

2.1 Comunismo primitivo.

As primeiras formas de organização do trabalho baseavam-se na caça e coleta. Esta característica determinou a própria organização social e impôs, inclusive, uma situação de ausência de Estado. O modelo de caça e coleta fazia com que os grupos humanos tivessem de se deslocar constantemente em busca de novas fontes de alimento, o que implicava seu nomadismo. Como não possuíam residência fixa, pouco adiantava a confecção de ferramentas e instrumentos de trabalho, pois não poderiam ser transportados em suas jornadas. Tudo isso implicava uma produtividade extremamente baixa e exigia que todos os integrantes do bando ou tribo trabalhassem, sob pena de sacrificarem sua própria existência. O fato de inexistir excedente produtivo impossibilitava o desenvolvimento de uma casta burocrática concentrada em atividades não relacionadas imediatamente à produção, tais como a escrita, a ciência, a política, a técnica, o direito e o Estado.

Conforme esclarece Diamond (2012, p. 10),

> no hunter-gatherer society has ever been able to feed a sufficiently dense population to support a state government. In any state, only a portion of the population – as low as 2% in modern societies with higly mechanized farms – grows the food. The rest of the population is busy doing other things (such as governing or manufacturing or trading), doesn't grow its own food, and instead subsist off the food surpluses produced by the farmers.

Assim, uma das características marcantes dessas sociedades era a inexistência de classes sociais. E isso por uma razão simples: a pouca produtividade do trabalho inviabilizava a exploração do homem pelo homem.

Com efeito, a exploração requer do explorador que utilize grande parte de seu tempo a fim de controlar o explorado. Entretanto, se "a produtividade é baixa, ao final do dia o tempo que o explorador gastou para controlar a quem explora rende tão pouco, que ele irá comer menos do que se procurasse sua comida pessoalmente" (LESSA, 2012a, p. 19).

O advento da agricultura e da pecuária, no entanto, significou um enorme avanço social. Em primeiro lugar, tornando-se sedentários, os seres humanos puderam eliminar alguns dos empecilhos do nomadismo, tais como a dificuldade em carregar consigo pesados e numerosos instrumentos de trabalho. Com novas ferramentas, aprimora-se a capacidade produtiva e, aos poucos, os indivíduos são capazes de produzir mais com menor dispêndio de energia e tempo, até o ponto em que cada sujeito produz mais do que ele mesmo, individualmente, necessita para sobreviver (LESSA, 2012a, p. 21-22).

Assim, pela primeira vez na história, o produto do trabalho se torna excedente. Se antes era inviável a exploração do homem, agora, com o trabalho excedente, a situação se altera. Como cada indivíduo produz mais do que necessita, torna-se uma boa estratégia explorar terceiros e deles retirar o trabalho excedente. É isto o que viabiliza a exploração do trabalho alheio (LESSA, 2012a, p. 21-22).

O aumento da produção não significa, todavia, que a sociedade passa a viver uma situação de abundância. Em que pese o desenvolvimento da capacidade de trabalho, a produção total não é, ainda, capaz de satisfazer às necessidades de todos os indivíduos. Afinal, o que o indivíduo produz de excedente é repartido com aqueles que nada produzem, como é o caso dos idosos, das crianças, dos enfermos etc. Assim, embora o trabalho seja excedente, ele é inteiramente consumido pelo conjunto da sociedade, de modo que a condição existencial ainda é de carência. Nessa hipótese, caso houvesse uma distribuição igualitária do produto do trabalho, toda a produção seria consumida, não sobrando qualquer riqueza a ser aplicada no desenvolvimento das forças produtivas (LESSA, 2012a, p. 21-22).

A maneira encontrada para superar essa limitação foi a apropriação, por uma parcela da população, do excedente produzido pelo conjunto dos membros da sociedade. Esta é a gênese da sociedade de classes, em que um grupo de indivíduos, a classe dominante, explora o restante da população. Como a classe dominante obtém mais do que pode consumir, aquilo que "sobra" é utilizado para desenvolver novos meios de produção e subsistência. Ou seja, o excedente é reinvestido na produção e isso provoca um desenvolvimento muito mais acelerado das forças produtivas do que aquele observado nas sociedades primitivas (LESSA, 2012a, p. 21-22).

Desse modo, é a coexistência entre trabalho excedente e carência material que determina a exploração do homem pelo homem e o surgimento da sociedade de classes:

> uma sociedade de classes é aquela em que uma parte da sociedade, a classe dominante, explora a outra e majoritária parte da sociedade. Como a classe dominante concentra uma riqueza que não consegue inteiramente consumir, sobra para investir no desenvolvimento dos seus negócios. E desenvolver os negócios significa também a construção de portos, de estradas, a concentração de trabalhadores, o desenvolvimento de novas tecnologias, etc. Temos, assim, nestas sociedades um desenvolvimento mais acelerado das forças produtivas do que nas sociedades primitivas (LESSA, 2012a, p. 22).

Nesta conjuntura, a violência é um elemento inescapável. Afinal, nenhum grupo entregaria, voluntariamente, o produto de seu trabalho se isso ocasionasse a sua penúria. Destarte, a principal atividade da casse dominante

passa a ser o controle do trabalho realizado pela classe dominada, o que se faz mediante a aplicação da violência. O instrumento desenvolvido para isso é o Estado, que se vale do direito, do exército e da burocracia para atingir sua finalidade (LESSA, 2012a, p. 23-25).

Nas sociedades primitivas não havia leis, visto que a tradição e os costumes bastavam à organização da vida social. "Eventuais desacordos e conflitos eram resolvidos a partir de procedimentos e rituais que compunham a cultura tradicional da sociedade" (LESSA; TONET, 2011, p. 54).

Com a sociedade de classes, os interesses se tornam antagônicos, no sentido de que não podem ser conciliados. Dessa forma, os conflitos não são solucionáveis a não ser pela força. É certo, porém, que a reprodução da sociedade restaria inviabilizada se essa aplicação da violência cotidiana resultasse em uma luta aberta entre as classes. "Evitar que isso aconteça é a função social do Direito" (LESSA; TONET, 2011, p. 54-55).

2.2 Modo de produção escravista

As primeiras sociedades de classes foram escravistas. Nelas, dois grupos sociais se colocavam em posição antagônica: o de senhores e o de escravos. Toda a produção pertencia aos primeiros. Por isso, aos escravos não interessava o ganho de produtividade, de modo que o aumento da riqueza dependia essencialmente do aumento do número de escravos.

Com a implementação em larga escala da escravização requer-se um grande aparato de controle. É preciso um exército forte para conter as muitas rebeliões. Como o custo de contratação de soldados era significativo, os senhores repartiam as despesas militares mediante o pagamento anual de uma contribuição, que era recolhida por funcionários contratados especialmente para isso. Tal contribuição era o imposto e, as pessoas contratadas, os funcionários públicos. A necessidade de regulação das relações antagônicas exigiu, ademais, o surgimento de um complexo aparato, composto não pelo conjunto dos funcionários públicos, mas também pelos instrumentos de repressão dos escravos e pelo Direito (LESSA; TONET, 2011, p. 57-58).

Todavia, o aumento da proporção de escravos na sociedade exige um crescimento ainda maior do exército e do Estado, de maneira que o custo do aparelho repressivo é cada vez maior. Para arcar com os gastos, "as classes dominantes devem conquistar novos territórios, saqueando a riqueza das sociedades que estão ao redor delas e, ao mesmo tempo, convertê-las em fornecedoras de mais escravos" (LESSA; TONET, 2012, p. 19).

Porém, em determinado ponto, os custos são tão elevados que já não são mais cobertos pelas expansões territoriais e o sistema escravista entra em colapso. Por esta razão, "a história dos impérios escravistas exibe uma característica comum: uma fase de expansão seguida por uma fase de decadência" (LESSA; TONET, 2012, p. 19).

2.3 Modo de produção feudal.

A crise do escravismo abriu caminho para a instauração de um novo

modo de produção: o feudalismo. Nele, o trabalho era realizado pelos servos que, diferentemente dos escravos, detinham a propriedade de suas ferramentas e de uma parcela da produção, sendo que o restante era entregue ao senhor feudal, proprietário da terra e responsável pela defesa militar do feudo (LESSA; TONET, 2011, p. 62).

Embora não fossem os donos da terra, os servos nela permaneciam indefinidamente. Estavam, em realidade, proibidos de abandoná-la e, em contrapartida, tampouco podiam ser expulsos de sua gleba.

Como aos servos cabia uma parte da produção, havia interesse em desenvolver mecanismos para a melhora da produtividade, como a criação de novas ferramentas, técnicas de produção e de preservação do solo. Viu-se o aumento expressivo da produção e, como corolário, da própria população que habitava o feudo (LESSA; TONET, 2011, p. 62).

Nesta época, dentre outras coisas,

> ao redor dos castelos cresceram as vilas. Estradas e pontes facilitaram o desenvolvimento do comércio. Desenvolveu-se muito o artesanato (metalurgia, marcenaria, trabalhos em couro, cerâmica, arquitetura, etc.). ampliou-se o emprego da energia eólica (moinhos de vento). Os mosteiros desenvolveram a filosofia medieval com a incorporação de Aristóteles e elementos da cultura mulçumana. As catedrais medievais, por sua vez, são a manifestação arquitetônica dessa riqueza possibilitada pelas novas relações de produção feudais (LESSA; TONET, 2012, p. 20-21).

Logo, o feudo não mais comportaria o excesso populacional e produtivo, não restando solução para os senhores feudais que não a quebra do vínculo e expulsão dos servos da terra. Diante da ruptura de uma tradição de séculos, muitos dos servos passaram a viver comércio do excedente que estava sendo produzido nos feudos (LESSA; TONET, 2012, p. 22). Como "todo mundo estava produzindo mais do que necessitava, todos tinham o que trocar e voltou a florescer o comércio. Em pouco mais de dois séculos, as rotas comerciais e as cidades renasceram e se desenvolveram em quase toda a Europa" (LESSA; TONET, 2011, p. 63).

No seio desse renascimento comercial uma nova classe social emerge: a burguesia. Desse modo, quando o feudalismo não mais se sustenta e entra em colapso, um novo grupo social – o dos comerciantes – está em condições de levar adiante um novo modo de produção. Assim, sucedendo o modo de produção feudal, o capitalismo se torna o modelo de sociedade de classes que persiste até os dias atuais.

2.4 Modo de produção capitalista

O caminho percorrido entre o florescimento do comércio, no final da Idade Média, até o estabelecimento da indústria capitalista, no século XIX, foi

longo e cheio de percalços. Durante esse período, houve o constante desenvolvimento das relações comerciais e a burguesia progrediu enormemente. O comércio local estendeu-se pela Europa, África, Índias e Américas, promovendo-se o surgimento de um mercado mundial. Ao final desse processo, com a Revolução Industrial, a sociedade burguesa alcança sua maturidade, dando à luz a suas duas classes fundamentais: a burguesia e o proletariado (LESSA; TONET, 2011, p. 63).

A produção e comercialização de mercadorias, tendo como ponto nodal a compra e venda da força de trabalho, passa a ser a tônica do desenvolvimento econômico. A sociedade capitalista se torna uma sociedade produtora de mercadorias por excelência.

Este modo de organização do trabalho repercute na maneira pela qual se dá a apropriação do excedente do trabalho, condicionando, igualmente, as demais dimensões presentes na sociedade, notadamente o Estado. Veja-se como isso se desenrola.

As mercadorias, para seus proprietários, não passam de meros valores-de-troca (bens destinados ao comércio). Para os não-proprietários, porém, são valores-de-uso (bens úteis): "todas têm, portanto, de mudar de mãos" (MARX, 2008, p. 110).

O fato de as mercadorias terem de "mudar de mãos" é significativo, visto que é este processo de troca que irá instaurar a noção de igualdade.

De fato, em uma sociedade de tipo mercantil,

> cada um dos sujeitos é um sujeito que troca; isto é, cada um tem com o outro a mesma relação social que o outro tem com ele. Como sujeito da troca, sua relação é portanto a da *igualdade*. É impossível descobrir qualquer diferença ou mesmo oposição entre eles, ou sequer uma diversidade (MARX, 2011, p. 198).

É certo que os homens não são iguais uns aos outros. No entanto, é justamente a diversidade natural dos homens o que os compele a uma igualdade social, explicitada no processo de troca.

Marx (2011, p. 199-200) explica como isso se dá:

> se o indivíduo A tivesse a mesma necessidade que o indivíduo B e tivesse realizado seu trabalho no mesmo objeto que o indivíduo B, não haveria nenhuma relação entre eles; não seriam absolutamente indivíduos diferentes, do ponto de vista de sua produção. Ambos têm a necessidade de respirar; para ambos existe o ar como atmosfera; isto não os leva a nenhum contrato social; como indivíduos que respiram, estão em relação mútua apenas como corpos naturais, e não como pessoas. A diversidade de suas necessidades e de sua produção oferece apenas ocasião para a troca e para a sua igualdade social na troca;

> essa diversidade natural é por isso o pressuposto de sua igualdade social no ato da troca e dessa relação em geral, em que surgem um para o outro como produtivos.

Por conseguinte, essa desigualdade natural entre os produtores os obriga a travar relações sociais de troca com outros produtores, no bojo das quais se reconhecem como iguais. Tão logo se dá essa relação de troca, acrescenta-se a esta noção de igualdade uma segunda, a de liberdade:

> se bem que o indivíduo A sinta necessidade da mercadoria do indivíduo B, apodera-se da mesma sem violência, e vice-versa, e se reconhecem reciprocamente como proprietários, como pessoas cuja vontade perpassa suas mercadorias. Surge então daí o momento jurídico da pessoa e da liberdade, na medida em que esta está contida na primeira. Nenhum se apodera da propriedade do outro com violência. Cada um desfaz-se da mesma voluntariamente (MARX, 2011, p. 200).

N'O Capital, Marx (2008, p. 109) aponta que "não é com seus pés que as mercadorias vão ao mercado, nem se trocam por decisão própria". Para que se relacionem umas com as outras, isto é, para que sejam permutadas entre si, exigem um comportamento ativo por parte de seus possuidores, os quais têm de

> comportar-se, reciprocamente, como pessoas cuja vontade reside nessas coisas, de modo que um só se aposse da mercadoria do outro, alienando a sua, mediante o consentimento do outro, através, portanto, de um ato voluntário comum. É mister, por isso, que reconheçam, um no outro, a qualidade de proprietário privado. Essa relação de direito, que tem o contrato por forma, legalmente desenvolvida ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica (MARX, 2008, p. 109).

Portanto, para que se efetive a troca de mercadorias, "é mister que os homens se confrontem, reconhecendo, tacitamente, a respectiva posição de proprietários particulares dessas coisas alienáveis e, em consequência, a de pessoas independentes entre si" (MARX, 2008, p. 112).

Uma vez que a troca pressupõe um acordo de vontades, em que os envolvidos se reconhecem como proprietários privados, é certo que, para o surgimento de uma esfera geral de circulação mercantil, o sujeito que realiza a troca, além de reputar-se proprietário privado dos bens em circulação, deve ser dotado de atributos como autonomia da vontade, liberdade e igualdade. Em outros termos, é necessário que o indivíduo assuma a condição de sujeito de

direitos (NAVES, 2008, p. 65).

Resume Marx (2011, p. 201):

> se portanto a forma econômica, a troca, põe sob todos os aspectos a igualdade dos sujeitos, o conteúdo, a matéria, tanto individual como objetiva e que leva à troca, põe a *liberdade*. Igualdade e liberdade, portanto, não são apenas respeitadas na troca que se baseia em valores de troca, mas a troca de valores de troca é a base real, produtiva, de toda *igualdade* e *liberdade*.

Pode-se concluir, portanto, que a troca mercantil é a base real na qual se apoia toda igualdade e liberdade (NAVES, 2008, p. 71). Em outras palavras, a liberdade e igualdade não são fundantes das operações de troca de mercadorias. Ao contrário, são as relações de troca que fundam as noções jurídicas de liberdade e igualdade.

Daí que se pode afirmar que a gênese da ideia de "sujeito de direito" tem sua origem na circulação mercantil. Portanto, a equivalência entre os sujeitos é reflexo da equivalência material presente na troca das mercadorias (NAVES, 2008, p. 66-67).

E, como a troca constitui, igualmente, a liberdade do homem, é lícito concluir que, quanto mais se expande o comércio, mais livre ele se torna, de modo que "a expressão a mais 'acabada', a mais completa, a mais absoluta de sua liberdade, é a liberdade de disposição de si mesmo como mercadoria" (NAVES, 2008, p. 67).

Como consequência:

> na condição de *sujeito-proprietário* o homem faz circular a si mesmo como objeto de troca, pois em sua existência [...] ele só aparece enquanto representante dessa mercadoria que ele possui: a si mesmo, de modo que se pode dizer que o homem como sujeito de direito é constituído para a troca, e é justamente essa condição que realiza a sua liberdade (NAVES, 2008, p. 68).

Assim, atributos como liberdade, autonomia da vontade e igualdade – pressupostos das trocas mercantis - servem de suporte, agora, a um novo contrato: a compra e venda da força de trabalho. Como o sujeito se torna livre para trocar mercadoria (esfera da circulação), ele se torna livre para vender sua força de trabalho (esfera da produção).

Por conseguinte, no capitalismo, o indivíduo: a) é *livre*, pois ninguém o obriga a dispor de sua força de trabalho; b) vende-a, ademais, em condição de *igualdade* com relação ao comprador, já que ambos assumem a posição de *proprietários* privados que trocam mercadorias equivalentes (força de trabalho x salário) (NAVES, 2008, p. 69).

Por isso, no modo de produção capitalista, o servo dá lugar ao

trabalhador assalariado. Este, por sua vez, já não está mais vinculado ao dono da terra: torna-se "livre". Como não possui qualquer meio para reproduzir a sua existência, vê-se obrigado a dispor da única mercadoria de que é detentor – sua força de trabalho.

Assim, os trabalhadores vendem sua força de trabalho para o proprietário dos meios de produção, por meio de uma operação jurídica (contrato de trabalho). De outro lado, a produção já não está voltada para o suprimento das necessidades dos indivíduos, como ocorria no feudalismo. Agora, a produção é destinada à confecção de mercadorias, visando ao lucro e ao atendimento de um mercado mundial em expansão.

É evidente que, também aqui, a exploração continua. No entanto, a apropriação do excedente não ocorre por meio da violência física direta. Ao contrário, a exploração se dá pela extração da mais-valia.

O que permite a apropriação do excedente produzido pelo trabalhador é o fato de que a mercadoria força de trabalho "possui uma propriedade única entre as mercadorias, que é a de, empregada adequadamente, produzir um valor maior do que ela própria vale", de modo que "o burguês que comprou a força de trabalho tem, ao final do mês, um valor maior do que aquele que paga ao trabalhador sob a forma de salário" (LESSA; TONET, 2011, p. 63).

Uma breve digressão permitirá compreender melhor. Segundo Marx – e simplificando grosseiramente a questão –, o valor de uma mercadoria é dado pelo tempo socialmente necessário para a sua produção. Desse modo, o valor da mercadoria "força de trabalho" equivale ao tempo necessário à reprodução da força vital do trabalhador. Esse tempo será equivalente àquele utilizado para produzir as mercadorias que irão assegurar a existência do trabalhador (alimento, moradia, vestimenta etc.). Dessarte, supondo-se que o tempo médio socialmente necessário para produzir os bens que garantirão a reprodução da existência do trabalhador seja de seis horas, então qualquer minuto que o operário dedicar ao seu oficio além dessas seis horas constituirá a mais-valia ou trabalho não pago, que será apropriado pelo empregador.

Um exemplo simples permitirá ver que, no Brasil, não há meramente exploração, mas superexploração. O valor da mercadoria "força de trabalho" é formado pelo preço dos bens necessários à reprodução da existência do trabalhador (afinal, ele precisa comer, vestir-se e receber assistência médica a fim de que possa comparecer ao trabalho dia após dia). No Brasil, o mínimo de que o cidadão necessita para atender suas necessidades básicas é calculado mensalmente pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE. No primeiro trimestre de 2014, o salário mínimo necessário estava acima dos R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais). Enquanto isso, o salário-mínimo nominal é de R$ 724,00. Observa-se, portanto, que o trabalhador não aufere sequer o valor da mercadoria que oferece.

Assim, se nos modos de produção escravista e feudal se impunha uma dominação direta dos detentores dos meios de produção sobre os trabalhadores (escravos, no primeiro caso, e servos, no segundo), no capitalismo a relação entre patrão e empregado dá-se contratualmente, segundo um acordo de vontades.

Este acordo de vontades entre capital e trabalho tem lugar na esfera econômica da sociedade. Ou seja, ocorre no domínio privado, e diz respeito ao interesse particular dos indivíduos contratantes. Logo, a relação de assalariamento está apartada da esfera diretamente política (pública).

Nesse contexto, o Estado funcionará como um terceiro intermediário na relação *capital x trabalho*. Sem a mediação do Estado, o domínio do capital sobre o trabalho se daria de forma direta, assemelhando-se, pois, à escravidão ou à servidão (MASCARO, 2013, p. 18).

Portanto, é lícito concluir que o capitalismo é "a forma de reprodução social na qual o político se aparta do econômico" (MASCARO, 2013, p. 53).

A esse respeito, cumpre lembrar que o aparato político da sociedade escravista consistia em uma extensão do poder dos senhores de escravos. Nela, a administração, exercida de forma conjunta pelos senhores, não pode ser considerada como uma forma "alheia e específica, terceira à relação entre senhores e escravos, independente e acima de suas vontades próprias" como acontece no capitalismo (MASCARO, 2013, p. 54).

O indivíduo, no capitalismo, é sujeito de direitos. E deve sê-lo a fim de que possa vender sua força de trabalho. Como aponta Mascaro (2013, p. 21), "para que possam contratar, os indivíduos são tomados, juridicamente, como sujeitos de direito", mormente porque a realização das trocas comerciais exige que estes indivíduos se reconheçam, mutuamente, como sujeitos livres proprietários de mercadorias, autônomos em sua vontade e iguais entre si.

Destarte, a própria condição de "sujeito de direito", necessária à compra e venda da força de trabalho, demanda a presença de "uma esfera política a princípio estranha aos próprios sujeitos" que assegure o "reconhecimento da qualidade jurídica desses sujeitos e garanta o cumprimento dos vínculos, do capital e dos direitos subjetivos" (MASCARO, 2013, p. 21).

Tal esfera política é o Estado, que funciona como um terceiro garantidor das relações sociais capitalistas. Os atributos conferidos ao "sujeito de direito" são afiançados por este ente garantidor, que se coloca como terceiro em relação aos particulares. Ao Estado não cabe exercer nenhum papel de coerção, mas tão somente zelar pela ordem pública e garantir a regularidade das trocas comerciais entre livres proprietários, de modo que o trabalhador possa livremente vender sua força de trabalho, única mercadoria que possui.

Nesse sentido, lembra Pachukanis que "a coerção, enquanto prescrição de uma pessoa dirigida a outra, e sustentada pela força, contradiz a premissa fundamental da relação entre possuidores de mercadorias": a de que os sujeitos são livres proprietários, que realizam operações de troca em condições de igualdade (*apud* NAVES, 2008, p. 80-81).

Desse modo, na sociedade burguesa, a dominação não se realiza de forma direta, mas por meio de um "aparelho que se apresenta como poder impessoal que não funciona a serviço dos interesses privados de uma classe, mas que se põe como autoridade pública, distante e acima das classes" (NAVES, 2008, p. 80).

3 ESTADO E EMANCIPAÇÃO

Na sociedade capitalista, o Estado passa a ser o lugar da política – lugar que representa os interesses gerais –, em oposição à sociedade civil - onde se alocam os interesses privados. Desse modo, para se ter acesso à esfera pública, do Estado e da política, os indivíduos devem estar desprovidos de interesses de classe e, ao mesmo tempo, ser portadores da condição jurídica de "cidadãos". O "cidadão" nada mais é do que o indivíduo desvencilhado das características de sua classe (NAVES, 2008, p. 82-83).

Os interesses particulares em contradição na sociedade civil deverão ser expressos na esfera política, no Estado, sob a forma do "interesse público" e desde que observada a exigência da "condição de cidadão" de quem os expressa. Assim, exige-se, como pressuposto de ingresso na esfera política, que os interesses particulares percam sua determinação particular (NAVES, 2008, p. 83).

O Estado

> dissolve no mundo imaginário da cidadania os burgueses, os seus auxiliares assalariados e os proletários reais. Todos se tornam, agora, iguais: cidadãos. Ao ignorar as desigualdades reais entre as pessoas e gerenciar apenas sua igualdade imaginária como cidadãos, o Estado deixa o capital livre para controlar a reprodução da sociedade (LESSA; TONET, 2012, p. 49).

Conferir o *status* de "cidadão" ao sujeito possui um "efeito de isolamento", responsável por ocultar-lhe sua condição real de agente de produção ocupante de determinada classe social, escondendo que suas relações são relações de classe. Grosso modo, o direito faz do proletário um cidadão e o impede de se reconhecer como integrante de uma classe específica na luta de classes (PINHEIRO, 2012, p. 153).

Destarte, "tudo se passa, portanto, como se o Estado, anulando as classes, anulasse com isso a própria contradição, se erigindo em lugar de não-contradição, onde se realiza o 'bem comum'." (NAVES, 2008, p. 83-84).

Nesse sentido, a democracia, em seu sentido moderno, caracteriza-se pela ideia de que todos são iguais. Desconsideram-se, portanto, as reais diferenças entre os indivíduos. Todavia, "onde todos são politicamente iguais, mas socialmente divididos entre burgueses e proletários, a igualdade política e jurídica nada mais é do que a afirmação social, real, das desigualdades sociais" (LESSA; TONET, 2011, p. 84).

Ou seja, a democracia, afirmando a igualdade política dos cidadãos, reproduz as desigualdades entre a burguesia e os trabalhadores.

O mesmo se dá com a forma estatal. O Estado não constitui "a forma da extinção das lutas em favor de uma classe, mas sim de manutenção dinâmica e constante da contradição entre classes" (MASCARO, 2013, p. 60-61).

Evidentemente, as relações sociais se travam, também, no sentido de

capturar o aparato do Estado. No entanto, assenhorear-se do aparelho estatal não basta à mudança estrutural da sociedade. Por esta razão, o aumento no tamanho do Estado, embora possa trazer amplos benefícios à porção mais carente da população, jamais permitirá a superação da estrutura material responsável pelo aparecimento deste mesmo Estado.

O caminho da transformação não está, pois, na conquista da hegemonia perante a sociedade civil ou no interior dos aparelhos do Estado, de modo a colocar este último a serviço de uma grande mudança social, mediante um processo lento e gradual, no seio do qual seriam gestadas tanto novas formas econômicas quanto novas formas de governo (TONET, 2002, p. 74-75).

É certo que a noção de que os homens nascem livres e iguais em direitos e dignidade, peculiar à filosofia política clássica, teve grande importância em seu contexto de origem, pois confrontava a noção de desigualdade natural prevalente na sociedade feudal (TONET, 2002, p. 84). Tampouco o reconhecimento de limitações intrínsecas ao conceito de cidadania diminui o significado da cidadania, a qual constituiu um avanço com relação a tipos de sociabilidades pretéritas (TONET, 2002, p. 87).

Nada obstante, "cidadania não é, de modo algum, sinônimo de igualdade e liberdade", sendo que "a distância que separa a comunidade política da comunidade humana é tão infinita quanto a distância que separa o cidadão do homem" (*apud* TONET, 2002, p. 87-88).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, é preciso ter presente que a luta por direitos, embora importante, nunca promoverá a completa emancipação do ser humano. A orientação política dada ao direito não faz com que ele perca seu caráter burguês. Isso porque ele é um produto fundado em relações capitalistas e não um aparato neutro, colocado à disposição da burguesia (MASCARO, 2013, p. 19).

O mesmo pode ser dito a respeito da forma política. O Estado é burguês porque é ele quem estrutura as relações sociais capitalistas – e não porque é dirigido por representantes dos interesses da classe burguesa (MASCARO, 2013, p. 59).

Torná-lo mais "social", "democrático" ou "cidadão" não fará com que perca seu caráter capitalista. E o capitalismo, nos termos explanados acima, não passa de outro tipo de sociedade de classes, igualmente ancorada na exploração do trabalho alheio.

Referências Bibliográficas

CARCANHOLO, Reinaldo A. *Valor e preço de produção* (A transformação dos valores em preços de produção). [s.l.: s.n.], 1977. Disponível em: www.coptec.org.br/biblioteca/Outros/index.html. Acesso em: 10 mar. 2014.

_____. *A dialética da mercadoria*: guia de leitura. [s.l.: s.n.], s/d. Disponível em:

www.coptec.org.br/biblioteca/Outros/index.html. Acesso em: 20 mar. 2014.
CHAGAS, Juary. *A natureza do estado em Marx, Engels e Lenin*. *In*: Revista Crítica do Direito - número 2, volume 36, 07/05 a 04/06/2012. Disponível em http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/edicao-atual-numero-1-volume-36/a-natureza-do-estado-em-marx-engels-e-lenin
DIAMOND, Jared. *The world until yesterday*. New York: Viking Penguin, 2012.
LESSA, Sérgio. *Trabalho e proletariado no capitalismo contemporâneo*. – 2. ed. – São Paulo: Cortez, 2011.
_____. *Mundo dos homens*: trabalho e ser social. – 3 ed. rev. cor. São Paulo: Instituto Lukács, 2012.
_____. *Abaixo a família monogâmica!* 1ª edição. São Paulo: Instituto Lukács, 2012a.
LESSA, Sérgio; TONET, Ivo. *Introdução à filosofia de Marx*. 2. ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2011.
_____. *Proletariado e sujeito revolucionário*. São Paulo: Instituto Lukács, 2012.
LUKÁCS, György. *Para uma ontologia do ser social, 2*. Tradução Nélio Schneider, Ivo Tonet, Ronaldo Vielmi Fortes. – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2013.
MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política: livro I – 25ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
_____. *Troca, igualdade, liberdade*. *In*: Cadernos de pesquisa marxista do direito – v. 1, n. 1 – São Paulo: Outras expressões, 2011, pp. 197-206.
_____. *Salário, preço e lucro*. *In*: Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos. 4. ed. – São Paulo – Nova Cultural, 1987-1988.
MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo, SP: Boitempo, 2013.
NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito*. Um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.
PINHEIRO, Jair. *Apontamentos para uma crítica marxista do direito*. *In*: Lutas Sociais nº 28. NEILS - Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas Sociais, 1º sem. de 2012.
TONET, Ivo. *Democracia ou liberdade*, 2002. Disponível em: www.ivotonet.xpg.com.br.
_____. *Método científico*. Uma abordagem ontológica. São Paulo: Instituto Lukács, 2013.

O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIORIDADE ABSOLUTA NO ATENDIMENTO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Angélica Rodrigues Alves[1]

RESUMO
Esse artigo se propõe a realizar uma leitura da política de transferência de renda, especificamente o Programa Bolsa Família, como instrumento de efetivação do princípio constitucional da prioridade absoluta no atendimento aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Tal princípio representa não só um dos desdobramentos da Doutrina da Proteção Integral como também a orientação de como deve ser a atuação da família, da sociedade, e do Estado para com estes destinatários em condição peculiar de desenvolvimento. Pretende-se demonstrar que, destes três atores co-responsabilizados no art. 227 da Constituição Federal de 1988, recai sobre o Estado as maiores e melhores condições para intervir na concretização dos direitos da infância e juventude. A consecução de políticas sociais básicas apresentou alcance redimensionado através da concretização do Programa Bolsa Família, que, para além de garantir o acesso à renda, apresenta-se como instrumento estratégico na viabilização da proteção integral de crianças e adolescentes.

INTRODUÇÃO

A Doutrina de Proteção Integral, introduzida no ordenamento pátrio através da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, desdobra-se em princípios orientadores, dentre os quais o princípio da prioridade absoluta, mandamento constitucional constante no art. 227 da Carta Magna e dissecado no art. 4° da Lei n° 8.069 de 13 de julho de 1990.

Buscamos neste artigo analisar a política de transferência de renda, especificamente o Programa Bolsa Família, em sua vertente instrumental de efetivação do princípio da prioridade absoluta, dirigido à infância e juventude.

Dentre a chamada garantia de prioridade, o Estatuto da Criança e do Adolescente destaca a preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude, sempre com vistas a efetivar os direitos fundamentais destas pessoas em condições peculiares de desenvolvimento.

Em que pese a responsabilidade de proteção integral dirigida às crianças e adolescentes recair, conforme a Constituição Federal, sobre a família, sociedade e Estado, este último detém as condições materiais objetivas para o cumprimento desta garantia, além de duplo encargo, qual seja, a proteção da infância e a proteção da família, conforme disciplinado no art. 226 da Constituição Federal.

[1] Advogada - Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude – NEDDIJ; Pós-Graduanda em Direito Constitucional Contemporâneo; Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC; Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

A partir da propositura da alocação do Estado como primeiro obrigado na proteção à infância discorremos sobre a família e a sua relação com o Estado, e como, a partir desta relação, se desenvolvem os objetivos da República Federativa do Brasil, constantes no art. 3° da Constituição Federal, em especial a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, e erradicação da pobreza e a marginalização e a promoção do bem de todos.

Nestes moldes, passaremos a tratar do Programa Bolsa Família, demonstrando seu caráter de política social pública, cumpridor do mandamento constitucional de proteção à família e das crianças e adolescentes. Além de apresentar a disciplina deste programa, pretendemos combater a opinião de que se trata de política paternalista, ou, meramente assistencialista.

As condicionalidades atribuídas aos beneficiários do programa otimizaram os índices relacionados à garantia de atendimento dos direitos fundamentais dirigidos às crianças e adolescentes, promovendo avanços consideráveis na concretização da Doutrina da Proteção Integral, traduzindo-se em uma das principais ferramentas para o abandono da visão menorista da situação irregular.

1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A visão sobre a criança e o adolescente como sujeitos de direitos no sistema jurídico pátrio é inovação trazida pela Constituição Cidadã, em 1988.

Em seu art. 227, a Constituição da República Federativa do Brasil traçou a mudança paradigmática que inaugurou, no Estado brasileiro, a Doutrina da Proteção Integral. Tal mudança significou a superação da concepção menorista denominada "doutrina da situação irregular", que endereçava a atuação estatal, primordialmente judiciária, àquelas pessoas menores de 18 anos em situações extremamente críticas de fragilidade social.

Tal tratamento, sectário, destinado às crianças e adolescentes foi inaugurado no Brasil através do Código Mello Mattos[163] (Código de Menores, Decreto n° 17.943 - A, de 12 de outubro de 1927), que em seu art 1° apontava os destinatários de suas regras legislativas, conforme reproduzimos:

> Art. 1° O menor, de um ou de outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistencia e protecção contidas neste código.

Ainda que dirigida tão somente aos abandonados e ditos delinquentes, tal diploma foi considerado, à época, detentor de uma postura avançada, posto que, anteriormente ao primeiro Código de Menores, não havia nenhuma diretriz legislativa sensível, dirigida aos menores de 18 anos.

O Código Mello Matos vigorou durante 52 anos, sendo substituído

163 BRASIL. Decreto n° 17.943 - A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistencia e protecção a menores. Revogado pela Lei n° 6.697, de 1979.

pelo Código de Menores de 1979 (Lei n° 6.697 de 10 de outubro de 1979), que, apesar da orientação internacional pela adoção da Doutrina de Proteção Integral, constante na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959, persistiu na postura assistencialista e repressora. Tal instituto jurídico delimitou como seus destinatários os menores até 18 anos, em situação irregular, conforme constante em seu art. 2°:

> Art. 2°. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
> I privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que, eventualmente, em razão de:
> a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
> b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável em provê-las;
> II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
> III – em perigo moral, devido a:
> a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
> b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
> IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
> V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
> VI – autor de infração penal [...]

O Código de Menores de 1979 previa, ainda, a medida de internação destinada aos menores com *desvio de conduta* ou autores de infração penal, o que demonstrava sua orientação tão somente ao controle social, longe de assegurar direitos às crianças e adolescentes, conforme aponta Wilson Donizeti Liberati:

> O código revogado não passava de um Código Penal do 'Menor", disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas de medida de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na realidade, eram seres privados de seus direitos[164].

A transposição deste período somente foi concretizada em razão do grande movimento pela redemocratização do país. Através das mobilizações em prol da instalação de uma Assembléia Nacional Constituinte, passaram

---

164 LIBERATI, Wilson D. **Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.15.

também a compor as reivindicações uma nova movimentação acerca dos direitos da infância e juventude. A chamada "situação constituinte"[165] é descrita na obra de Zulmar Fachin, conforme referimos:

> 'Milhares de pessoas, espontaneamente, saíram às ruas e encheram as praças, reivindicando a realização de eleições diretas em todos os níveis, a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, a elaboração de uma nova Constituição e o retorno ao regime democrático. Percebe-se a força do povo, quando este, efetivamente, deseja realizar mudanças[166].

Tal aspecto abarcou também organizações da sociedade civil que militavam em prol da transmutação da visão menorista para a proteção integral da infância e juventude. A participação efetiva da população na formulação da diretriz constitucional para a área traduz claramente o conceito de legitimidade democrática apontado por Rothenburg:

> A Constituição deve originar-se de uma reivindicação popular, formar-se num processo aberto (participativo) e manter-se em permanente sintonia com as expectativas do povo[167].

Assim sucedeu. Em 1988, aglutinando organizações ligadas aos direitos infanto-juvenis, foi criado o Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, que articulou as campanhas "Criança Constituinte" e "Criança – Prioridade Nacional", que se transformaram em emendas populares, sendo aprovadas pela Assembléia Nacional Constituinte, passando a compor o corpo da Constituição em seu art. 227, caput, abaixo reproduzido:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Doutrina da Proteção Integral, incorporada ao ordenamento pátrio em seu topo hierárquico, rompeu definitivamente a orientação da doutrina da

---

165 SILVA, 2008 *apud* FACHIN, (2013, p. 97.)

166 FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.96.

167 ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito Constitucional. 1.ed. São Paulo:Editora Verbatim, 2010.p.35.

situação irregular, sendo regulamentada pela Lei n° 8.069 de 13 de julho de 1990, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente.

Através desta postura, o Brasil adequou-se ao movimento internacional de proteção, adotando também como fundamento orientador a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas e ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo n° 28, de 14 de setembro de 1990.

Destarte, o Estatuto da Criança e do Adolescente prima pela realização, em todos os aspectos, da orientação do princípio *mor* da dignidade humana da criança e do adolescente, alocando-os como sujeitos plenos de direitos, com especial atenção à sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Nesta orientação, seguimos Lamenza:

> A *ratio essendi* da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente reside, portanto, na necessidade de garantir a petizes e jovens todos os direitos fundamentais que lhe são inerentes como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, removendo-se todos os obstáculos que eventualmente surjam no caminho vital que estão a trilhar, mediante a adoção de medidas (nas órbitas comunitária, administrativa, judicial etc.) para a defesa intransigente de seus interesses[168].

No mesmo norte, acerca da interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, encontramos Digiácomo, conforme segue:

> [...] reputa-se inadmissível que qualquer das disposições estatutárias seja interpretada – e muito menos aplicada – em prejuízo das crianças e/ou adolescentes que, em última análise, são destinatários da norma e da integral proteção por parte do Poder Público (inclusive do Poder Judiciário)[169].

Em suma, a Doutrina da Proteção Integral representa a garantia a todas as crianças e adolescentes dos mesmos direitos fundamentais declarados aos adultos, no entanto, tal atenção deverá ser efetuada com observância ao princípio da prioridade absoluta, tendo por parâmetro a condição peculiar de desenvolvimento e a fixação do Estado como responsável primaz para a efetivação deste postulado.

2. O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA E A POSIÇÃO DO

168 MACHADO, Costa. (org). **Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. Barueri: Manole,2012.

169 DIGIÁCOMO, Murillo José DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim;. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado. Curitiba: SEDS, 2013.

ESTADO

O princípio da Prioridade Absoluta, destinado à criança e ao adolescente, sem prejuízo aos demais princípios norteadores, apresenta-se como de fundamental orientação à concretização da Doutrina da Proteção Integral, eis que se relaciona intrinsecamente com esta. Nada mais é que sua vertente realizadora.

O fundamento do princípio da prioridade absoluta é constitucional. Reside no art. 227 da Constituição Federal, no entanto, encontra-se regulamentado no art. 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu *caput* reproduz o comando constitucional e, em seu parágrafo único, entabula, de forma exemplificativa, a consistência desta prioridade, conforme podemos observar:

> Art. 4° É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
> Parágrafo único: A garantia de prioridade compreende:
> primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
> precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
> preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
> destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

.

A partir da análise desta orientação, é possível concluir pela posição estratégica e vinculada do Estado na responsabilidade acerca da garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Em que pese vislumbrarmos no citado artigo o princípio da cooperação, posto que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Estado assegurar aos infantes e jovens seus direitos concernentes, aquele que detém melhores e maiores condições materiais para tanto, por óbvio, é o Estado.

Devemos pontuar que, a partir do exame da atividade estatal, apresenta-se inquestionável a constatação de que a competência para a eleição de políticas públicas e sua execução, bem como a destinação de recursos públicos, cabe, de forma originária, ao Estado.

Não olvidamos o papel estratégico da atuação da sociedade, eis que claramente co-responsabilizada constitucional, pelo atendimento aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. No entanto, o protagonismo social deve ser aceito quando formatar o exercício das instâncias de democracia

participativa, em especial, os conselhos de direitos, sob pena de esvaziar a função precípua do Estado e relegar direitos fundamentais a uma prática voluntarista ou assistencialista, tão ultrapassada quanto à doutrina da situação irregular.

Por óbvio, encontramos no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, a atribuição do Conselho Tutelar para a participação da elaboração de proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, no entanto, demonstra-se de suma importância salientar que tal atuação tem caráter não vinculante, posto que disciplinada como atuação de assessoria ao ente estatal.

Mesmo os conselhos de direitos da criança e do adolescente, nas três esferas governamentais, que conservam o poder-dever de deliberar acerca de políticas públicas para a área, enfrentam uma dificuldade abissal em concretizar os mandamentos que possibilitam a intervenção positiva na elaboração de políticas sociais e a sua consequente fixação orçamentária.

Paira, sob esta atividade da sociedade organizada, a falta do amadurecimento no que diz respeito ao exercício da democracia direta. Brito, ao discorrer acerca da eficácia da atuação dos conselhos de políticas públicas, aponta as seguintes considerações:

> Do ponto de vista da efetividade, temos que, em algumas áreas, as deliberações dos conselhos não possuem qualquer eficácia, principalmente pelo pouco envolvimento da sociedade civil. Isso porque não ocorre a desejável publicização das ações do respectivo conselho, da sua agenda, ou de suas deliberações[170].

Prossegue:

> Entendemos, por isso, que, ainda sob o aspecto da efetividade, a atuação dos Conselhos é injustificadamente limitada, quando, por exemplo, não lhes é assegurada a legitimidade processual ativa para ingressar com ação civil pública para reclamar ao poder judiciário a tutela objetiva e específica das políticas públicas por eles estabelecida[171].

Em que pese a divergência de parte da doutrina acerca desta preposição, nos amparamos nela para afirmar que a ausência de legitimidade para postular, apontada pelo autor, pode ser encarada em sentido obverso pela ausência de legitimidade para responder acerca de possíveis omissões.

Podemos nos pautar, ainda, sustentando a posição central do Estado na

---

170 ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

171 Idem., 2013.

implementação do princípio da prioridade absoluta, nas palavras de Lamenza, apontando que "temos a obrigação concorrente por parte do Estado, na condição de ente com poder superior, que atuará sempre que houver necessidade"[172].

Neste sentido, e de forma mais enfática, encontramos a posição de Digiácomo:

> A presente disposição legal, também prevista no art. 227, caput da CF, encerra o princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, que deve nortear a atuação de todos, em especial do Poder Público, para defesa dos direitos assegurados a crianças e adolescentes não apenas recebam uma atenção e um tratamento prioritários por parte da família, sociedade e, acima de tudo, do Poder Público, mas que esta prioridade seja absoluta (ou seja, antes e acima de qualquer outra), somada à regra básica de hermenêutica, segundo a qual "a lei não contém palavras inúteis", não dá margem para qualquer dúvida acerca da área que deve ser atendida em primeiríssimo lugar pelas políticas públicas e ações de governo, como aliás expressamente consignou o parágrafo único, do dispositivo sub examine[173].

Vislumbramos que, longe de se demonstrar como decisão política, a prioridade absoluta no atendimento de políticas sociais, que se relacionem aos direitos da população infantil e adolescente, constitui-se em observação cogente, não deixando margem à discricionariedade do ator governamental.

Sob tal aspecto, recai duplo dever estatal. Primeiramente o dever direto do Estado, posto que o art. 227 *caput* destaca direitos fundamentais, cuja eficácia é imediata e plena, e, reforçando tal comando, pousa a diretriz prioritária, pois se trata de direitos fundamentais de uma parcela da população que goza de especial proteção.

Vejamos, fortalecendo o citado comando primário, o que esclarece Sarlet acerca dos direitos fundamentais:

> Outro desdobramento estritamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no

---

172 MACHADO, Costa. (org). **Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. Barueri: Manole,2012

173 DIGIÁCOMO, Murillo José DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim;. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado. Curitiba: SEDS, 2013

> sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais[174].

Em tese, sequer haveria necessidade de destacar a prioridade dos direitos fundamentais destinados à infância e juventude, posto que, justamente por serem fundamentais, devem ser observados e concretizados de plano.

A manifestação, genuinamente popular, que desencadeou a opção do constituinte originário em frisar, de maneira enfática, a prioridade absoluta para área da infância, acabou por dimensionar justamente ao Estado a responsabilidade máxima sobre a aplicação da Doutrina da Proteção Integral.

Partindo desta leitura, o Estado apresenta-se como espécie de soldado de reserva, atuando principalmente, quando falha a família, segundo derradeiramente passamos a observar.

Não necessitamos de maiores elucubrações para definir que a família, especificamente os pais ou responsável, figuram em lugar especial na proteção dos filhos. Tal atuação, inclusive, é prerrogativa do poder familiar cuja natureza jurídica o delimita como poder-dever.

Pontuar o Estado como principal responsável na garantia dos direitos fundamentais não significa excluir tal dever, inerente à família, mas sim alocá-lo como garantidor e apoiador de tal exercício.

Estando os membros adultos da família privados da concretização de seus direitos fundamentais, torna-se de difícil possibilidade oferecê-los à prole. Ademais, é possível aceitar o erro proveniente dos pais, ou responsável, tanto que, não só a doutrina da infância e juventude, bem como o diploma penal, disciplinam tal possibilidade omissiva.

Tal omissão, no entanto, passados 26 anos da promulgação da Constituição Cidadã, e 24 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, se tornam cada vez mais inadmissíveis, eis que se trata de atuação (ou a falta dela) de ente racional.

Frente a estas situações, onde a criança e o adolescente encontram-se privados de suas garantias constitucionais, em razão da situação de fragilidade social da família, o Estado, além de atuar como responsável primário, em razão do art. 227, *caput* da Constituição Federal, também deve atuar motivado pelo comando constante no art. 226, *caput*, também da Constituição, estabelecido com o seguinte texto:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Tendo o Estado posição central, ao qual os outros co-responsáveis encontram-se subordinados, podemos vislumbrar a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente não somente como eficácia do Estado Democrático de Direito, mas também, como uma postura de Estado que utiliza

---

174 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora,2010. p.146.

em seu caminhar uma forma de investimento social projetando o alcance da igualdade material, garantidor da dignidade da pessoa humana.

3. A FAMÍLIA NO ARCABOUÇO JURÍDICO BRASILEIRO

A compatibilização da constitucionalização dos direitos e da mutação constitucional na adequação do significado da família pode ser apontado como um dos fenômenos onde a dignidade da pessoa humana e sua concretização mais avançou na última década.

Neste sentido, cabe pontuar a visão defendida por Maria Berenice Dias, que aqui reproduzimos:

> Grande parte do direito civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição[175].

Não somente como resultado do novo Código Civil e suas reformas, ou da releitura do da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal[176], mas, também pela transmutação da situação da criança e do adolescente, que alçaram a posição de sujeitos de direitos, deixando para trás uma posição de objeto, base da doutrina menorista da situação irregular a família tomou novos contornos.

Os laços familiares, anteriormente vistos como fruto de um reconhecimento jurídico contratual, qual seja, o matrimonio, passaram a significar relações de afeto, enfim encarados pelo direito a partir de uma ótima humanizada. Esta visão é transmitida por Gustavo Tepedino:

> [...] altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos, baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade dos seus membros[177].

---

175 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

176 (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Supremo Tribunal Federal.

177 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: ____ **Temas de direito civil**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p352.

Outro fator preponderante na reconfiguração da família foi a aceitação legislativa de uma concepção mais aproximada da sociedade real, distanciando-se da sociedade conservadora, que impunha condições para o reconhecimento das relações afetivas familiares, fossem estas conjugais ou entre pai, mãe e seus filhos.

Assistimos, portanto a despatrimonialização da família e o desmantelamento da visão preconceituosa de família hierarquizada e patriarcal cujo fim era pautado exclusivamente para a procriação.

A partir da pontuação constitucional da família como base da sociedade e destinatária da proteção especial, constante no art. 226, CF/88, um realinhamento democratizante promoveu um movimento paradoxal de atuação do Estado. Se, por um lado, houve uma retirada estatal estratégica da vida das famílias, por outro surgiu o dever da atuação do Estado na proteção e promoção desta.

O primeiro movimento, a retirada do Estado da esfera privada, ainda que não de forma total, abarca, por exemplo, a possibilidade da dissolução do casamento via extrajudicial, o abandono da averiguação da culpa no fim da sociedade conjugal, e a exclusão de termos pejorativos destinados às mulheres e aos filhos.

Em outra banda, assistimos a atuação mais presente do Estado no sentido de conferir autonomia, principalmente social e econômica, para que as famílias passem de fato a orbitar no espaço de importância conferido pela Constituição Federal além do reconhecimento da família monoparental, das relações homoafetivas, da união estável, da filiação socioafetiva, do direito à convivência familiar, e, fundamentalmente, a igualdade de gênero.

Dentro do reconhecimento dos variados tipos de composição familiar, urge a necessidade de colocar em discussão a importância desta no contexto da garantia dos direitos da infância e juventude.

Qualquer política destinada a este segmento, deve, prioritariamente encarar a família como instrumento estratégico de abordagem.

A intervenção do Estado na família é admissível quando este atua no sentido de protegê-la, garantindo possibilidades para sua plena autonomia e realização. Coadunando com esta intervenção, encontramos a tarefa prioritária de garantia dos direitos fundamentais da infância e juventude. Nesse sentido, apresentamos a posição de Regina Célia Mioto:

> O empenho para a proteção integral da infância e juventude passa por uma revisão de, pelo menos, dois aspectos fundamentais. O primeiro relaciona-se a uma mudança na maneira de conceber a assistência às famílias. Consiste, sobremaneira, em compreender que existe uma conexão direta entre proteção das famílias, nos seus mais diversos arranjos, e proteção aos direitos individuais e sociais das crianças e adolescentes. Dessa forma, ela tem o direito a ser assistida para que possa

> desenvolver, com tranqüilidade, suas tarefas de proteção e socialização das novas gerações, e não penalizada por suas impossibilidades[178].

Nesse diapasão, vislumbramos que a política social consubstanciada no programa de transferência de renda, acabou por abordar e garantir os direitos fundamentais da infância e juventude a partir do enfoque da família, o que apresenta-se de forma eficiente aos fins a que pretende atender.

4 O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

Conforme acima discorrido, através do princípio da prioridade absoluta, conforme regulamentado no art. 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado, através de seus entes federativos, nas três esferas governamentais, se obriga duplamente na efetivação dos direitos fundamentais da infância e juventude.

Os direitos fundamentais são qualificados por sua efetividade, e, conforme o §1° do art. 5° da Constituição Federal possuem aplicabilidade imediata.

O citado preceito constitucional, no entanto, no que diz respeito aos direitos sociais destinados à infância e juventude, poderiam ser considerados elegíveis, a partir de uma política definidora de prioridades, posto que submetido à prestações positivas para sua aplicabilidade. Ou seja, o poder discricionário do agente estatal poderia sucumbir um direito a outro, usando, na maioria dos casos a Teoria da Reserva do Possível.

Entretanto, tal posição apresenta-se incabível no que tange os direitos relacionados à criança e ao adolescente, pois, de forma clara e específica, a Constituição destaca a prioridade absoluta no atendimento da garantia dos direitos relacionados a esta área.

Frente a esta orientação, observando a preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas, o Programa Bolsa Família elencou como principal foco de ataque os índices de pobreza e a necessidade premente da implementação de direitos sociais.

Este programa de transferência direta de renda com vistas a beneficiar a família, aliou medidas de desenvolvimento econômico a três objetivos. Em um primeiro momento a necessidade de aplacar a situação de miserabilidade, com alívio imediato dos contemplados, e, de maneira reflexa, a promoção do acesso aos serviços públicos de saúde e educação das gerações mais novas, com vistas a tratar tal abordagem de maneira estratégica.

Outro mandamento constitucional presente também no Estatuto da Criança e do Adolescente que fomentou a possibilidade de implementação do Programa Bolsa Família, posto que trouxe operacionalidade do sistema, foi a

---

178 SALES. Miore Apolinário. MATOS, Maurílio Castro de. LEAL, Maria Cristina. (orgs). **Política Social, Família e Juventude**. Uma questão de direitos. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

adoção do princípio da municipalização.

Com a Constituição de 1988, o Município passou a ter uma importância ampliada pelas diretrizes constitucionais, alçando novo *locus* na composição federativa. Tal realocação surgiu justamente da verificação de que é exatamente no Município que ocorrem os problemas.

Esta nova posição, realinhou o pacto federativo, em razão de o Município içar isonomia jurídica frente à União, Estados e Distrito Federal. Portanto, com base no art. 84, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que indica a municipalização do atendimento e a nova configuração federativa, possibilitaram a implementação do Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico) como base de dados e de gestão do Programa Bolsa Família.

Nesse sentido:

> Ao mesmo tempo, a integração das políticas de educação, saúde e assistência social era necessária não só para a boa gestão e o acompanhamento das condicionalidades, mas também para garantir a oferta de serviços e o acesso da população beneficiária[179].

Desde a instituição do programa, através da Medida Provisória nº 132 de 2003, convertida na Lei nº 10.386 de 09 de janeiro de 2004, vários indicadores sociais tiveram avanços consideráveis, em razão das condicionalidades impostas, tais condicionalidades estão instituídas no corpo do texto legislativo, conforme indicamos:

> Art. 3º A concessão dos benefícios dependerá do cumprimento, no que couber, de condicionalidades relativas ao exame pré-natal, ao acompanhamento nutricional, ao acompanhamento de saúde, à frequência escolar de 85% (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento de ensino regular, sem prejuízo de outras previstas em regulamento[180].

Podemos interpretar Pinzani sob esta ótica, quando discorre que:

> Seria um erro pensar que o BF se limita a garantir a sobrevivência material de famílias destituídas e extremamente pobres (embora isso constitua obviamente um dos seus principais méritos).

Tal reflexão merece razão, posto que, segundo dados capitaneados pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada[181], por intermédio do

---

179 BRASIL. Lei nº 10.386 de 09 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Brasília, 9 de janeiro de 2004

180 Tal índice de frequência escolar refere-se às crianças de 6 a 15 anos, entre os adolescentes de 16 a 17 anos a frequência escolar mínima é de 75%.

181 REGO, Walquíria Leão. REGO, Alessandro Pinzani. Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania. São Paulo: Editora Unesp,2013

programa Brasil Sem Miséria[182], 22 milhões de pessoas saíram da condição de extrema pobreza.

Entretanto, para além do cumprimento dos objetivos fundamentais do Brasil República, apontados no art. 3° da constituição da República Federativa do Brasil, quais sejam, a construção de uma sociedade solidária, a erradicação da pobreza e marginalização, genuína postura de justiça social, o que se pretende é a consolidação da democracia.

Partindo de uma política condicionada de transferência contínua de renda é possível alcançar a autonomia necessária à construção da cidadania, indissociável à democracia. Sustentando essa posição recorremos à Walquíria Leão Rego:

> Essas considerações nos levam a identificar um segundo nível de autonomia que pode ser atingido pelos sujeitos a que diz respeito não somente à dimensão estritamente individual, mas à vida social e política em geral. A renda monetária básica condicionada, que o Estado deveria garantir aos cidadãos, não se limita a assegurar as condições materiais da vida [...] Assim, ocorre o aprendizado da cidadania em uma dupla dimensão: a do sujeito de direitos e a do sujeito de deveres. As duas dimensões são necessárias para que os indivíduoas se considerem cidadãos, isto é, membros ativos do corpo político, e não meros clientes que recebem passivamente os serviços oferecidos pelo Estado[183].

Nessa vertente, a utilização dos aparelhos estatais relacionados aos direitos fundamentais da criança e do jovem, mesmo que de forma condicionada constituem um exercício de aprendizagem da cidadania, uma autonomia para o exercício do direito.

A condicionalidade da frequência escolar dos filhos, por exemplo, promoveu uma nova forma de agir nas famílias pobres, rompendo com o chamado Ciclo Intergeracional da Pobreza (baixa escolarização – empregabilidade precária ou inexistente – pobreza – baixa escolaridade)[184].

Além disso, esta circunstância atua de maneira imediata no combate à evasão escolar, pois, gradativamente, o que parece um encargo aos pais, passa a ser encarado como atitude cultural introjetada no cotidiano familiar.

A articulação entre as condicionalidades do Programa Bolsa Família na área da saúde e outras políticas sociais vinculadas ao Sistema Único de Saúde, como o Programa Saúde da Família (PSF) ou Programa Nacional de Imunizações (PNI) contribuíram sobremaneira para com a diminuição da taxa de mortalidade infantil.

---

182 CAMPELLO, Tereza. NERI, Marcelo Cortes. Programa Bolsa Família uma década de inclusão e cidadania. Brasília: IPEA, 2013.

183 REGO, Walquíria Leão. REGO, Alessandro Pinzani. Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania. São Paulo: Editora Unesp,2013

184

Exemplificando a conexão entre estas políticas sociais relatamos o fato de que, segundo dados do Ministério da Saúde[185], 96% das vacinas oferecidas pelo SUS são produzidas em território nacional, ou estão em processo de transferência de tecnologia. O Programa Nacional de Imunizações (PNM - Ministério da Saúde) realiza 42 imunizações através de 25 vacinas. Conjugando a informação com as condicionalidades previstas pelo Programa Bolsa Família da verificação e necessidade de manutenção do calendário vacinal atualizado, chegamos a números realmente significativos segundo os apontamentos:

> Ainda em 2013, foi publicado ***Effect of a conditional cash transfer programme on childhoodmortality: a nationwide analysis of Brazilian municipalities*** (Rasella *et al*., 2013). Trata-se de um estudo sobre o efeito do Programa Bolsa Família na mortalidade infantil, que se concentrou no período de 2004 a 2009 e teve como objetivo avaliar o efeito do programa sob as taxas de mortalidade em crianças menores de 5 anos nos municípios brasileiros. Centrou-se nas causas associadas à pobreza, como a desnutrição, diarreia e infecções respiratórias, além de alguns dos potenciais mecanismos intermediários, tais como vacinação, assistência pré-natal e internações hospitalares. O estudo constatou que o PBF reduziu, nos municípios em que tinha alta cobertura, em 17% a mortalidade geral entre crianças, sendo que esta redução foi ainda maior quando se considerou a mortalidade específica por algumas causas como desnutrição (65%) e diarreia (53%).[186]

Por fim, vale indicar que o mandamento constitucional da prioridade absoluta, dirigido à efetivação dos direitos fundamentais da infância e juventude, através do postulado da preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e da destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude são plenamente contemplados no Programa Bolsa Família.

Além de, num momento imediato aplacar a condição de pobreza, ou da extrema pobreza (onde há complementação da renda condicionada pelo Programa Brasil Sem Miséria), vislumbramos que, de forma mediata há a construção da cidadania autônoma das crianças e adolescentes a partir da utilização dos aparelhos de exercício dos direitos fundamentais, especialmente relacionados ao desenvolvimento social, saúde, educação e alimentação.

No orçamento destinado ao Programa Bolsa Família (transferência de renda direta), para o ano de 2014, foram destinados 24,65 bilhões de reais, que

---

185 MINISTÉRIO DA SAÚDE. http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/brasil-vai-exportar-vacina-contra-sarampo-e-rub%C3%A9ola-partir-de-2017

186 CAMPELLO, Tereza. NERI, Marcelo Cortes. Programa Bolsa Família uma década de inclusão e cidadania. Brasília: IPEA, 2013.

correspondem a 0,47 do Produto Interno Bruto – PIB[187] que atuaram diretamente sobre a segurança social de milhares de crianças e adolescentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Doutrina da Proteção Integral destinadas às crianças e adolescentes desdobra-se em princípios orientadores, entre os quais órbita em posição de centralidade o princípio da prioridade absoluta. A prioridade abarca, conforme descriminado no art. 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n° 8069/90 em situações peculiares que vinculam com maior propriedade a atuação estatal.

Esta atuação compreende a preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude.

Destarte, o programa de transferência condicionada de renda denominado Programa Bolsa Família, instituído pela Lei nº 10.386 de 09 de janeiro de 2004, entabulou como prioridade a política os índices de pobreza e a necessidade premente da implementação de direitos sociais na área da educação, saúde e assistência social voltadas de especial forma à concretização dos direitos fundamentais da infância e juventude.

Considerando que, não há como atender a infância sem ter a família como foco, e atendendo ao mandamento constitucional de proteção, essa política estatal bem sucedida vem ao longo de seus 10 anos de consecução, promovendo a cidadania e a inclusão social de milhares de crianças e jovens, demonstrando-se como efetivo instrumento de atendimento aos direitos fundamentais deste seguimento populacional em condição peculiar de desenvolvimento, cumprindo, por fim o princípio da prioridade absoluta a estes direcionado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular:* a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

CAMPELLO, Tereza. NERI, Marcelo Cortes. *Programa Bolsa Família uma década de inclusão e cidadania.* Brasília: IPEA, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

DIGIÁCOMO, Murillo José DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim;. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado*. Curitiba: SEDS, 2013.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LIBERATI, Wilson D. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. 11. ed.

187 http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2014/VolumeII_PLOA2014.pdf

São Paulo: Malheiros, 2010.
MACHADO, Costa. (org). *Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado*. Barueri: Manole,2012.
REGO, Walquíria Leão. REGO, Alessandro Pinzani. *Vozes do Bolsa Família*: autonomia, dinheiro e cidadania. São Paulo: Editora Unesp,2013.
ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. 1.ed. São Paulo:Editora Verbatim, 2010.
SALES. Miore Apolinário. MATOS, Maurílio Castro de. LEAL, Maria Cristina. (orgs). *Política Social, Família e Juventude*. Uma questão de direitos. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora,2010.
TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: ____ *Temas de direito civil.* 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA ANÁLISE SOBRE OS PRINCÍPIOS, A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E O PROCESSO DE EXECUÇÃO

Amarildo Samuel Junior [188]
Stefanie Philadelphi Jatene [189]

RESUMO: O presente trabalho buscou trazer ao leitor alguns parâmetros sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Longe de exaurir o tema, o trabalho trouxe algumas polêmicas jurisprudenciais, doutrinárias. Não se limitou a conceituar, mas também fundamentar questões de ordem teórica e prática. Valeu-se aqui do método dedutivo, com o escopo de se atingir em última análise a desconsideração nas relações de consumo, bem como a responsabilização dos sócios e uma análise levantando a importância da preservação da iniciativa privada e da preservação da empresa. Os principais enunciados doutrinários e julgados dos tribunais estão presentes neste trabalho. Falar em desconsideração da personalidade jurídica é falar em uma sanção estatal que visa sem dúvida alguma coibir irregularidades praticadas por sócios ou administradores de empresas. Não pode o Estado permitir que as pessoas naturais se escondam atrás da pessoa jurídica para legitimar a prática de atos irregulares e que atentam contra o Estado Democrático de Direito. É pensando nessa finalidade do Estado que se revestem também os argumentos aqui levantados. Por fim, sem menor importância, se almeja uma análise dos princípios constitucionais que protegem o empresário. Num primeiro ponto se defende a não possibilidade de punição do sócio ou administrador que não tenha participado do ato irregular que motivou a desconsideração. Uma crítica também é feita da possível adoção da teoria menor: principalmente no âmbito do direito do consumidor. Será apontado no decorrer do artigo questões de ordem processual, como a não possibilidade de atingir o patrimônio do sócio na fase executiva que não tenha participado do processo de conhecimento, velando-se pela garantia do contraditório e da ampla defesa, desde que o ato irregular tenha ocorrido antes do fim o processo cognitivo. Dessa forma, não se quer legitimar os atos irregulares, mas também se destina o presente trabalho a fomentar a livre iniciativa e ponderar a desconsideração em certos casos.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Desconsideração da personalidade jurídica é um tema que dificilmente não é abordado nos manuais de direito civil. Desde os clássicos até os atuais o tema mencionado é debatido, estudado, interpretado, com diversos pontos de vista. Com relação a isso não há o que discutir. A problemática se encontra na aplicação prática de tal instituto. Não se é adequado mais falarmos em *teoria* já que há previsão expressa em nosso ordenamento. Mudou-se do campo teórico, agora é realidade. Não passa mais de uma discussão meramente acadêmica, mas também prática e de efeitos concretos.

O presente trabalho buscou trazer ao leitor alguns pontos polêmicos e

188 Especializando em Direito Civil e Processual Civil pela Toledo de Presidente Prudente/SP, cursa extensão em ciências políticas pela USP/SP, professor do curso de direito da Faculdade Toledo de Presidente Prudente/SP, foi monitor de Processo Civil da mesma instituição no ano de 2013, palestrante, escritor de diversos artigos jurídicos e livro, graduado em direito pela Toledo de Presidente Prudente, advogado, e-mail: samuel.j.d@hotmail.com.

189 Graduando (a) em direito pela Faculdade Toledo de Presidente Prudente/SP, e-mail: stefanie_jatene@hotmail.com.

interessantes sobre o tema. Já adiantando, longe de esgotá-lo. O tema é polêmico e divergente. Doutrina e jurisprudência ainda com pensamentos diferentes.

Como não seria adequado trazer vários problemas e não apresentar nenhuma solução. Pretendemos aqui trazer alguns pontos tendo como fundamento teleológico a iniciativa privada e a preservação da empresa no direito brasileiro.

Num primeiro momento abordaremos aqui algumas considerações iniciais, principiantes do instituto e de suas derivações. A doutrina será utilizada como base para a pesquisa, sem deixar de lado a jurisprudência que contribui veemente para o tema escolhido. Julgados das mais variadas cortes do país serão aqui mencionados, ainda que de forma secundária, para não deixar o leitor sem um conteúdo jurisprudencial de qualidade para observar a forma como a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada.

Sem menos importante, se valerá os autores do método dedutivo, partindo dos aspectos gerais para um campo específico: frisa-se a iniciativa privada e a preservação da empresa. Trabalhar com princípios que têm conteúdos genéricos não é uma tarefa das mais fáceis, porém acreditamos que aos poucos chegaremos lá e ao final conseguiremos mostrar ao leitor a importância de paralelamente tais *estados ideais* serem anexados ao instituto em estudo.

A desconsideração da personalidade jurídica não foi positivada num sistema explicitamente capitalista para desmotivar os empresários. De forma alguma. Veio coibir fraudes, punir patrimonialmente aqueles que se valem da pessoa jurídica como escudo para a prática de suas aberrações empresariais e pessoais.

Dessa forma, sem mais delongas, vamos ao tema. A proposta é clara e objetiva. Preservar a aplicação do princípio da iniciativa privada e da preservação da empresa atenderá a chamada função social. Tema exaustivamente trabalhado na doutrina e jurisprudência pátria. Quais os efeitos bons e ruins da desconsideração? É o que veremos a seguir.

1. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A pessoa jurídica é, aos olhos da lei, uma realidade autônoma, possuidora de personalidade jurídica e portanto de direitos e deveres, os quais são totalmente desvinculados aos da vontade individual dos membros que a compõem. Tendo em vista essa independência, é comum que da parte dos membros administrativos haja abuso de direito, desvio de finalidade, fraudes e confusão patrimonial[190]. Desenvolveu-se então nos tribunais norte-americanos a chamada teoria da desconsideração da pessoa jurídica "disregard doctrine" onde, num caso específico, levanta-se o véu corporativo e declarara-se a ineficácia da pessoa jurídica para determinados efeitos, mas permanecendo intacta para outros fins; essa teoria visa atingir os membros, mais especificamente aqueles de comando efetivo, responsáveis

[190] Adverte Roberto Gonçalves que: "a reação a esses abusos ocorreu em diversos países, dando origem à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que recebeu o nome de *disregarddoctrine*ou *disregardof legal entity*, no direito anglo-americano; *abusde lanotion de personnalitésociale*, no direito francês; teoria do s*uperamentodellapersonalitàgiuridica*, na doutrina italiana; teoria da *penetração – Durchgriff der juristischenPersonen*, na doutrina alemã" (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

pelos atos ilícitos.

A desconsideração permite ao juiz afastar a autonomia jurídica da sociedade para responsabilizar os sócios. A empresa, sendo um pólo de produção, deve contar com um afastamento temporário e tópico, perdurando apenas até que se sanem as dívidas para com os credores.

É interessante trazer aqui uma diferenciação simples, porém de extrema importância. Há grande diferença entre despersonalização e desconsideração da personalidade jurídica. Como nos alerta Gonçalves (2010, pág. 250) no primeiro caso há a dissolução da própria pessoa jurídica, já no segundo o que ocorre na verdade é a subsistência do princípio da autonomia da pessoa jurídica, que por sua vez é diversa da de seus sócios, porém essa diferenciação é deixada de lado por um determinado período[191].

Na legislação legal, não havia, até o Código de Defesa do Consumidor, especificamente o termo "desconsideração", porém o novo Código Civil inspirou-se na teoria mencionada conforme nos é permitido notar pela leitura do artigo 50 do Código Civil. Vejamos:

> Art. 50 Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Havendo então abuso da personalidade jurídica, o órgão judicante está autorizado, baseado em prova material, a responsabilizar diretamente os sócios, não sendo necessária a dissolução da pessoa jurídica, afastando temporariamente o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva[192]. Um dado interessante é que esta nova norma não restringe a medida somente aos sócios, mas também aos seus administradores[193].

Assim, o sócio ou administrador que não tenha participado da lide, não poderá, em tese, ser responsabilizado pela infração ou desvio. Desconsidera-se a personalidade jurídica ao passar a responsabilidade àqueles que a utilizaram indevidamente. É para todos os efeitos uma medida tutelar, visando preservar a sociedade e os direitos de terceiros que com ela negociaram.

191

192 Uma excelente explicação nos concede Rubens Requião ao dizer que: "não se trata, é bom esclarece, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos" (REQUISÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995).

193 Nota Maria Helena Diniz que: "Há uma repressão ao uso indevido da personalidade jurídica, mediante desvio de seus objetivos ou confusão do patrimônio social para a pratica de atos abusivos ou ilícitos, retirando-se, por isso, a distinção entre bens do sócio e da pessoa jurídica, ordenando que os efeitos patrimoniais relativos a certas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios, recorrendo assim, à superação da personalidade jurídica porque os seus bens não bastam para a satisfação daquelas obrigações, visto que a pessoa jurídica não será dissolvida, nem entrará em liquidação." (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

O Código de Defesa do Consumidor também prevê a desconsideração da personalidade jurídica em seu artigo 28[194]. Na verdade foi pelo referido diploma que tal instituto foi positivado no direito brasileiro. Do ponto de vista processual há a necessidade de se permitir ao sócio ou administrador a chance de se manifestar quanto ao evento. Indubitavelmente se faz necessária e importante a desconsideração da personalidade jurídica, porém, como medida sancionatória deve ser aplicada com cautela e responsabilidade pelo magistrado[195].

A jurisprudência alicerçada na doutrina admite a existência de duas teorias da desconsideração. A chamada teoria maior permite ao juiz coibir fraudes e abusos praticados pela pessoa jurídica e outra denominada de menor, tendo como requisito único o simples prejuízo ao credor, não se preocupando em constatar a fraude ou abuso; se a sociedade não possui patrimônio, porém havendo sócio que o tenha, basta para que este arque com as obrigações financeiras[196].

2 O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: UM CAMINHO PARA O JUIZ

Fundamentado nas bases do art. 170 "*caput*" da Constituição Federal, consiste o princípio da livre iniciativa basicamente no estímulo ao engajamento de qualquer atividade, ofício ou profissão de escolha. Essencialmente, falamos da liberdade de escolha, de contratar e estabelecer as cláusulas do seu próprio negócio de acordo com a legislação, inserido no contexto da dignidade humana e justiça social[197].

---

194 Artigo 28: O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
§5°: Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

195 Considera Pablo Gagliano: "[...] vale registrar que, tecnicamente, pelo fato de a desconsideração ser uma sanção que se aplica a um comportamento abusivo, ela é *decretada*, e não declarada, como muitas vezes se utiliza a expressão. Nessa mesma linha, também se *decreta* a despersonalização (extinção) da pessoa jurídica, pondo fim a ela, ao contrário da responsabilização patrimonial direta, em que há um reconhecimento de uma situação fática ensejadora, declarando-se a ocorrência do fato as suas conseqüências jurídicas" (GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil.** 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2013).

196 Vejamos o seguinte Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Penhora. Incidência sobre bens de sócios de pessoa jurídica. Cabimento. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Art. 50 do Código Civil. Paralisação da empresa por mais de um ano. Constatação de deliberação para dissolução irregular da sociedade. Indícios de fraude e evidências da intenção de procrastinar a execução. Inaplicabilidade, ainda, da norma do art. 620 do Código de Processo Civil ante a falta de indicação pretérita de bens suscetíveis à constrição e de fácil alienação. Agravo de instrumento provido. (TJSP, AI n. 1343242-9/00, rel. Des. Sorteado José Reynaldo, j. 19.01.2005).

197 Salienta André Luiz Santa Cruz Ramos que: "a livre-iniciativa é o princípio fundamental do direito empresarial. Em nosso ordenamento jurídico, constitui princípio constitucional da ordem econômica, conforme previsão expressa do art. 170 da CF/88: 'A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna,

Não seria um fenômeno recente; sua menção remete às Constituições do México e de Weimar no século XX, debutando sua aplicação em âmbito nacional, só alcançando as classes populares com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948[198]. Sua consagração proporcionou uma significativa expansão do sistema capitalista que hoje nos rege, possibilitando uma "racionalização normativa da economia".

Há quem diga porém que no Brasil este conceito é atrofiado, ora pelo excesso de leis empacando as atividades empresariais, ora pela carga fiscal onerosa que impede o pleno desenvolvimento da atividade. Quando há abuso do poder econômico feito pelo agente, ocorre uma restrição dos direitos do consumidor, o que é inconcebível, além de lesar a concorrência, resultando numa repercussão geral em todo o mercado de trabalho. Esses detentores da superioridade econômica fazem uso do princípio constitucional citado em uma tentativa de justificar seus atos, o que não se defende aqui.

Em vista disso, foi aprovada a Lei nº 8.884/98, Lei de Defesa da Concorrência, com o objetivo de proporcionar tutela aos componentes do mercado que sejam prejudicados. Esta dispõe sobre a prevenção aos atos ilícitos econômicos, orientada pelos preceitos constitucionais como a liberdade de iniciativa, a tutela ao consumidor prejudicado, a função social da propriedade, entre outros.

Não se pode deixar de lado o chamado princípio da preservação da empresa, que indubitavelmente vem sendo propagado pela doutrina pátria[199]. A empresa tem

---

conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios". No dizer do professor Fábio Ulhoa Coelho, o princípio da livre-iniciativa se desdobra em quatro condições fundamentais para o funcionamento eficiente do modo de produção capitalista: i imprescindibilidade da empresa privada para que a sociedade tenha acesso aos bens e serviços de que necessita para sobreviver; ii busca do lucro como principal motivação dos empresários; iii necessidade jurídica de proteção do investimento privado; iv reconhecimento da empresa privada como pólo gerador de empregos e de riquezas para a sociedade. (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forente; São Paulo: MÉTODO, 2013).

198 Em se tratando de justiça social e dos direitos sociais em si com predileção menciona Zulmar Fachin e Andryelle Vanessa Camilo sobre os direitos sociais que: "Esse espécime de direitos fundamentais já haviam sido, de maneira bastante simplória, contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849. Mas a primeira Constituição que garantiu uma longa lista de direitos sociais foi a promulgada no México em 1917. A Constituição brasileira vigente, de 1988, estabeleceu, no art. 6°, que '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'"(SIQUEIRA, Dirceu Pereira; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando, organizadores. FACHIN, Zulmar; CAMILO Andryelle Vanessa. Direitos Fundamentais: Algumas Reflexões. **Estudos Contemporâneos de Direitos Humanos.** 1.ed. Birigui: Boreal, 2013).

199 Nos ilumina André Luiz Santa Cruz Ramos ao afirmar que o referido princípio vem: "[...] inspirando alterações legislativas recentes, como a Lei 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação de Empresas), e fundamentando inúmeras decisões judiciais. Ainda o mencionado autor elenca duas importantes jurisprudências sobre o tema que passamos a mencioná-las: "Processo Civil. Execução. Penhora de rena. Ausência de prévia citação. Nulidade. (...) – As turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal têm admitido a penhora sobre o faturamento da empresa desde que, cumuladamente: a) o devedor não possua bens ou se, os possuir, sejam esses de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado; b) haja indicação de administrador e esquema de pagamento (CPC, arts. 677) e c) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial. Recurso Especial parcialmente provido (REsp 866.382/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3° Turma, j. 11.11.2008, DJe 26.11.2008). E em segundo o seguinte julgamento: "Processual

uma grande participação no desenvolvimento da economia de um país. Não se pode por meios *assustadores* atingir o patrimônio dos sócios de qualquer maneira, coibindo assim a aderência de futuros investidores no mercado.

Proteger o sócio e o administrador da empresa também é um dever do Estado, já que gerar empregos, recolher tributos, desenvolver a sociedade, permitir o acesso de bens à população e por ai em diante é útil ao interesse público[200].

O juiz no momento de decidir sobre a desconsideração ou não da personalidade jurídica deve levar em conta diante do caso em concreto os princípios da livre iniciativa e da preservação da empresa. Não se quer aqui de forma alguma colocar um obstáculo ao magistrado para decretar a desconsideração, mas sim um caminho adequado e proporcional para a execução da medida, já que seus efeitos podem em certos casos serem irreversíveis. Cite-se, por exemplo, a desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo, trabalhista e ambiental[201]. Uma reflexão sobre a *disregard of legal* no âmbito das relações de consumo será feita em tópico oportuno.

3. QUEM RESPONDE PATRIMONIALMENTE NA DESCONSIDERAÇÃO? E O JUIZ ESTÁ OBRIGADO A DECRETÁ-LA?

Um ponto intrigante no referido instituto diz respeito aos sujeitos que serão atingidos com a decretação da desconsideração pelo juiz. Nas ações trabalhistas se percebe que até mesmo eventuais sócios e administradores que não participaram de forma alguma para a prática de ato irregular são atingidos. Veja que com essa preocupação o Enunciado n. 7 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil dispõe que: "só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam ocorrido".

Civil. Agravo regimental. Medida cautelar. Penhora sobre o faturamento bruto da empresa. Ausência de outros bens passíveis de constrição eficaz. Possibilidade. Percentual elevado. Comprometimento das atividades empresariais. Redução I. Conquanto possível a penhora sobre o faturamento bruto da devedora, quando inexistentes bens disponíveis de fácil liquidação, deve ela observar percentual que não comprometa a higidez financeira, ameaçando o prosseguimento das atividades empresariais. (...) (AgRg na MC 14.919/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4° Turma, j. 09.12.2008, DJe 02.02.2009). RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013).

200 Por princípio da supremacia do interesse público nos adverte Mazza que: "a supremacia do interesse público sobre o privado, também chamada simplesmente de princípio do interesse público ou da finalidade pública, princípio implícito na atual ordem jurídica, significa que os interesses da coletividade são mais importantes que os interesses individuais, razão pela qual a Administração, como defensora dos interesses públicos, recebe da lei poderes especiais não extensivos aos particulares" (MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

201 É o que se nota pela leitura de Tartuce: "Relativamente ao Código de Defesa do Consumidor, pelo que consta do §5° do art. 28, foi supostamente adotada a teoria menor, bastado o mero prejuízo à parte, para que a desconsideração seja deferida. [...] Como resta claro [...] a teoria menor também foi adotada pela legislação ambiental, por força do ar. 4° da Lei 9.605/1998". (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral.** 7.ed. Rio e Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011).

É o que espera como justiça. Aquele que nada faz nada pode causar. Por mais que haja ali direitos que foram violados por um sócio ou administrador de determinada empresa, não pode o sócio ou administrador que não participou da irregularidade ter seu patrimônio atingido. Até mesmo a interpretação do que vem a ser desvio de finalidade social ou confusão patrimonial deve ser feita de forma restrita[202].

Dessa forma, não participando o sócio ou administrador das irregularidades praticadas pelos demais não pode de forma alguma ser responsabilizado patrimonialmente, pois se assim o fosse estaria sendo punido sem ter concorrido para qualquer ilícito. No campo do direito penal só é responsabilizado pela prática de crime aquele que agir com dolo ou culpa, ou seja, trata-se de uma responsabilidade subjetiva. Até mesmo na órbita cível deverá responder por eventual dano aquele que lhe deu causa. Frisa-se novamente: "quem nada faz nada causa".

Um limitador da responsabilidade é até mesmo o artigo 187 do Código Civil que trata do abuso de direito como ato ilícito. Aponta Tartuce (2011, pág. 261) que os parâmetros para a responsabilidade de forma coerente dos sócios ou administradores deve ser o fim social ou econômico da própria empresa, sem deixar de lado as cláusulas gerais que não são menos importantes, diga-se de passagem a boa-fé[203].

Há uma pergunta que não quer calar. O juiz está obrigado a decretar a desconsideração? É uma obrigação ou faculdade do magistrado?

O tema é divergente. Para Rizzato Nunes[204]o juiz tem o dever e não o poder de desconsiderar a personalidade jurídica sempre que estiverem presentes os requisitos estabelecidos na lei. Principalmente em se tratando de relação de consumo, estando presentes os requisitos do abuso ou irregularidade; falência, insolvência ou fim das atividades por má administração; ou a existência de obstáculo para o ressarcimento dos danos ao consumidor, o juiz deverá, segundo o mencionado autor decretar a desconsideração da personalidade jurídica.

Não há dúvidas de que a lei estabeleceu requisitos tanto no artigo 50 do Código Civil como no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, porém não nos parece adequado entender que o juiz está obrigado a decretar a desconsideração da personalidade jurídica. Concordamos assim com Zelmo Denari (2011, pág. 716)[205] ao aludir que:

> A tarefa do juiz não é puramente cognoscitiva, muito menos

---

202 Nesse sentido o Enunciado n 146 da III Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: "nas relações civis, os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial) interpretam-se restritivamente".

203 Alguma considerações nos aponta Paulo Lôbo: "a boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídica contratuais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta honesta, leal, correta. [...] A boa-fé objetiva não é princípio dedutivo, não é argumentação dialética; é medida e diretiva para pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa pré-constituída, mas que será preenchida com a atuação do intérprete-julgador".

204 NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**, p.716.

205 GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V.;FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor,** p. 254.

> mecânica, mas valorativa dos interesses em conflito, além de criativa de novas normas -, o dispositivo teve o cuidado de autorizar a aplicação da desconsideração como faculdade do juiz, a cujo prudente arbítrio confiou o exame preliminar e a aferição dos pressupostos, para concessão da medida extrema.

Observe que a pontuação do autor é legítima. Se o juiz fosse obrigado a decretar a desconsideração por força legislativa haveria engessamento do judiciário. Cabe ao juiz na análise dos fatos, das provas e alegações das partes decidir pelo cabimento ou não da mencionada sanção.

Dessa forma se conclui que o legislador em sua atividade legiferante não pode pressupor todas as hipóteses de desconsideração, nem muito menos avaliar caso a caso sua aplicação, já que a lei em sua gênese é de cunho geral. Esta tarefa é do juiz e dele não pode ser suprimida. Tanto é verdade que o legislador no artigo 50 do Código Civil e no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor utiliza respectivamente as expressões *pode* e *poderá.* Teria o legislador errado duas vezes? Claro que não. A proposta legislativa é clara. Cabe ao juiz no exame do caso em concreto avaliar a possibilidade ou não de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

4. E NO FIM: QUEM ESTÁ CERTO? OS ENUNCIADOS OU O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA?

O Superior Tribunal de Justiça tem dois grandes braços facilitadores para o operador do direito. De um lado temos a jurisprudência de outro os enunciados. A divergência consiste no seguinte caso: o encerramento irregular de atividade empresarial é ou não motivo para o juiz decretar a desconsideração da personalidade jurídica?

Mais uma vez trazemos ao leitor um ponto divergente na doutrina e na jurisprudência. Nos termos do Enunciado n. 282 do CJF/STJ o encerramento irregular das atividades empresariais não basta como único argumento para a caracterização do abuso da personalidade jurídica. Entendemos que tal posicionamento não é correto. É evidente que aquele que encerra irregularmente as atividades empresariais está abusando sim da personalidade jurídica, desviando a sua finalidade empresarial. Nenhuma empresa se ingere de personalidade jurídica para ter seu encerramento irregular com o fim de prejudicar terceiros. Veja alguns julgados ratificando o que foi exposto:

> Acidente de veículo. Reparação de danos. Execução. Pessoa jurídica. Desconsideração da entidade legal. Presunção do encerramento irregular da atividade ou inatividade da pessoa jurídica. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos. Reconhecimento. Desconsidera-se a personalidade jurídica da sociedade civil, quando presumível o encerramento irregular da atividade ou inatividade da pessoa jurídica que constitui obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao credor.

> Recurso provido (TJ/SP, Agravo de Instrumento n. 886833-0/0, Sumaré, 31° Câmara de Direito Privado, Rel. Willian Campos, j. 17.05.2005, v.u.).

E ainda:

> Agravo. Execução de sentença. Inexistência de bens da executada passíveis de penhora. Dissolução irregular da sociedade. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aplicação. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica consiste num afastamento momentâneo da personalidade jurídica da sociedade, para destacar ou alcançar diretamente a pessoa dos sócios, devendo ser aplicada quando se constata que a pessoa jurídica está a encobrir interesses ilícitos de seus sócios, m prejuízo ao direito creditício de terceiro (TAMG, Acórdão: 0414004-5, Agravo de Instrumento, Cível, Ano: 2003, Comarca: Juis de Fora/Siscon, Órgão Julg.: Terceira Câmara Cível, Rel. Juiz Edilson Fernandes, j. 20.08.2003, não publicado, Decisão: unânime).

Portanto, não comunicar regularmente os entes competentes para a finalização das atividades da pessoa jurídica é um "jeitinho" de se esquivar das eventuais responsabilidades e encargos advindos de tal prática. Tanto é verdade que no âmbito da execução fiscal o Superior Tribunal de Justiça na Súmula 435 legitima o redirecionamento da execução para o sócio-gerente nos casos em que a empresa deixa de funcionar no seu domicílio fiscal. Havendo o encerramento as atividades da pessoa jurídica sem as devidas observâncias legais, estará autorizado o juiz a decretar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que entender cabível.

5. PROCESSO DE EXECUÇÃO: É POSSÍVEL ADMITIR O SÓCIO OU AMINISTRADOR QUE NÃO PARTICIPOU DO PROCESSO COGNITIVO?

A problemática aqui dentro dos diversos já expostos irá residir num aspecto de suma importância para o direito. A garantia da ampla defesa e o respeito ao princípio do contraditório em face do administrador ou sócio no campo do processo de conhecimento não se discutem. Evidentemente se ele participou da lide. O problema surge quando o sócio ou administrador que não participou do processo cognitivo é incluído na fase de execução da sentença, sofrendo assim a sanção de ter que responder com seus bens, por uma irregularidade que por vezes nunca cometeu, nem mesmo teve ciência.

Incluir o sócio ou administrador da empresa originariamente no processo de execução nos parece uma medida um tanto quanto séria. A norma processual civil em seu artigo 472 dispõe que: "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros". Se a sentença proferida no processo de conhecimento reconhece que João e Paulo agiram com abuso da personalidade jurídica e o juiz decreta a desconsideração, não seria justo nem juridicamente possível que Pedro, terceiro sócio, em eventual execução promovida

pelo autor tenha seus bens atingidos. Se ele não está abarcado pela sentença, como atingir seu patrimônio? A finalidade do processo de execução é justamente tornar eficaz o direito garantido no pronunciamento judicial em relação aos réus que legitimamente participaram do processo.

Concordamos nesse ponto com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, pág. 282) ao mencionar que:

> Se o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial era preexistente ao ajuizamento do processo, parece-nos realmente que o ajuizamento somente contra a pessoa jurídica foi um risco que o autor correu ao propor a sua demanda, não sendo razoável ao magistrado querer sanar a falta de cautela do jurisdicionado.

É por isso que o autor ao propor eventual ação com pedido de desconsideração da personalidade jurídica deverá incluir no pólo passivo não só a pessoa jurídica, mas também seus sócios e eventuais responsáveis, devidamente mencionados em seu estatuto ou contrato social[206]. Porém, se não havia elementos autorizadores para a desconsideração da personalidade jurídica no processo de conhecimento e tais elementos surgiram somente no processo de execução, desde que respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa, poderá o juiz incluir eventual sócio ou administrador que não tenha participado do processo cognitivo. Neste caso como nos salienta Stolze e Pamplona Filho (2013, pág. 282) "é extremamente razoável admitir-se um procedimento incidental na própria execução".

Portanto, havendo a necessidade de inclusão de algum sócio ou administrador no processo de execução que não tenha participado do processo de conhecimento, deverá o juiz velar pelo contraditório e pela ampla defesa, que, aliás, são princípios estabelecidos em nossa "Lei Maior"[207]. Importante frisar que o juiz só admitirá tal inclusão nos casos em que os elementos autorizadores surgirem *a posteriori*, pois do contrário não cabe ao juiz corrigir a desatenção da parte que deveria ter movido a ação contra os reais responsáveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto positivado em nosso ordenamento jurídico que veio para ficar. No trabalho

---

206 É o que expõe Flávia Lefevre Guimarães: "o consumidor deverá ser cauteloso no momento de ajuizar a ação, e buscar, nos órgãos públicos competentes, os documentos societários da pessoa jurídica contra a qual vá litigar e procure, desde o início, vincular todos os possíveis responsáveis, previstos nos parágrafos do art. 28, ao resultado da sentença, fazendo uso dos institutos processuais que regulam o litisconsórcio, a fim de garantir um grau de aproveitamento e otimização do processo" (GUIMARÃES, Flávia Lefevre. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor** – Aspectos Processuais. São Paulo: Mas Limonad, 1998.

207 Artigo 5°, inciso LV "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

abordamos os pontos mais polêmicos no campo doutrinário, jurisprudencial e prático. Estamos longe de chegar a uma conclusão unânime no campo doutrinário e jurisprudencial sobre os temas aqui abordados, porém estamos caminhando para um bom conhecimento e aplicabilidade da desconsideração.

Os princípios da iniciativa privada e o da preservação da empresa como mencionado devem nortear o juiz na decisão pelo sim ou pelo não na penetração dos bens dos sócios ou administradores, já que, como mencionado é também dever do Estado proteger aqueles que arriscam seu patrimônio em investimentos para a circulação de bens e serviços.

Se por um lado a desconsideração é uma punição aos que utilizam a personalidade jurídica como escudo para práticas irregulares, também é um grande benefício por parte daquele que sofreu um prejuízo. O credor agora tem em mãos mais um mecanismo para atingir os bens dos comprovadamente responsáveis. O crédito é um risco, mas não pode ser suprimido por meio de artifícios ilegais praticados no ambiente empresarial. Não pode aventureiros querer se valer da personalidade jurídica para lesar o patrimônio de outrem.

Dessa forma, os aspectos processuais da admissão do sócio ou administrador no processo de execução também foram pontuados, sempre em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa que são os guardiões do processo justo. Em que pese a celeridade processual ser um grande princípio em nosso ordenamento, é também preferível que tenha a parte oportunidade de se defender contra o que lhe acusam. Aliás, como mencionado, não pode aquele que nada fez ser responsabilizado patrimonialmente, pelo simples fato de ser sócio ou administrador da pessoa jurídica. Não quer o instituo atingir todo mundo e sim quem realmente deu causa a sua decretação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabrício de. *Direito do consumidor esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores:* fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falência, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAMARGO VIENA, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade, organizadores. *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CÓDIGO, Civil Comentado. *Doutrina e jurisprudência.* 6.ed. Barueri/SP: Manole, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa.* 16 ed. São Paulo,: Saraiva, 2012.

DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, coordenador. *Função social do direito civil.* São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fraude no processo civil.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*.

15.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010.
RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.
REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
SIQUEIRA, Dirceu Pereira; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando, organizadores.
FACHIN, Zulmar; CAMILO Andryelle Vanessa. Direitos Fundamentais: Algumas Reflexões. *Estudos Contemporâneos de Direitos Humanos*. 1.ed. Birigui: Boreal, 2013.
TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 1: Lei de Introdução e parte geral*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2011.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.