SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS I

V SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO
SIACRID

CIÊNCIA JURÍDICA UENP

ORGS.
Vladimir Brega Filho
Flademir Jerônimo Belinati Martins
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

2015 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

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

Vladimir Brega Filho; Flademir Jerônimo Belinati Martins & Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

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

Comissão Científica do V SIACRID
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof[a]Dr[a] Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia)
Prof. Dr. Sergio Tibiriçá Amaral (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema Constitucional de Garantia de Direitos I / Vladimir Brega Filho; Flademir Jerônimo Belinati Martins & Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, organizadores. –1. ed. – Jacarezinho,PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2015. (Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-25-8

1. Sistema Constitucional de Garantia de Direitos I. Vladimir Brega Filho; Flademir Jerônimo Belinati Martins & Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior.

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional.

342

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

FUNDAÇÃO ARAUCÁRIA
Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL **05**
João Felipe SILVA
José dos SANTOS JUNIOR

A LEI Nº 8.213/91 E A PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA **31**
Flademir Jeronimo Belinati MARTINS

A REFORMA DO PACTO FEDERATIVO NO BRASIL: GUERRA FISCAL POR ICMS E REFLEXO MUNICIPAL **54**
Daniel Andrade PINTO

A SEGURANÇA PÚBLICA E O TRABALHO DAS POLÍCIAS **68**
Camila SANT' ANNA

A TORTURA COMO FORMA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA **93**
Alana Cássia Martins de LIMA

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO **110**
Ana Flavia Damasceno SILVA
Patrícia Naomi ASAKURA

DA "NOVA" INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: DA ERA DAS REGRAS À "ERA DOS PRINCÍPIOS" **130**
João Victor Mendes de OLIVEIRA

DEFININDO E DIFERENCIANDO NASCITURO E NATIMORTO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE **150**
Laira Noéli da SILVA
Fabiana Junqueira Tamaoki NEVES

DEMOCRACIA JURÍDICA E TOTALITARISMO POLÍTICO **163**
Yago Aparecido Oliveira SANTOS

DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA: O ESTADO PLURINACIONAL COMO GARANTIDOR DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS **179**
Larissa Maria de TRINDADE
Meire Aparecida Furbino MARQUES

DIREITOS HUMANOS: A CRISE DOS REFUGIADOS NO MERCOSUL E NO MUNDO **198**
Wellington da Silva OLIVEIRA
Sérgio Tibiriçá AMARAL

DO PROCESSO COLETIVO: UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES **221**
Roseli BORIN

EM BUSCA DA PROTEÇÃO PLENA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E DA SAÚDE DO TRABALHADOR: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A MONETIZAÇÃO DO RISCO **235**
Gabriela Lopes CIRELLI
Caio César Prado GOMES

ENTRE A BUSCA DO BEM COMUM E O INTERESSE PRIVADO DO CAPITALISMO: UMA ANALISE ATUAL DO ESTADO SOB O ENFOQUE DO DIREITO FRATERNO **254**
Matheus de ALMEIDA
Sarah Carolina Galdino da SILVA

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES **271**
Ana Beatriz Rodrigues DEPIERI

FUNCIONALISMO SISTÊMICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO **291**
Marcos Vinícius Massaiti AKAMINE

JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PRINCÍPIO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO **308**
Manuella de Oliveira SOARES
André Murilo Parente NOGUEIRA

O CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA **329**
Osmar Ferreira SANTIAGO JUNIOR

O DEVER DE PROTEÇÃO PENAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO TEXTO CONSTITUCIONAL **349**
Daniela Aparecida RODRIGUEIRO
Marina Rodrigueiro Peres FONSECA

REVISTA ÍNTIMA VEXATÓRIA NO SISTEMA PRISIONAL: INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO A GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS **372**
Karoline Rodrigues XAVIER
Roberto da Freiria ESTEVÃO

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SEUS ANTECEDENTES **391**
Bruno Henrique da Rocha de FARES

A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

João Felipe SILVA[1]
José dos SANTOS JUNIOR[2]

RESUMO
A Comissão Nacional da Verdade, instituída através da Lei nº 12.528/2011 apresenta-se como veículo de reconciliação do Brasil com seu passado ditatorial. Através de tal órgão temporário, o Estado brasileiro envida esforços no intuito de tornar públicas as informações acerca das violações dos direitos humanos praticadas nos anos de chumbo. Para além da simples revelação de dados sobre os horrores realizados nos porões da ditadura militar, a Comissão Nacional da Verdade-CNV também é incumbida de apresentar relatório apontando a cadeia de comando militar, assim como os responsáveis diretos e indiretos pelas mortes, torturas e desaparecimentos de pessoas ditas contrárias ao regime militar e, por conseguinte, à própria grandeza nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Comissão Nacional da Verdade; direitos humanos; ditadura militar; reconciliação.

ABSTRACT
The National Commission of Truth, established by Law n°. 12.528/2011 presents itself as a vehicle for reconciliation of Brazil with his dictatorial past. Through such temporary agency, the Brazilian State shall endeavor in order to make information public about the human rights violations committed in the lead years. Beyond the simple disclosure of data about the horrors carried in the holds of the dictatorship, the National Commission of Truth - NCT is also responsible to report pointing to the military chain of command, as well as direct and indirect responsibility for the killings, torture and disappearances of said persons opposed to the military regime and therefore the very national greatness.

KEYWORDS: Human rights; military dictatorship; National Commission of Truth; reconciliation.

INTRODUÇÃO

No ano de 2014, completaram-se cinquenta anos desde o golpe militar de 1964 que inaugurou o período da ditadura militar, marcado pela sistemática afronta aos direitos humanos e fundamentais como forma de garantia do sucesso da Política de Segurança Nacional implementada pelos generais.

[1] Estudante de Pós-graduação – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

A perseguição pelas pessoas catalogadas e rotuladas como subversivas da ordem pública e ameaçadoras ao recém instaurado regime ditatorial resultou no desaparecimento de milhares de cidadãos brasileiros, assim como no emprego de tortura e demais violações em face de tais indivíduos e suas famílias.

Os que não puderam ser capturados e mortos, dada à sua notoriedade como artistas e pessoas públicas foram exilados do Estado brasileiro.

Após o movimento de redemocratização do Brasil e a derrocada do regime autoritário, no ano de 2012 é instaurada a Comissão Nacional da Verdade.

De fato, ainda que tardia, a referida Comissão busca vasculhar os arquivos da ditadura e entregar ao povo brasileiro as respostas esperadas há mais de cinco décadas, bem como apontar os responsáveis pelas gravíssimas violações aos direitos humanos das vítimas e de suas famílias.

Nessa esteira, o presente artigo dedica-se a analisar, ainda que brevemente, os resultados até o presente momento apresentados pela Comissão Nacional da Verdade, sempre mantendo o foco das pesquisas nas formas utilizadas pelos ditadores daquele período para ignorar a cogência secular dos direitos humanos.

DO GOLPE MILITAR À BUSCA PELA VERDADE

Inicialmente, faz-se mister uma breve análise acerca da origem e acepção da palavra Ditadura. Isto porque, o significado moderno da palavra apresenta total discrepância com relação à instituição que o termo designava na República Romana. Vale dizer que a palavra Ditadura concebeu-se na *dictatura* romana.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (1998, p.368) observa que a ditadura romana era um órgão exercido nos limites constitucionalmente definidos e de forma extraordinária, em casos emergenciais. O ditador era nomeado após proposta apresentada pelo Senado, que avaliava a situação de perigo e deliberava sobre a necessidade da instauração da ditadura.

Daí a necessidade de recorrer à etimologia, pois a interpretação moderna deturpou-se. Percebe-se que a Ditadura romana estava circunscrita entre limites muito rígidos. O cônsul não possuía prerrogativas para nomear-se ditador e, inobstante, o próprio ditador não podia declarar o estado de emergência, que geralmente tratava-se da condução das breves guerras ou da solução de uma crise interna provocada pela luta de classes. Destarte, como uma instituição peculiar da

---

[2] Estudante de Pós-graduação - Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO.

República romana, a Ditadura era a maneira de suspender temporariamente a sua ordem constitucional a fim de preservar a integridade e permanência (BOBBIO, 1998, 369).

Os poderes conferidos ao ditador romano eram bastante amplos, porém previamente limitados. Dessa forma, não cabia ao ditador em nada alterar ou mesmo revogar a Constituição, declarar a guerra, impor novos ônus fiscais aos cidadãos romanos, assim como não tinha competência na jurisdição civil. (BOBBIO, 1998, 369).

Essa instituição começou a perder seu sentido e eficácia quando as guerras se tornaram mais longas. Assim sendo, constatou-se seu declínio e desaparecimento com o findar do século III a.C.

A partir desse período, seu nome reapareceu eventualmente em alguns conflitos civis do século I, mas ressurgiu apenas no nome, isto é, a velha instituição republicana era uma recordação do passado (BOBBIO, 1998, p. 369).

De acordo com Norberto Bobbio (1998, p.369/370) , torna-se possível auferir algumas diferenciações fundamentais, que estão muito além da fenomenologia, entre a Ditadura romana e a Ditadura moderna; a primeira abarca as seguintes características: a) limitações constitucionais, haja vista que a condição de existência, em nível ontológico, da Ditadura está arraigada à preservação e manutenção da ordem constitucional; b) trata-se de um órgão excepcional e temporário a que os regimes políticos recorrem para suplantar situações de grave crise, por período de duração antecipadamente fixado.

Contrapondo-se, porém, a Ditadura moderna assim se apresenta: a) o sentido e extensão de sua aplicabilidade não encontram predeterminação na Constituição, viabilizando o exercício ilimitado e arbitrário de poder; b) denota a atribuição de poderes extraordinários aos poderes normais do Estado possibilitando o enquadramento como uma forma de Governo normal, isto é, pertinente à classificação dos sistemas políticos e durável.

Há que se ter clara ainda a definição do que se considera estado de exceção.

> O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. (AGAMBEM, 2003, p. 13).

No caso brasileiro, uma vez que os militares tomaram o poder, exerceram uma série de medidas no sentido de institucionalizar uma guerra civil travada entre o próprio governo ditatorial e as pessoas consideradas ameaçadoras da Segurança Nacional, ou seja, toda e qualquer pessoa que se recusasse a aceitar as rígidas restrições impostas pelo regime autoritário vigente.

O sistema político repressivo se instalou no Brasil com o Golpe Militar de 31 de Março de 1964 e em diversos outros países da região, a saber: Argentina (1966 e 1976), Uruguai (1973), Chile (1973) e, no Paraguai, a ditadura de Alfredo Stroessner (1954) remonta à década anterior.

Roberto Lima Santos (2010, p.23) afirma que na Segunda Grande Guerra Mundial, esses países lutaram como aliados dos Estados Unidos e, inobstante, permaneceram sob a influência norte-americana, concebendo uma solidariedade mecânica no que tange à cooperação estratégica militar-ideológica.

O período da Ditadura Militar no Brasil, que durou de 1964 a 1985 teve pelo menos três fases distintas: a primeira já fora relacionada no parágrafo anterior, haja vista que por meio do Golpe de Estado engendrou-se sua Constituição e a consolidação do novo regime no ano de 1967.

Caracteriza-se a segunda fase pela decretação do Ato Institucional nº 5 (AI-5) em dezembro de 1968, que realizou reforma constitucional considerada como uma nova constituição, dada a abrangência das alterações verificadas no texto constitucional anterior.

> Em 1969, a Junta composta pelos Ministros que chefiavam cada uma das três Armas, e que assumiu o governo, depois de declarada a incapacidade, por motivo de saúde, do Presidente da República, promoveu uma alargada reforma da Constituição de 1967, por meio de ato que ganhou o nome de Emenda Constitucional n. 1/69. O Congresso Nacional havia sido posto em recesso. O novo texto tornou mais acentuadas as cores de centralização do poder e de preterimento das liberdades em função de inquietações com a segurança, que davam a feição característica do texto de 1967. Não poucos autores veem na Emenda n. 1/69 uma nova Constituição, outorgada pela Junta Militar. (MENDES, 2014, p. 115).

A última fase do período ditatorial pátrio ocorreu com a posse do General Ernesto Geisel em 1974, conhecido por manter a linha dura militar mais atuante que nunca, é sinônimo de período histórico de acentuadas restrições às liberdades e garantias fundamentais, sobretudo, no que concerne às liberdades de expressão, de imprensa, de reunião e de livre manifestação do pensamento, o que resultou em toda a sorte de abusos contra os direitos mais básicos do ser humano, entre eles o de não ser vítima de tortura, não ser privado de sua liberdade ou de seus

bens sem o devido processo legal, além do direito de não ter sua vida ceifada pelo Estado.

Em nome do combate aos assim denominados subversivos da ordem pública, os governantes, utilizando-se do braço forte das forças armadas e das polícias, promoveram verdadeira e sistemática política de eliminação física irrestrita de todo e qualquer suspeito de representar uma ameaça ao regime militar.

Nas palavras de Roberto Lima Santos "o país não aceitaria mais divergências internas e identificava a vontade da Nação e do Estado com a vontade do regime" (2009, p.15). Partindo desse pressuposto, valeria sacrificar os direitos fundamentais dos cidadãos em proveito da Segurança Nacional.

Contudo, antes de abordarmos as implicações jurídicas dos referidos abusos cometidos durante tal período da história brasileira, não se pode deixar de relatar, ainda que de forma sucinta, as efervescências que ocorriam no Brasil no período imediatamente anterior ao Golpe desferido pelos Militares na Democracia brasileira da década de 1960.

A instabilidade política aumentava desde a renúncia de Jânio Quadros em 1961, com a frequente ocorrência de greves e manifestações populares contra o alto custo de vida da população.

Aliado a tal turbulência política e social, havia o temor da classe média de que, em pleno auge da Guerra-Fria, o comunismo se instaurasse no país, temor esse fruto da proximidade cada vez maior com os Estados Unidos da América, que junto com as classes dominantes e com a Igreja Católica apoiavam a tomada do poder pelos militares.

A nova concepção de "Defesa Nacional" buscava a repressão do comunismo e foi denominada de "Doutrina de Segurança Nacional" que tinha por escopo proteger o poder nacional contra um inimigo interno que supostamente tentava solapar as instituições e por essa razão devia ser aniquilado. (SANTOS, 2010, p. 23).

Em direção contrária à ditadura no sentido romano acima referida, que era compreendida como uma medida de emergência em caso de invasão externa, a contenção do comunismo não se armara contra um inimigo externo, mas sim interno. Tal teoria que ficou conhecida como Doutrina de Segurança Nacional, desenvolvida pela Escola Superior de Guerra, erigiu o aparato controlador de toda a vida política no país e formou quadros para assumir cargos de direção no novo governo.

Num tabuleiro de apenas duas cores, o Brasil permaneceu na órbita da

> diplomacia norte-americana, assim como o restante dos países latino-americanos. A partir de 1959, a Revolução Cubana marcou profundamente a política exterior dos Estados Unidos, que anunciaram não mais tolerar insurgências desafiando sua hegemonia na região, logo após ter ficado clara a aproximação entre Cuba e União Soviética. Para garantir que os governos da região permanecessem como aliados, os Estados Unidos apoiaram ou patrocinaram golpes militares de exacerbado conteúdo anticomunista. (BRASIL, SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. COMISSÃO ESPECIAL SOBRE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS, 2007, p.19).

Com ensejo nessa nova doutrina "protetiva", foram editados vários Decretos-leis (DL 314, de 1967 e DL´s 510 e 898, de 1969) que versavam de maneira autoritária sobre Segurança Nacional, almejando legalidade ao sistema repressivo.

Com o sucesso do Golpe Militar e a tomada do poder pelos militares, é decretado o Ato Institucional nº 1 (AI-1), cujas características são: a cassação imediata do mandato de políticos opositores, suspensão dos direitos políticos, demissão do serviço público, expurgo de militares, aposentadoria compulsória, intervenção em sindicatos e prisão de milhares de brasileiros, como se pode ler no preâmbulo do Ato em questão:

> A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. [...] Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções a sua legitimação. (1964, p.1).

Nessa primeira fase da "revolução" a partir do Golpe de 1964, houve uma necessidade precípua por parte dos militares de se institucionalizar com o intuito de limitar os plenos poderes de que efetivamente dispunham, haja vista que solaparam a Constituição de 1946.

Ademais, fazia-se necessária a institucionalização para mitigar o caráter autoritário dos atos institucionais, visando à legalidade e legitimidade do estado de exceção o que asseguraria uma suposta normalidade para o contexto sociopolítico.

No tocante ao conceitual de estado de exceção, Giorgio Agamben (2004, p.11) demonstra que até os dias atuais "[...] falta uma teoria do estado de exceção no direito público, e tanto juristas quanto especialistas em direito público parecem considerar o problema muito mais como uma *quaestio facti* do que como um genuíno problema jurídico".

Essa ausência de definição estabelece sua razão de ser na dificuldade de desvencilhar o estado de exceção da guerra civil, insurreição e resistência, haja vista que se encontram intimamente arraigados.

Apesar dessa imprecisão terminológica, Giorgio Agamben (2004, p.15) exorta que o "estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite".

Verifica-se uma incomensurável distorção de legalidade dos atos institucionais na história do Brasil durante o período ditatorial, pois, sendo o estado de exceção um espaço vazio de direito, a institucionalização das truculências cometidas nos porões de torturas condicionava condutas sem nenhuma legitimidade.

No ano de 1967, é outorgada uma nova Constituição que institucionaliza a atuação arbitrária dos militares e limita ainda mais os direitos individuais.

O Ato Institucional nº 5 (AI-5) foi decretado em 13 de dezembro de 1968. Ficou conhecido como o mais abrangente e autoritário de todos os Atos Institucionais, e na prática revogou os dispositivos constitucionais de 1967, endureceu de vez a repressão do governo militar, trazendo entre outras limitações o direito de impetração de *Habeas Corpus* (artigo 10), o aumento na violência empregada pelas polícias e pelos militares que solaparam os direitos civis e políticos (artigos 4º, 5º, e 11), além de maximizar a atuação do Presidente da República conferindo-lhe poderes para decretar o Estado de Sítio (artigo 7º) e o recesso do Congresso Nacional (artigo 2º) e concedendo-lhe, ademais, poderes de intervenção nos Estados e Municípios (artigos 3º e 6º).

O governo do General Médici, que assumiu após o afastamento médico de Costa e Silva, é considerado o mais repressivo do período militar, com a instauração de censura severa a todos os meios de comunicação e de expressão artística, o que resultou na investigação de diversos intelectuais e formadores de opinião, cuja consequência foi a aplicação de prisões, torturas, execuções e exílios dos quais muitos somente retornaram após o fim da ditadura militar.

Como resposta, algumas organizações partidárias de esquerda optaram pela luta armada como estratégia de enfrentamento do poder dos militares. Nasceram diferentes grupos guerrilheiros, compostos por estudantes em sua grande maioria, mas incluindo também antigos militantes comunistas, militares nacionalistas, sindicalistas, intelectuais e religiosos. Essas organizações político-militares adotaram táticas de assalto a bancos, sequestro de diplomatas estrangeiros para resgatar presos políticos, atentados a quartéis e outras modalidades de

enfrentamento, o que, por sua vez, também produziu inúmeras vítimas entre agentes dos órgãos de segurança e do Estado. (BRASIL, 2007, p.23).

Os alvos da ofensiva militar promovidos pelo Estado foram as organizações que atuavam nas grandes capitais, entre muitas se destacavam: Ação Libertadora Nacional (ALN), Movimento Revolucionário 8 de outubro (MR-8), Partido Comunista Brasileiro Revolucionário (PCBR), Ala Vermelha, Vanguarda Popular Revolucionária (VPR), Vanguarda Armada Revolucionária – Palmares (VAR - Palmares) etc.

O governo militar buscava eliminar quaisquer resistências que se opusessem ao seu modo de governar o Brasil, haja vista a eliminação física da quase totalidade do Comitê Central do Partido Comunista Brasileiro (PCB) em 1974 e 1975.

> Esse gigantesco aparelho repressivo chegou a atuar também fora do país. Em 1972, deixou sua marca na Bolívia, após o golpe que derrubou Juan José Torres; em 1973, no Chile e no Uruguai; e em 1976, na Argentina. Essa expansão tentacular foi relatada por vários exilados submetidos a interrogatórios por agentes brasileiros quando presos naqueles países. Os agentes brasileiros explicavam sua presença no exterior como parte de uma missão para treinar em técnicas de interrogatório e tortura seus colegas bolivianos, chilenos, argentinos e uruguaios. (BRASIL, SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. COMISSÃO ESPECIAL SOBRE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS, 2007, p.23).

Em março de 1974, Ernesto Geisel assumiu a Presidência da República e anunciou um plano de distensão paulatina, mas consistente. As rotinas de interrogatórios sangrentos e eliminação física não desapareceram com a mesma velocidade do discurso de abertura. No entanto, seu sucessor o general João Baptista Figueiredo empossou-se de um regime onde a repressão política era menos expressiva, embora ainda não fosse democrático.

Não se pode olvidar também que em tal período de ditadura fortaleceu-se a luta oposicionista que buscava a derrocada dos militares e a redemocratização do Brasil, com o resguardo dos direitos e garantias fundamentais, que naquele momento histórico haviam sucumbido frente ao fogo das armas e dos tanques das forças armadas, criadas originalmente para proteger o país, agora significavam instrumentos de opressão e terror.

A temática dos Direitos Humanos, que antes da ditadura era um elemento quase ausente na agenda política nacional, passou a representar um ponto de vulnerabilidade do regime. Acumularam-se e se tornaram cada vez mais confiáveis as denúncias sobre torturas relatadas pelos presos que sobreviveram. Cresceu o desgaste da imagem do Brasil no exterior e,

principalmente, a pressão que a hierarquia da Igreja Católica exerceu em torno do assunto. (BRASIL, 2007, p.28).

A Doutrina militar do Milagre Econômico, apesar de representar certo crescimento econômico, resultou desastrosa para as finanças do país, pois gerou o endividamento do Brasil frente ao mercado financeiro estrangeiro, principalmente com os Estados Unidos da América. (BRASIL, 2007, p.29).

O período militarista já não poderia mais se sustentar frente à revolta popular que se instaurou e nem mesmo as classes dominantes poderiam dar o suporte necessário à ditadura, fato este que resultou em sua derrocada e em 1978 foi revogado o AI-5 e reintroduzido o pluripartidarismo no Brasil.

> Nos últimos anos do governo militar, o Brasil apresenta vários problemas. A inflação é alta e a recessão também. Enquanto isso a oposição ganha terreno com o surgimento de novos partidos e com o fortalecimento dos sindicatos. Em 1984, políticos de oposição, artistas, jogadores de futebol e milhões de brasileiros participam do movimento das Diretas Já. O movimento era favorável à aprovação da Emenda Dante de Oliveira que garantiria eleições diretas para presidente naquele ano. Para a decepção do povo, a emenda não foi aprovada pela Câmara dos Deputados. (BRASIL, 2007, p.30).

Assim, no Colégio Eleitoral reunido no dia 15 de Janeiro de 1985 foi eleito indiretamente o governador de Minas Gerais, Tancredo Neves, pela Aliança Democrática, o novo Presidente da República. Tal fato marca o fim do Regime Militar e abre as portas para a redemocratização do país. Tancredo Neves faleceu antes de assumir o cargo e foi empossado o vice José Sarney.

No dia 05 de Outubro de 1988 é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, Carta que Ulisses Guimarães batizou como Constituição Cidadã, marcada pelo extenso rol de direitos e garantias fundamentais e sociais, que em grande parte ainda não se encontram concretizados.

Entretanto, a promulgação do novel texto constitucional não teve o condão de apagar as atrocidades praticadas pelo regime militar, seus governantes e todos aqueles envolvidos nas cadeias de comando que resultavam desaparecimentos, torturas e abusos contra os ditos subversivos da ordem social brasileira.

Necessária ainda que seja realizada a reconciliação do Estado brasileiro com essa página de sua História, assim como há um débito moral e jurídico a ser saldado em relação às vítimas do regime ditatorial.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E O RESGATE DAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

A fim de que se possa adentrar ao tema referente à Comissão da Verdade, os trabalhos que a precederam e a análise dos resultados até agora obtidos, é necessária uma análise sobre a relação entre o exercício do Poder Político e o respeito aos Direitos Humanos enquanto baliza para a atuação estatal.

É possível afirmar, nesse contexto, que os Direitos humanos podem ser analisados sob diferentes enfoques. De acordo com a ótica política de direitos humanos, a atuação estatal na formação e expressão jurídica de sua vontade somente será válida quando levar em conta os axiomas relativos ao respeito ao ser humano e aos valores a ele inerentes, salientando-se que tais valores encontram- se em posição anterior à produção jurídica estatal mesma.

> Pode-se falar de um conceito político ao se atribuir valor de um direito humano à formação jurídica efetiva da vontade do Estado. Aqui, valem os direitos humanos, porquanto eles constituem o direito estabelecido. (KLEMME, 2012. p.2)

Para além disso, os Direitos Humanos também possuem o viés político no sentido de que traduzem o fundamento para a limitação do Poder do Estado de forma que as violações a tais direitos por ação ou omissão estatal são passíveis de reparação, inclusive no plano internacional, através dos sistemas regionais e globais de proteção aos Direitos Humanos, já que a ideia de Democracia Moderna é calcada no respeito aos valores fundamentais da pessoa humana.

De outra banda, é possível ainda considerar os direitos humanos como barreira ou fator de impedimento para atuações estatais injustificadas ou injustificáveis, tal como ocorreu durante o período militar brasileiro, haja vista que até os dias atuais busca-se a reparação para as atrocidades cometidas.

Nas palavras de Rainer Forst (2010, p.718) direitos humanos são "direitos contra estruturas sociais e políticas injustificadas de dominação". Logo, a invocação do respeito aos direitos humanos geralmente se dá em contextos nos quais torna-se impossível justificar determinada ação estatal violadora de tais direitos.

A teoria do Direito à Justificação de Rainer Forst busca maior amplitude, no sentido de não se atrelar aos construtivismos moral ou político, já que para o mencionado autor uma simples "lista" de direitos humanos é insuficiente para abranger todas as necessidades do homem.

No caso das atrocidades praticadas durante o regime militar no Brasil, há que se ressaltar que as ações, embora emanadas do Poder do Estado e calcadas em comandos legais, não possuíam a legitimidade, uma vez que abolida durante aquele período a democracia e a representatividade dos parlamentares em relação ao povo.

Nesse sentido, os homens têm o direito fundamental à justificação, ou seja, de que pretensões colocadas diante deles, ou a eles negadas, sejam justificadas com argumentos suficientes aos critérios de reciprocidade e de universalidade (KLEMME, 2012, p. 03).

Dessa feita, resta evidente que o desrespeito aos direitos humanos é injustificável, já que atentatório à complementariedade que segundo Rainer Forst deve haver entre o elemento moral e o elemento político.

Nas palavras de Raphael Neves (2013, p.4), em análise da "Teoria do Direito à Justificação":

> Ambos os elementos – moral e político – são complementares. Forst argumenta que direitos morais são "direcionados à autoridade política e legal e têm de ser assegurados em uma forma legalmente obrigatória" (2010, p.736). Uma "estrutura básica de justificação", diz Forst, é uma estrutura política e legal que permite aos cidadãos deliberar e decidir sobre instituições sociais que são válidas para eles e oferece a interpretação e a realização de seus direitos.

No caso do governo ditatorial brasileiro, este desconsiderou por completo a vontade popular, empreendendo sistemática restrição de quaisquer formas de expressão que pudessem vir a ser consideradas contrárias ao regime de exceção.

Logo, o Estado deve agir precipuamente e possuindo como elemento norteador a garantia ao respeito aos direitos humanos em suas mais variadas formas, em determinados momentos exige-se do Estado que coíba atitudes dos particulares tendentes a violar direitos humanos, como também é plenamente exigível do Estado e suas instituições um agir direto no sentido de resguardar o mencionado grupo de direitos.

> É tarefa do Estado assegurar os direitos humanos e proteger os cidadãos de violações por atores privados, tais como grandes empresas, por exemplo. A omissão, seja porque o Estado decide não agir, ainda que tenha condições para isso, ou porque está muito debilitado, constitui proteção insuficiente dos direitos humanos, mesmo que tal violação não seja o trabalho do Estado, mas de outros agentes. Portanto, o Estado é o principal endereçado das reivindicações para proteger direitos, mesmo que não seja o único agente que possa violá-los (FORST, 2010, p.738).

Inadmissível a atuação estatal no sentido de ele próprio promover a aniquilação de direitos e garantias individuais, sobretudo aquelas que dizem respeito aos direitos individuais de proteção à vida, integridade física e psicológica, liberdade de pensamento e de expressão.

> As reivindicações por direitos humanos opõem-se fortemente a qualquer tipo de regra autoritária e, nesse sentido, podem ser dirigidas contra o Estado. Todavia, essas lutas podem também buscar a realização de tais direitos no Estado. (NEVES, 2013, p.5).

Não se pode esquecer também que determinados limites à atuação estatal, além dos direitos humanos, foram ignorados pelo governo militar, de forma que os mecanismos democráticos de controle recíproco entre as funções estatais executiva, legislativa e judiciária jamais foram aplicados durante aquele período histórico.

De modo que se vislumbra com maior clareza a ausência de justificação da atuação do regime militar, já que o mesmo controlava com mão de ferro os rumos aos quais o país era conduzido, menosprezando a vontade popular e a insatisfação generalizada que se avolumava frente aos desmandos e violações que o Estado promovia.

> Ou seja, o Estado é sempre chamado a agir de alguma forma. Não existe uma suposição de que seja possível assegurar direitos humanos sem algum tipo de institucionalização que passe pelos mecanismos conhecidos do Estado (direito, cortes, checks and balances etc.) (NEVES, 2013, p.5).

Importante ainda destacar que muitas das pessoas consideradas subversoras da ordem pública e ameaçadoras para o regime militar foram "caçadas" como verdadeiros inimigos públicos, capturadas e levadas aos porões da ditadura (as questões referentes à tortura e morte de pessoas serão abordadas nos capítulos seguintes) sem qualquer possibilidade de exercício do direito de defesa ou respeito ao devido processo legal, institutos que já existiam antes do Golpe Militar de 1964 acima referenciado.

No caso brasileiro, à luz a teoria do direito à justificação mostra-se indispensável a abertura dos arquivos do período ditatorial, com vistas a apurar responsabilidades e buscar, ainda que décadas depois, o paradeiro das vítimas até hoje não localizadas, a fim de que a sociedade brasileira hodierna e aquela contemporânea aos fatos criminosos praticados sob a égide do regime militar obtenham as respostas tão importantes para o desfecho desse capítulo da história brasileira.

A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E A LEI GERAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Com o findar da ditadura militar brasileira e a redemocratização do país, fez-se potencialmente necessário estabelecer um caminho que combinasse estratégias complementares de justiça capazes de promover a reconciliação, a paz nacional e a reparação dos traumas, crimes, guerras e truculências oriundas do sistema político repressivo. Convenciona-se denominar essa passagem do regime autoritário para um regime com respeito aos princípios e valores democráticos como Justiça de Transição (JT).

O tema "Verdade", em relação às violações de Direitos Humanos praticadas durante os regimes autoritários, faz parte do Direito Internacional Humanitário e conforme Rogério Gesta Leal (2012, p.27) constitui-se objeto de codificação específica, realizada no âmbito do Protocolo adicional aos Convênios de Genebra de 1949, sendo convertido em questão central de debates internacionais.

> Não se restringiu o tema da verdade ao desaparecimento forçado de pessoas, mas ampliou-se progressivamente para outras violações graves de Direitos Humanos e Fundamentais, como execuções de pessoas, tortura, sequestro, etc.). (LEAL, 2012, p. 26).

Importante destacar a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de reconhecer o direito à "Verdade", de forma a buscar o fomento da investigação pelos Estados das violações praticadas contra os Direitos Humanos e Fundamentais das vítimas.

> A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem historicamente reconhecido o direito dos familiares – ou de seus representantes – das vítimas de desaparecidos, mortos e sequestrados a saberem seus paradeiros, obtendo assim uma explicação dos fatos ocorridos. (LEAL, 2012, p. 27).

Partindo da constatação de que a aplicação das Comissões da Verdade é mecanismo inerente à condição existencial da Justiça de Transição, elas se constituíram ao redor do mundo desde o ano de 1974. Vale ressaltar que algumas tiveram nomes distintos.

A instituição da Comissão Nacional da Verdade no Brasil é fruto de condenação do Estado brasileiro imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Julgamento do Caso da Guerrilha do Araguaia.

> Nada obstante a aparência de atuação humanitária, a edição da Lei

> 12.528/2011 não decorreu da voluntariedade do Estado Brasileiro. Trata-se de uma determinação da Corte Interamericana de Direito Humanos - CIDH que, no julgamento do CASO GOMES LUND E OUTROS ("GUERRILHA DO ARAGUAIA") VS. BRASIL, condenou o Brasil a investigar os crimes praticados durante o período de ditadura (mortes, desaparecimentos, tortura, entre outros). A sentença da CIDH é de 24.11.10 e foi publicada em 14.12.10. (SCHULZE, 2013, p.02).

Através da Lei nº 12.528/2011, no Brasil foi criada a Comissão Nacional da Verdade, com o fito de esclarecer como se deram as graves violações dos Direitos Humanos experimentadas pela sociedade brasileira durante o Governo dos Militares, assim como a ampla divulgação de seus resultados a toda a sociedade civil, incentivando, ademais, políticas públicas no tocante à educação para a memória com o intuito precípuo de conscientizar a denominada "Cultura do Nunca Mais".

> Além do trabalho com a pesquisa, insumo principal do relatório final que será apresentado quando os trabalhos se encerrarem, a Comissão desde o princípio está convicta de que deve manter constante diálogo com a sociedade civil, com as comissões da verdade e comitês de memória verdade e justiça, muitos dos quais criados depois da constituição da CNV. Essas organizações têm a capacidade de aumentar o potencial dos resultados desse processo único de reconstituição da verdade no Brasil. Igualmente a CNV está articulada com instituições parceiras como, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil — OAB e a Associação Nacional de História — ANPUH. Essa relação inclui, de forma privilegiada, a promoção de audiências e outros eventos públicos, dando a vítimas e testemunhas a oportunidade de partilhar as terríveis experiências que viveram ou presenciaram sob a repressão. (FONTELES, 2013, p.04)

De acordo com a mencionada legislação, os principais objetivos da Comissão Nacional da Verdade são, resumidamente, esclarecer as circunstâncias, os locais, nos quais se deram as violações aos Direitos Humanos praticados por agentes públicos no interesse do Estado, assim como identificar ramificações no aparelho estatal das ações violadoras dos direitos das vítimas, além de determinar o paradeiro do maior número de vítimas possível, assim como promover a efetivação do direito à memória e à verdade histórica, através da assistência às vítimas e suas famílias.

> Após mais de 25 anos do início do processo de redemocratização – após o período de ditadura militar (1964-1985) –, restam não esclarecidos muitos casos de violações de direitos humanos e grande parte dos arquivos (públicos e privados) sobre o período ditatorial ainda são fechados para a população. Apenas recentemente, orientado por diretrizes

> internacionais e por demandas dos movimentos sociais, o Estado Brasileiro está se inserindo na discussão sobre a importância de medidas que promovam o reconhecimento histórico dos atos arbitrários cometidos pelo próprio Estado, no passado. É bastante simbólica, neste contexto, a criação da Comissão Nacional da Verdade. (Relatório da CNV, 2013, p.03)

Com a publicação da lei instituidora da CNV, o Brasil passa a acompanhar a tendência de outros países latino americanos que vivenciaram períodos ditatoriais e instituíram Comissões encarregadas de remover as areias do tempo e trazer ao conhecimento público a dimensão, ainda que aproximada, das violações aos direitos humanos praticadas.

Além disso, buscaram tais países da América Latina a reconciliação com sua história e a reparação de danos causados às vítimas sobreviventes e às famílias das pessoas vitimizadas e jamais encontradas vivas ou mortas.

> O Brasil passa a percorrer, desta forma, o caminho trilhado por outras nações vizinhas da América Latina, que instituíram comissões congêneres, como a exitosa experiência da Argentina, que documentou cerca de nove mil casos de desaparecimento, ou a iniciativa do Peru, cuja Comissão de Verdade e Reconciliação identificou 65 mil casos de mortos e desaparecidos. Ou ainda, a Comissão formada no Chile que, após nove meses de trabalho, apresentou um relatório o qual teve várias de suas recomendações postas em prática, entre elas, a criação de uma Corporação Nacional para Reparação e Reconciliação, responsável por estabelecer reparações financeiras e outras compensações às vítimas. (CALDAS, 2012, p.01).

A Comissão Nacional da Verdade, como o próprio nome sugere, visa à abertura dos arquivos sobre os fatos ocorridos durante o período ditatorial, no sentido de garantir à sociedade brasileira o amplo conhecimento acerca das atrocidades cometidas em nome do regime militar.

Ocorreu no Brasil, durante a transição para o regime democrático, a imposição de sigilo das informações relativas ao período ditatorial, ao que tudo indica com vistas à proteger os criminosos daquela época de eventuais processos e condenações pelos crimes contra a humanidade por eles praticados.

Dessa forma, a Comissão Nacional da Verdade no Brasil, embora instaurada de forma um tanto quanto tardia reflete o compromisso da democracia brasileira com o seu passado e com as vítimas de período tão sombrio.

A transitoriedade é característica das Comissões da Verdade, uma vez que instauradas com prazo certo de duração, que no caso brasileiro, de acordo com o artigo 11 da Lei

12.528/2011 é de dois anos.

> Art. 11. A Comissão Nacional da Verdade terá prazo de 2 (dois) anos, contado da data de sua instalação, para a conclusão dos trabalhos, devendo apresentar, ao final, relatório circunstanciado contendo as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e recomendações.

Ressalte-se ainda que de acordo com a mencionada legislação, a CNV não possui caráter jurisdicional ou persecutório, tratando-se de campo de atuação restrito à (re)descoberta de fatos atentatórios aos direitos humanos e seus autores.

> O principal objetivo das Comissões da Verdade é descobrir, esclarecer e reconhecer os abusos ocorridos no passado, dando voz às vítimas, e, quando isso não for possível pelo fato de estarem mortas ou desaparecidas, através de seus familiares. Somente entrevistando livremente os que foram submetidos a abusos e dando voz aos que permanecem em silêncio é que se poderá constituir a "história silenciada" do período. (OLIVEIRA, 2013, p.3).

Por outro lado, a Lei Geral de Acesso à informação, nº 12.627/2011, está em perfeita conexão com a criação da CNV e atua como forma de sua integração e também garantia aos cidadãos de que os dados referentes às suas descobertas não serão novamente escondidos do público interessado.

É evidente que hodiernamente, o Estado Democrático de Direito funda-se, entre outras bases, no acesso à informação pública, que deve ser disponibilizada a todos de forma clara e objetiva, ressalvando-se apenas aquelas informações cujo sigilo seja vital para os interesses do Estado, tais como as referentes à integridade do Estado e a segurança nacional.

O acesso à informação mostra-se como condição de possibilidade da própria democracia, haja vista que valores como Igualdade e Liberdade não podem ser plenamente exercidos senão em um contexto comunicativo.

> Alguns especialistas são mais incisivos nesta matéria e sustentam que os níveis de democracia da sociedade contemporânea dependem dos respectivos índices de difusão das informações em seu cotidiano, outorgando ao cidadão a possibilidade de conhecer o máximo de informações possíveis – sobre o espaço público e o privado – resguardados, por certo, os direitos fundamentais de cada qual. (LEAL, 2012, p. 41).

Embora não tenha sido criada com o fito único de servir de ferramenta para ampliar a divulgação dos fatos trazidos à tona pela CNV, a Lei de Acesso à Informação visa antes de tudo dar efetividade ao direito fundamental à informação, além de buscar, entre outros objetivos, propiciar o controle social sobre os atos da Administração Pública.

O momento para sua publicação foi bastante auspicioso, já que conjugado com a criação da CNV, comissão destinada a divulgar informações até então gravadas com o sigilo e marcadas pelo esquecimento forçado, patrocinado pela mídia e pelas manobras políticas típicas de Estados em fase de efetivação da recém readquirida democracia.

> Nesse sentido, um elemento essencial de conexão com a Comissão da Verdade é a Lei de Acesso à Informação, que permitirá que dados relacionados às violações de direitos humanos cometidas por agentes públicos – ocorridas no período que se pretende lançar luz – não se submetam a sigilo indeterminado. (CALDAS, 2013, p.3).

Além dos dados referentes à ditadura militar e as violações aos direitos humanos, a legislação acima referida trata da disponibilização de dados de forma bastante ampla, excluindo-se da divulgação apenas aquelas informações que estejam acobertadas por sigilo temporário em virtude da sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado.

> A nova Lei traz também outros elementos positivos como a definição de prazos curtos de resposta a pedidos de informação; a sua prestação gratuita, de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão; a previsão de acesso adequado aos deficientes; os recursos e as devidas responsabilizações administrativas quando da negativa inadmitida de informação; e, principalmente, a impossibilidade de se restringir acesso a informações que versem sobre condutas que impliquem violação aos direitos humanos, praticadas por agentes públicos ou a seu mando.(CALDAS, 2012,p.2).

Na versão brasileira da Comissão Nacional da Verdade, os trabalhos de pesquisa partiram de duas vertentes. Inicialmente, a perquirição acerca das circunstâncias internas e externas que culminaram com o Golpe de Estado de 1964 e as suas consequências no plano político, através a modificação da estrutura estatal que resultou em verdadeiro regime de exceção, ditatorial e extremamente autoritário.

Por outro lado, busca-se entender e dimensionar a gravidade das condutas violadoras dos direitos humanos, verdadeiros crimes de lesa-humanidade praticados por agentes públicos em nome e no interesse daqueles que comandavam o Estado brasileiro.

Das referidas pesquisas e trabalhos investigativos realizados pelos membros da Comissão Nacional da Verdade será lavrado, de acordo com o artigo 11 da Lei 12.528/2011, um relatório final, cujo conteúdo, além de apontar fatos violadores de direitos humanos e seus autores, também deverá apresentar recomendações acerca do modo como o Estado possa compensar as vítimas e suas famílias, bem como evitar que os fatos ocorridos no período militar não venham a repetir-se futuramente.

> A missão final das Comissões é a produção de um relatório final, o qual deverá constituir-se na posição oficial do Estado, sendo por ele assumido e proporcionando a sua mais ampla divulgação. Além de proporcionar à sociedade o conhecimento da verdade e detalhes sobre o regime autoritário que oprimiu e violou direitos e garantias fundamentais, no relatório as Comissões apresentam recomendações que visam aprimorar as instituições do Estado, principalmente aquelas que lidam com a segurança pública, e contribuir para uma política de não repetição. (OLIVEIRA, 2013, p.5).

Importante ainda a conjugação da Lei que cria a CNV e dá suas diretrizes com a Lei Geral de Acesso à Informação, no sentido de que será dada ampla divulgação à sociedade brasileira dos resultados, conclusões e recomendações oriundas dos trabalhos de pesquisa acima descritos.

> Pode-se dizer que, em conjunto com a Comissão Nacional da Verdade, a Lei de Acesso à Informação é um marco-alicerce para que seja atingida a transparência pública, a efetivação e promoção dos direitos humanos, além de, paralelamente, fortalecer-se o combate à corrupção, que deixou recentemente, no âmbito das Nações Unidas, de ser uma competência meramente policial e passou a ser tratado como um instrumento garantidor do direito das gentes. (CALDAS, 2013, p.2)

Segundo Gabriela Oliveira em trabalho monográfico sobre o tema:

> Outro ponto é a publicidade que deve ser dada ao relatório final: a partir dele, o Estado pode ser "compelido" tanto no âmbito externo como interno a tomar providências no sentido da efetivação das medidas de Justiça Transicional. Para isso, a contribuição do Direito Internacional, assim como da sociedade civil – que, tomando conhecimento do conteúdo do relatório, pode mobilizar-se fortemente e cobrar efetivas ações estatais – é fundamental. (OLIVEIRA, 2013, p.6).

Sobre o Relatório Final a ser apresentado pela Comissão Nacional da Verdade, interessante é o questionamento no sentido de que se deve ou não tornar público o nome das vítimas que puderam ser contabilizadas, assim como se é salutar a divulgação do nome dos autores das afrontas aos direitos humanos ou mesmo os locais onde tais crimes ocorreram.

Para que se dê efetividade ao contido no artigo 11 da Lei 12.528/11, parece que a resposta é afirmativa ao questionamento acima apresentado, já que todos os fatos examinados devem estar minuciosamente descritos no Relatório Final.

A ampla divulgação dos resultados obtidos é de suma importância e, em certa medida, constitui a razão de ser da CNV, já que o que se encontra em jogo, além de eventuais punições aos criminosos do regime militar, é o resgate das memórias do período ditatorial a fim de se evitar qualquer espécie de amnésia histórica nos brasileiros.

> Penso que o segredo e o silêncio da Administração Pública sobre tais assuntos tem contribuído em muito para provocar uma amnésia irresponsável em nível de cidadania, como se a passagem do tempo tivesse o condão de apagar da vida das pessoas os vestígios indeléveis que causaram em vidas humanas e, com isto, autorizar o esquecimento e o desconhecimento. (LEAL, 2012, p.50).

Portanto, a Comissão Nacional da Verdade é um instrumento de resgate da memória brasileira e forma de lembrar a população sobre seu passado, com vistas a transformar o presente e garantir que o autoritarismo e a tirania jamais manchem novamente a história nacional.

DOS RESULTADOS DIVULGADOS PELA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE.

De acordo com os artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 12.528/11, a estrutura da Comissão Nacional da Verdade (CNV) abarca três principais eixos de trabalho: pesquisa, articulação com a sociedade e comunicação.

Com relação ao primeiro eixo de trabalho, sua função precípua é o levantamento de informações, quer por pesquisa documental quer por tomada de depoimentos, acerca dos fatos e circunstâncias das graves violações de direitos fundamentais durante o período de 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988 e as cadeias de comando.

Na busca de arquivos secretos, a pesquisa documental, como um dos resultados dessa atividade, identificou aproximadamente 250 estruturas de informações instaladas pelo Serviço Nacional de Informações em Ministérios, Autarquias, Fundações, Universidades e Empresas

Públicas. A investigação empreendida inclui arquivos privados como os jornais de época e acervos no exterior. Destacam-se dentre as 16 milhões de páginas de documentos sob a guarda do Arquivo Nacional, os mais de 1.100 rolos de microfilme, sendo 400 da extinta Divisão de Informações da Petrobras e 700 da também extinta Coordenação Geral de Segurança da Polícia Civil de Minas Gerais e o chamado "Relatório Figueiredo" (CNV, 2013).

No tocante à tomada de depoimentos, os documentos revelam indícios, mas esses são lacunosos. Os testemunhos orais, portanto, são utilizados como fonte para esclarecer os casos e reconstruir a história. Por meio de uma variedade de estratégias e formulários chamados Ficha de Testemunho foram coletados 268 depoimentos, sendo: 37 de agentes e colaboradores do regime, 24 de vítimas militares e 207 de vítimas civis e testemunhas (CNV, 2013).

Atualmente, as linhas de pesquisa são empregadas por 13 grupos de trabalho (GT) a fim de assegurar celeridade e eficácia ao processo. Cada qual dedica-se a um tema relacionado às graves violações ocorridas na época.

A Comissão Nacional da Verdade apresentou seu Balanço de Atividades "A violência sustentada pela legalidade autoritária e o uso combinado de mecanismos de destruição física e psicológica por parte de agentes do Estado".

Dentre as graves violações de Direitos Humanos abominam-se: as operações Pente Fino e Arrastão que prenderam cerca de 50 mil pessoas só no ano de 1964 e chacinas, expulsões das terras ou transferências para áreas de tribos inimigas, contaminação, torturas contra pelo menos 17 populações indígenas.

No relatório apresentado em 21 de maio de 2013 pela professora da UFMG e assessora da CNV, Heloísa Starling, encontram-se informações parciais de pesquisa no que diz respeito ao mapa dos centros de detenção e tortura no Brasil (1964-1965) e à tipologia dos modos de tortura.

Da distribuição dos centros: 02 na Bahia, 06 em Pernambuco, 01 em Goiás, 02 no Rio Grande do Sul, 05 em Minas Gerais, 04 em São Paulo e 16 no Rio de Janeiro. Quanto aos modos de tortura: pau de arara, afogamento, banho chinês, choques elétricos, churrasquinho, geladeira, soro da verdade, telefone e torturas psicológicas.

Foi apurada ainda a existência de centros clandestinos de detenção e tortura, cuja criação e manutenção estava sob a direta intervenção do regime militar, que utilizava-se de tais centros clandestinos para imprimir maior celeridade à obtenção de resultados no combate aos inimigos do regime militar.

> O principal resultado da pesquisa: a criação e o funcionamento regular dos centros clandestinos foi resultado de política definida pelas FFAA. Os centros identificados estavam diretamente vinculados aos comandos dos órgãos de inteligência e repressão do Exército (Centro de Informações do Exército/CIE) e da Marinha (Centro de Informações da Marinha/CENIMAR), bem como aos organismos mistos de natureza militar e policial os Centros de Operação e Defesa Interna (CODI) e Destacamentos de Operação Interna (DOI). Todos esses órgãos encontram-se vinculados diretamente aos gabinetes dos Ministros do Exército, Marinha e Aeronáutica. Nem estruturas autônomas ou subterrâneas, nem produto da ação de milícias ou grupos paramilitares; pela natureza dos vínculos de comando, abrangência geográfica e atuação regular, os centros clandestinos eram parte integrante da estrutura de inteligência e repressão do regime militar e obedeciam ao comando das FFAA. (Relatório Preliminar de Pesquisa – Centros Clandestinos de Violação de Direitos Humanos – CNV, 2014, p. 2).

O referido relatório preliminar apresenta ainda as razões pelas quais os centros clandestinos foram criados, apontando para o fato de que apesar de haver instaurada a ditadura militar, o regime ainda encontrava-se limitado por uma espécie de legalidade da exceção que previa alguns direitos e garantias processuais àquelas pessoas acusadas de atentarem contra o regime.

Dessa maneira, havia a necessidade de violação da própria legalidade ostentada pelos militares e a criação de centros "clandestinos" para a tortura e assassinato de pessoas.

> A criação de centros clandestinos de violação de direitos como órgãos da estrutura do aparato de inteligência e repressão do regime militar, é consequência dos procedimentos utilizados pelo Estado para violar a matriz institucional instaurada pela legalidade de exceção. A necessidade de violar sua própria legalidade surge nas circunstâncias em que o Estado não julga suficiente, não considera adequado ou não consegue adaptar, de maneira avaliada pelos militares como satisfatória, a abrangência, a intenção e a intensidade do uso da repressão contra opositores políticos. (Relatório Preliminar de Pesquisa – Centros Clandestinos de Violação de Direitos Humanos – CNV, 2014, p. 5).

Revelou-se que imediatamente após o sucesso no Golpe de 1964, já havia uma listagem com os nomes das pessoas inicialmente visadas pelo regime militar.

Para que as suas detenções fossem bem sucedidas realizaram-se manobras de detenção em massa, bloqueios de ruas, buscas domiciliares, operações de Arrastão e Pente-Fino.

> Ressaltamos ainda a identificação de prisões em massa, em navios presídio: "Raul Soares", "Almirante Alexandrino", "Custódio de Mello". Calcula-se que cerca de 600 pessoas estiveram presas nos dois primeiros

> navios, em sua maioria sargentos e lideranças sindicais. Sem contar outros centros de detenção, como o Complexo Esportivo Caio Martins (Icaraí, Niterói); Maracanã e a Praça de Esportes Macaé (Estado do Rio de Janeiro). (CNV, 2013, p. 13).

Os trabalhos da CNV até o presente momento revelaram ainda que sequer os indígenas escaparam ao terror promovido pelos generais governantes no Brasil, sendo vítimas de chacinas, expulsões de terras ou transferências para as tribos rivais e inclusive a manutenção de um presídio específico para índios (CNV, 2013).

A CNV busca ainda promover, entre outras medidas que se encontram em fase de delineamento, a retificação de assentos de óbito das vítimas de violência e tortura, a fim de que se faça constar como causa das mortes as lesões recebidas enquanto prisioneiro das forças militares.

> A revisão de atestados de óbito é outra atividade que vem sendo desenvolvida. Caso exemplar é o sucesso obtido por via judicial na retificação do atestado de óbito de Vladimir Herzog, e que expressamente foram registradas como causa mortis as torturas e sevícias praticadas nas dependências do II Exército. (CNV, 2013).

No que tange ao segundo eixo de atuação, vinculado à articulação com a sociedade, a CNV reconhece a importância crucial dessa interação, haja vista que realizou até o momento 71 audiências públicas em 15 Estados da Federação (Goiás, Distrito Federal, Rio de Janeiro, Pará, Pernambuco, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul, São Paulo, Paraíba, Espírito Santo, Santa Catarina, Maranhão, Tocantins e Mato Grosso do Sul) com objetivo de coletar informações acerca das práticas do regime ditatorial. (CNV – Audiências Públicas, 2014, p.1).

Por intermédio do terceiro e último eixo de trabalho, qual seja a publicidade dos resultados obtidos, a CNV publicou em 21 de maio de 2013 o Balanço de Atividades de 1 ano, além de publicar em seu sítio eletrônico Relatórios Parciais elaborados pelos Grupos de Trabalho.

Ademais, ela promove parceria com diversos órgãos do governo, por exemplo: Ministério da Justiça (MJ), Ministério da Educação (MEC), Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), Ministério das Relações Exteriores (MRE) e, dentre os órgãos da Presidência da República, a Casa Civil e a Secretaria Geral, a Secretaria de Direitos Humanos (SDH), a

Secretaria de Comunicação Social (Secom) e a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) no intuito de viabilizar o acesso à informação.

Nesse mesmo sentido, iniciou-se um projeto de digitalização dos documentos e, em cooperação com a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP) e com o Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT), intenta-se um grande Repositório Institucional, isto é, uma Biblioteca Digital da CNV em proveito da sociedade.

Não se pode perder de vista que a Comissão Nacional da Verdade atua de forma sistêmica e baseada em organogramas que refletem a cadeia de comando do período do regime militar, de forma a buscar os responsáveis e a medida de sua responsabilidade pelas afrontas aos direitos humanos ocorridas naquele lapso de tempo da História brasileira.

> É de fundamental importância identificar e detalhar as formas de atuação dos grupos, instituições e pessoas que, de forma coordenada e sob o regime de 64, utilizaram de violência ilegal ou ilegítima para reprimir a dissidência política ou a resistência armada. Para tal, foi, em primeiro lugar, feito um esboço de organograma que reflete a estrutura de repressão nacional. (CNV, 2013, p.17).

Para tanto, faz-se necessária a detalhada pesquisa documental nos acervos dos Arquivos Públicos de Brasília e de São Paulo. Além disso, é indispensável a entrevista com militares e vítimas para que se possa traçar um quadro claro da forma de funcionamento do regime militar.

> A pesquisa específica sobre o Estado Ditatorial Militar visa a esclarecer a montagem e a dinâmica de funcionamento da estrutura responsável pela elaboração e execução da Política de Segurança Nacional, razão de ser de sua existência. (CNV, 2013, p.17).

Na medida em que são obtidos os resultados das pesquisas, estes são publicados eletronicamente na forma de relatórios parciais. Além disso, são realizadas audiências públicas em todo o território nacional para a apresentação e explicação dos resultados trazidos pelas pesquisas documentais e tomadas de depoimentos.

Nesse sentido, destaca-se a apresentação no ano de 2014 de informações acerca de temas como: Quadro parcial das instalações administrativamente afetadas ou que estiveram administrativamente afetas às forças armadas e que foram utilizadas para perpetração de graves violações de direitos humanos; O Caso Rubens Paiva; A Casa da Morte de Petrópolis; Centros Clandestinos de Violação de Direitos Humanos; O caso Juscelino Kubitschek; O caso Riocentro:

terrorismo de Estado contra a população brasileira; entre outros.

Tendo em vista a enorme gama de aspectos a serem analisados pela Comissão, as pesquisas também encontram-se voltadas para a forma como o Estado Autoritário brasileiro manobrava o Direito para dar ares de legalidade à sua atuação criminosa, bem como investiga o papel das igrejas, associações sindicais e como seus membros também tornaram-se presas do regime ditatorial.

CONCLUSÃO

A Comissão Nacional da Verdade apresenta-se como instrumento chave da chamada Justiça de Transição que marca as transformações do passado recente brasileiro, com a redemocratização do país após longo período sob a égide da ditadura militar e o autoritarismo levado ao seu extremo.

Embora sua criação tenha partido muito mais de imposição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Gomes Lund e Outros VS Brasil (Caso Guerrilha do Araguaia), seus esforços tem revelado quais as práticas cruéis e quais os mandantes e em muitos casos os executores das violações de Direitos Humanos.

A publicação dos resultados obtidos pelas pesquisas da Comissão Nacional da Verdade, assim como a possibilidade de amplo acesso à informação são importantes para que a memória nacional jamais se perca e para que o conhecimento acerca dos horrores da ditadura militar impeça novo período autoritário no Brasil.

Os relatórios parciais apresentados até o presente momento, assim como as dezenas de audiências públicas realizadas apontam para uma cadeia de comando que se alastra por todos os escalões da hierarquia administrativa pátria, além de comprovar as técnicas de repressão utilizadas com enorme violência pelos opressores.

Não obstante, ainda há dados a serem coletados e pessoas a serem ouvidas, fato este que denota ainda a existência de vasto material a ser pesquisado no intuito de buscar a revelação daquilo que mais próximo seja da verdade dos eventos ocorridos durante a ditadura militar.

Logo, a Justiça de Transição e a reconciliação do Estado brasileiro com o seu passado passam necessariamente pela Comissão da Verdade, com vistas à minoração dos danos causados às vítimas e às suas famílias e eventual punição dos agentes do Estado responsáveis pela prática das graves violações de Direitos Humanos ocorridas a partir de 1964.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** São Paulo: Boitempo, 2004.

ANTONIO, Gustavo Miranda. **Os objetivos da comissão nacional da verdade: a busca pela verdade e a promoção da reconciliação nacional.** Disponível em: < http://direitogv.fgv.br/publicacoes/objetivos-comissao-nacional-verdade-busca-pela-verdade-promocao-reconciliacao-nacional>. Acesso em 27 de maio de 2013.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política.** Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. Lei 12.528 de 18 de Novembro de 2011. **Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm>. Acesso em 27 de maio de 2013.

. Ato Institucional nº 1 de 09 de Abril de 1964. **Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em 27 de abril de 2014.

CALDAS, Roberto de Figueredo. **Acesso à informação trará à luz crimes escamoteados.** Disponível em < http://www.aer.adv.br/detalha_noticia.php?cod=5310> Acesso em 28 de maio de 2013.

Comissão Nacional da Verdade. **Balanço de Atividades – 1 Ano de Atividades.** Disponível em <http://www.cnv.gov.br> Acesso em 27 de maio de 2013.

. Relatórios Parciais de Pesquisa. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/index.php/relatorios-parciais-de-pesquisa. Acesso em 05 de Setembro de 2014.

FONTELES, Cláudio. **Balanço de atividades da CNV.** Disponível em: < http://www.rcdh.ufes.br/sites/default/files/balanco_cnv_1_ano.pdf> Acesso em 30 de janeiro de 2014.

FORST, R. **Praktische Vernunft und rechtfertigende Gründe. Zur Begründung der Moral**. In: GOSEPATH, Stefan (Org.). Motive, Gründe, Zwecke. Theorien praktischer Rationalität. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999a.

Instituto de Ensinos de Religião. **I Relatório Semestral de Acompanhamento da Comissão Nacional da Verdade – Maio a Novembro de 2012.** Disponível em: < http://www.iser.org.br/site/imprensa/relatorio-acompanhamento-comissao-nacional-verdade>. Acesso em 27 de maio de 2013.

KLEMME, Hainer F. **Direito à justificação – dever de justificação: reflexões Sobre um modus de fundamentação dos direitos humanos.** Disponível em: <

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732012000200010>. Acesso em 26 de junho de 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartidas: morte, tortura, sequestro e desaparecimentos de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Raphael. **Uma Comissão da Verdade no Brasil? Desafios e Perspectivas para Integrar Democracia e Direitos Humanos.** Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452012000200006&script=sci_arttext>Acesso em 27 de maio de 2013, 21H30min.

OLIVEIRA, Gabriela Goergen de. **Comissão Nacional da Verdade: A busca pela concretização da Justiça de Transição no Brasil.** Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/gabriela_oliveira.pdf >. Acesso em 27 de maio de 2013, 21H02min.

SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 A 1985).** 2009. 249 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica - Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão) - da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, Jacarezinho, 2009.

SCHULZE, Clenio Jair. **Anistia, Araguaia, CIDH e Comissão da Verdade.** Disponível em: < http://jus.com.br/artigos/21551/anistia-araguaia-cidh-e-comissao-da-verdade#ixzz2qEigr5bF>. Acesso em Acesso em 12 de dezembro de 2013.

A LEI Nº 8.213/91 E A PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA

Flademir Jeronimo Belinati MARTINS[3]

RESUMO
O presente artigo realizou estudo sobre a pensão por morte presumida, prevista nos arts. 74 a 78 da Lei nº 8213/91. A fim de se delimitar e se diferenciar a declaração de morte presumida para fins previdenciários, da ausência para fins civis, na qual também se presume a morte, realizou-se algumas considerações sobre as nuances do instituto da ausência previsto no Código Civil (Lei nº 10.406/02). Ocorre que a lei previdenciária, embora se baseie em conceitos oriundos da lei civil, dá a estes conceitos civis contornos próprios, razão pela qual buscou-se demonstrar que a Lei nº 8.213/91, na verdade, trata de duas hipóteses de pensão por morte presumida. A primeira hipótese vem disciplinada no caput do art. 78 da Lei nº 8.213/91 e refere-se à situação de quem desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia, representante ou procurador, situação esta que também caracteriza o instituto da ausência previsto no Código Civil (arts 22 a 39 do CC). A segunda vem disciplinada no § 1º do art. 78 da Lei nº 8.213/91 e diz respeito ao desaparecimento em virtude de acidente, desastre ou catástrofe.

PALAVRAS-CHAVES: Seguridade Social. Lei nº 8.213/91. Pensão. Morte Presumida.

ABSTRACT
This article conducted a study on the pension by presumed death, provided for in articles 74 to 78 of the Brazilian Federal Law nº. 8.213/91. In order to define and differentiate the declaration of presumed death for social security purposes from the one related to the absence for civilian purposes, in which the presumption of death also appears, some considerations about the nuances of the institute of absence provided for in the Civil Code (Law nº. 10.406/02) have been made. It occurs that the social security law, although based on concepts of the civil law, gives these latter own contours; this is the reason why this article seeks to demonstrate that the Law nº 8.213/91 actually deals with two hypothesis of presumed death pension. The first has been disciplined in the head provision of article 78 and refers to the situation of the person who disappears from his domicile, with neither further news, nor representative or solicitor, which also characterizes the institute of absence provided for in the Civil Code (articles 22 to 39). The second comes disciplined in § 1 of article 78 and is related to the disappearance as a result of an accident, disaster or catastrophe.

KEYWORDS: Social Security. Law nº 8.213/91. Pension. Presumed Death.

INTRODUÇÃO

[3] Estudante de Pós-graduação - Instituição Toledo de Ensino de Bauru.

A Pensão por Morte, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), se encontra atualmente prevista nos arts. 74 a 79 da Lei 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social – PBPS).

Trata-se de "*benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido – a chamada família previdenciária – no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade do segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos a minimizar, a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes*".

A Lei nº 8.213/91 veio atender o comando do art. 201, V, da Constituição Federal, que determina expressamente que:

> "*A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:*
> *(...)*
> *V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º*".

A remissão ao § 2º estabelece que nenhum benefício previdenciário que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado, inclusive a pensão por morte, poderá ter valor mensal inferior ao salário-mínimo.

Questão pouco debatida na doutrina, embora enfrentada com certa regularidade no dia a dia da jurisdição previdenciária, diz respeito à concessão de pensão por morte presumida.

Muitas vezes, em função da burocracia do órgão previdenciário (INSS) e do desconhecimento das nuances deste instituto (pensão por morte presumida), os dependentes do segurado acabam amargando longos meses (e até mesmo anos) até a concessão administrativa ou judicial do benefício.

Este artigo se propõe, em poucas linhas, a partir de uma visão prática, a contribuir para a discussão e debate do tema. Contudo, antes de analisarmos o instituto e sua configuração na Lei nº 8.213/91, convém se realizar algumas considerações sobre as nuances do instituto da ausência previsto no Código Civil (Lei nº 10.406/02), a fim de se delimitar e se diferenciar a declaração de morte presumida para fins previdenciários, da ausência para fins civis, na qual também se presume a morte.

OS INSTITUTOS DA AUSÊNCIA E MORTE PRESUMIDA NO CÓDIGO CIVIL

Embora o atual Código Civil não trabalhe expressamente com a noção de morte presumida referido diploma legal estabelece normas sobre a ausência (art. 22 a 39). A ausência é instituto tradicional do direito civil, destinado, primordialmente, a tutelar o patrimônio do ausente, em benefício próprio e de seus sucessores.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, quando uma pessoa desaparece o direito se preocupa, inicialmente, mais com os interesses dela do que de terceiros. Todavia, caso continue desaparecida, em atenção aos direitos de terceiros, a lei autoriza a presunção de morte de morte do desaparecido, para que se proceda à solução das pendências obrigacionais e à transmissão de seus bens a sucessores.

Nos termos da lei, o desaparecimento de uma pessoa desencadeia, em geral, três etapas sucessivas: curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva. Para que se considere desaparecida uma pessoa não basta seu afastamento, ainda que prolongado, do lugar em que reside. È necessário que se tenha perdido totalmente as notícias sobre ela. No âmbito civil, além do desaparecimento, a declaração de ausência exige também que o desaparecido não tenha deixado representante ou procurador. Não exige a lei a procura do desaparecido e nem prazo mínimo para a caracterização do desaparecimento.

Pois bem. Convencido o juiz de que alguém se encontra ausente poderá, então, declarar sua ausência, cuja primeira conseqüência será a arrecadação de seus bens e a nomeação de um curador. Transcorrido um ano da arrecadação, os interessados legais podem requerer ao juiz a abertura da sucessão que inicialmente terá caráter provisório. Se a pessoa desaparecida deixou representante também pode ser requerida a abertura da sucessão provisória após três anos, ocasião em que o juiz também declarará a ausência do desaparecido.

O próximo passo será a abertura da sucessão definitiva, que se dará após dez anos da abertura da sucessão provisória. Se o desaparecido tiver mais de 80 (oitenta) anos e há pelo menos cinco não se tiver notícia dele, poderá ser aberta a sucessão definitiva independentemente de prévia abertura da sucessão provisória. A abertura da sucessão definitiva importa em presunção de morte do ausente ou desaparecido.

Maria Helena Diniz sublinha que para a abertura da ação declaratória de ausência não há necessidade de que o desaparecido tenha bens, bastando apenas que haja interesse pecuniário na declaração de ausência. A autora lembra que em caso de ausência não há propriamente

incapacidade por ausência, "*mas tão-somente a necessidade de proteger o desaparecido com relação a sua impossibilidade material de cuidar de seus bens e interesses e à impraticabilidade jurídica de se conciliar o abandono domiciliar com a conservação dos direitos*".

Verifica-se, portanto, que o Código Civil não trata em nenhum momento da pensão por morte presumida daquele que se encontra desaparecido e tampouco esclarece eventuais efeitos que a declaração de ausência no juízo civil possa ter em relação à concessão ou não do benefício previdenciário. Tal observação é importante para que a seguir se possa delinear os contornos da pensão por morte presumida prevista na Lei nº 8.213/91.

Ocorre que a declaração judicial de ausência para fins previdenciários (art. 78 da Lei nº 8.213/91) não produz os mesmos efeitos jurídicos que a declaração de ausência do Código Civil. Embora sejam institutos similares, as declarações de ausência para fins civis e previdenciários não se confundem, justamente em razão das diferentes conseqüências jurídicas que produzem.

Enquanto a declaração de ausência para fins civis busca primordialmente tutelar os bens do ausente, a declaração judicial de ausência para fins previdenciárias, estabelece presunção relativa da morte do segurado, mas volta-se à concessão de pensão por morte, em duas diferentes hipóteses que serão vistas a seguir; uma das quais (art. 78, caput, da Lei nº 8.213/91) coincide exatamente com o conceito de ausência do art. 22 do CC.

Importante notar que parte da doutrina diferencia, com acerto, a ausência da morte presumida. De fato, a ausência não se confunde com a morte presumida, pois na ausência não há certeza da morte do segurado, ou seja, na ausência a pessoa desaparece sem que se saiba se está viva ou morta. Já na situação de morte presumida, dada a situação especialíssima do desaparecimento, há certeza da morte, ainda que não tenha sido encontrado o cadáver.

É por esta razão que no procedimento de declaração de ausência para fins civis a presunção de morte do ausente só se estabelece com a abertura da sucessão definitiva. Assim, o ausente é considerado vivo pelo prazo de 10 anos depois do trânsito em julgado da sentença que concede a abertura da sucessão provisória.

Lembre-se que o Código Civil admite a declaração de morte presumida sem prévia decretação de ausência do desaparecido, quando as circunstâncias do desaparecimento gerem uma certeza relativa da morte (art. 7º do CC). A sentença declaratória de morte presumida, tal qual a sentença declaratória de ausência, deve ser registrada no Registro Civil das Pessoas Naturais (art. 9º, inciso IV, do CC), para que gere efeitos *erga omnes*.

Maria Helena Diniz lembra que a declaração judicial de morte presumida, sem

decretação de ausência, só é admitida pelo Código Civil em casos excepcionais, e apenas após esgotadas as buscas e averiguações, a fim de viabilizar o registro de óbito e resolver problemas jurídicos decorrentes do desaparecimento, inclusive os relacionados à sucessão *causa mortis*.

Além disso, os juízes podem admitir justificação para assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágios, inundações, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando não for possível encontrar o cadáver (art. 88 da Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/73).

Na linha do que já foi dito, fica evidente que na concessão da pensão por morte presumida, eventual declaração de ausência tem caráter incidental, não sendo o objeto principal do pedido administrativo ou judicial, o qual se volta, como já se disse, para a concessão da pensão por morte.

Assim, tanto nas hipóteses em que o Juiz apenas reconhece a presunção de morte por conta de ausência (art 78, caput, da Lei nº 8.213/91), remetendo ao INSS a concessão do benefício, quanto nas hipóteses em que o Juiz concede a própria pensão por morte (art. 78, caput e § 1º, da Lei nº 8.213/91), a declaração de ausência é incidental à concessão da pensão.

Embora o conceito de ausência a ser utilizado seja um só, os prazos para pleitear cada uma das declarações é distinto. Enquanto no Código Civil não há prazo definido, mas se exige a certeza do desaparecimento, na Lei nº 8.213/91 o prazo previsto para fins previdenciários é de no mínimo 6 meses de ausência, em caso de concessão da pensão por morte com base no art. 78, caput, da Lei nº 8.213/91.

Nada obsta, contudo, que se faça prova emprestada do pedido civil de ausência para comprovação do desaparecimento do segurado também para fins previdenciários, o que se verá oportunamente.

A PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA NA LEI Nº 8.213/91

A Lei nº 8.213/91 disciplina a pensão por morte presumida nos seguintes termos:

> "*Art. 74 A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:*
>
> *(...)*
>
> *III – da decisão judicial, no caso de morte presumida (inciso acrescentado pela Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997.*
>
> *(...)*".

O artigo foi alterado para deixar claramente registrado o momento inicial a partir do qual a pensão por morte produz efeitos financeiros. A Lei nº 8.213/91 estabelece, ainda, em seu art. 78 que:

> "*Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória na forma desta Subseção.*
> *§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em conseqüência de acidente, desastre ou catástrofre, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.*
> *§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé*".

Por sua vez, o Decreto 3.408/99 estabelece em seu art. 112 que poderá ser concedida pensão por morte presumida, em caráter provisório, mediante sentença declaratória de ausência, expedida por autoridade judiciária, a contar da data de sua emissão (art. 112, I, do Decreto 3.048/99); ou, em caso de desaparecimento do segurado por motivo de catástrofe, acidente ou desastre, a contar da data da ocorrência, mediante prova hábil (art. 112, II, do Decreto 3.048/99).

A referência à morte presumida se justifica em razão da falta de certeza do óbito, ou por ainda não ter sido encontrado, ou por ainda não ter sido identificado o cadáver. Esta última hipótese (não identificação) se apresenta cada vez mais rara, em face dos avanços da medicina legal, especialmente com a modernização e barateamento das técnicas de identificação genética. Ocorre que tais técnicas ainda não estão disponíveis no âmbito do sistema de segurança pública de vários Estados da Federação. E mesmo naqueles onde há serviços de genética forense o processo de identificação pode ser extremamente demorado, em razão tanto de dificuldades logísticas, quanto de dificuldades burocráticas.

Uma vez identificado o cadáver, com a expedição do atestado de óbito, a regra a ser aplicada é a regra geral da concessão de pensão por morte. Não sendo localizado ou estando em fase de identificação do cadáver, a concessão se baseará nas regras da pensão por morte presumida.

A doutrina costuma referir que há duas hipóteses de pensão por morte presumida. Tecnicamente, apenas na hipótese em que o segurado desapareceu em virtude de acidente, desastre ou catástrofe é que haveria verdadeira morte presumida (§ 1º do art. 78 da Lei nº 8.213/91). Na outra hipótese, em que o segurado desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia,

representante ou procurador, não há propriamente presunção imediata de morte (caput do art. 78 da Lei nº 8.213/91).

Exatamente por isto que a lei previdenciária estabelece um prazo mínimo de seis meses de ausência para que a declaração judicial presuma a morte do segurado para fins previdenciários (art. 78, caput, da Lei 8.213/91), pois se fossemos adotar os prazos do Código Civil esta presunção de morte só ocorreria 10 (dez) anos após o trânsito em julgado da sentença que concede a abertura da sucessão provisória (ou cinco anos a contar das últimas notícias do ausente, quando este contar oitenta anos de idade).

Ocorre que a lei previdenciária, embora se baseie em conceitos oriundos da lei civil, dá a estes conceitos civis contornos próprios, não havendo qualquer impropriedade em se admitir que a Lei nº 8.213/91 trata, na verdade, de duas hipóteses de pensão por morte presumida.

Dessa forma, entendemos que o art. 78 alberga duas hipóteses de pensão de morte presumida, pois mesmo quando há necessidade de prévia declaração judicial de ausência, esta visa à concessão administrativa da pensão por morte presumida. Veremos a seguir quais são estas hipóteses.

A primeira hipótese vem disciplinada no caput do art. 78 da Lei nº 8.213/91 e refere-se à situação de quem desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia, representante ou procurador, situação esta que também caracteriza o instituto da ausência previsto no Código Civil (arts 22 a 39 do CC).

A segunda vem disciplinada no § 1º do art. 78 da Lei nº 8.213/91 e diz respeito ao desaparecimento em virtude de acidente, desastre ou catástrofe. Embora parecidas as hipóteses são distintas, conforme veremos a seguir.

A PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA NO CASO DE AUSÊNCIA DO SEGURADO

Na hipótese do caput do art. 78 da Lei nº 8.213/91, embora desaparecido o segurado, tal desaparecimento não é decorrente de acidente, desastre ou catástrofe. De fato, nesta hipótese ou não se sabe o motivo do desaparecimento do segurado ou ele é decorrente de evento de outra natureza. Podemos citar como exemplo o desaparecimento – principalmente nas grandes cidades brasileiras – de pessoas que saem para trabalhar ou estudar e não mais são vistas; provavelmente por terem sido vítimas da crescente violência, por terem sido vítimas do trânsito ou por outro motivo qualquer não identificado na ocasião do desaparecimento.

Outro exemplo, infelizmente comum, é o dos caminhoneiros vítimas de assaltos e

sequestros, que desaparecem sem deixar rastros. Ainda se pode mencionar a situação de garimpeiros e de trabalhadores rurais que se mudam em busca de trabalho em época de safra, muitas vezes perdendo totalmente o contato com as respectivas famílias, e desaparecem sem deixar qualquer notícia.

Muitas outras situações, entretanto, podem autorizar a concessão da pensão por morte presumida em caso de desaparecimento. Neste caso, embora a prova do desaparecimento possa ser até mesmo oral, a juntada do boletim de ocorrência narrando as circunstâncias do desaparecimento do segurado parece ser providência recomendável.

Observe-se que na hipótese do caput do art. 78 da Lei nº 8.213/91, não existe certeza da morte, mas esta passa a ser presumida em função da ausência prolongada do segurado, permitindo-se à família o recebimento provisório de pensão por morte mediante decisão judicial prévia que declara a presunção de morte para fins previdenciários em decorrência da ausência prolongada (de no mínimo seis meses).

Apesar do Decreto 3.048/99, em seu artigo 112, referir-se a declaração judicial de ausência, na verdade o que manifestação judicial declara é a presunção de morte para fins previdenciários, em decorrência da ausência prolongada de no mínimo seis meses, e não somente a ausência. A leitura atenta do art. 78, caput, da Lei nº 8.213/91 é justamente neste sentido. O juízo prolata sentença declaratória de morte presumida para fins previdenciários, reconhecendo que a ausência do segurado há mais de seis meses é suficiente para se presumir a morte e apta a gerar pensão por morte.

Na hipótese do caput a pensão é devida somente a contar da decisão judicial, em razão de que, nos termos da lei, somente a autoridade judiciária competente estará apta a verificar se o conjunto probatório justifica que a ausência do segurado, por mais de 6 meses, gere a presunção de morte para fins previdenciários. Conforme já mencionado, exige-se um prazo mínimo de 6 meses de ausência do segurado para que a declaração judicial de morte presumida surta efeito.

Depreende-se da análise dos termos legais que, além dos requisitos gerais da pensão por morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do caput do art. 78 da Lei nº 8.213/91, exige três requisitos específicos: a) a prova do desaparecimento do segurado por conta de evento diverso de acidente, desastre ou catástrofe; b) a prova de que o segurado desapareceu há pelo menos 6 (seis) meses e c) a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários.

Não há a necessidade de que os dependentes do segurado apresentem atestado de óbito

juntamente com o pedido de declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários (com o fim de obter pensão por morte presumida), pois a ausência do segurado só permitirá a emissão do atestado de óbito com a abertura da sucessão definitiva (arts. 6º e 9º, inciso IV, c/c art. 26, todos do CC), o que pode levar vários anos.

A PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA NO CASO DE DESAPARECIMENTO DO SEGURADO EM VIRTUDE DE ACIDENTE, DESASTRE OU CATÁSTROFE

Na hipótese do § 1º do art. 78 da Lei nº 8.213/91, o desaparecimento se dá em virtude de acidente, desastre ou catástrofe. Sabe-se que o desaparecido foi (ou muito provavelmente pode ter sido) vítima de acidente, desastre ou catástrofe, presumindo-se, assim, a sua morte. A Lei estabelece presunção relativa, em favor dos dependentes do segurado, de que ele veio a óbito em decorrência dos eventos mencionados.

È o caso, por exemplo, de vítimas de naufrágio, desabamentos, acidentes aéreos, terremotos ou maremotos. Provado o envolvimento do segurado desaparecido nestes eventos concede-se a pensão por morte independentemente de declaração judicial e de prazo, pois se presume que o segurado veio a óbito em decorrência dos eventos mencionados.

Na hipótese em comento, mesmo sem a apresentação do atestado de óbito poderá ser concedida imediatamente a pensão por morte presumida pelo próprio INSS. Caberá aos beneficiários da pensão, entretanto, providenciar o atestado definitivo de óbito, averbando este junto à autarquia previdenciária para fins de controle e regularização da pensão concedida.

Nesses casos o INSS exige que quem recebe a pensão por morte apresente, de seis em seis meses, documento da autoridade competente sobre o andamento do processo de declaração de morte presumida (ou justificação para assento de óbito), até que seja apresentada a certidão de óbito. Tal documento pode ser simples certidão de objeto e pé do feito em questão. A exigência busca evitar fraudes e principalmente que, uma vez recebida a pensão provisória por morte presumida, o segurado abandone a ação de declaração de morte presumida (ou justificação para assento de óbito).

A concessão exige, portanto, a prova do evento (acidente, desastre ou catástrofe) e de que o segurado tenha desaparecido por conta dele (evento). A prova do evento se apresenta mais fácil, podendo até mesmo ser feita por meio de notícia jornalística. Já a prova de envolvimento do segurado no evento pode ser feita das mais diversas formas, até mesmo mediante prova testemunhal, sendo recomendável a apresentação de boletim de ocorrência narrando as

circunstâncias do desaparecimento do segurado, pois assim haverá maior segurança de que o segurado realmente desapareceu por conta do evento (acidente, desastre ou catástrofe).

Nesse caso (art. 78, § 1º, da Lei 8.213/91), o requerimento de pensão pode (e deve) ser dirigido diretamente ao INSS, não necessitando de declaração judicial prévia. Por óbvio, se o INSS negar a concessão, caberá aos dependentes do segurado recorrerem na própria esfera administrativa ou optarem pela via judicial. Observe-se, portanto, que como a concessão, nos termos do art. 78, § 1º, da Lei nº 8.213/91, pode ser administrativa, não há necessidade do segurado procurar o judiciário, salvo em caso de recusa administrativa à concessão do benefício.

Como não se exige declaração judicial, a data do início do benefício será ou a data do óbito ou a data do requerimento, nos termos do que dispõe o art. 74, I e II, da Lei nº 8.213/91.

Assim, depreende-se da análise dos termos legais que, além dos requisitos gerais da pensão por morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do art. 78, § 1º, da Lei nº 8.213/91, exige dois requisitos específicos: a) a prova do evento (acidente, desastre ou catástrofe) e b) a prova de que o segurado tenha desaparecido por conta dele (evento).

A PROVISORIEDADE DA PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA

Nas duas hipóteses de pensão por morte presumida previstas no art. 78 da Lei nº 8.213/91 a pensão será concedida de forma provisória, sendo que "*verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé"* (Art. 78, § 2º, da Lei 8.213/91).

A Lei fala em pensão provisória em razão de que, tanto na hipótese de ausência do segurado, quanto na hipótese do desaparecimento ser decorrente acidente, desastre ou catástrofe, não há comprovação definitiva da morte.

Na hipótese do § 1º do art. 78 da Lei nº 8.213/91, sem prejuízo do andamento do pedido de pensão, deverá ser providenciado pelos beneficiários o atestado de óbito do segurado, mediante ação declaratória de morte presumida ou o mediante justificação para assento de óbito, na forma do art. 88 da Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/73.

Já na hipótese do caput do art. 78, da Lei nº 8.213/91, a expedição do atestado de óbito fica condicionada à abertura da sucessão definitiva, conforme já mencionado.

Importante observar que em ambas as hipóteses, tanto no caput, quanto no § 1º, do art. 78, da Lei nº 8.213/91, pode acontecer que os restos mortais do segurado nunca sejam recuperados, não constituindo óbice à percepção da pensão tal situação.

Contudo, uma vez recuperados os restos mortais do segurado, e havendo identificação positiva deste, deverá ser expedido atestado definitivo de óbito (ou averbada a identificação no assento já expedido), o qual deverá ser levado ao INSS para fins de regularização, com o que a pensão por morte presumida se converterá em pensão comum, em face da certeza do óbito e da identificação do segurado falecido.

A circunstância de ter sido expedido atestado de óbito não impede a cessação da pensão em caso de reaparecimento do segurado. De fato, tanto na esfera previdenciária, quanto na esfera civil, a presunção de morte cede em face da realidade. Em caso de reaparecimento do segurado deverá ser providenciado o cancelamento do registro de óbito.

Havendo certeza de que o segurado reapareceu, entendemos que o INSS passa a ter direito a cessar imediatamente o benefício, independentemente de intimação dos beneficiários para apresentar defesa escrita. A certeza de reaparecimento do segurado pode ser evidenciada das mais diversas formas: mediante localização do segurado no bojo do inquérito policial que investigava o seu desaparecimento; mediante apresentação espontânea do segurado junto ao INSS ou junto ao juízo da ausência ou morte presumida; por meio de notícias de jornais e etc.

Mas a nosso ver, a cessação imediata da pensão, sem intimação dos beneficiários para a apresentação de defesa, só é possível quando houver certeza absoluta do reaparecimento do segurado. Assim, não basta que o reaparecimento seja verossímel, há necessidade de que haja certeza do reaparecimento do segurado para a cessação imediata do benefício.

Caso haja fortes indícios de que o segurado reapareceu, mas não haja certeza absoluta disto, deverá o INSS primeiro investigar as circunstâncias do suposto reaparecimento e, mesmo concluindo pela verossimilhança reaparecimento, intimar os beneficiários para a apresentação de defesa escrita no prazo regulamentar, para somente então firmar o convencimento administrativo e cessar o benefício de forma fundamentada.

A dúvida quanto ao real reaparecimento ou não do segurado, embora improvável, pode surgir em hipóteses de homonímia ou mesmo de preenchimento incorreto de guias (como a GFIP e a RAIS) pelas empresas. Nessas hipóteses, como já se disse, caberá ao INSS primeiro investigar as circunstâncias do suposto reaparecimento, devendo cessar o benefício somente se firmar seu convencimento administrativo no sentido do reaparecimento do segurado, garantindo-se, previamente, aos beneficiários ampla defesa.

Por fim, provado o reaparecimento do segurado e cessado o benefício, importante lembrar que a devolução dos valores recebidos pelos dependentes só deverá ocorrer em caso de

comprovada má-fé destes.

Lembre-se que a boa-fé se presume. E que a má-fé que justifica a devolução de valores é a dos dependentes e não a do segurado. Assim, se o segurado desapareceu de má-fé, mas seus dependentes não sabiam disto, não há falar em devolução de valores recebidos pelos dependentes.

ALGUMAS QUESTÕES PRÁTICAS

CASO O DESAPARECIMENTO NÃO SEJA EM FUNÇÃO DE ACIDENTE, DESASTRE OU CATÁSTROFE O BENEFICIÁRIO PODE REQUERER A PENSÃO DIRETAMENTE JUNTO AO INSS?

A resposta, a nosso ver, seria sim. Mas infelizmente não é o que diz a letra da lei.

Com efeito, na prática administrativa o INSS não defere o pedido de pensão por morte presumida na forma do art. 78, caput, da Lei nº 8.213/91, se ele vier desacompanhado de declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários. Qualquer tentativa administrativa neste sentido (requerimento sem a declaração judicial) será negada e o segurado orientado a procurar o Judiciário, com o fito de obter sentença declaratória de ausência para fins previdenciários (art. 78, caput, da Lei nº 8.213/91 c/c art. 112, I, do Decreto 3.048/99).

Ocorre que prevalecendo este entendimento, na prática, a Lei nº 8.213/91 está condicionando o pedido administrativo a uma declaração judicial, o que não parece ser a melhor solução para a situação de desespero que os beneficiários enfrentam quando buscam obter a pensão.

Além disso, não faz sentido obter uma declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários para somente então poder formalizar o pedido administrativo de pensão por morte presumida. Teria andado melhor a Lei se permitisse ao próprio INSS a análise do pedido de benefício independentemente de declaração judicial.

Não foi este, todavia, o modelo adotado pela Lei nº 8.213/91. A princípio, portanto, o beneficiário deve requerer a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, para só então, de posse desta declaração judicial, formalizar o pedido de pensão por morte presumida junto ao INSS.

Assim, em que pese opinião pessoal em sentido contrário, já ressalvada, quando o segurado desaparece por outro motivo que não acidente, desastre ou catástrofe, o beneficiário deve primeiro pleitear a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários (na qual também se reconhecerá a ausência por mais de 6 meses) para só então formular o pedido de

benefício (pensão por morte presumida) junto ao INSS.

Na prática, contudo, o que se verifica é que invariavelmente o beneficiário não se limita a apenas pleitear a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, já se voltando também para a concessão da própria pensão por morte presumida. Da mesma forma, o INSS não se limita a contestar apenas o pedido declaratório, mas se volta também contra a própria concessão da pensão.

Tal situação, a nosso ver, permite ao magistrado o integral conhecimento da demanda, com prolação de sentença condenatória de concessão do próprio benefício, pois uma vez contestada a pretensão de concessão de pensão por morte presumida acaba surgindo o interesse de agir dos beneficiários.

Embora em regra se deva exigir o prévio requerimento administrativo do benefício, sob pena de indeferimento da inicial por falta de interesse de agir, a hipótese de concessão de pensão por morte presumida – dada suas peculiaridades e nuances – é uma das poucas situações que autoriza o prosseguimento da ação sem prévio requerimento administrativo.

QUAIS OS LIMITES DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE MORTE PRESUMIDA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS? E DA AÇÃO DE CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA NA HIPÓTESE DO ART. 78, CAPUT, DA LEI Nº 8.213/91?

A ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários, na forma do art. 78, caput, da Lei nº 8.213/91, deveria ser proposta pelos beneficiários com o objetivo de obter simples declaração judicial para fins de instrução do pedido administrativo de pensão por morte presumida do segurado, tal qual exigido pela Lei de Benefícios e pelo Decreto 3.048/99.

A ação, portanto, deveria apenas narrar os fatos relacionados ao desaparecimento do segurado, declinar eventuais provas a serem produzidas e formular pedido de julgamento declaratório, respeitando, por óbvio, os demais requisitos de toda petição inicial.

Recomenda-se que todas as provas do desaparecimento - porventura já existentes -, como boletim de ocorrência, notícias de jornal e etc., sejam juntadas já no momento da distribuição da inicial. A prova oral poderá ser dispensada se os depoimentos constantes do boletim de ocorrência e/ou os demais documentos juntados forem suficientes para confirmar o desaparecimento.

Como a lei condiciona a concessão administrativa a uma declaração judicial prévia, nesta ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários (na qual também se reconhecerá a ausência por mais de 6 meses) não se deveriam discutir os demais requisitos para a concessão

da pensão: como a qualidade de segurado ou a de dependente. Tais requisitos, contudo, serão devidamente analisados pelo INSS quando da análise do pedido administrativo.

Na prática, contudo, conforme já mencionamos, o beneficiário não se limita a pedir apenas a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, já se voltando também para a concessão da própria pensão por morte presumida. Ou porque desconhece as nuances do instituto; ou porque já sabe de antemão que haverá questionamento administrativo do cumprimento dos requisitos gerais para a concessão da pensão (qualidade de segurado e de dependente); ou mesmo porque entende desnecessário o requerimento administrativo.

E o INSS, por outro lado, na prática também se adianta ao pedido administrativo de benefício e contesta o cumprimento dos demais requisitos para a concessão, quando deveria se limitar à análise das provas do desaparecimento do segurado, bem como se a hipótese é ou não de declaração de morte presumida para fins previdenciários, na forma do art. 78, caput, da Lei nº 8.213/91.

Isto significa que a ação que deveria ser meramente declaratória acaba sendo também condenatória (visando à própria concessão da pensão por morte presumida), de tal forma que a própria declaração de morte presumida, em função de ausência há mais de 6 meses, acaba sendo meramente incidental à própria concessão da pensão por morte presumida.

Embora sejamos adeptos da necessidade de prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário, sob pena de falta de interesse de agir por parte do autor, dadas as nuances da pensão por morte presumida, nos parece que a hipótese – independentemente do INSS contestar ou não o mérito da concessão – é das poucas que autoriza a propositura de ação visando a concessão do benefício sem o prévio requerimento administrativo.

De fato, a simples declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários não constitui garantia alguma de que o INSS irá conceder o benefício na esfera administrativa. Ao contrário, de posse desta declaração os dependentes terão que protocolar requerimento administrativo, no qual o INSS irá verificar se o desaparecido tinha ou não qualidade de segurado; se os requerentes tinham ou não a qualidade de dependente e etc.

Pense-se na hipótese em que o desaparecimento do segurado tenha ocorrido no período de graça; na hipótese em que haja dúvida quanto a data do efetivo desaparecimento do segurado – com repercussões sobre a qualidade de segurado deste – ; na hipótese em que haja dúvida sobre qual o período de graça a ser aplicável; na hipótese em que o dependente e o segurado vivessem em união estável; ou mesmo em qualquer outra hipótese de dúvida quanto a qualidade de

segurado, e já se terá uma idéia das dificuldades em obter o benefício na esfera administrativa.

Ora, mesmo a Lei determinando que a pensão é devida desde a data da declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, como esta se limita a apreciar se o desaparecimento ocorreu a mais de 6 meses e se este – desaparecimento – é ou não apto a gerar presunção de morte para fins previdenciários, o deferimento administrativo do benefício não é garantido. Lembre-se que o INSS irá verificar se estão preenchidos os demais requisitos para a concessão da pensão.

Destarte, além da demora normal na obtenção do benefício, decorrente da solução legal adotada pelo art. 78, caput, da Lei 8.213/91 (que condiciona a concessão administrativa do benefício a uma declaração judicial prévia), o dependente – em caso de indeferimento do pedido junto ao INSS – terá ainda que se sujeitar a nova ação judicial para ter seu direito garantido.

Durante este verdadeiro périplo administrativo e judicial podem se passar vários anos, o que agrava a situação de desespero dos familiares do desaparecido; dada a natureza alimentar e substitutiva da pensão por morte.

Assim, dadas as nuances da pensão por morte presumida, reiteramos entendimento pessoal no sentido de que a hipótese é das poucas que autoriza a propositura de ação visando a concessão do benefício sem o prévio requerimento administrativo.

QUEM É A AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE PARA A DECLARAÇÃO JUDICIAL DE AUSÊNCIA PREVISTA NO ART. 78, CAPUT, DA LEI Nº 8.213/91?

No começo o E. STJ entendia que a competência para tal declaração era da Justiça Comum Estadual, passando posteriormente a fixar como competente a Justiça Federal. Atualmente está consolidado na jurisprudência o entendimento de que a competência para a declaração judicial é realmente da Justiça Federal, já que, no fim, se busca benefício previdenciário que será concedido por autarquia federal. Confira-se a jurisprudência:

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUÍZO DE DIREITO. AÇÃO EM QUE SE DEDUZ PRETENSÃO A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DA MORTE PRESUMIDA DO CÔNJUGE DA AUTORA PARA O ÚNICO FIM DE OBTENÇÃO DE PENSÃO POR MORTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 78, CAPUT, DA LEI N. 8.213/91. 1. Tendo o pedido de reconhecimento de morte presumida o único propósito de percepção de pensão por morte (ex. vi do art. 78 da Lei n. 8.213/91), cabe à Justiça Federal o processamento e julgamento da lide. Precedentes: CC 121.033/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Data da

> Publicação 3/8/2012; CC 112.937/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Data da Publicação 03/12/2010. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Parnaíba, para julgamento da lide. (STJ. CC 201303269290. Primeira Seção. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJE 29/10/2013)

Ocorre que a tese no sentido de que a declaração judicial de ausência para fins previdenciários deve ser formulada no âmbito da Justiça Federal pode acabar conduzindo a uma falsa impressão de que resta afastada a possibilidade dos beneficiários se utilizarem da faculdade prevista no § 3º do art. 109 da Constituição Federal.

Tal entendimento – no sentido que referida declaração judicial deve ser requerida somente no âmbito da Justiça Federal – parece-nos por tudo equivocado. A Constituição Federal, em seu §3º do art. 109, não faz qualquer ressalva. Não caberia ao intérprete realizar distinção por conta própria.

A nosso ver, nada impede que os beneficiários do segurado, nas cidades nas quais não haja Vara da Justiça Federal, realizem o pedido de declaração de morte presumida para fins previdenciários na própria Justiça Estadual, utilizando-se da faculdade conferida no art 109, § 3º. Mas se na cidade houver Vara da Justiça Federal, conforme já dissemos anteriormente, a competência será desta (Justiça Federal).

Não obstante, para evitar discussões sobre competência que poderiam atrasar ainda mais o andamento da ação, causando prejuízos aos beneficiários, parece-nos melhor que a ação declaratória de morte presumida seja proposta diretamente na Subseção da Justiça Federal com competência territorial para o conhecimento da ação.

Não obstante, se no âmbito da mesma Subseção houver JEF (Juizado Especial Federal) e Vara Federal Civil com Competência Previdenciária, a competência para a declaração judicial será do JEF, pois a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários não gera efeitos financeiros pretéritos e tem natureza meramente declaratória.

Ainda que a renda mensal inicial do futuro benefício fosse fixada no teto, não se pode utilizar as parcelas vincendas para a fixação estimativa do valor da causa, em razão de que o INSS, mesmo após a declaração judicial, ainda irá analisar se o benefício é devido ou não. Assim, tratando-se de mera declaração, o valor da causa é meramente estimativo, fixando-se assim a competência absoluta do JEF nas Subseções em que haja juizado.

QUEM É A AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE PARA A AÇÃO DE

CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA PREVISTA NO ART. 78 DA LEI Nº 8.213/91?

Inicialmente é preciso esclarecer que nesta hipótese não se está tratando da ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários (a qual irá instruir o pedido administrativo de pensão por morte presumida), mas sim da ação previdenciária de natureza condenatória que visa à concessão da própria pensão por morte presumida.

Pois bem. A ação de concessão de pensão por morte presumida pode ser proposta pelos dependentes do segurado após o INSS indeferir o benefício na via administrativa (tanto na hipótese do caput, do art. 78, quanto na hipótese do § 1º, do art. 78), ou diretamente, sem prévio requerimento administrativo, na hipótese do art. 78, caput, da Lei nº 8.213/91, nos termos do nosso entendimento já exposto.

Observe-se que para hipótese de concessão de pensão por morte presumida com base no § 1º do art. 78 da Lei 8.213/91 entendemos que se faz necessário o prévio requerimento administrativo, sob pena de falta de interesse de agir.

Não obstante, como na hipótese de propositura de ação de concessão de pensão por morte presumida a declaração judicial de morte presumida será incidental ao pedido principal de concessão de benefício de pensão por morte, não há falar em competência absoluta da Justiça Federal nas comarcas onde não haja Justiça Federal. Assim, perfeitamente aplicável a faculdade prevista no art. 109, § 3º, da CF

Sempre lembrando que nas cidades onde há Justiça Federal não há a faculdade prevista na competência delegada do art. 109, § 3º, da CF, se houver JEF no âmbito da própria Subseção este terá competência absoluta, nos termos do que diz a Lei Nº 10.509/2001. Nesse caso, a competência (se do JEF ou da Vara Federal Civil com competência previdenciária) deverá ser analisada de acordo com as regras usuais do valor da causa nos JEFs.

E SE HOUVER A PROPOSITURA DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE AUSÊNCIA (E/OU AÇÃO DECLARATÓRIA DE MORTE PRESUMIDA) COM BASE NO CÓDIGO CIVIL, NA JUSTIÇA ESTADUAL, EM CIDADE COM SEDE DE SUBSEÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL, MAS COM O FIM EXCLUSIVO DE OBTER EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS?

Muitas vezes acontece do Advogado do beneficiário, mesmo nas cidades onde há Justiça Federal, ingressar na Justiça Estadual com pedido de ausência (ou de morte presumida) com base nas disposições do Código Civil, quando na verdade busca apenas a declaração de morte presumida para fins previdenciários.

O erro na propositura costuma ficar evidente já na análise da inicial, pois esta não costuma narrar a existência de bens do desaparecido e, além disso, formula pedido de citação do INSS.

Ocorre que às vezes, até que a Justiça Estadual verifique a sua incompetência (em razão de se tratar de simples declaração de morte presumida para fins previdenciários), lá se vão vários meses (ou até mesmo anos), com o que o prejuízo dos beneficiários acaba sendo imenso.

Nessa hipótese, constatado que o pedido de ausência (ou declaração de morte presumida) visa apenas à concessão de benefício previdenciário, nada obsta que o Juiz Estadual decline imediatamente de sua competência para o Juiz Federal, cabendo a este, se for o caso, determinar a emenda à inicial para adequar os fundamentos legais do pedido aos fatos.

Uma vez recebido o feito pelo Juiz Federal, e sendo evidente que o pedido se dirige apenas a obtenção de declaração de morte presumida para fins previdenciários, entendemos ser possível também que no próprio despacho de recebimento do feito declinado o juízo delimite os termos do pedido que irá julgar.

E SE HOUVER A PROPOSITURA DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE AUSÊNCIA (E/OU AÇÃO DECLARATÓRIA DE MORTE PRESUMIDA) COM BASE NO CÓDIGO CIVIL, NA JUSTIÇA ESTADUAL, EM CIDADE SEM SEDE DE SUBSEÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL, COM O FIM EXCLUSIVO DE OBTER EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS?

A hipótese é diversa da anterior, pois se trata de cidade que não é sede de Subseção da Justiça Federal. Nessa hipótese, o Juízo Estadual tem competência delegada para conhecer de ações previdenciárias, na forma do art. 109, §º 3, da CF, nos termos das razões que já expusemos no item 4.3.

Ora, como entendemos que o Juízo Estadual também é competente para conhecer da ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários, a questão é de fácil solução, pois tão logo o Juiz Estadual constate o pedido é voltado somente para fins de obtenção de benefício previdenciário bastará determinar a emenda da inicial, na forma do CPC, promovendo a posterior citação do INSS, se ainda não houver sido citado.

Mas para aqueles que não admitem a competência da Justiça Estadual nesta hipótese, haverá necessidade de se declinar a competência para a Subseção da Justiça Federal com jurisdição sobre a localidade. Nesse caso, a declinação de competência pode (e deve) ser feita de ofício e de forma mais célere possível, a fim de evitar mais prejuízos aos dependentes do segurado.

QUAL A NATUREZA DO PRAZO DE 6 (SEIS) MESES PREVISTO NO ART. 78 DA LEI Nº 8.213/91?

Outra questão interessante diz respeito ao prazo para formular o pedido de declaração de morte presumida para fins previdenciários, bem como qual sua natureza.

É bom registrar que o prazo de 6 (seis) meses previsto no artigo 78 é fixado para a concessão do benefício e não para a propositura da ação visando obter declaração de morte presumida para fins previdenciários.

Lembrando novamente que apesar da Lei previdenciária se valer de conceitos civis, lhes dá contornos próprios, cabe-nos analisar qual a natureza de tal prazo. Importante referir que a natureza jurídica do prazo de 6 (seis) meses repercute diretamente na possibilidade de se pleitear ou não a declaração de morte presumida antes do transcurso de referido prazo.

Numa leitura preliminar, parece-nos que o prazo de 6 (seis) meses, trata-se, na verdade, de requisito especial, de natureza temporal, sem o implemento do qual não se poderá conceder a pensão por morte presumida prevista no art. 78, caput, da Lei n 8.213/91.

Não se pode compreender que o prazo de 6 (seis) meses pudesse caracterizar uma condição suspensiva, ainda que anômala, pois o direito – em tese – ao recebimento da pensão por morte presumida não surge automaticamente com o desaparecimento do segurado, mas sim com a presunção de morte decorrente da ausência prolongada (há mais de seis meses).

Tampouco se pode entender que tal prazo seja de prescrição aquisitiva, pois o direito à pensão por morte presumida em caso de ausência do segurado há mais de 6 (seis) meses não surge com o simples transcurso do prazo, já que ainda se faz necessária a declaração judicial de morte presumida.

De fato, parece-nos que o prazo de 6 (seis) meses de ausência tem o condão de gerar o direito à pretensão de declaração de morte presumida para fins previdenciários e não o direito ao próprio benefício. Com isso tem-se que referido prazo realmente é simples requisito especial, de natureza temporal, para a concessão da pensão por morte presumida, posto que esta exige a declaração judicial de morte presumida, a qual, por sua vez, só poderá ser exarada se o segurado estiver desaparecido há mais de seis meses.

O problema, contudo, é que para a concessão do benefício a Lei exige que além da ausência há mais de 6 (seis) meses, haja declaração judicial de morte presumida para fins

previdenciários, o que poderia levar a uma demora injustificada na concessão do benefício.

Mas referido prazo deve ser observado apenas para a emissão da declaração de morte presumida para fins previdenciários, não sendo exigível para a propositura da ação declaratória respectiva.

Entendimento em contrário acabaria por penalizar os beneficiários da pensão por morte presumida que teriam que aguardar 6 (seis) meses para ingressar com o pedido judicial de declaração de morte presumida e, além disso, só teriam direito à pensão a partir da data declaração judicial (o que poderia levar mais alguns meses; no mínimo).

Assim, nada impede que uma vez desaparecido o segurado, imediatamente após (sem que se aguarde o prazo de 6 meses) se formule o pedido de declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários; até mesmo porque muitas vezes a ação pode demorar mais do que este prazo.

Parece-nos, contudo, que o juízo, deverá aguardar o transcurso do prazo de 6 (seis) para prolatar a declaração de morte presumida, já que é este prazo que faz surgir o direito à declaração. De posse da declaração de morte presumida, os beneficiários da pensão poderão se dirigir ao INSS para requerer o benefício.

É POSSÍVEL A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA DECLARAÇÃO DE MORTE PRESUMIDA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS VISANDO À CONCESSÃO DA PENSÃO PREVISTA NO ART. 78, CAPUT, DA LEI Nº 8.213/91?

Em princípio, presentes os requisitos do art. 273 do CPC a antecipação de tutela será sempre possível, independentemente da natureza da ação previdenciária; se declaratória ou condenatória.

Assim, mesmo quando se tratar de simples declaração de morte presumida para fins previdenciários, uma vez presentes os requisitos do art. 273 do CPC, o juízo poderá antecipar a tutela, que mesmo sendo de natureza declaratória e provisória poderá ser utilizada para instruir o pedido administrativo de pensão por morte presumida diretamente junto ao INSS.

Por isso a correta instrução do feito judicial com todas as provas do desaparecimento do segurado é essencial. Caso já tenha sido formulado pedido de ausência ou de morte presumida para fins civis, na justiça estadual, recomenda-se que os documentos constantes desta ação sejam utilizados como prova emprestada para conferir maior celeridade à apreciação do pedido.

Nessa linha de pensamento, caso o segurado, quando da antecipação de tutela, já se encontre ausente há mais de 6 (seis) meses, a data de início do benefício (DIB) deverá ser fixada

pelo INSS na data da antecipação de tutela, sendo desnecessário que se aguarde a prolação da sentença e muito menos o trânsito em julgado desta para a fixação da DIB.

Isto significa dizer que o INSS, havendo antecipação de tutela, não poderá fixar a DIB em momento posterior ao da antecipação (como a data da prolação da sentença ou do trânsito em julgado). Não será possível, contudo, retroagir a DIB para data anterior à da declaração judicial de morte presumida prolatada pelo Juízo Federal em sede de antecipação de tutela.

Por fim, registre-se que na hipótese da ação visar à própria concessão da pensão por morte (sem que tenha havido prévio requerimento administrativo), e não apenas a declaração de morte presumida, com mais razão ainda será possível a antecipação de tutela, se presentes os requisitos do art. 273 do CPC. Mas neste caso, como a declaração judicial de morte presumida é pré-condição para a concessão da pensão, permanece a necessidade de que a DIB da pensão seja fixada (neste caso pelo juízo) na data da antecipação de tutela (desde que a ausência do segurado seja superior a 6 meses).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pode observar, a pensão por morte presumida prevista na Lei nº 8.213/91 tem nuances e contornos próprios que a diferenciam das demais hipóteses de pensão por morte.

Tais peculiaridades levam à necessidade de que o estudo do instituto seja realizado de forma individualizado, inclusive com a análise dos conceitos civis utilizados pela lei previdenciária.

Pelo que se pode observar, embora a lei previdenciária se baseie em conceitos oriundos da lei civil, dá a estes conceitos civis contornos próprios, não havendo qualquer impropriedade em se admitir que a Lei nº 8.213/91 trata de duas hipóteses de pensão por morte presumida.

A primeira hipótese vem disciplinada no caput do art. 78 da Lei nº 8.213/91 e refere-se à situação de quem desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia, representante ou procurador, situação esta que também caracteriza o instituto da ausência previsto no Código Civil (arts 22 a 39 do CC). Nesse caso, além dos requisitos gerais da pensão por morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do caput do art. 78 da Lei nº 8.213/91, exige três requisitos específicos: a) a prova do desaparecimento do segurado por conta de evento diverso de acidente, desastre ou catástrofe; b) a prova de que o segurado desapareceu há pelo menos 6 (seis) meses e c) a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários.

A segunda hipótese vem disciplinada no § 1º do art. 78 e diz respeito ao desaparecimento

em virtude de acidente, desastre ou catástrofe. Nesse caso, além dos requisitos gerais da pensão por morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do art. 78, § 1º, da Lei nº 8.213/91, exige dois requisitos específicos: a) a prova do evento (acidente, desastre ou catástrofe) e b) a prova de que o segurado tenha desaparecido por conta dele (evento).

Diversas questões práticas relacionadas ao instituto nos permitem concluir que o estudo individualizado do tema é essencial para evitar que os beneficiários da pensão sejam prejudicados por conta de seu próprio desconhecimento e por conta do desconhecimento que os operadores do direito tem sobre as peculiaridades da pensão por morte presumida prevista na Lei nº 8.213/91.

REFERÊNCIA

COIMBRA, J. R. Feijó. ***Direito Previdenciário Brasileiro*****.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & CORREIA, Érica Paula Barcha Correia**.** ***Seguridade Social*****.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. ***Curso de Direito Civil***. Volume 1. São Paulo: Sarava, 2003.

DA ROCHA, Daniel Machado & BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. ***Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*****.** 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DA ROCHA, Daniel Machado e SAVARIS, José Antônio, Coordenadores. ***Curso de Especialização em Direito Previdenciário*****.** Volumes 1 e 2. Curitiba: Juruá, 2008.

DINIZ, Maria Helena. ***Código Civil Anotado***. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOS SANTOS, Marisa Ferreira. ***Direito Previdenciário Esquematizado***. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. ***Registros Públicos***. 2ª edição. São Paulo: Método, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. ***A Seguridade Social na Constituição Federal***. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1992.

_____. ***Curso de Direito Previdenciário***. 4ª edição. São Paulo: LTR, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. ***Direito da Seguridade Social*****.** 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SAVARIS, José Antonio. ***Direito Processual Previdenciário***. Curitiba: Juruá, 2009.

TARTUCE, Flávio. ***Manual de Direito Civil***. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, Marcelo Leonardo. ***Direito Previdenciário***. 13ª edição. Niterói: Impetus, 2011.

A REFORMA DO PACTO FEDERATIVO NO BRASIL: GUERRA FISCAL POR ICMS E REFLEXO MUNICIPAL

Daniel Andrade PINTO[4]

RESUMO
Este artigo trata dos reflexos que a guerra fiscal do ICMS causa aos municípios brasileiros. Demonstra, mediante abordagem a princípios e considerações sobre competência tributária, como a concessão ilegítima de estímulos fiscais no ICMS afeta o direito dos municípios à quota-parte dos 25% na arrecadação em potencial do tributo. A partir de um corte metodológico em relação ao critério material do ICMS, faz-se uma análise de sua regra matriz de incidência, a qual é inter-relacionada com a concessão de estímulos fiscais. Por fim, observa-se que os municípios têm direito à tutela jurisdicional face à concessão ilegítima de estímulos fiscais no ICMS.

PALAVRAS-CHAVE: Estímulos fiscais. ICMS. Municípios. Federação. Quota-parte.

ABSTRACT
This article deals with the reflex that the fiscal war of ICMS cause to the brazilian counties. Demonstrates, through an approach of principles and considerations about the taxing competency, as the illegitimate concession of fiscal stimulus in the ICMS affects the rights of the counties to the quota-part of 25% in the collection in potential of tax. From a methodological approach to the material criterion of ICMS, Makes an analysis of his rule incidence matrix, which is interrelated with the granting of tax incentives. Finally, it is noted that municipalities are entitled to judicial protection against the unlawful granting of tax incentives in ICMS.
KEY-WORDS: Fiscal stimulus. ICMS. Counties. Federations. Quota-part.

INTRODUÇÃO

A reforma do pacto federativo brasileiro foi tema de grandes congressos em 2013 e 2014. O ideal federativo-cooperativo de Estado foi objeto de profunda análise, inclusive por uma comissão de especialistas no Senado Federal. Esta "fraternidade constitucional" entre os Estados federados no Brasil perpassa por todas as Constituições republicanas.

Entretanto, uma análise da história constitucional brasileira demonstra que interesses políticos regionais, as disputas pelo poder político, sempre manteve relação direta com conflitos de competência tributária: especialmente no que se refere à criação de tributos e à concessão de estímulos fiscais.

Contudo, é preciso rever a posição refratária do Município em relação à divisão de

[4] Estudante de Pós-graduação - Instituição Toledo de Ensino – ITE.

competências tributárias e administrativas dos entes federativos no Brasil.

A função extrafiscal da tributação, por meio de estímulos fiscais, notadamente em relação ao ICMS, traz distorções relevantes ao sistema tributário. Uma vez celebrado convênio no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) entre Estados e Distrito Federal para concessão de estímulos fiscais, os Municípios têm de suportar o impacto da renúncia fiscal na arrecadação do ICMS, isto é, a renúncia fiscal por meio de estímulos fiscais autorizados pelo CONFAZ tem o condão de refletir legitimamente no valor da quota-parte municipal.

Acontece que, devido à dificuldade de se obter autorização no CONFAZ, os entes federativos, com o fito de desenvolver a economia regional, acabam concedendo estímulos fiscais a empresas que se instalem em seus territórios independentemente de tais convênios. Trata-se da denominada "guerra fiscal", a qual afeta a harmonia do pacto federativo e reflete na diminuição da parcela de ICMS predestinada constitucionalmente aos municípios brasileiros.

Em 2012, em 22 Estados federados, o custo da renúncia do ICMS atingiu R$ 52,79 bilhões. Cerca de 25% deste valor (R$ 13 bilhões) pertence em tese aos municípios, já que grande parte da renúncia fiscal do ICMS decorre de estímulos fiscais inconstitucionais. Trata-se, pois, de impacto relevante na receita municipal, principalmente nas pequenas cidades, que dependem absolutamente de repasses estadual e federal.

Conforme previsto na Constituição Federal de 1988 (Constituição), é imprescindível a celebração de convênio no CONFAZ para a concessão de estímulos fiscais por parte dos Estados e do Distrito Federal.

REPÚBLICA, FEDERAÇÃO E IGUALDADE DAS PESSOAS POLÍTICAS

O termo "princípio" possui uma enorme riqueza de sentidos, podendo expressar na Filosofia do Direito início ou ponto de partida para a compreensão do sistema jurídico. Para Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 261), princípios são normas jurídicas permeadas de sentido axiológico.

No Direito Tributário, há diversos princípios que delineiam o sistema tributário nacional e garantem os direitos fundamentais do contribuinte.

Com efeito, a Constituição, prevê, no artigo 1º, como princípio inaugural do ordenamento jurídico brasileiro, a forma de governo republicana, a qual implica na "igualdade formal das pessoas, onde os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade" (CARRAZZA, 2012, p. 68). De

fato, se o poder é de todos e para todos, o ordenamento jurídico deve garantir tratamento igualitário a todos, inclusive às pessoas políticas.

Para Geraldo Ataliba (1998, p. 89), república é "um conjunto de instituições cujo funcionamento harmônico visa assegurar, da melhor maneira possível, a eficácia de seu princípio básico, consistente na soberania popular".

Enrique Ricardo Lewandowski (2005, p. 189-200) afirma que as características essenciais de uma república são a "eletividade, a temporariedade e a responsabilidade dos governantes". Ao citar Rousseau, ele afirma que sua maior contribuição foi considerar a igualdade essencial dos cidadãos:

> A maior contribuição de Rousseau para o conceito moderno de república foi, sem dúvida a afirmação da igualdade essencial dos cidadãos, visto que o contrato, sobre o qual se assenta o Estado, coloca todos sob idênticas condições, fazendo com que tenham os mesmos direitos. Também a liberdade, para o autor decorre do pacto fundamental, na medida em que somente aos que o integram compete editar normas de convivência social (2005, p. 247-249).

Como se observa, a noção de república envolve a de igualdade, e isso se reflete também na ideia de federalismo, no sentido de igualdade entre as entidades federativas.

Com efeito, a questão da descentralização do poder como limitação e organização do Estado remonta ao constitucionalismo americano.

O modelo constitucional americano exsurge em meio a uma intensa luta pela liberdade dos indivíduos em face da Coroa inglesa, e pela afirmação e proteção dos direitos fundamentais, especialmente direitos patrimoniais, por meio de uma eficiente forma de governo legitimada pela vontade do povo soberano.

Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 229-230) salienta que a idéia de uma lei escrita superior, uma Constituição, decorre da conjugação de costumes tradicionais com concepções teóricas e objetivos práticos, ou seja, um modelo com força suficiente para impedir o retorno à situação colonial e, ao mesmo tempo, limitar o poder político, além de respeitar a liberdade e os direitos fundamentais: ideais de independência, liberdade e federalismo e republicanismo.

Para tornar claro e objetivo estes fins, como expressão de um ideal político, os americanos elaboraram uma Constituição escrita, com natureza de lei fundamental. Os criadores decidiram incluir elementos práticos e concepções político-filosóficas do século XVII e XVIII, em relação à exigência de direitos naturais da pessoa humana, sobretudo a liberdade, por causa dos interesses econômicos.

Neste sentido, surgiu o federalismo norte-americano: da união entre treze colônias para fortalecimento do Estado, frente às necessidades de independência e interesses econômicos do país. Trata-se de uma discussão sobre Poder Político.

O poder político é uno e indivisível. Mas o povo, na fundação do Estado, pode determinar sua divisão e descentralização. Nicola Matteucci (2007, p. 247-249) afirma que é incorreto restringir o sentido de constitucionalismo à divisão do poder (de forma horizontal: separação dos poderes; e de forma vertical: federalismo). Com efeito, limitar a noção do tema a uma ideia estrutural e organizativa de comunidades políticas é um equívoco, uma vez que há aspectos materiais que também devem ser considerados, especialmente em relação aos direitos e garantias fundamentais. A propósito, observe o que diz o referido autor:

> A formação da orientação política do Estado não tem mais sua origem na colaboração dos diversos órgãos institucionais que representam os interesses das classes sociais; nasce da agregação da demanda política constituída pelos partidos. Assim, a atual divisão de órgãos pode obstar ou refrear os desígnios de um partido forte ou de uma maioria estável, mas é absolutamente insuficiente para garantir os direitos das minorias e para defender os cidadãos do abuso do poder, uma vez que esses órgãos podem estar nas mãos do mesmo partido. Por outro lado, dada a extrema complexidade da vida moderna, que exige rápidas e tempestivas intervenções do Governo na economia e na sociedade, uma excessiva divisão do poder pode criar-lhe obstáculos no cumprimento das suas legítimas e indispensáveis funções.

No Brasil, desde a Constituição de 1891, observa-se, nominalmente, a forma de Estado Federal. Contudo, diferentemente do que ocorreu na América do Norte, o federalismo brasileiro foi instituído por meio de um golpe militar, isto é, por vontade de uma minoria e sem legitimidade democrática.

Para Paulo de Barros Carvalho, explica que desde a Constituição de 1988, o Brasil é um país unitário, isto é, a forma federativa de estado aqui não reflete nem sequer de perto uma divisão de competências típicas de uma federação mínima.

De fato, o viés federativo-cooperativo presente nas Constituições republicanas do Brasil sempre acabou cedendo lugar a interesses políticos regionais. Conflitos e disputas por maiores poderes e menores atribuições estão presentes em toda história constitucional brasileira. Por exemplo, na República Velha, com a política do café com leite, criou-se uma oligarquia presidencial, onde o Poder era divido entre São Paulo e Minas Gerais.

É por isso que uma reforma no sistema de repartição de competências tributárias torna-se

a cada dia mais indispensável. Porém, a União, que deveria ditar políticas públicas visando diminuir desigualdades regionais e locais, detém cerca de 60% do "bolo tributário" e, por isso, mostra total falta de interesse em qualquer providência, principalmente quanto a maior distribuição de competências administrativa e tributária para Estados e Municípios.

Entretanto, note-se que a descentralização do Poder sempre foi importante para o desenvolvimento das nações. A propósito, é o que afirma Rogério Leite Lobo, citado por Ricardo Henrique Levandowisky, no Recurso Extraordinário 572.762/SC):

> Em dinâmica diametralmente oposta às políticas que vem sendo adotadas nos outros Estados federais para sanar a crise centrípeta que terá acometido as bases do Federalismo Fiscal desses países (nos Estados Unidos da América e na Alemanha, ao menos (...), tem-se procurado estimular a arrecadação de tributos próprios dos entes locais, com a diminuição dos repasses verticais, 'grants-in-aid', subsídios, etc.) , o Brasil vem apostando no incremento das transferências intergovernamentais.

A relação entre indivíduo, sociedade e Poder Público é mais próxima em âmbito municipal: é no território do município onde são desenvolvidas a maior parte da prestação de serviços públicos e onde se encontram fisicamente os bens públicos, ainda que de propriedade de outros entes federativos: estradas, hospitais, creches, escolas, etc.

Por outro lado, a implementação e proteção dos direitos fundamentais do contribuinte depende historicamente da descentralização do poder político, o que inegavelmente ocorre conforme a preservação da autonomia das entidades federativas (NEME, 2007, p. 95-118).

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Competência tributária é a aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para criar tributos *in abstracto*. Trata-se de poder legiferante outorgado pela Constituição à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (CARRAZZA, p. 576, 2012); exaure-se com a edição da lei.

O sistema de repartição constitucional de competências tributárias foi planejado tendo em vista a harmonia da República Federativa Brasileira. Embora, como referido no item anterior, imperfeições são recorrentemente criadas pelas circunstâncias de cada momento histórico.

Como a competência de cada ente federativo é privativa, os demais ficam excluídos, impossibilitados de adentrar aos limites estabelecidos pela Constituição a cada um, sob pena de se instaurar conflitos de competência. Não há no Brasil hipótese para se conceber competência

partilhada no ICMS, apenas parte de sua receita é dividida entre os municípios localizados em seu território.

Em decorrência do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II e art. 150, I), a instituição de tributos deve ser feita por meio de lei, a qual deve prever alguns critérios mínimos da tipicidade tributária, ou seja, a lei deve trazer em seu bojo "os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional" (CARVALHO, 2011, p. 237). Trata-se da regra matriz de incidência tributária (regra matriz), fórmula lógica e condicional que revela a estrutura mínima das normas jurídicas.

Percebe-se, desde logo, que o exercício da competência tributária está limitado pelo princípio da legalidade.

REGRA MATRIZ DO IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E ESTÍMULOS FISCAIS NO ICMS

No sistema jurídico brasileiro, é a Constituição que, ao outorgar e repartir as competências tributárias, traça os critérios da regra matriz, a qual limita a liberdade legislativa. Em seguida, através de lei complementar, a entidade federativa regula outros detalhes do tributo. A propósito, são oportunas as seguintes palavras de CARRAZZA (2012, p. 569):

> Obviamente, quem pode tributar (criar unilateralmente o tributo, com base em normas constitucionais), pode, igualmente, aumentar a carga tributária (agravando a alíquota ou a base de cálculo do tributo, ou ambas), diminuí-la (adotando procedimento interno) ou, até, suprimi-la através da não tributação pura e simples ou do emprego do mecanismo jurídico das isenções.

Como se observa, a incidência do ICMS pode decorrer da circulação de mercadorias, da prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e da prestação de serviços de comunicação. Entretanto, para a presente pesquisa, através de um corte metodológico, tomar-se-á apenas a parte da regra matriz referente à circulação de mercadorias.

O antecedente da norma é composto pelo critério material, que determina o fato objeto da norma tributária (realizar operação relativa à circulação de mercadoria); pelo critério espacial, o qual determina o âmbito territorial que a norma tributária incide (em território Estadual ou Distrital); e pelo critério temporal, que determina o momento em que a hipótese contida na norma tributária ocorre (no momento da saída da mercadoria).

O conseqüente da norma é composto pelo critério pessoal, que determina as pessoas que

integram a obrigação tributária (como sujeito ativo, um Estado Federado ou o Distrito Federal; e como sujeito passivo, o comerciante que praticou a circulação de mercadoria); e pelo critério quantitativo, o qual determina o *quantum*, isto é, a amplitude do objeto da obrigação tributária (a base de cálculo, que é o valor da venda da mercadoria; e a alíquota, que varia conforme a operação e a legislação do imposto).

Como a realidade é produto da interpretação, de uma construção de sentidos, pode-se afirmar que os três signos que envolvem o critério material da hipótese incidência referente à realização de operações relativas à circulação de mercadorias possuem sentido determinado. O termo operação corresponde a negócio jurídico apto a provocar a circulação da mercadoria. Circulação é a troca de titularidade do bem, ou seja, para incidir o ICMS, conforme legislação de cada Estado Federado, não é imprescindível a tradição física da mercadoria, sendo suficiente a prática de um negócio jurídico em que se estabeleça sua regular (mediante cumprimento de obrigações acessórias) troca de titularidade. Como se pode notar, há dois tipos de movimentação de mercadorias, a física e a simbólica. A circulação simbólica de mercadorias visa a diminuição de custos com transporte desnecessário em determinados negócios jurídicos. Aliás, é interessante chamar a atenção para o fato de que este é um exemplo de construção semântica própria do direito. Mercadoria: é um substantivo feminino que se refere a objeto comprado para vender, isto é, destinado ao comércio.

É imprescindível para a compreensão do assunto esclarecer que, embora seja um tributo de competência estadual, o ICMS possui caráter nacional. Neste sentido, ensina Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 767) que:

> Conceitos de operação interna, interestadual e de importação; de compreensão do imposto, de base de cálculo e de alíquota, bem como de isenção e de outros 'benefícios fiscais', estão diretamente relacionados com diplomas normativos de âmbito nacional, válidos, por mecanismos de integração, para todo o território brasileiro.

Em virtude dessas considerações, a instituição do ICMS pelos Estados e pelo Distrito Federal é obrigatória (apesar de que não há mecanismos de intervenção federal no Legislativo em caso de omissão) e, além do mais, cada legislação estadual deverá respeitar os termos das leis complementares nacionais e das resoluções do Senado, tema que será tratado em seguida.

Estímulo Fiscal é um instrumento, com característica extrafiscal, através do qual um ente federativo deixa de arrecadar tributo, posterga sua arrecadação ou presume valores irreais para

bases de cálculo, visando atrair empresas capazes de melhorar o desenvolvimento econômico e social.

Geraldo Ataliba e José Artur Lima Gonçalves ensinam que a finalidade última dos incentivos fiscais é a de:

> Impulsionar ou atrair os particulares para a prática das atividades que o Estado elege como prioritárias, tornado, por assim dizer, os particulares em participantes e colaboradores das metas postas como desejáveis ao desenvolvimento econômico e social por meio da adoção do comportamento ao qual são condicionados (ATALIBA E GONÇALVES, 1991, p. 167).

A Constituição, ao propor que o Estado deve buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de assegurar os direitos e garantias fundamentais, fornece argumentos que justificam a concessão de estímulos fiscais. Entretanto, a vantagem tributária nunca poderá ter carácter individual.

A temática aqui tratada envolve a análise do critério quantitativo na regra matriz do ICMS, especialmente quanto ao sistema de controle de alíquotas estaduais e interestaduais realizado pelo Senado Federal. Como bem colocado por Ives Gandra da Silva Martins (2012, p. 5), o sistema de controle de alíquotas estaduais e interestaduais objetiva:

> Eliminar os riscos de que incentivos outorgados por um Estado tivessem impacto de descompetitividade em relação a Estados que dele recebessem mercadorias com ICM estimulado, mediante a exigência de aprovação de alíquotas mínimas para as operações internas e máximas nas mesmas operações, em caso de conflito entre os Estados; estabelecer as alíquotas aplicáveis para as operações interestaduais e de exportação; exigir a unanimidade de Estados e do Distrito Federal para aprovar tratamento mais favorável às operações internas - e, implicitamente, para as externas; exigir que as alíquotas internas não fiquem abaixo das previstas para as operações interestaduais, salvo acordo de todos os Estados e Distrito Federal.

Os dispositivos constitucionais pertinentes ao tema são os seguintes:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
> § 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

> IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;"
> V - é facultado ao Senado Federal:
> a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;
> b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;
> VI - salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, "g", as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;
> XII - cabe à lei complementar:
> g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Como se observa, o inciso VI, do artigo 155, da Constituição, determina que todos os Estados da Federação e o Distrito Federal devem concordar com o estímulo fiscal concedido por qualquer um deles. A deliberação é realizada no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que é um órgão composto por Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação de cada Estado e Distrito Federal e pelo Ministro da Fazenda. Sua principal finalidade é promover o aperfeiçoamento do federalismo fiscal e a harmonização tributária estadual.

A Constituição impõe um limite na competência estadual de reduzir, por meio de mecanismos fiscais (extrafiscais), a carga tributária do ICMS. Em outras palavras, um Estado precisa de autorização dos demais para reduzir a alíquota e a base de cálculo do ICMS, ou para conceder crédito presumido a maior; para conceder prazo para pagamento do imposto, sem correção monetária ou cobrança de juros, ou para isentar fatos jurídicos tributários relacionados ao ICMS. Neste sentido, para regulamentar os convênios entre Estados e Distrito Federal acerca da concessão de estímulos fiscais no ICMS foi editada a Lei Complementar nº. 24, de 7 de janeiro de 1975 (LC 24/75). De plano, logo no primeiro artigo, o legislador apresenta espécies de estímulos fiscais:

> Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.
> Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:
> I - à redução da base de cálculo;
> II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

> III - à concessão de créditos presumidos;
> IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;
> V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

É interessante constatar também, conforme disposto no artigo 9º, da LC 24/75, que aos Municípios é vedado conceder estímulos fiscais em relação à sua parcela de ICMS.

Por fim, não se pode perder de vista que o referido dispositivo estabelece importantes sanções para o caso de concessão de estímulos fiscais no ICMS sem convênio no CONFAZ. O artigo 8º, do LC 24/75, prevê que:

> Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:
> I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;
> Il - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.
> Parágrafo único - As sanções previstas neste artigo poder-se-ão acrescer a presunção de irregularidade das contas correspondentes ao exercício, a juízo do Tribunal de Contas da União, e a suspensão do pagamento das quotas referentes ao Fundo de Participação, ao Fundo Especial e aos impostos referidos nos itens VIII e IX do art. 21 da Constituição federal.

A negociação para concessão de estímulos fiscais no ICMS ocorre mediante *lobby* de empresários e influência política. Na prática, funciona assim: um empresário ou associação que representa algum ramo empresarial reuni-se com Deputados Estaduais para negociar a concessão do estímulo fiscal; posteriormente, faz-se um pedido ao Governador e ao Secretário de Fazenda respectivo, que procedem à análise do valor e do impacto da renúncia fiscal; em seguida, busca-se aprovação no CONFAZ. Entretanto, em muitos casos, quando não há tal aprovação por unanimidade dos Estados, o Governador acaba autorizando o estímulo fiscal por meio de Decreto; ou é feita uma lei estadual.

No mesmo sentido, Ives Gandra da Silva Martins (CARVALHO, 2012, p. 20) também observa que, na prática, a negociação assemelha-se um verdadeiro leilão:

> Na atual guerra fiscal, são os investidores que negociam e impõem às Secretarias dos Estados sua política, obtida, por se instalarem naqueles que lhes outorgarem maiores vantagens. Tal fato representa, de rigor, que a verdadeira política financeira não é definida pelos governos, mas exclusivamente pelos

> investidores. E, muitas vezes, gera descompetitividade no próprio Estado para estabelecimentos, já há longo tempo lá estabelecidos, que não poderão dos estímulos se beneficiar.

A Constituição não veda a concessão de estímulos fiscais, mas apenas estipula regras nacionais para preservar a harmonia do pacto federativo, impedindo que Estados da Federação promovam uma disputa negativa entre si, o que afeta inclusive o repasse da parcela municipal, a qual é indisponível.

SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE RECEITAS DE ICMS E INCONSTITUCIONALIDADE DE ESTÍMULOS FISCAIS SEM CONVÊNIO NO CONFAZ: O DEVER DE INDENIZAR OS MUNICÍPIOS

Aliomar Baleeiro define receita pública como "a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto como elemento novo e positivo". Numa federação, a receita tributária de cada entidade é formada por meio de tributação própria e mediante um sistema de repasses de receitas. Destarte, a Constituição prevê, como no artigo 158, IV, que uma entidade estatal pode ser beneficiada com tributo cuja competência é alheia (BALEEIRO, 1998, p. 126).

Com efeito, pode-se afirmar que é indisponível, em relação aos Estados, a integridade do direito dos Municípios a 25% do produto da arrecadação do ICMS. Como se observa, uma parcela de 25% do produto da arrecadação do imposto estadual está constitucionalmente predestinada aos Municípios. Isto quer dizer, em verdade, que o Estado não pode "dar" o que não lhe pertence.

A repartição da referida parcela é feita de acordo com o índice de participação, o qual é formado de acordo com a realidade econômica, tributária, social e ambiental de cada Município. Dentre tais critérios que formam o referido índice, o mais importante, e que representa 3/4 (três quartos) da parcela de 25%, é o índice de valor adicionado (IVA), que corresponde ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços e deduzido do valor das mercadorias entradas.

Posto isto, pode-se afirmar que é inexorável a vedação constitucional aos Estados quanto a concessão de estímulos fiscais em relação ao ICMS, sem convênio no CONFAZ. A Constituição prevê que 25% do produto da arrecadação do ICMS está predestinado aos municípios localizados no território estadual, embora a competência tributária em relação à parcela do imposto predestinada aos municípios seja estadual. Não resta, pois, dúvida quanto ao

núcleo que irradia toda a discussão. A fonte de problemas em relação ao objeto da presente pesquisa decorre da partilha de receitas provindas de entidades com competências tributária diversas. É claro que, com a repartição de receitas tributárias, a Constituição cuida da preservação das desigualdades regionais e locais. Mas o incentivo à autonomia tributária própria deve estar presente, como ocorre na maior parte do mundo.

A exigência de convênio no CONFAZ para concessão de estímulo fiscal no ICMS é um instrumento indispensável para tutela de segurança jurídica. A harmonia do pacto federativo depende do respeito ao sistema constitucional. O princípio da legalidade tributária, previsto no artigo 150, II, da Constituição, em relação aos princípios republicano, federativo e isônomico impõe dever de consulta e respeito às decisões do CONFAZ sobre concessão ou não de estímulos fiscais. Como restou demonstrado na presente pesquisa, os municípios têm direito à parcela de 25% do ICMS incondicionalmente, salvo se houver convênio no CONFAZ. Deste modo, lei ou ato normativo que conceda estímulos fiscais sem convênio no CONFAZ são inconstitucionais. Os municípios que tiveram sua parcela de 25% do ICMS afetada pela concessão de estímulo fiscal sem convênio no CONFAZ, devem propor ação ordinária cumulada com pedido de tutela antecipada em face do Estado, pedindo a devolução da renúncia fiscal inconstitucional referente à parcela municipal de 25% do ICMS, com correção monetária e juros de mora.

CONCLUSÃO

Estas observações se tornam pertinentes pelo fato de que a renúncia fiscal decorrente de estímulos fiscais no ICMS afeta profundamente a receita municipal e, com isso, prejudica investimentos municipais e programas sociais decisivos na vida de cada pessoa, uma vez que lhe cabe a menor parte das receitas tributárias.

A partilha de receita tributária entre entidades diversas é fonte de conflitos.

Na maior parte dos países, busca-se a preservação da autonomia tributária própria de cada ente federativo.

A discriminação pormenorizada das competências tributárias é o que garante a igualdade das pessoas políticas, uma vez que proporciona autonomia financeira, política e administrativa a cada entidade federativa. Deste modo, torna-se inaceitável a invasão de competência tributária alheia.

O caráter privativo das competências tributárias exclui as outras pessoas políticas no

tocante à instituição de tributos. Além disso, pode-se afirmar que a competência tributária está limitada pelo princípio da legalidade.

Por outro lado, não há competência compartilhada entre Estados e Municípios, mas apenas o produto da arrecadação do ICMS é dividido.

O pacto federativo brasileiro, em relação ao caráter nacional do ICMS, requer, para concessão de estímulos fiscais legítimos, convênio de todos os Estados e do Distrito Federal no CONFAZ. Sem legitimidade, o estímulo fiscal é inconstitucional, e isto afeta a parcela de 25% do produto arrecadação, a qual está constitucionalmente predestinada aos municípios.

A repartição da referida parcela é feita de acordo com o índice de participação, o qual é formado de acordo com a realidade econômica, tributária, social e ambiental de cada Município.

Portanto, como decorrência lógica da efetividade da tutela jurisdicional, todos os municípios que forem afetados de alguma forma por estímulos fiscais concedidos sem convênio no CONFAZ têm direito de propor ação ordinária cumulada com pedido de tutela antecipada em face do Estado, pedindo a devolução da renúncia fiscal inconstitucional referente a lei ou ato normativo estadual que os concedeu, com correção monetária e juros de mora.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, José Arthur. **Crédito-prêmio de IPI: direito adquirido; recebimento em dinheiro**. Revista de direito tributário, v.15, n.55, p.162- 179, jan./mar., 1991.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13ª ed. Editora UNB: Brasília, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 22ª Ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHO. Paulo de Barros. **Reflexões sobre a concessão de benefícios fiscais no âmbito do ICMS/Paulo de Barros Carvalho, Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: Noeses, 2012.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS - CNM. **Educação**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CE/AP/AP20121106_MarizaAbreu_Federalismo.pdf>. Acesso em 05 mai. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **As constituições na vida dos povos da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Reflexões em torno do princípio republicano**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, jan./dez. 2005

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NEME, Eliana Franco. **Revista Seqüência**, nº. 55, p. 95-118, dez. 2007.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 13ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SOARES, Orlando. **Comentários à constituição da república federativa do brasil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro, 1991.

A SEGURANÇA PÚBLICA E O TRABALHO DAS POLÍCIAS

Camila SANT'ANNA[5]

RESUMO
Nos dias atuais a sociedade enfrenta as demais diversas formas de violações de direitos trazidos pela nossa Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito aos Direitos Humanos e a segurança pública, bem como os serviços prestados pelas polícias, portanto há a necessidade de uma reforma nas políticas públicas para que a sociedade brasileira não fique mais exposta a estes percalços e as formas de segregação as quais são submetidos.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade; Direitos Humanos; Estado; Polícia; Segurança Pública.

ABSTRACT
Today the society is facing the other various forms of rights violations brought by our Federal Constitution of 1988, mainly in respect of Human Rights and public safety, as well as the services provided by the police, so there is a need for a reform in public policies for the Brazilian society is no longer exposed to these setbacks and the forms of segregation which are submitted.

KEYWORDS: Crime; Human Rights; State; Police; Public Safety

INTRODUÇÃO.

Como se falar em garantais constitucionais e direitos individuais e coletivos trazidos pela nossa Carta Magna de 1988, em uma época em que ocorrem as mais graves violações de todos os direitos da população, o que mais se destaca é desrespeito aos Direitos Humanos, uma vez que cidadãos brasileiros são expostos aos mais altos graus de violência e as mais diversas formas de segregação.

Com isso, a preservação de tais garantias torna-se algo que deveria ser analisado de forma prioritária pelo poder público, que muitas vezes deixa o assunto de lado para tratar de outros que lhe convém.

Enquanto isso a sociedade é exposta as mais diversas formas de criminalidade, onde encontramos graves violações a direitos. Criminosos utilizam-se de armamentos extremamente perigosos para extorquir a população, tornando-os reféns dessa "guerra urbana". Presenciamos, pois, os mais diversos conflitos armados violentos.

Criminosos travam uma batalha com a polícia que muitas vezes está na disputa com eles

[5] Estudante de Projuris.

para a tomada do poder daquela região e isso torna um caos a vida das pessoas que tem que enfrentar esse fogo cruzado.

Por outro lado, ainda existem policiais honestos que buscam proteger a população, mas poucos são os seus recursos, porque além de enfrentar criminosos, ainda tem que enfrentar os inimigos dentro da própria Corporação, dificultando assim bem mais o seu trabalho.

Sem falar na carência do quadro de policiais que a cada dia se torna mais escasso, pois a carreira deixa de ser atrativa devido aos baixos salários e aos altos perigos a que são expostos e a escassez de recursos para executarem seus trabalhos. Criminosos possuem carros e armas mais potentes, colocando os policiais em uma situação desvantajosa em seus conflitos.

Há a necessidade de se investir nas polícias, com uma formação mais adequadas para seus agentes e a disponibilização de armamentos e viaturas melhores para que possam garantir a segurança da sociedade de maneira mais adequada, bem como o pagamento de melhores salários, na procura por um ambiente de menor corrupção.

Devemos lembrar que policias também são seres humanos que irão proteger os civis das mais diversas situações de risco, portanto também merecem ter a sua integridade física e moral conservada, em uma época em que o crime torna-se um mercado atrativo para os excluídos da sociedade que ganharam dinheiro de maneira rápida e fácil, de um jeito que jamais ganhariam no mercado formal de trabalho, que a cada dia exige um grau maior de formação da população e o salário não é tão compensador.

Contudo a expansão das cidades e o seu crescimento desenfreado fez com que muitos bairros surgissem sem uma estrutura adequada, onde seus moradores são expostos a condições precárias de infraestrutura, pois não possuem saneamento básico, escolas ou postos de saúde, sem nenhuma oferta de segurança pública, deixando seus moradores a mercê da sorte ou então sob o comando de facções que geralmente se instalam nesses locais, fora isso só resta a esses recorrem a outros locais para terem um pouco de seus direitos sociais garantidos.

Por outro lado condomínios são construídos diariamente para aqueles que possuem melhores condições sociais, locais esses que possuem uma ampla infraestrutura, decorado por seus pequenos “castelos” e protegidos pelo mais sofisticado sistema de segurança privada, através de aparelhos eficazes e também contam com um amplo quadro de agentes de segurança, deixando assim de maneira clara a desigualdade existente na sociedade, que diferencia o tratamento dado as diversas classes sociais.

Com o que foi exposto, notamos que a situação da segurança pública em nosso país está

precária. Há a necessidade de investimento nessa área, bem como nas polícias e também a colaboração da sociedade civil nesses projetos, pois com a colaboração de todos poderão surgir ideias para melhorar esse caos ao qual somos submetidos.

Neste trabalho, procura-se analisar o trabalho das polícias e a questão da falência da segurança pública no nosso país, a qual estamos à mercê e a grave violação aos direitos trazidos pela Constituição Federal, principalmente no relacionado a segurança pública.

A SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL.

Com o crescimento da população nota-se que as desigualdades sociais evoluem de maneira constante, criando assim um grande obstáculo para o Poder Público garantir os direitos individuais dos cidadãos que lutam diariamente por posições sociais melhores e com isso a discriminação é algo notório e o Estado Democrático de Direito, não consegue reverter este quadro, deixando assim de ser evidentemente um Estado Democrático de Direito.

Muito se fala em um país democrático, mas como garantir esses direitos a todos brasileiros diante das desigualdades que há no Brasil, função essa que cabe aos nossos governantes que parecem ter esquecido de como se trabalhar com Direito e Democracia.

> Em todos os países do subcontinente, e no Brasil de forma mais particular, vigoram os métodos ilegais de aplicação da lei por parte de diferentes instituições. No País, ainda são muito comuns a tortura como forma de investigação, os maus-tratos como forma de justiça sumária, condições de tratamento degradante e subumano nas delegacias de polícia, nas prisões, nas instituições para jovens em conflito com a lei e nas instituições asilares. No País, são comuns as execuções extrajudiciais por justiceiros e esquadrões da morte (com a participação de policiais e com o beneplácito de órgãos do poder público e de moradores), o assassinato de crianças e adolescentes de rua, a violência contra indígenas e povos de rua, a violência rural (afora o aspecto abjeto das desigualdades e das relações de trabalho escravas ainda persistentes no mundo agrário), diversas arbitrariedades do sistema judicial (pessoas sendo detidas por crimes insignificantes e pessoas respondendo em liberdade por crimes de maior monta, em decorrência de sua condição social ou racial); também é comum no país a impunidade generalizada das elites políticas e econômicas. Essas práticas, mais a persistência das desigualdades sociais (incluindo a iniquidade das condições de vida de uma parcela importante da população), geram insegurança e perpetuam o círculo da violência. (SOUZA, 2009, p. 08).

A questão sobre segurança pública agravou-se nos últimos anos, pois o aumento da criminalidade e a disputa por empregos, a desigualdade social fez com que mais pessoas aderissem ao crime para conseguirem melhores condições de vida, com um padrão social no qual nunca conseguiriam através de um emprego formal que exige um alto nível de formação.

Contudo a expansão das cidades e o seu crescimento desenfreado fez com que muitos bairros surgissem sem uma estrutura adequada, onde seus moradores são expostos a condições precárias de infraestruturas, pois não possuem saneamento básico, escolas ou postos de saúde, sem nenhuma oferta de segurança pública, deixando seus moradores a mercê da sorte ou então sob o comando de facções que geralmente se instalam nesses locais, fora isso só resta a esses recorrem a outros locais para terem um pouco de seus direitos sociais garantidos.

Por outro lado condomínios são construídos diariamente para aqueles que possuem melhores condições sociais, locais esses que possuem uma ampla infraestrutura, decorado por seus pequenos "castelos" e protegidos pelo mais sofisticado sistema de segurança privada, através de aparelhos eficazes e também contam com um amplo quadro de agentes de segurança, deixando assim de maneira clara a desigualdade existente na sociedade, que diferencia o tratamento dado as diversas classes sociais.

> Em outros termos, vinte anos de redemocratização do país e a violência, promovida a despeito do poder do Estado ou promovida pelo próprio Estado, ainda não foi debelada e nossas cidades vão aos poucos se convertendo em praças de guerra, onde vigoram toques de recolher, áreas de isolamento, sistemas de vigilância, segurança privada, condomínios fechados e uma miríade impressionante de guetos de todas as formas e matizes, naquilo que Tereza Caldeira (2001) denominou de forma acertada de enclaves fortificados. (SOUZA, 2009, p. 09).

Diante dessa realidade os problemas relacionados a segurança pública tornou-se uma questão das políticas públicas, pois o Estado passou a lidar com essa questão de maneira mais estratégica, criando novos métodos se chegar a uma solução para a presente crise.

É necessário a participação de todos nessa questão, ou seja, do poder público bem como a da sociedade civil que pode colaborar com estudos para a melhora na qualidade da segurança, uma vez que são expostos diariamente a esses percalços e as demais formas de segregação social.

> Em síntese, os novos gestores da segurança pública (não apenas policiais, promotores, juízes e burocratas da administração pública) devem enfrentar estes desafios além de fazer que o amplo debate nacional sobre o tema transforme-se em real controle sobre as políticas de segurança pública e, mais ainda, estimule a parceria entre órgãos do poder público e sociedade civil na luta por segurança e qualidade de vida dos cidadãos brasileiros. Trata-se na verdade de ampliar a sensibilidade de todo o complexo sistema da segurança aos influxos de novas ideias e energias provenientes da sociedade e de criar um novo referencial que veja na segurança espaço importante para a consolidação democrática e para o

> exercício de um controle social da segurança. (SOUZA, 2009, p. 11/12).

Com a participação de todos, há a motivação para enfrentar os novos desafios e os projetos para a melhora nas condições sociais começam a caminhar, com a tentativa de implementação de uma nova técnica de segurança por parte do Estado.

Com isso, o surgimento de novas técnicas e planejamento traz uma esperança ao Poder Público que presencia o surgimento de crimes organizados que procuram agir em suas falecias e tornam-se um "inimigo" poderoso, que pode ser denominado de poder paralelo.

> Para muitos, estamos diante da emergência de um novo paradigma da violência e do crime e da necessidade de implementação de novas formas de gestão da segurança, que passam necessariamente pela pareceria com a sociedade civil e pela incorporação do modelo empresarial de segurança. Daí a importância de mecanismos de boas práticas para documentar estratégias de segurança que podem ser consideradas bem sucedidas e apontar para a necessidade de generalização dessas mesmas experiências. A segurança pública é atualmente um excelente laboratório de práticas sociais e cidadãs de administração de conflitos. Estamos em um momento em que as políticas de segurança pública devem passar por essa nova etapa, que se inicia com a avaliação do passado, a visibilidade do presente e a definição de diretrizes para o futuro. O problema da segurança, portanto, não pode mais estar adstrito ao repertório tradicional do direito e das instituições da justiça, particularmente, da justiça criminal, presídios e polícias. Evidentemente, as soluções devem passar pelo fortalecimento da capacidade do Estado em gerir a violência, pela retomada da capacidade gerencial no âmbito das políticas públicas de segurança, mas também devem passar pelo alongamento dos pontos de contato das instituições públicas com a sociedade civil e com a produção acadêmica mais relevante à área. (SOUZA, 2009, p.10/11).

A Constituição Federal trouxe em seu rol de direitos e garantias individuais, vários direitos para os cidadãos brasileiros que serão garantidos pelo Poder Público, pois se pensava em garantir através destas normas e também através dos princípios que fossem garantidos aos cidadãos o mínimo existencial para uma vida digna.

Vislumbrou-se as obrigações do Estado perante os particulares que serão tratadas pela Administração Pública, para proporcionar uma melhor adequação aos interesses daqueles de maneira que os direitos garantidos pela Carta Magna, fossem alcançados por todos.

> O preâmbulo da Carta Constitucional de 1988 nos ensina que o Estado Democrático se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. O Estado Democrático

> deve assegurar ao cidadão (brasileiro ou estrangeiro) residente no país, o respeito a sua integridade física e patrimonial. Para cumprir essa função, o Estado-Administração tem a sua disposição os órgãos policias, que também podem ser denominados de Forças de Segurança. Os agentes policiais atuam na preservação da ordem pública em seus diversos aspectos, garantindo aos administrados os direitos assegurados pela Constituição Federal. Para um melhor entendimento da matéria se faz necessário conceituar o que é ordem pública e segurança pública, que são os campos de atuação dos policiais, que devem, antes de tudo, respeitar o cidadão. A ordem pública é a situação de tranquilidade e normalidade que o Estado assegura, ou deve assegurar, Às instituições e aos membros da sociedade, consoante as normas jurídicas legalmente estabelecidas. A segurança pública é a garantia relativa da manutenção da ordem pública, mediante a aplicação do poder de polícia, encargo do Estado. (CAMPOS, 2005, s/p.).

A questão sobre os direitos trazidos pela Carta Magna e a situação atual do nosso país, nos leva a reflexão de que a crise na segurança pública é um problema só do Estado ou de todos? A relação que mantemos com essa questão, nos envolve inteiramente pois, segurança é um problema que deve ser repensado por todos, até mesmo a sociedade civil pode colaborar através de projetos buscando uma melhora nas condições sociais, trazendo assim sugestões para as políticas públicas.

> O problema da segurança, portanto, não pode mais estar apenas adstrito ao repertório tradicional do direito e das instituições da justiça, particularmente, da justiça criminal, presídios e polícia. Evidentemente, as soluções devem passar pelo fortalecimento da capacidade do Estado em gerir a violência, pela retomada da capacidade gerencial no âmbito das políticas públicas de segurança mas também devem passar pelo alongamento dos pontos de contato das instituições públicas com a sociedade civil e com a produção acadêmica mais relevante à área. (SOUZA, 2009, p. 14).

A insegurança gera nas pessoas um sentimento de medo constante e isso faz com que busquem se protegerem por seus próprios meios através de construções de condomínios, uso de cercas elétricas, privatização da segurança, ou seja, cresce a cada dia o número de adeptos de algum meio de segurança particular. Mas há de convir que segurança particular é somente para aqueles com condições mais privilegiadas que podem pagar pelo serviço, enquanto o resto da população fica à mercê da violência.

> O medo e a insegurança resultantes de políticas de segurança que não contemplam quesitos mínimos de eficácia e de respeito aos direitos dos cidadãos são terreno fértil ao endurecimento do penal ou o aumento da demanda por segurança privada. Os efeitos disso são preocupantes, pois assinalam o aumento dos gastos do poder público com segurança e a degradação generalizada do espaço público. Em outros termos, as políticas de segurança pública, no Brasil,

> continuam impermeáveis tanto à pressão dos fatos, da opinião pública e, portanto, distantes das mudanças necessárias. (SOUZA, 2009, p. 27).

As pessoas que possuem um nível social mais alto buscam se proteger e as demais continuam exposta a criminalidade e dependendo da segurança pública, para que tenham seus direitos fundamentais resguardados, até mesmo o de ir e vir que atualmente encontra-se tão limitado. Ou seja, cidadãos de bem tornam-se reféns da criminalidade a qual a sociedade está exposta.

> O sentimento de insegurança não se relaciona apenas com a criminalidade, aquele pode resultar de vários fatores da percepção de resolução de conflitos, com o sensacionalismo de notícias da imprensa que criam um espetáculo para se promoverem, o sentimento de impunidade, as narrativas cotidianas sobre os crimes e criminosos que reforçam preconceitos e mitos. Essa percepção está relacionada com o cenário social, econômico, cultural, processo histórico do País, isto é, não se restringe ao crime, propriamente dito, presente na sociedade brasileira. Como exemplo disso, tem-se que a impunidade também gera uma percepção de insegurança, no qual as condições econômicas motivam privilégios em processos jurídicos. (FERREIRA, OLIVEIRA, SOUZA, 2009, p. 37).

Desorganizada está a situação da população brasileira, pois poucos cometem crimes pequenos e são punidos severamente enquanto outros, cometem crimes gigantescos, acabam com a economia do país e ficam impunes, criminosos esses que através de seus privilégios sociais alcançam a impunidade.

Nesse interim, fica claro que o problema da segurança está na má comunicação existente entre os órgãos que aplicam a lei, muitas vezes o judiciário não se comunica com o Ministério Público, que não se comunica com os delegados de polícia, criando assim uma cadeia eivada de vícios que prejudicará somente aos cidadãos. O problema não é só da polícia, e sim de todos.

> É preciso não ser ingênuo, pois as agências de segurança brasileiras são desnecessariamente violentas, discriminatórias e ineficazes. Para piorar o quadro, a justiça criminal parece não ser capaz de corrigir o funcionamento do sistema, ao contrário, a justiça parece ser parte de outro sistema penal, que não dialoga com as instituições da segurança pública, nem com o Ministério Público. Para piorar o quadro, as políticas públicas de segurança parecem sofrer de esquizofrenia, pois não relacionam o controle do crime com o investimento urbano voltado para a reconfiguração das cidades e ampliação de oportunidades para as populações mais vulneráveis. Segurança pública e respeito à educação e aos direitos humanos parecem não caminhar na mesma direção. Ao contrário, o poder público insiste em considerar os crimes contra o patrimônio como prioridade (com resultados pífios exceto pela massificação da pena de prisão), e parte importante dos recursos públicos de segurança não é destinada às áreas

> periféricas (onde os jovens são arregimentados por criminosos muitas vezes bem conhecidos pelos aparatos repressivos). As ações do poder público, na área criminal e de segurança pública, discriminam determinadas faixas da população ou de determinados grupos sociais, na medida em que o seu alvo é a chamada criminalidade popular. (SOUZA, 2009, p. 30/31).

A questão sobre a Segurança Pública envolve vários setores do Poder Público para a sua manutenção, uma vez que a sociedade cobra da Polícia a falha do Poder Público em todas as suas esferas e a sua ineficácia.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 144 "caput" que a Segurança Pública, é dever do Estado, sendo assim a sua responsabilidade é de todos, e será exercida para a preservação da ordem pública e para a preservação do patrimônio das pessoas, busca-se a paz social, através dos seguintes órgãos.

Da Polícia Federal: que protegerá os interesses da União, fará as apurações das infrações cometidas contra a ordem política e social ou em prejuízo dos bens, serviços e interesses da União ou das autarquias e empresas públicas, bem como os crimes de repercussão internacional e interestadual, a prevenção e a repressão do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho. O controle das funções das polícias marítima, aeroportuária, de fronteiras e a judiciária da União.

> A polícia Federal é subordinada ao Ministério da Justiça e tem como responsabilidade o combate ao crime organizado, sobretudo aqueles ligados às fronteiras nacionais: tráfico de drogas, contrabando de armas e mercadorias, tráfico de seres humanos, exploração sexual de crianças e trabalho escravo, bem como crimes políticos e eleitorais. A Polícia Federal tem presença em todo território nacional, principalmente em portos, aeroportos e áreas alfandegárias e conta com aproximadamente 7 mil policiais. Em seu trabalho conta com o auxílio da Polícia Rodoviária Federal e das Polícias Militares e Civis dos Estados da Federação. (FERREIRA, OLIVEIRA, SOUZA, 2009, p. 40).

Da Polícia Rodoviária Federal: que fará o patrulhamentos das rodovias federais existentes em nossos país, sob a responsabilidade da União, sua carreira será estruturada na forma da lei.

Da Polícia Ferroviária Federal: que de maneira ostensiva patrulhará as ferrovias pertencentes à União.

Da Polícia Civil: que fará as investigações penais que não sejam do âmbito militar, terá o papel de polícia judiciária, será chefiada pelos delegados de carreira, que serão auxiliados pelos investigadores e escrivães.

> A Polícia Civil é uma polícia técnica e judiciária. Ela tem o papel de investigação criminal, de persecução de criminosos e detenção provisória destes enquanto aguardam julgamento. A Polícia Civil é uma polícia judiciária e sua atribuição principal decorre das disposições processuais relativas ao inquérito policial. Ela é distribuída territorialmente, em distritos policiais, em cujas sedes, delegacias de polícia, atuam um delegado titular, delegados auxiliares e/ou plantonistas, escrivães, uma equipe de investigadores e carcereiros. É, por certo, uma equipe restrita concebida há muito tempo para dar conta apenas mais de atividades burocráticas do que atividades investigativas e de relações públicas. As atividades investigativas dependem, em grande parte, de equipes especializadas segundo o tipo de crime, adstritas às delegacias seccionais e aos departamentos centralizados. A Polícia Civil tem uma organização própria e a elite dos policiais civis é que determina, em última instância, as estratégias e as ações de seus subordinados. Os delegados de classe especial, mais antigos na carreira, ocupam os principais cargos, inclusive o cargo de delegado geral de polícia. A Polícia Civil tem sua academia de polícia e todos os policiais da carreira passam por um curso de ingresso. (FERREIRA, OLIVEIRA, SOUZA, 2009, p. 41).

Da Polícia Militar que de forma ostensiva preservarão a ordem pública, colaborando diretamente com o bem estar social pois agem preventivamente em ocasiões de tumultos e distúrbios civis, bem como na segurança de estádios de futebol, entre outros eventos e juntamente com o corpo de bombeiros militares, agirão nas atividades de defesa civil, no resgate as vítimas de acidentes e operações verão realizadas nas praias nas altas temporadas.

> A Polícia militar é uma polícia administrativa e preventiva. Ela realiza o policiamento de rua, as intervenções em desordens, tumultos e em controle nas manifestações públicas e coletivas. A Polícia Militar ainda é responsável pelo serviço de combate a incêndios, pelos resgates, pelo trabalho de salva-vidas em praias e represas, pela escolta de presos, pelo policiamento das muralhas de presídios e pela execução de ordens judiciais. A Polícia Militar ainda mantém policiamento de trânsito em diversas cidades e das estradas de rodagem. A Polícia Militar de São Paulo é uma organização extremamente complexa e relativamente autossuficiente. Ela mantém sistema de comunicação, academias militares, serviços de apoio, corregedoria e sistema de investigação interna independentes da Secretaria de Segurança Pública e da Polícia Civil. Para aumentar essas características de uma organização quase fechada, o policial militar que comete crimes, exceção aos homicídios, responde apenas à Justiça Militar. A face mais discutida da polícia militar paulista, entretanto, é a Rota (Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar), criada pera realizar policiamento ostensivo, durante o auge da repressão da ditadura, foi notória pelas execuções sumárias. Ainda hoje é utilizada para o policiamento principalmente nas regiões consideradas mais perigosas e vulneráveis. (FERREIRA, OLIVEIRA, SOUZA, 2009, p. 41/42).

Contudo o que foi exposto acima, percebe-se uma participação concreta da polícia com a sociedade, pois aquela busca intervir em ocasiões tensas para o bem estar social, na situações

desesperadoras busca-se na polícia o amparo para as soluções das questões. Há a necessidade de maior interação entre a polícia e a população, pois os policias quando não estão em horário de trabalho, também são civis que necessitam de uma segurança pública.

Cada Estado mantém suas tropas de elite para agirem em situações de elevada periculosidade, no Rio de Janeiro, por exemplo tem o BOPE – Batalhão de Operações Policiais Especiais que age principalmente nas incursões de favelas.

> Mas a polícia não se resume ao Batalhão de Operações Policiais Especiais. E os dramas cotidianos de violência não envolvem apenas a elite da tropa. Todos os dias, no estado do Rio de Janeiro, um grande número de policiais arrisca a vida no cumprimento de seu dever constitucional, com dignidade e coragem. Eles recebem salários desproporcionais às ameaças que enfrentam e à importância de sua função. Muitos sofrem danos físicos e mentais. As baixas fatais contam-se às centenas. Trabalham, frequentemente, em condições precárias e incompatíveis com a complexidade de sua missão, tanto preventiva, quanto investigativa e repressiva. Além disso, têm visto sua imagem pública degradar-se. Casos sucessivos de corrupção e brutalidade feriram de morte, no Rio, a confiança da sociedade em suas polícias, as quais, por sua vez, nem sempre souberam compreender a natureza de seu papel, numa república como a brasileira, regida pelo Estado Democrático de Direito. (BATISTA, PIMENTEL, SOARES, 2008, p. 10).

Diante disso percebemos que o policial tem um importante papel em nossa sociedade e por isso defende-se que o policial também é um cidadão que tem que ter seus direitos também protegidos, pois muitos estão morrendo em conflitos armados extremamente violentos e outros em dias de folga quando estão em momento de lazer, ou seja, despreparados para um ataque ou até mesmo fazendo bicos para complementar seus salários, pois apesar de ter os corruptos, ainda existe muitos policias honestos que buscam manter seu sustento e de sua família com dignidade.

> O policial é antes de tudo um cidadão, e na cidadania deve nutrir sua razão de ser. Irmana-se, assim, a todos os membros da comunidade em direitos e deveres. Sua condição de cidadania é, portanto, condição primeira, tornando-se bizarra qualquer reflexão fundada sobre suposta dualidade ou antagonismo entre uma "sociedade civil" e outra "sociedade policial". Essa afirmação é plenamente válida mesmo quando se tratar da Polícia Militar, que é um serviço público realizado na perspectiva de uma sociedade única, da qual todos os segmentos estatais são derivados. Portanto não há, igualmente, uma "sociedade civil" e outra "sociedade militar". A "lógica" da Guerra Fria, aliada aos "anos de chumbo", no Brasil, é que se encarregou de solidar esses equívocos, tentando transformar a polícia, de um serviço à cidadania, em ferramenta para o enfrentamento do "inimigo interno". Mesmo após o encerramento desses anos de paranoia, sequelas ideológicas persistem indevidamente, obstaculizando, em algumas áreas, a elucidação da real função policial. (BALESTRERI, 1998, s/p).

Nota-se que o policial é o elo da população com o Poder Público, eles que terão o contato direto para dirimir as mais diversas situações com a sociedade, diante da triste realidade de insegurança a qual nos deparamos em nosso país, pois eles estão no cotidiano da população enfrentando com ela os problemas, ali na rua onde as pessoas necessitam de um auxílio imediato.

> O agente de Segurança Pública é, contudo, um cidadão qualificado: emblematiza o Estado, em seu contato mais imediato com a população. Sendo a autoridade mais comumente encontrada tem, portanto, a missão de ser uma espécie de "porta voz" popular do conjunto de autoridades das diversas áreas do poder. Além disso, porta a singular permissão para o uso da força e das armas, no âmbito da lei, o que lhe confere natural e destacada autoridade para a construção social ou para a sua devastação. O impacto sobre a vida de indivíduos e comunidades, exercido por esse cidadão qualificado é, pois, sempre um impacto extremado e simbolicamente referencial para o bem ou para o mal-estar da sociedade. (BALESTRERI, 1998, s/p).

O trabalho da polícia é algo importante para a sociedade, pois uma polícia pacífica torna o convívio social mais tranquilo, pois cidadãos se sentem seguros ao saírem de suas casas com suas famílias ou para trabalhar e a sensação de segurança faz com que passem a viver de maneira mais tranquila.

A violência a qual presenciamos torna tudo isso algo imaginário, uma vez que são submetidos a crimes violentos que nos desestabilizam, pois esses alastram-se de uma maneira que não atingem somente as grandes cidades, mas também as do interior.

> A violência desequilibra e desumaniza o sujeito, não importa com que fins seja cometida, e não restringe-se a áreas isoladas, mas, fatalmente, acaba por dominar-lhe toda a conduta. O violento se dá uma perigosa permissão de exercício de pulsões negativas, que vazam gravemente sua censura moral e que, inevitavelmente, vão alastrando-se em todas as direções de sua vida, de maneira incontrolável. (BALESTRERI, 1998, s/p).

A violência a qual a população está exposta faz com que desacredite que o Poder Público possa lhes proporcionar segurança, pois os noticiários demonstram crimes cruéis que são cometidos e a dificuldade da polícia em desvendá-los e quando desvendam a total inaplicabilidade da lei é gritante tornando assim um ciclo em que crimes são cometidos e ficam totalmente impunes.

É sabido que, na formação dos policiais também há muita violência fazendo com que estes, quando treinados despertem uma ira que certamente descontarão em alguém mais fraco

que será submetido a sua hierarquia ou até mesmo nos cidadãos. A longa exposição ao estresse a qual são submetidos dificulta em muito no seu trato com a população.

> O equilíbrio psicológico, tão indispensável na ação da polícia, passa também pela saúde emocional da própria instituição. Mesmo que isso não se justifique, sabemos que policiais maltratados internamente tendem a descontar sua agressividade sobre o cidadão. Evidentemente, polícia não funciona sem hierarquia. Há, contudo, clara distinção entre hierarquia e humilhação, entre ordem e perversidade. Em muitas academias de polícia (é claro que não em todas) os policiais parecem ainda ser "adestrados" para alguma suposta "guerra de guerrilhas", sendo submetidos a toda ordem de maus-tratos (beber sangue no pescoço de galinha, ficar em pé sobre o formigueiro, ser "afogado" na lama por superior hierárquico, comer fezes, são só alguns recentes exemplos que tenho colecionado à partir da narrativa de amigos policiais, em diversas partes do Brasil). Por uma contaminação da ideologia militar (diga-se de passagem, presente não apenas nas PMs mas também em muitas polícias civis), os futuros policiais são, muitas vezes, submetidos a violento estresse psicológico, a fim de atiçar-lhes a raiva contra o "inimigo" (será, nesse caso, o cidadão?). (BALESTRERI, 1998, s/p).

Esse treinamento onde são submetidos a "torturas" desnecessárias desestabiliza o fundamento da Instituição, uma vez que policiais preparados a duras penas e tendo um treinamento cruel, despertam em seu inconsciente um desejo por práticas de atos extremamente violentos, podendo colocar assim a sociedade como sujeito passivo dessa "ira".

Isso permite que a cada turma que se forma, existam alunos agora agentes públicos descontentes com a maneira que foram tratados em seu treinamentos, submetidos a torturas diárias, que contribuem para desestabilizar emocionalmente o ser humano, pois naturalmente atrás de todo o preconceito, isso que são, que desde o nascedouro da busca pela Justiça já encontram seus direitos desamparados.

> Essa permissividade na violação interna dos Direitos Humanos dos policiais pode dar guarida à ação de personalidades sádicas e depravadas, que usam sua autoridade superior como cobertura para o exercício de suas doenças. Além disso, como os policias não vão lutar na extinta guerra do Vietnã, mas atuar nas ruas das cidades, esse tipo de "formação" (deformadora) representa uma perda de tempo, geradora apenas da brutalidade, atraso técnico e incompetência. A verdadeira hierarquia só pode ser exercida com base na lei e na lógica, longe, portanto, do personalismo e do autoritarismo doentios. O respeito aos superiores não pode ser imposto na base da humilhação e do medo. Não pode haver respeito unilateral, como não pode haver respeito sem admiração. Não podemos respeitar aqueles a quem odiamos. A hierarquia é fundamental para o bom funcionamento da polícia, mas ela só pode ser verdadeiramente alcançada através do exercício da liderança dos superiores, o que pressupõe práticas bilaterais de respeito, competência e seguimento de regras suprapessoais.

(BALESTRERI, 1998, s/p).

Ser hierarquicamente superior não significa desrespeitar os direitos de seus subordinados, colocando em prática a civilidade e o respeito ao próximo sua hierarquia será bem mais respeitada do que imposta através de castigos.

Os métodos utilizados na formação dos policias devem ser revistos para uma melhor formação de profissionais que irão lidar com as mais diversas situações de elevados estresse tanto por sua parte como pela vítima a qual estarão socorrendo. Portanto, o lado humano deve prevalecer em situações de risco em que a proteção torna-se algo essencial.

A necessidade da humanização da polícia é algo gritante, pois a sociedade busca na instituição um meio de proteção e uma vez que essa confiança é abalada, cidadãos esperam dos governantes uma solução para os percalços que são submetidos nessa relação.

> Aqui, deve-se ressaltar a importância das academias de Polícia Civil, das escolas formativas de oficiais e soldados e dos institutos superiores de ensino e pesquisa, como bases para a construção da Polícia Cidadã, seja através de suas intervenções junto aos policiais ingressantes, seja na qualificação daqueles que se encontram há mais tempo na ativa. Um bom currículo e professores habilitados não apenas nos conhecimentos técnicos, mas igualmente nas artes didáticas e no relacionamento interpessoal, são fundamentais para a geração de policiais que atuem com base na lei e na ordem hierárquica, mas também na autonomia moral e intelectual. Do policial contemporâneo, mesmo o de mais simples escalão, se exigirá, cada vez mais, discernimento de valores éticos e condução rápida de processos de raciocínio na tomada de decisões. A polícia como instituição de serviço à cidadania em uma de suas demandas mais básicas – Segurança Pública- tem tudo para ser altamente respeitada e valorizada. Para tanto, precisa resgatar a consciência da importância de seu papel social e, por conseguinte, a autoestima. (BALESTRERI, 1998, s/p).

O importante papel da polícia perante a sociedade se destaca na sensação de segurança que a população sentirá com o bom trabalho da instituição, que atualmente se encontra desamparada pelo Ente Estatal que não lhes proporcionam boas condições de trabalho deixando assim sua atuação enfraquecida perante a criminalidade.

Há a necessidade de uma inclusão da instituição no cotidiano das pessoas, seja através de programas sociais ou de estudos, seja como for a contato da população com a polícia torna-se algo importante para que haja uma interatividade entre a entidade e os cidadãos.

Por outro lado, é gritante a violação aos direitos humanos que presenciamos tanto por parte dos policiais, sem esquecer também que estes tem seus direitos violados pelos criminosos que travam uma “guerra” diária contra os mesmos. Diante disso chegamos à conclusão de

pensarmos para que precisamos da polícia.

> Por que importa a polícia? Parece estúpido fazer essa pergunta a leitores majoritariamente policiais. Mas é importante fazê-la e resgatar a obviedade, uma vez que, na sociedade brasileira e em outras sociedades de Terceiro Mundo, em função de desvios de conduta de maus policiais e de desvios históricos da função, a estima social e mesmo a autoestima das polícias vêm sofrendo poderosos desgastes. No entanto, nem por isso a polícia deixou de ser um serviço imprescindível. Quem precisa dela? Precisamos todos nós, que somos cidadãos. Vivemos em um mundo urbano e complexo, e, nesse mundo, a sociedade tem a necessidade simbólica de uma autoridade que ajude na autolimitação. Assim o que é a polícia? Muito simplesmente, a polícia é um segmento da sociedade, da cidadania, instituído por esta para auto balizar-se. Não vivemos mais no mundo rural, em comunidades facilmente administráveis pelas tradições. Vivemos no mundo de massas, onde seria absolutamente impensável a garantia dos direitos democráticos sem o poder da polícia. Não há país que não a tenha, o que também é uma obviedade. Há países que optaram, por exemplo, por não ter Forças Armadas, como a Costa Rica. Não quero entrar no mérito da decisão. Apenas constatá-la como uma possibilidade e dizer que o mesmo seria impossível em relação à polícia. (BALESTRERI, 1998, s/p).

A manutenção da polícia é algo necessário para o Poder Público, diante da evolução da sociedade que a cada dia se torna mais perplexa, pois várias formas de confrontos vão surgindo, os crimes passam a ficar mais violentos, todo o público em geral passa a ser alvo disso e também há a participação cada vez mais de crianças, jovens e mulheres entrando para o crime.

> Segundo, se a polícia é importante para a manutenção da ordem, evidentemente é importante para a defesa dos direitos. A ideologia é diferente daquela que tínhamos no período autoritário, onde todo cidadão era um inimigo interno em potencial. A polícia, antes de tudo, defende direitos, logicamente direitos humanos. Por que não? O policial foi instituído pela sociedade para ser o defensor número um dos direitos humanos. Se seria estranho dizer que isso há alguns anos, hoje é absolutamente lógico, no contexto de uma sociedade democrática. O que digo sempre aos policiais é o seguinte: tomem essa bandeira das nossas mãos; tomem essa bandeira dos direitos humanos da exclusividade das organizações não-governamentais. Ela é de vocês também. É com essas bandeira nas mãos, cheio de dignidade, que o policial tem que ser reconhecido pela sociedade, superando velhos preconceitos e estereótipos. Essa será a única forma real da sociedade mudar a relação de ambiguidade que tem com a polícia. (BALESTRERI, 1998, s/p).

A busca pelo entendimento entre a sociedade e a polícia é algo que deve ser buscado constantemente, pois a boa relação faz com que as pessoas se sintam mais protegidas, tanto do lado policial como do lado cidadão. Pois a população percebe que tem seus direitos protegidos pela instituição e o agentes estatais sentem mais segurança, ao fazer uma abordagem, pois sabem que terão seus direitos como profissionais respeitados e do mesmo modo que deverão respeitar

os de quem se aborda.

> Quando se trata de coisas de polícia, volto a dizer, muito fraternalmente, eu diria que a polícia ainda está se queixando muito de que a sociedade não consegue mudar em relação a ela, compreendê-la melhor em sua bela mas dificílima missão. Se das justas queixas contra a mídia, que tem sido realmente parcial e destacado apenas o que é negativo, contaminando a sociedade e a própria polícia apenas com desesperança, desencanto e desânimo. Sei da desconformidade com a justiça morosa e muitas vezes complacente e estimuladora da impunidade. Sei do cansaço da polícia com as ferramentas legais imperfeitas com as quais precisa muitas vezes trabalhar. Sei da dor pessoal e familiar gerada por condições de vida e trabalho muitas vezes desumanas. (BALESTRERI, 1998, s/p).

Os descasos em que a instituição vem enfrentado destaca que cada vez mais tem que se buscar a relação e as condições de trabalho para esses agentes que são treinados pelo Poder Público para garantir a segurança da população.

Contudo que foi exposto acima, verifica-se que a população tem que mudar o seu conceito de polícia e passar acreditar mais na Corporação e lembrar que os policiais também são seres humanos que além de respeitar os direitos dos civis, também querem ter os seus respeitados, ou seja, buscar a implantação de uma polícia comunitária.

> A polícia comunitária é um tipo de policiamento que implica uma mudança radical a respeito do que conhecemos como polícia. Em primeiro lugar, o referencial muda da proteção do Estado, para a proteção do cidadão; em segundo, o policiamento visa auxiliar a comunidade no sentido de resolver seus problemas com segurança, trabalhando em conjunto com a população e em caráter preventivo; em terceiro, diminuição radical do uso de força física, sobretudo armas de fogo: a polícia deve procurar resolver conflitos de forma pacífica, sendo o uso da força um último e grave recurso. O policial que usar arma deve fazer relatório completo do ocorrido e, independentemente disso, passa por um processo de investigação; em quarto, os policiais passam a ser formados principalmente em cursos superiores exige-se deles vasto conhecimento, sobretudo em áreas ligadas à psicologia e sociologia; a formação policial é mais rígida, bem como
> as exigências profissionais, o que corresponde a um salário digno e todas as garantias profissionais que qualquer cidadão merece ter; em quinto, o mandato da polícia muda, deixando de ser exclusivamente de combate ao crime, passando a ser de resolução de problemas junto à comunidade. (BORGES, SOUZA, p. 90).

A Polícia comunitária torna-se algo importante para a sociedade que se for amparada por esse sistema de policiamento se sentirá mais segura.

A VIOLÊNCIA POLICIAL

No Brasil a democracia busca implantar um sistema onde haja um bom desenvolvimento para as políticas públicas e com isso espera-se uma boa atuação na questão de segurança pública e o que nos defrontamos é com uma enorme violência policial e também muita corrupção por parte destes que agentes que deveriam garantir a paz pública, acabam colaborando com o temor da população.

> A discussão sobre a consolidação da democracia no Brasil atinge um ponto crítico quando o assunto volta-se para a polícia e policiamento. A Constituição Federal do Brasil colocou a segurança pública como direito do cidadão e dever do Estado. Também colocou ênfase especial nas instituições policiais para a manutenção da ordem e da segurança pública. Mas as deficiências das polícias saltam evidentemente aos olhos de qualquer cidadão e, para tornar o problema mais sério, a ineficiência é acompanhada de perto da violência policial e do uso de métodos considerados ilegais na investigação criminal. (BORGES, SOUZA, p. 77).

A ação da polícia é pautada por regras específicas que são passadas em seus treinamentos, ou seja, ao abordarem os infratores da lei, muitas vezes necessitam utilizar-se da força para conter a situação, ocasiões estas que acabam por corroborar para a violência.

Também não podemos fechar os olhos para o fato de que na Corporação existem muitos policiais que usam a força de maneira exagerada, colaborando para o crescimento da violência, bem como alguns corruptos que formam milícias para controlar o tráfico e extorquir a população das favelas.

Com isso, a violência policial torna-se gritante aos olhos da sociedade que acompanha nos noticiários a expansão deste mal que se infiltra na Instituição, e a sensação de insegurança cresce diariamente, pois notamos os altos índices de criminalidade, aos quais estamos submetidos e não sabemos se a polícia é realmente a que vai socorrer ou se estamos lidando com criminosos vestidos de fardas.

> A polícia do Estado de São Paulo tem apresentado altas taxas de prisões. Mesmo assim, as taxas de criminalidade continuam altas, exceção aos casos de homicídios. A polícia parece ineficaz na contenção dos chamados crimes contra o patrimônio. O resultado dessas medidas de detenção é que o sistema penitenciário do Estado passou a sofrer com a superpopulação. O Estado de São Paulo conta com 144 presídios e a construção de mais 60 unidades já estava prevista em orçamento. O mesmo raciocínio está valendo para as unidades de detenção de jovens em conflito com a lei. Além do uso excessivo de medidas de encarceramento, na instituição ainda vigora situação de ilegalidade que marca relações (agressões, drogas e acertos) entre os funcionários e os adolescentes. (BORGES, SOUZA, 2009, p. 83).

A situação de descaso com o serviço policial por parte da Secretaria de Segurança Pública, faz com que poucos projetos sejam elaborados para a contenção da criminalidade, é absurda a falha do Estado que não proporciona boas condições de trabalho a seus agentes e lhes paga baixos salários diante do risco que terão que correr no exercício de sua profissão.

A falta de melhores condições de serviço, armamento, carros que possam ser ágeis em perseguições faz com que os policiais tenham uma atuação reduzida, muitas vezes se tornando reféns dos criminosos. A falta de munições colabora para o enfraquecimento da Corporação diante de infratores altamente armados.

> Tanto em SP quanto no RJ, aos policiais é permitido o uso de pelo menos uma arma pessoal em serviço; nem sempre essa arma é registrada e nem sempre ela é apresentada para perícias quando a situação exige. Não há controle sobre munições e os próprios policiais compram a munição de que precisam. Portanto, não há como verificar o número real de disparos por parte do policial em uma situação real de confronto armado. Tanto em SP quanto no RJ, os policiais estão morrendo mais em folga do que em serviço. A preocupação com a letalidade decorrente de ações regulares de policiamento é muito recente, no Brasil. Ela data de, pelo menos, dez anos. Mas, somente agora, as mortes de civis e policiais passaram a ser entendidas como sendo um problema de gerenciamento e de qualidade do serviço prestado pela polícia e, assim, tendo de ser compreendidas, diagnosticadas minimizadas, através de políticas públicas específicas. (BORGES, SOUZA, p. 87).

Há a necessidade de se investir na Polícia para que o quadro atual possa ser alterado, com a melhora de salários e condições de trabalho, a carreira torna-se atrativa para muitos jovens que poderão compor o quadro da Corporação e prestar um serviço de qualidade.

Diante disso, fica a esperança de dias melhores, pois a população está desacreditada na melhora das condições dos serviços públicos.

O CONTROLE DA VIOLÊNCIA

Vivemos em uma sociedade democrática que diariamente busca pelos seus direitos e a participação da população através da comunicação com a polícia é importante para a solução de conflitos e para a quebra da barreira criada entre os agentes policiais e os civis.

O verdadeiro Estado Democrático de Direito acontece quando civis e policiais caminham juntos para alcançar a paz social que é momentaneamente alvejada por todos. Projetos sociais idealizados pela sociedade e executados pela polícia, é de grande valia para o entrosamento que se busca com a Instituição.

> Ou seja, é necessária a instauração de um espaço de participação verdadeiramente civil. O poder do Estado decorre de sua capacidade de controlar as fontes de violência, os conflitos existentes na sociedade, bem como de minimizar os efeitos de suas próprias ações violentas. O poder não é ilimitado, ao contrário, ele demanda a existência de controles políticos, institucionais e coletivos. As propostas de controle social da violência devem levar em conta que não é o aumento do poder do Estado sobre a sociedade, nem a radicalização de políticas repressivas que farão que os conflitos sejam contidos. É preciso repensar políticas públicas para as áreas urbanas, ampliar e consolidar a participação popular e recuperar a qualidade de vida dos cidadãos. A experiência mostrou que o remédio para o aumento da criminalidade, da violência das instituições públicas não é meramente institucional ou jurídico, mas é político e, assim, passa pela via da cidadania. (FERREIRA, OLIVEIRA, SOUZA, 2009, p. 48).

Cidadãos envolvidos com o trabalho policial, aparenta uma sensação de conforto para a população que acredita que ao se envolver em questões públicas estão colaborando de maneira mais direta com o bem estar social.

É necessário um novo pensamento por parte da população, que revendo seus conceitos podem ajudar em muito na transformação das políticas públicas, para que os Órgãos Estatais funcionem de uma maneira melhor e que as desigualdades sejam diminuídas, que a corrupção seja combatida para tudo isso, o envolvimento da sociedade é indispensável.

> A sociedade política e os cidadãos de, uma forma geral, devem ser intolerantes em relação às desigualdades sociais, ao desemprego, ao salário mínimo, às políticas de restrição de direitos adquiridos, à violência policial, à corrupção, ao uso privado dos recursos públicos e à despolitização dos espaços sociais. A questão atual, portanto, não é mais perguntar sobre processo de legitimação do poder do Estado, mas sim sobre a constituição de uma cultura democrática, de uma cultura plural e cosmopolita, que nunca está dada de antemão, mas sempre requer amplos e meticulosos processos de construção. (FERREIRA, OLIVEIRA, SOUZA, 2009, p. 49).

O processo de reconstrução de participação da sociedade em projetos políticos e das questões de segurança pública, torna-se necessário, pois a exemplo de vários países em que o Poder Público buscar interagir com a população tem se obtido resultados positivos, como no Canadá por exemplo a instituição de uma polícia comunitária fez com que o índice de violência diminuísse.

Isso traz uma melhora constante, pois a polícia agindo em conjunto com a sociedade aprimora-se o atendimento e a sensação de segurança é notada por todos, deixando assim a população mais tranquila e satisfeita com o serviço público que não os deixa desamparados

diante da criminalidade, melhorando a qualidade de vida de todos.

A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

O tema direitos humanos é algo relevante em nossa sociedade, atualmente em dias de conflitos em que a criminalidade se dilacera de maneira quase que incontrolável e que direitos humanos são desrespeitados.

Esse é um assunto que há tempos preocupa a sociedade, bem como os seus governantes que buscam uma maneira de esses serem preservados e ao mesmo tempo garantir a eficácia dos serviços estatais, mas como garantir isso em um cenário em que essa "guerra urbana" cresce diariamente.

> Com os objetivos de manter a paz e a segurança internacionais, desenvolver relações amistosas entre nações e conseguir cooperação internacional para resolver problemas socioeconômicos, culturais e humanitários, a ONU projeta-se como um organismo de alta relevância para as relações internacionais. Dando continuidade ao projeto, em 1948 foi assinada a declaração Universal dos Direitos Humanos, documento base que serve de referência para ações ligadas à temática. Neste processo, ressalta-se também a importância da Conferência de Viena (1993), que deferiu legitimidade aos institutos internacionais nos assuntos humanitários, prevendo inclusive possíveis sanções à soberania nacional com o intuito de promover os direitos humanos. (KOERNER, apud BORGES, TSUNODA, 2009, p. 67/68).

A preocupação com direitos humanos é global, o assunto é relevante questão internacional, pois todos os países buscam a sua preservação em um cenário onde há a sua constante violação. Já no Brasil a Constituição Federal de 1988 buscou implementar mais o respeitos a esses, bem como vários outros direitos sociais para uma sociedade mais digna.

Abordou entre vários a questão sobre a segurança pública que é fundamental para o bem estar social, e tenta combater as demais outras formas de discriminação.

> A Constituição de 1988 caracterizou a segurança como um problema de políticas públicas. Consequentemente, houve a incorporação de muitos direitos individuais que foram violados sistematicamente no período da ditadura militar. Os direitos à vida, à liberdade e à integridade pessoal foram reconhecidos, e a tortura e a discriminação racial passam a ser consideradas crimes. (BORGES, TSUNODA, 2009, p. 69).

A violação aos direitos humanos costumeiramente são ligados aqueles que possuem uma maior condição de vulnerabilidade, ou seja, a classe mais pobre da população tendem a ter seus direitos violados e são expostos a demais formas de violências.

> A afirmação dos direitos humanos envolve a resolução de problemas como a criminalidade, a violência urbana, a impunidade e a discriminação. No Brasil, até mesmo a democracia formal não foi capaz de acabar com a prática de violação aos direitos. Isso porque são décadas de descaso político em relação à aplicação dos direitos humanos no âmbito do emprego, moradia, saúde e educação para os mais pobres que fizeram o quadro da criminalidade se agravar ainda mais. De um lado, as instituições de segurança pública e a justiça criminal se mostram incapazes de incorporar, em suas práticas cotidianas, o respeito a padrões mínimos de direitos humanos. Por outro lado, tornou-se costumeiro associar direitos humanos aos direitos dos bandidos, demonstrando a ideia deturpada e ambígua de direitos humanos que os noticiários divulgam para a sociedade brasileira. (SOARES, apud BORGES, TSUNODA, 2009, p. 72).

Cada vez mais os direitos humanos são desrespeitados, uma vez que o cidadão ao procurar o poder público para a garantia de seus direitos constitucionais, verifica que está sujeito a forma mais degradante de segregação social.

No Brasil o grito pela reforma das políticas públicas é algo que deve ser levado de maneira constante e cobrada de nossos governantes, pois esse é o seu papel, uma vez que ao se elegerem se invocam como representantes do povo brasileiro!

ENTREVISTA

Com o Capitão da Reserva da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Sr. Arcenio José Sant`Anna – entrevista realizada em 31 de maio de 2015.

Em que data o senhor entrou para a Polícia Militar do Estado de São Paulo e o que motivou a seguir esta carreira?

Em 21 de março de 1975 e saiu para a reserva em 24 de junho de 2005, o que me motivou foi a possibilidade de poder prestar serviços à sociedade sem exigência direta de fins lucrativos. Embora todo policial recebe vencimentos mensais pelo exercício de sua profissão, como qualquer outro funcionário público.

Como foi o seu treinamento para se tornar um policial?

Foi o suficiente para o desempenho da função, embora tenha feito estudos externos a Corporação que muito contribuiu. Durante os cursos de soldado, cabo, sargento e oficial somos retirados da atividade fim para ficar exclusivo adido ao curso de formação em questão. É nos dado alojamento, refeição e aulas preparatórias e treinamentos para a função. Como por

exemplo, aulas de Direitos Humanos, educação física e uso de arma de fogo, entre outras matérias relacionadas a atividade policial. Tendo como professores e instrutores oficiais e praças qualificados para ministrar aulas.

Fala-se muito em torturas nos treinamentos para os novos policiais durante o curso de formação, o que o senhor tem a falar sobre isso?

É natural que durante os cursos de formação é exigido o máximo do aluno, respeitando suas condições físicas, bem como seu perfil exigidos para a função de policial militar, mas durante os cursos em que fui aluno ou que fui instrutor não violei nem presenciei algum colega instrutor desrespeitar a pessoa do aluno, sendo que excessos raros ocorridos eram de imediato levado ao conhecimento do Comandante da escola que imediatamente repreendia o responsável pelo excesso e o amoldava nas normas dos cursos e caso fosse reincidente acabava por ser desligado do corpo escolar, dependendo o caso podendo sofrer até punições.

Em quais funções o senhor serviu durante os anos que ficou na Instituição?

Policiamento Ostensivo, rádio patrulhamento, policiamento de choque e trânsito.

A Polícia Militar de São Paulo possui diversos Batalhões para atuarem em diferentes funções, quais são eles?

Sim, possui os batalhões de áreas que são responsáveis pela manutenção da ordem pública em determinado Município ou parte dele, podendo cobrir mais de um Município principalmente no interior. Os Batalhões especializados **rodoviários:** que são responsáveis pelo policiamento ostensivo nas estradas estaduais em todo o Estado, fiscalizando documentação de motoristas e veículos e atendimento de acidentes; **ambiental:** que fiscaliza as infrações ao meio ambiente no Estado, como por exemplo verificação de pescas, queimadas irregulares, proteção de nascentes de rios e morros entre outros; **corpo de bombeiros:** atuando em combate à incêndios, salvamento em rios e lagoas e o serviço de resgate e socorro, além das operações salva-vidas nas praias principalmente nas altas temporadas; **Batalhão de Choque:** responsável pelo controle de tumultos e distúrbios civis, além de policiar as praças esportivas (estádios de futebol), invasão de presídios para o controle de rebeliões e acompanhar manifestações, repreendendo as pessoas que excedem; **Rota - Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar (1º Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo),** é um batalhão intensivamente treinado para as ações de polícia ostensivas, mormente aquelas com previsão de maior poder de

reação dos infratores da lei, sendo que a guarnição é composta por 4 (quatro), policiais sempre tendo um oficial ou sargento como comandante, dotado de armamento de grosso calibre além daquele de porte normal do policial militar que é a pistola 9mm, sendo que também conforme a situação exige transforma rapidamente em um pelotão de choque, com área de patrulhamento em todo o Estado de São Paulo; **Cavalaria:** faz parte do CP Choque que também faz policiamento ostensivo montado e também pode ser utilizada nas greves e distúrbios civis e tumultos.

Ouve-se falar que a ROTA é a Tropa de Elite da Polícia Militar do Estado de São Paulo, devido ao seu rigoroso treinamento para a atuação em situações de alto risco, onde ocorrem várias mortes de civis em sua atuação?

Que devido a própria natureza das ocorrências em que são atendidas pela ROTA, ou seja, sequestros, roubo a banco, entre outras situações extremamente complexas, é que ocorre mortes de agressores da sociedade, a qual também faz partes todos os policiais e principalmente os componentes da ROTA que atendem essas ocorrências, que a ROTA como os demais componentes da Corporação só reagem mediante injusta agressão por parte dos delinquentes, visto que se os mesmos após ter agredido a sociedade se renderem as ordens daqueles policiais, serão devidamente detidos, revistados, qualificados e conduzidos ao Delegado do Distrito do bairro, com todas as observâncias da lei.

Atualmente nos noticiários observamos a proteção dos Direitos Humanos dos infratores da lei, mas pouco dos policiais, que ao matarem um infrator viram alvo de noticiário e quando são mortos, são esquecidos. Qual a opinião do senhor sobre isso?

A Polícia Militar como um todo é a maior respeitadora dos Direitos Humanos, o que é efusivamente destacado em todos os cursos da Corporação, como vemos é a única Instituição Pública que atua em todo o território estadual 24 (vinte e quatro), horas por dia, todos os dias da semana e não precisa de senha, protocolo ou algo que o valha, com um simples aceno de mão de um cidadão entra em ação não fazendo distinção de quem é o solicitante. E quanto ao não respeito aos Direitos Humanos dos policiais, por parte de alguns órgãos de imprensa os PMs já são devidamente orientados em seus cursos, visto que parte da população que os chamam em seu socorro, será a mesma que poderá criticar no futuro.

Direitos Humanos também é coisa de policial?

Sim, tanto é que em todos os cursos, essa é uma questão densamente administrada, tanto

é que faz parte de uma matéria específica, lembrando que em situação de alto estresse, por vezes o policial militar pode haver agir de forma que não seja a desejada nem por ele. Sendo que, apesar dos treinamentos recebidos se fossem uma situação que tivesse tempo disponível para raciociná-lo, talvez tomaria outra, mas que naquele momento (muitas vezes em segundos), aquela foi a plausível de fazê-la. Observa-se que ao deter um delinquente, ou evitar um furto/roubo o policial está praticando uma fase de proteção aos Direitos Humanos.

O policial, pela natural autoridade moral que carrega, tem o potencial de ser o mais marcante promotor dos Direitos Humanos, revertendo o quadro de descrédito social e qualificando-se como um agente central da democracia?

Sim, o que vemos praticar diuturnamente pelos meios de comunicação.

As Forças Policiais são a garantia do efetivo cumprimento das normas e respeito ao Estado democrático que foi estabelecido com base em uma norma fundamental, que foi denominada Constituição Federal?

Sim, sendo que os desrespeitos são devidamente apuados por corregedorias internas, quando o seu infrator é devidamente responsabilizado.

É lícito exigir conduta absolutamente ilibada do policial civil ou militar, quando o Estado não lhe dá condições de manter suas necessidades básicas, quando o Estado lhe proporciona uma carga de frustações enorme que muitas vezes o policial não consegue suportá-la?

Sim, só que o Estado deveria proporcionar melhores condições de trabalho aos policias, inclusive com melhores salários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho pode-se concluir que no mundo contemporâneo presenciamos que a questão da segurança pública é algo que nossos governantes devem se preocupar de uma maneira mais dedicada, devem buscar projetos para a melhoria da segurança, ou seja, investimentos em políticas públicas para buscar o controle do caos no qual a sociedade está submetida.

A crescente criminalidade faz com que a população se torne refém, pois há cada vez mais criminosos impunes nas ruas e os cidadãos de bens expostos a isso diariamente. Os que possuem uma condição social mais privilegiada buscam na segurança privada uma maneira de se proteger, agora a classe mais baixa que não dispõe de recurso nenhum fica exposta a mais diversas formas de segregação.

Há a necessidade de investimentos nas polícias, para que tenham um treinamento adequado, bem como a disponibilidade de equipamentos adequados, isso faria com que policias trabalhassem mais motivados e resistissem mais a corrupção, que se torna atrativa devido à falta de preparo por parte desses e aos baixos salários recebem.

Diante disso percebemos que o policial tem um importante papel em nossa sociedade e por isso defende-se que o policial também é um cidadão que tem que ter seus direitos também protegidos, pois muitos estão morrendo em conflitos armados extremamente violentos e outros em dias de folga quando estão em momento de lazer, ou seja, despreparados para um ataque ou até mesmo fazendo bicos para complementar seus salários, pois apesar de ter os corruptos, ainda existe muitos policias honestos que buscam manter seu sustento e de sua família com dignidade.

Com a participação de todos, há a motivação para enfrentar os novos desafios e os projetos para a melhora nas condições sociais começam a caminhar, com a tentativa de implementação de uma nova técnica de segurança por parte do Estado.

Com isso, o surgimento de novas técnicas e planejamento traz uma esperança ao Poder Público e à sociedade que presenciam o surgimento de crimes organizados que procuram agir em suas falecias e tornam-se um "inimigo" poderoso, que pode ser denominado de poder paralelo.

Contudo o que foi exposto, a necessidade de reforma por parte das políticas públicas na questão de segurança é algo gritante, para que a participação de todos possamos ter um futuro melhor onde o respeito a direitos de profissionais e da população sejam respeitados e os direitos constitucionais trazidos pela nossa Carta Magna seja algo aplicado a todos em nossa sociedade, ou seja, há a esperança de dias melhores!

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Maria Helena Oliva. **Segregação social e violência urbana.** Revista de ciências sociais – volume 17 – número 48. Disponível em http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Segrega%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em 01 de junho de 2015.

BALESTRERI, Ricardo Brisola. **Direitos Humanos: Coisa de Polícia.** Passo Fundo – RS, CAPEC, Paster Editora, 1998. Disponível em http://www.policiacivil.rs.gov.br/upload/1380658924_Balestreri_Dieitos_Humanos_Coisa_Policia.pdf.Acesso em 26/02/2015.

BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo e SOARES, Luiz Eduardo. **Elite da tropa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. ISBN 978-85-7302-894-2.

CAMPOS, Vlamir Leandro Motta. **Polícia Federal e o Estado Democrático.** Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2219/Policia-Federal-e-o-Estado-Democratico. Acesso em 07/04/2015.

CÉSPEDES, Lívia; CURIA, Luiz Roberto; NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum Saraiva/Obra Coletiva.** 17ª edição. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FELIX, Sueli Andruccioli; REDÍGOLO, Natália Carolina Narciso. **A sociedade está mudando: desafios no combate à violência.** Revista LEVS/UNESP – Marília – Ano 2012- Edição 10 – Dezembro/2012 – ISSN 1983-2192. Disponível em http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/viewFile/2654/2083. Acesso em 01 de junho de 2015.

FILHO, Cláudio C. Beato. **Políticas Públicas de Segurança e a questão policial.** Disponível em http://www.observatoriodeseguranca.org/files/v13n04_02.pdf. Acesso em 01 de junho de 2015.

REIS, Gilberto Protásio dos; Souza, Renato Vieira de. **O Controle da Polícia no Brasil: Uma introdução ao controle científico da polícia.** Disponível em http://www.fgr.org.br/admin/artigos/200976318712341797112286323 8ArtigoControlePolicia.pdf . Acesso em 01 de junho de 2015.

SOUZA, Luís Antônio Francisco. **Políticas de segurança pública no Estado de São Paulo: situações e perspectivas a partir das pesquisas do observatório de Segurança Pública da UNESP.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.Disponível em: http://livros.universia.com.br/2012/06/04/baixe-gratis-o-livro-politicas-de-seguranca-publica-no-estado-de-sao-paulo. ISBN 978-85-7983-019-8. Acesso em 06 de maio de 2015.

A TORTURA COMO FORMA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Alana Cássia Martins de LIMA[6]

RESUMO
O presente trabalho tem como escopo discorrer sobre a tortura como uma forma de afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Primeiramente, tratou-se de conceituar a tortura através de definições trazidas por importantes convenções sobre o tema. Num segundo momento, passou-se a discorrer sobre o Princípio Mestre do ordenamento jurídico Brasileiro, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana. Posteriormente, fora feito um paralelo entre a tortura e a Dignidade da Pessoa Humana, demonstrando a ofensa mencionada. E por fim, foram apresentados dois casos importantes de tortura ocorridos à época da Ditadura Militar no Brasil: O caso Raul Amaro Nin Ferreira e o caso Vladimir Herzog.

PALAVRAS-CHAVE: Tortura. Dignidade da Pessoa Humana. Princípio Mestre. Ditadura Militar.

ABSTRACT
This work aims to explicit about the torture as a form of affront to the Principle of the Dignity of the Human Being. First, this was to conceptualize torture through the definitions brought by important conventions on the subject. Secondly, pass to discuss the Master Principle of the Brazilian legal system, namely, the Human Dignity. Later was made a parallel between torture and the Dignity of the Human Being, demonstrating the mentioned offense. Finally, presented two important cases of torture occurred at the time of the military dictatorship in Brazil: The Case Raul Amaro Nin Ferreira and the case Vladimir Herzog.

KEYWORDS: Tortura. Dignity of the Human Being. Master Principle. Military Dictadorship.

INTRODUÇÃO

A tortura, uma forma de dor física ou psíquica, é justificada pela crueldade, prazer de torturar, seja como pena ou seja desejando confissão de algo.

Destarte, a tortura afronta diretamente um Princípio Mestre trazido pela Magna Carta Brasileira, ou seja, a Dignidade da Pessoa Humana, que por sua vez, constitui o mínimo essencial à todo ser humano, aquilo que é inerente ao homem. Daí a importância de se fazer uma análise sobre a tortura em conjunto com a Dignidade Humana, demonstrando a ofensa que tormentos causam ao homem.

O paralelo dignidade humana e tortura é destacado, criticando-se e almejando uma sedimentação dos direitos humanos de fato e, um sistema punitivo eficiente aos transgressores, para que de forma alguma sejam violados direitos absolutos, atinentes ao homem.

Importa salientar ainda, dois casos de extrema importância, ocorridos à época da Ditadura Militar, e que ilustram justamente o que se discute neste trabalho, isto é, a ofensa à Dignidade Humana, a integridade física e psíquica, bem como, o direito de liberdade, liberdade de expressão. Trata-se do caso Raul Amaro Nin Ferreira e do caso Vladimir Herzog.

O presente artigo foi extraído de uma monografia, intitulada "A Evolução da Tortura e Sua Ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana", apresentada no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

Para a realização do trabalho foi utilizado o método dedutivo, fazendo uma conceituação do tema, análise descritiva e a apresentação de casos correlatos ao tema. A pesquisa bibliográfica deu-se em livros, revistas, doutrinas e internet.

CONCEITO DE TORTURA

A tortura configura uma das mais graves ofensas à dignidade humana, integridade física e psíquica, podendo gerar inúmeras consequências com sua aplicação.

O conceito de tortura está na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em seu artigo 2º:

> Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.
> Não estarão compreendidas no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.

Um outro conceito, aceito internacionalmente encontra-se no artigo 1º da Convenção contra a Tortura:

---

[6] Estudante de Graduação - Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo.

> Para os fins desta Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.

De ambos os conceitos citados, deduz que, a tortura diz respeito aos castigos físicos ou mentais impostos à alguém, com o objetivo de obter confissão, informações, punição e intimidação.

A aplicação da tortura se dá de várias formas, modalidades e na maioria das vezes na clandestinidade, sendo empregada por agentes públicos, o que não justifica tamanha crueldade.

A dor que sofre a vítima representa a angústia, a ignóbil atitude daquele que pratica os tormentos, demonstrando o desprezo do homem pelo seu semelhante.

Porém, como observa José Geraldo da Silva (1997, p. 23), atualmente o conceito de tortura está desgastado pela mídia, que o utiliza cotidianamente, não expressando o verdadeiro significado para o direito penal.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Dignidade da Pessoa Humana é o valor supremo, o princípio mestre, que regula todos os direitos fundamentais e inerentes ao homem. Ela existe assim que se tem a vida, nasce junto com tal direito, estão intimamente ligados. O indivíduo é digno desde sempre é característica de tal.

A pessoa é sujeito de direitos e, de tal modo, merece o respeito à estes, assim como a garantia. A dignidade aufere isso, ela almeja o cumprimento destes. Nas palavras de Rizzatto Nunes (2009, p. 51), relacionado ao desenvolvimento do ser humano:

> Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento em que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade, sua imagem, sua intimidade, sua

> consciência religiosa, científica, espiritual, etc., tudo que compõe sua dignidade.

Eduardo Rabenhorst (2001, p. 14) explica o termo dignidade:

> O termo dignidade, do latim *dignitas*, designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima. Apesar de a língua portuguesa permitir o uso tanto do substantivo dignidade como do adjetivo digno para falar das coisas (quando dizemos, por exemplo, que uma moradia é digna), a dignidade é acima de tudo uma categoria moral que se relaciona com a própria representação que fazemos da condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres.

Ingo Sarlet (2011, p. 73) define Dignidade Humana como:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é algo inato, inerente à essência do ser humano, fora construído historicamente. Desde a Grécia Antiga, berço da sabedoria, já se falava na Dignidade da Pessoa Humana, tinha-se uma ideia do homem com validade universal e normativa, pensando na racionalização do pensar e agir, e a dignidade estava na distinção do homem com o animal.

Já o pensamento Cristão foi talvez o mais importante para a criação e elaboração da noção de dignidade humana, em que se acreditava que o homem era concebido à imagem e semelhança de Deus e, sendo assim, seriam seres superiores aos animais. Além disso, haveria uma missão de revalorização do ser humano, pois este merece respeito e valorização.

Tomás de Aquino fora o primeiro a trazer o termo "Dignidade Humana", e como pontua Flademir Martins (2003, p. 24):

> Assim, em Tómas de Aquino a "dignidade humana", que guarda intensa relação com sua concepção de pessoa, nada mais é do que uma qualidade inerente a todo ser humano e que distingue das demais criaturas: a racionalidade. Através da

> racionalidade o ser humano passa a ser livre e responsável por seu destino, significando o que há de mais perfeito em todo o universo e constituindo um valor absoluto, um fim em si.

Em relação à concepção de dignidade humana de Kant, ela prevalece até hoje no pensamento filosófico, pois, para ele, apenas a pessoa humana, única e insubstituível, o homem titular de direitos e deveres, possui dignidade e esta, acima de qualquer coisa, não pode ser confrontada por qualquer coisa com preço, nem sendo possível atribuí-la um preço. Há uma distinção entre as coisas que possuem dignidade e as coisas que possuem preço e diz Eduardo Rabenhorst (2001, p. 33):

> Com efeito, no reino das finalidades humanas, diz Kant, tudo possui um preço ou uma dignidade. Aquilo que possui um preço tem um valor relativo, isto é, pode ser comparado ou substituído por algo equivalente. Em contrapartida, a dignidade é atributo apenas daquilo que é insubstituível e incomparável, ou seja, daquilo que, pelo simples fato de possuir um valor absoluto, encontra-se acima de qualquer preço. Ora, apenas o homem, enquanto ser racional e autônomo, isto é, como único ser capaz de fixar livremente metas ou planos de vida, encontra-se nesta segunda situação.

Com Sartre, a dignidade da pessoa humana acaba sendo sintetizada a partir do contexto do existencialismo. Além disso, ele se recusa a acreditar que é da essência do homem ter dignidade, e que ela é adquirida.

Cumpre ressaltar o iluminismo (Século XVII), que modificou o pensamento humano, tornando o homem como centro do universo, levando em conta a razão, que foi fundamental para a concretização da dignidade humana.

Nesse contexto, a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) também foram importantes para o estabelecimento da dignidade humana, porquanto trazia a ideia de direitos naturais, assegurando a liberdade e igualdade, positivando os direitos em forma constitucional, por meio das Declarações de Direitos.

Durante a Segunda Guerra Mundial, devido às atrocidades cometidas à época, as pessoas acabavam até mesmo por perder a noção do seu próprio valor, a dignidade humana não era respeitada, assim como a integridade física e psíquica que dela decorre. Por tal fato, em 1948 a Organização das Nações Unidas, publicou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecendo a dignidade do homem e seus direitos fundamentais.

A partir de então, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana começou a se concretizar e

adentrar as Constituições, sendo o primeiro caso, na Constituição Alemã de 02 de maio de 1949, em seu artigo 1º:

> A dignidade do homem é intocável. Respeitá-la e protegê-la é a obrigação do aparelho estatal.
> Por isso o povo alemão declara-se partidário de direitos humanos invulneráveis e inalienáveis enquanto base de qualquer comunidade humana, pacífica e de justiça no mundo.
> (3) Os direitos fundamentais seguintes conglomeram o poder legislativo, o executivo e o judicial enquanto direito diretamente válido.

No Brasil, a primeira Constituição a falar indiretamente sobre dignidade foi a Constituição de 1934, que trazia em seu texto legal:

> Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

A segunda Constituição que cuidou da mesma forma sobre o assunto foi a de 1946, que assegurava em seu artigo 145, §1º, trabalho para todos, garantindo a existência digna.

O termo "dignidade humana" fora trazido pela primeira vez, como forma de princípio, pela Constituição de 1967, em seu artigo 157, inciso II. Nas palavras de Flademir Martins (2003, p. 48): "Na verdade, estabeleceu-se que a ordem econômica teria por fim realizar a justiça social, com base em alguns princípios, entre eles o da *valorização do trabalho como condição da dignidade humana*". Porém, isso não foi suficiente para retirar o caráter autoritário de tal texto legal.

O Ato Institucional nº 5 foi, sem dúvidas, um grande violador da dignidade humana, trazendo à tona a repressão política, uma época de terror e barbaridades aplicadas indistintamente.

Todavia, apenas com a Magna Carta de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana adveio como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, sendo uma preocupação do legislador após o autoritarismo militar, traduzida no artigo 1º, inciso III:

> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e

> Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania
> III - a dignidade da pessoa humana;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Como afirma Eduardo Rabenhorst (2001, p. 47) sobre o Estado Democrático de Direito:

> [...] um Estado de direito não é simplesmente aquele que cumpre os princípios formais da legalidade, da publicidade e do equilíbrio entre os poderes. Ele é, acima de tudo, o Estado que reconhece e protege o exercício mútuo das liberdades.

A partir da afirmação citada, compreende que para que haja as liberdades, os direitos, é imprescindível a dignidade humana e só assim, um Estado pode se tornar um Estado garantidor de direitos, um verdadeiro Estado Democrático.

A Carta de Direitos de 1988 não apenas trouxe tal princípio, como também, cuidou de lhe dar plena normatividade, como alicerce para tal, e, elucida Flademir Martins (2003, p. 51):

> Com efeito, a Constituição de 1988 representa para a ordem jurídica brasileira um marco de ruptura e superação dos padrões até então vigentes no que se refere à defesa e – principalmente – promoção da dignidade da pessoa humana. O constituinte não se preocupou apenas com positivação deste 'valor fonte' do pensamento ocidental, buscou acima de tudo estruturar a dignidade da pessoa humana de forma a lhe atribuir plena normatividade, projetando-a por todo sistema político, jurídico e social instituído.

Além disso, a dignidade é o mínimo vital para qualquer ser humano, o mínimo importante para todos, sendo encontrado em todos os quesitos do artigo 6º da Constituição Federal:

> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A Magna Carta Brasileira está repleta de direitos e garantias fundamentais. Os primeiros estão descritos no texto constitucional e, as garantias são os instrumentos asseguradores dos exercícios destes direitos, como forma de prevenir sua violação ou então repará-la.

Como ensina Rizzatto Nunes (2009, p. 47): "É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais".

À vista disso, o princípio abordado, tem a finalidade de assegurar os direitos fundamentais, sendo o primeiro deles, a vida, que é complementada pela dignidade da pessoa humana, ou seja, para que haja a segunda é necessário a existência da vida humana. Sendo assim, não há dignidade sem vida, nem vida sem dignidade.

Conclui-se que, a dignidade é princípio fundamental, que permeia todo o ordenamento jurídico e está presente em todos os direitos necessários, já que é limite ínfimo de que todos necessitam.

A TORTURA COMO OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como se é sabido, a dignidade da pessoa humana é o mínimo vital do ser humano, inerente a este, protegendo inclusive, a integridade física e psíquica das pessoas.

Por sua vez, a tortura ou quaisquer tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes são barbáries que, atingem a integridade física e psíquica da pessoa que foi submetida a tal.

Destarte, se a tortura atinge a integridade física e psíquica do indivíduo, consequentemente, atinge a dignidade da pessoa humana, afeta o mínimo de respeito que é dado a qualquer pessoa a partir de seu nascimento com vida, já que a dignidade nasce com o direito à vida.

Com relação à tortura, observa Denisart Dourado (1998, p. 67):

> Ela transcende o 'animus laedendi' que irrompe nas situações corriqueiras da agressão entre pessoas, para, em patamar acima, significar o mais completo desprezo pela integridade do indivíduo, na culminância consciente de todo um procedimento que já o fez humilhado, vencido e inerte, ante os que dele dispõem, na fragilidade do físico depauperado, e da mente que já não controla mais.

Como já observado, o princípio supracitado se fixou no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988, ou seja, após a da Ditadura Militar, um período em que as atrocidades foram disseminadas e, buscando extirpa-las, e trazendo bem-estar para as pessoas

fora inserida no texto constitucional.

O artigo 5º, inciso III, da Magna Carta, com o texto: "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante", cuida da norma que se destina a não permitir a tortura, protegendo o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º, inciso III da mesma Carta de Direitos. Em razão de que, sendo a dignidade humana o valor supremo, o respeito à integridade física e psíquica é mínimo que qualquer ser humano merece.

Outrossim, o Brasil assinou diversos tratados de direitos humanos, na qual se tem a proibição da tortura e a dignidade humana como bem jurídico destes, sendo um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em seu início trata da dignidade: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo". E traz também a questão da violação dos direitos por atos cruéis:

> Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade, e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade.

Mister destacar que com a tortura, a pessoa se torna objeto do torturador, sendo um homem degradando sua própria espécie, ofendendo o direito de outro. Isso é a maior das ofensas, atacando a dignidade de todos, não apenas daquele que sofreu os tormentos.

Sendo assim, o que se cobiça é mudar todo o cenário da tortura, para que posteriormente ela esteja extirpada, com a total proteção da dignidade humana, dos direitos fundamentais e que esta fique apenas no passado, como algo ruim que o homem foi capaz de cometer, mas conseguiu superar.

CASOS EMBLEMÁTICOS DE TORTURA

O Caso Raul Amaro Nin Ferreira

Raul Amaro Nin Ferreira, engenheiro mecânico e militante de extrema esquerda, foi um dos casos emblemáticos de tortura ocorridos à época da ditadura militar, nas dependências do DOPS.

Ativista desde a época em que estudara na PUC, estava intimamente ligado ao cenário

político dos anos 70, lutando contra a ditadura vigente. Raul vivia angustiado com a situação do País e, dessa forma, entrou para a rede de apoio MR-8 (Movimento Revolucionário Oito de Outubro), que objetivava justamente combater a tortura e tinha orientações leninista-marxista. Em interrogatório no DOPS (Departamento de Ordem Política e Social), Raul explica seu envolvimento com o movimento (FERREIRA, FERREIRA E ZELIO, 1971, p. 44 e 45):

> Durante os últimos anos tenho me dedicado a estudos de economia. O contato com Renato, interrompido desde o tempo da Escola, a menos de um ou outro encontro esporádico, foi retomado a partir de um encontro casual em Salvador – Bahia, onde me encontrava a passeio em julho de 1970. A partir daí, Renato procurou-me diversas vezes marcando encontros onde discutíamos problemas econômicos e políticos do País. Aos poucos passei a aceitar propostas de pequenas colaborações com o que Renato apresentava como sendo um esforço em favor de maior liberdade para o país. Assim, dispus-me a colaborar enviando carta contra a pena de morte, guardando alguns materiais, permitindo por uma vez que Renato utilizasse meu apartamento para impressão de folhetos mimeografado se por duas ou três vezes dando pequenas contribuições em dinheiro para compra de material de divulgação ou manutenção do próprio Renato. Recebi de Renato, algumas vezes, publicações que ele pedia que eu passasse para outras pessoas, o que nunca fiz. Ultimamente, vinha me desagradando a permanência do material no apto, pelo que pedi a Renato que retirasse de lá. Do mesmo modo passeia não me sentir atraído pelas outras colaborações. Penso atualmente que a manutenção dessas colaborações está em desacordo com a minha maneira de ver e sentir os problemas do País. Estou mais angustiado do que definido em relação a esses problemas e suas possíveis soluções, tendendo a me afastar de soluções extremistas. (...). Minhas atividades básicas têm sido, além das diretamente relacionadas com a minha profissão, a leitura e o estudo de assuntos econômicos e desenho artístico. A preocupação pela política existe, apesar de não me sentir capaz de definir claramente meus princípios e ideais que estão ainda em formação. Sou a favor da liberdade política e de um esforço mais amplo e eficaz no sentido de permitir melhores condições de vida ao povo. Não sei bem de que forma isso pode ser conseguido atualmente.

Raul foi preso em 01 de Agosto de 1971, quando retornava de uma festa junto com um amigo e a esposa, sendo parado por uma blitz e ao serem revistados, foram encontrados croquis que demonstravam a localização da casa de amigos, mas os policiais entenderam ser croquis que retratavam residências de generais e almirantes, e dessa forma, ele, seu amigo Saididin Denne e sua esposa Yone da Silva Denne, foram levados ao DOPS.

Ao ser detido, Raul passou a manhã toda preso no DOPS e por volta das 13:00 horas, fora levado à casa de seus pais, acompanhado da radiopatrulha, para buscar as chaves de seu apartamento. Após encontrá-las, fora levado ao seu apartamento e seus pais, preocupados resolveram segui-los, porém, ao chegarem ao local, foram impedidos de entrar.

Em seu apartamento nenhum documento comprometedor foi encontrado.

Nos dias que seguiram a prisão, os pais não conseguiram localizar para onde Raul havia sido levado. Então contrataram um advogado para que pudesse defendê-lo.

Nas dependências do DOPS, Raul Amaro sofreu diversas sessões de tortura e no dia 04 de Agosto de 1971 deu entrada no Hospital Central do Exército e como justificativa para o estado em que se encontrava, disseram que havia ocorrido uma briga em seu apartamento quando levou tostões, socos, pontapés.

Então, no dia 12 de Agosto de 1971, Raul veio a óbito, constatando que as sevícias haviam levado a tal resultado.

A mídia divulgava os relatórios dados pelos órgãos oficiais, que mentiam quanto a verdadeira causa da morte do engenheiro. Senão vejamos (FERREIRA, FERREIRA E ZELIO, 1971, p. 101 e 102):

> Vítima de edema pulmonar, após oito dias de hospitalização, faleceu em 12 de agosto de 1971 o subversivo RAUL AMARO NIN FERREIRA, codinome "EULÁLIO", que fora preso a 1 de agosto, quando conduzia no interior de seu automóvel, documentos terroristas originários do MR-8.Com sua prisão foi possível chegar ao "aparelho" dessa organização terrorista situado à Rua Santa Cristina, 46 apto. C-01, Santa Teresa - GB, tido aparentemente como residência de RAUL AMARO, mas que atuava como célula do "Setor de Agitação e Propaganda" do MR-8.Segundo seu próprio depoimento, o citado "aparelho" fora organizado por ele sob a orientação do terrorista foragido EDUARDO LESSA PEIXOTO DE AZEVEDO, o "CAIO". Recolhido, finalmente, à prisão, não conseguiu alimentar-se, passando a apresentar, após dois dias, sintomas de fraqueza e convergência de pressão arterial, fato que ocasionou a sua hospitalização. RAUL AMARO NIN FERREIRA ("EULÁLIO") era brasileiro, nascido na Guanabara a 2 de Junho de 1944, filho de Joaquim R. Ferreira e Mariana L. Ferreira. Trabalhava como engenheiro contratado do Ministério da Indústria e Comércio, no Conselho de Desenvolvimento Industrial. Nas inquirições declarou-se "aliado do MR-8", cumprindo para essa organização algumas tarefas que lhe eram transmitidas pelo terrorista EDUARDO LESSA ("CAIO"). Para o exercício dessa atividade, o "aparelho" possuía mimeógrafo, máquinas de escrever e duas estações de rádio, ambas com receptor e transmissor de alta potência, para os contatos da organização com os seus militantes em outros Estados. Encontram-se entre eles, um documento sobre reconhecimento de casas de generais e almirantes. Todo o material apreendido no "aparelho", inclusive vasta literatura subversiva e documentos de instrução terrorista está sendo examinado. Ainda entre aqueles documentos, dois são daautoria de RAUL AMARO, intitulados "Contribuição à tribuna de debates" e "A Vanguarda Armada está isolada", guardados ainda no "stencil", e que apresentam referências e dados de acentuado valor, inclusive alguns restritos às

> esferas governamentais, além de realçar em estilo fluente e técnico aspectos econômicos. RAUL AMARO era também encarregado de redigir e difundir cartas às autoridades educacionais e aos universitários, concitando-os à revolta contra o Governo, tendo como fundamento a "pena de morte". Colaborava Raul com o "CAIO" e outros elementos do MR-8, ainda não identificados, na transmissão de mensagens através das estações de rádio e no preparo de croquis para o levantamento de áreas previstas para a ação dessa organização. No ato da prisão foram apreendidos croquis de áreas das cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. RAUL AMARO NIN FERREIRA militava no MR-8, apesar da sua vida legal. Era considerado e gozava de bom conceito no círculo de suas amizades, que desconheciam suas atividades clandestinas e contra a Segurança Nacional.

Em 1979 a mãe de Raul postulou ação perante a Justiça Federal, desejando o reconhecimento da tortura e morte de seu filho por parte do Estado. Em 1982 a União foi condenada em primeira instância e só em 1994 saiu a decisão final, que acolhia a versão da família do torturado.

Porém, só em 2012, com relatório da Comissão Nacional da Verdade, é que veio à tona a verdadeira 'causa mortis' de Raul Amaro Nin Ferreira, sendo assassinado, provavelmente em 12 de Agosto de 1971, após longas sessões de tortura.

O CASO VLADIMIR HERZOG

Vladimir Herzog, conhecido como "Vlado", era um jornalista que havia assumido a direção do jornalismo da TV Cultura, sonhando fazer um jornalismo mais digno e ágil. Porém, mesmo tendo seu jornalismo não-censurado, foi uma das vítimas da ditadura militar, nos conturbados anos 70.

Com essa situação de desespero e repressão vivida à época, vários jornalistas que representavam perigo ao regime militar foram presos e torturados. Vlado foi uma das vítimas.

Em uma sexta de outubro de 1975, Vlado foi procurado na emissora de TV Cultura e comprometeu-se a apresentar-se no dia seguinte nas dependências do ao DOI-CODI (Departamento de Operações de Informações – Centro de Operação de Defesa Interna), um organismo de repressão, para interrogatório, objetivando que ele revelasse o que sabia dos movimentos políticos que afrontavam o regime político e seus integrantes.

Em relação ao DOI-CODI, extrai-se do livro Dossiê Herzog (JORDÃO, 2005, p. 192):

> Todos sabem que o DOI é uma casa de horrores, onde os presos são submetidos

> a terríveis constrangimentos e violências, inclusive com choques elétricos que podem provocar a morte. De nada vale trocar os comandos se se mantém o terror policial, que viola a Constituição e as leis do país. A segurança nacional não pode ser defendida com a ilegalidade e a insegurança do cidadão.

Ainda a respeito do DOI-CODI, extrai-se o depoimento do jornalista Frederico Pessoa da Silva, que sobre o ambiente de repressão vivido:

> De noite, eles andavam batendo lata de lixo para fazer barulho, ligavam sempre o rádio no último volume. Tudo isso era para criar aquele clima de loucura, de hospício. Gritos dia e noite. Até a morte de Vlado. Quer dizer: do dia 15 de outubro, quando eu entrei, até o dia 25, quando morreu o Vlado, a gente não teve um minuto de silêncio naquele lugar. Eles mesmos – os torturadores – entravam na sala gritando: 'Que é isso? Isso aqui virou hospício? Todo mundo gritando, todo mundo nu, que negócio é esse? Viva o maior centro de tortura da América Latina! Você sabe onde é que você está? Aqui é o porão do regime! Agora, seu filho da puta, sai daqui e vai lá falar lá com aquele comunista de Brasília, aquele puto do Golbery! Vai se queixar lá com aquele comuna, porque a gente não vê a hora de pendurar ele aqui também! (JORDÃO, 2005, p. 232).

Durante seu interrogatório foi intensamente torturado, o que findou com a sua morte. Os órgãos oficiais divulgaram que Vlado teria cometido suicídio, todavia, os arquivos não esclareciam isso.

Rodolfo Konder, jornalista amigo de Vlado que também fora torturado, em seu depoimento, demonstra as barbáries aplicadas pelos órgãos de repressão:

> Me fizeram tirar a roupa e me deram um macacão de Exército e eu fiquei sentado no banco, com o macacão e o capuz. Fiquei cerca de uma hora esperando, tempo que não posso calcular com certeza, por terem me tirado o relógio, e fui chamado para o interrogatório. Fui levado para o primeiro andar, pois estava no térreo e alguém começou a me fazer perguntas sobre minhas atividades políticas. Esta pessoa eu não posso identificar, porque estava com um capuz na cabeça. Ela começou a se exasperar e me fazer ameaças, porque não estava satisfeita com as respostas que eu dava e chamou mais duas pessoas para a sala do interrogatório, pediu a uma delas que trouxesse a "pimentinha", que é uma máquina de choques elétricos e, a partir daí, eu comecei a ser torturado por uma pessoa, que mais tarde pela voz eu identifiquei como o Chefe da equipe. Este homem me batia com as mãos e gritava que ele era um homem anormal, que eu achei muito estranho. Depois instalaram nas minhas mãos, amarrado no polegar e no indicador, as pontas de fios elétricos ligados a essa máquina; a ligação era nas duas mãos e depois nos tornozelos. Obrigaram-me a tirar os sapatos para que os choques fossem mais violentos. Enquanto o interrogador,

> girava a manivela, o terceiro membro da equipe, com a ponta de um fio, me dava choques no rosto, por cima do capuz e as vezes na orelha, para isso levantando um pouco o capuz para que o fio pudesse chegar até a orelha.
> Para ter uma ideia de que os homens eram violentos, vale a pena registrar o fato de que não pude me controlar e defequei; e frequentemente perdia a respiração. (JORDÃO, 2005, p. 235 e 236).

Em relação ao interrogatório de Vlado:

> Vladimir disse que não sabia de nada e nós dois (Konder e Duque Estrada) fomos retirados da sala e levados de volta ao banco de madeira onde antes nos encontrávamos, na sala contígua. De lá, podíamos ouvir nitidamente os gritos, primeiro do interrogador e depois de Vladimir. Ouvimos quando o interrogador pediu que lhe trouxessem a "pimentinha" e solicitou ajuda de uma equipe de torturadores. Alguém ligou o rádio e os gritos de Vladimir se confundiam com o som do rádio(...) A partir de um determinado momento a voz de Vladimir se modificou, como se estivessem introduzido alguma coisa em sua boca; sua voz ficou abafada, como se lhe estivessem posto uma mordaça. Mais tarde os ruídos cessaram. (JORDÃO, 2005, p. 236 e 237).

A notícia do suposto suicídio em 25 de Outubro de 1975 foi dada pelo comandante do DOI-CODI ao chefe da 2ª Seção do Estado-Maior do II Exército:

> Participo-vos que, cerca das 16,30 horas de hoje (25 de outubro de 1975), foi encontrado o corpo de Vladimir Herzog, enforcado na grade do xadrez especial nº1, usando para tanto a cinta do macacão que usava [...] tudo leva a crer que foi levado ao tresloucado gesto por ter se conscientizado da sua situação e estar arrependido da sua militância. (JORDÃO, 2005, p. 25).

Após sua morte, os laudos dos peritos Motoho Chiota, Silvio Shibata e Roberto Damas Salgado e fotos apresentadas, mostravam Vlado pendurado em uma grade de uma cela com as pernas dobradas e a cabeça pendendo para o lado. Havia ainda na cela, fragmentos da declaração assinada por Vlado e rasgada. Os médicos-legistas Harry Shibata e Arildo de Toledo Viana confirmaram o laudo.

Entretanto, passados três anos da morte de Vlado, um repórter da Revista Veja resolveu analisar as fotos apresentadas no laudo, com ajuda de peritos, ampliando-as, e percebeu-se que haviam dois sulcos no pescoço de Vlado, diferente do que constava no laudo, que apontava apenas um. E assim, concluiu se que o cadáver havia sido estrangulado, para que caracterizasse suicídio.

A partir desse convencimento, a viúva do jornalista, Clarice Herzog e os filhos entraram com uma ação perante a Justiça Federal, litigando a responsabilidade da União em relação à prisão, tortura e morte de Vlado, sendo proferida a seguinte sentença:

> O exame dos autos gera a inabalável conclusão de que Vladimir Herzog não se suicidou. A versão oficial, segundo a qual ele ceifara a própria vida, é inverossímil e mal encobre a farsa que se montou no DOI-CODI do II Exército [...].
> Já não se pode duvidar de que é rigorosamente mentirosa a versão oficial. Vladimir Herzog não se suicidou. Morreu em decorrência das torturas a que foi submetido e que não pode suportar. (JORDÃO, 2005, p. 257 e 258).

À vista disso, Vlado foi mais uma das vítimas da tortura perpetrada na ditadura militar, que sacrificou tantas pessoas inocentes em período conturbado da política brasileira.

CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, discorreu-se sobre a tortura, conceituando, demonstrando-a como forma crueldade, que leva ao sofrimento físico ou psíquico.

Num segundo momento, passou-se a conceituar a Dignidade da Pessoa Humana, ou seja, os direitos inerentes ao homem. Aquilo que é essencial à todos, e dessa forma, merece todo o respeito e proteção.

A tortura representa uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é o valor supremo, o direito inerente ao homem, postulado como direito fundamental, inclusive do Estado Brasileiro. Como sendo os castigos perpetrados, uma forma de causar dor e sofrimento a outrem, ofende a integridade do indivíduo, tanto física como mental, ou seja, o bem estar físico ou psíquico do indivíduo, sendo o mínimo pertencente a todos.

Diante disso, é de extrema importância ilustrar a ofensa que a tortura traz à tal Princípio, haja vista, que seja na clandestinidade ou semi-clandestinidade, a tortura por vezes tem feito vítimas, inocentes ou não, que merecem o mínimo de respeito.

E por fim, apresentou-se dois casos que marcaram a Ditadura Militar no Brasil: O caso Raul Amaro Nin Ferreira e o caso Vladimir Herzog. São casos que revelam as atrocidades cometidas sem justificação alguma e que apesar de terem ocorrido há algum tempo atrás, também podem ser encontrados hoje em dia.

A prática de tortura subsistirá, caso não haja uma proteção eficiente às pessoas, bem como uma preparação mais humanitária à polícia, visando uma investigação com maior respeito aos direitos humanos. As vítimas de tortura também merecem uma efetiva proteção, para que possam denunciar os tormentos sofridos sem temer represálias.

Conclui-se que a tortura representa uma das maiores violações de direitos humanos, levando a danos inestimáveis no ser humano vitimado, devendo ocorrer medidas efetivas para que a prática seja findada, promovendo o mínimo atinente a qualquer ser humano.

REFERÊNCIA

A Morte de Vladimir Herzog. Disponível em: <http://www.bradoretumbante.org.br/historia/morte-de-vlado>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do Injusto Penal da Tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CONVENÇÃO Contra A Tortura e Outros Tratamentos Ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. 10 de out. de 1984. Disponível em: < http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degrdant.htm>. Acesso em: 06 de outubro de 2014.

CONVENÇÃO Interamericana para Prevenir e Punir a tortura. 07 de. 1985. Disponível em: < http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/cartagena.htm>. Acesso em: 06 de outubro de 2014

DOURADO, Denisart Delanne Martins. **Tortura**. 1ª Ed. Cuiabá: Atalaia, 1998.

FERREIRA, Felipe Carvalho Nin; FERREIRA, Raul Carvalho Nin; ZELIO, Marcelo. **Relatório Raul Amaro Nin Ferreira**. Disponível em: < http://www.armazemmemoria.com.br>. Acesso em: 17 de outubro de 2014.

JORDÃO, Fernando Pacheco. **Dossiê Herzog: Prisão, Tortura e Morte no Brasil**. 6ªed. São Paulo: Global Editora, 2005.

Justiça Global. **Em decisão inédita, Corte Interamericana condena Brasil por violações de direitos humanos**. 18 de Agosto de 2006. Disponível em: < http://terradedireitos.org.br/2006/08/18/em-decisao-inedita-corte-interamericana-condena-brasil-por-violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 12 de agosto de 2014

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Geraldo José. **A Lei de Tortura Interpretada**. Leme: Editora de Direito, 1997.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO

Ana Flavia Damasceno SILVA[7]
Patrícia Naomi ASAKURA[8]

RESUMO
O presente artigo tem como objetivo principal um debate acerca da pertinência temática, pressuposto para a propositura das ações do controle de constitucionalidade concentrado. Tal requisito consiste em um instrumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de restringir o acesso à jurisdição constitucional pela via direta, em razão do aumento exponencial dessas ações que vem ocorrendo nos últimos tempos. Trata-se de criação jurisprudencial, inexistindo qualquer previsão constitucional ou legal nesse sentido, razão pela qual, questiona-se a sua constitucionalidade. Além disso, a prática demonstra que sua imposição vem não apenas limitando o número de ações de forma geral, mas também vem restringindo o potencial do controle jurisdicional na promoção dos direitos fundamentais e da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Pertinência temática. Controle de constitucionalidade. Ativismo judicial.

ABSTRACT
This article aims a debate on theme pertinence, condition for filing a constitutionality or unconstitutionality suit. This requirement is an instrument used by the Supreme Court in order to restrict access to the constitutional court through lawsuits, due to the exponential increase of those actions that have occurred in recent times. It is a jurisprudential creation, as there is no constitutional or legal provision in these lines, which is why, its constitutionality has been questioned. Moreover, experience shows that its imposition is not only limiting the number of actions in general, but is also restricting the potential of judicial review in promotion of fundamental rights and democracy.

KEY-WORDS: Theme pertinence. Judicial review. Judicial activism.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade, instrumento que busca assegurar a supremacia da Constituição sobre as legislações infraconstitucionais, teve seu mais célebre relato em 1803, no caso Marbury x Madison, nos Estados Unidos, em que uma lei federal foi declarada inconstitucional por violar a Constituição.

---

[7] Estudante de Graduação – UENP.
[8] Estudante de Graduação – UENP.

Enquanto isso, no Brasil, o controle de constitucionalidade foi adotado com um caráter misto, ainda não plenamente desenvolvido, mas constantemente evoluindo.

Apesar de bastante coerente, o instituto ainda tem bastantes questionamentos quanto a sua legitimidade, inclusive, no nosso ordenamento jurídico. Dessa forma, o fato de juízes não serem figuras eleitas, mas ainda assim terem o poder de contestar leis criadas por aqueles que foram escolhidos pelo povo, constitui uma questão bastante criticada por aqueles que não apreciam o controle, atestando que isto seria uma direta violação à democracia.

No entanto, não se pode ignorar que, sendo uma instituição supostamente apolítica, o poder judiciário, vem, também, conter os poderes governamentais de abusos quanto a sua atuação, sendo esta uma das principais proposições dos que defendem sua necessidade.

Além disso, o poder judiciário tende a ser inerte, ou seja, só atuará a partir do momento em que for provocado pela parte, sendo impossível, neste caso, falar-se em "ativismo judicial".

Assim, o presente trabalho vem abordar a questão do controle de constitucionalidade como um instrumento fundamental para o que nós entendemos no Brasil como democracia e, mais do que isso, como forma de garantir de maneira mais plena o respeito aos direitos da sociedade e o resguardo pelo seu interesse como necessidade soberana para o bem estar social, utilizando-se deste para resguardo da norma constitucional sobre as infraconstitucionais, mas também como forma de proteger a população de descaso político e abuso do poder legislativo em face dela.Para tanto, primeiramente serão tecidas noções introdutórias acerca do controle de constitucionalidade, mais especificamente na tentativa de conceitua-lo e posicioná-lo em suas origens históricas, bem como diante de suas mais recorrentes críticas.

Em seguida, será feita uma análise de seu desenvolvimento no Brasil, pelo fato de que aqui vigora um sistema misto e bastante peculiar. Valendo-se de pesquisa realizada pela Universidade de Brasília, será também observado o diagnóstico de tal controle em sua modalidade concentrada.

Finalmente, será questionada a constitucionalidade do requisito da pertinência temática para as ações do controle por via direta, à medida que tal pressuposto pode dificultar a defesa dos direitos fundamentais através do *judicial review*.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é um instrumento que visa agir em defesa do pilar do ordenamento jurídico, pois, através dele, busca-se a segurança do próprio sistema, de modo a não possibilitar o embate entre as leis e nossa Carta Magna, mas reger uma harmonia e bom funcionamento no aparato legislativo brasileiro.

Dessa forma, expõe Luís Roberto Barroso:

> O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. (2010, p. 58-59)

Para tanto, o mesmo autor ainda observa que duas premissas devem ser observadas: a supremacia e a rigidez constitucional. A primeira se baseia na estrutura da pirâmide kelseniana, a qual situa a Constituição Federal no topo, validando as demais normas e fazendo necessário desconsiderar aquelas que agirem em sua desconformidade.

Já a rigidez constitucional estabelece que o processo de elaboração das normas constitucionais é mais laborioso do que o das demais normas, além de mais complexo, o que faria da lei infraconstitucional que aja em desconformidade com a Magna Carta, inconstitucional e, por isso, deve ser revogada.

O mais célebre caso envolvendo o Controle de Constitucionalidade se deu em 1803, na Suprema Corte Norte-americana, quando se observou uma lei federal ser declarada inconstitucional em razão de violar a Constituição.

No caso, em 1800, Thomas Jefferson, eleito presidente, concorreu contra John Addams, que tentava a reeleição e tendo perdido, nomeou juízes com o intuito de tentar manter algum tipo de poder. Entretanto, o mandato de Addams expirou antes que ele tivesse a chance de ter todos os juízes devidamente nomeados e então o novo secretário de justiça se negou a continuar os provimentos, alegando que estes já não seriam mais válidos em face da troca de chefe do executivo.

Dentre os magistrados não efetivados, estava William Marbury que ajuizou uma ação semelhante ao nosso mandado de segurança, diante da Suprema Corte Norte-Americana, exigindo que fosse efetivada a sua nomeação. O processo foi relatado por John Marshall, então Presidente da Suprema Corte, que entendeu que a lei federal que possibilitaria à Suprema Corte emitir o mandato, não teria competência para tanto, sendo esta de exclusividade da Constituição,

e não havendo nela nada pertinente ao assunto, a lei da federação deveria ser entendida como inconstitucional, não existindo, assim, qualquer embasamento para a nomeação de Marbury por via judicial.

O que se pode compreender é que essa decisão não veio somente reconhecendo o pedido de Marbury, nem se tratava apenas de seu direito individual, mas levou em consideração a lei federal em face da Constituição, sem desmerecer nenhuma, mas atribuindo a cada uma o seu devido valor.

A decisão a qual Marshall chegou foi que cabe ao Poder Judiciário assegurar a supremacia constitucional, aplicando então o Controle de Constitucionalidade de maneira a fazer da Constituição a "lei suprema" e todas as demais agindo em consonância a ela, sem de forma alguma desrespeitá-la.

Importante notar que em momento nenhum a Constituição dava à Suprema Corte a competência de controlar os atos de outras esferas de poder. Por essa razão a decisão a que o tribunal chegou nada mais era que demonstrar as atribuições que caberiam a cada órgão (BARROSO, 2006, p. 76).

Conforme observa Mauro Capeletti:

> A Constituição Federal norte-americana de 1787, dispunha, ao invés, expressamente, no artigo VI, cláusula 2ª, que: "this Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby (…)". Este texto, na interpretação que dele se impôs especialmente por mérito de John Marshall, foi de importância fundamental e de profundo caráter inovador: ele fixou, por um lado, aquilo que foi chamado, precisamente, de a supremacia da Constituição, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma. (1984, p. 47)

No Brasil, diversos foram os casos que trouxeram em pauta o Controle de Constitucionalidade, abordando, inclusive, questões polêmicas como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3510, que liberou as pesquisas com células-tronco embrionárias e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que descriminalizou a antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo.

Em razão disso, o controle de constitucionalidade brasileiro vem recebendo diversas denominações, algumas mais otimistas, outras menos. A título de ilustração:

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou

> social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, online, p.3).

Desse modo, o que para alguns seria um ativismo judicial, para ele se trata de um fenômeno que decorreu de diversas causas que levaram a uma transferência de poder para o judiciário (online, p. 3-4; 2010, p. 7). Dentre essas causas, ele observou a redemocratização, que não vem com roupagem negativa, visto que por razão dela foi possível um fortalecimento da democracia, garantindo aos cidadãos uma maior gama de direitos do que previamente dados. Outro motivo a ser observado seria a constitucionalização abrangente, a qual vai além das funções básicas de organização estatal, já que a Lei Maior protege todo assunto que seja de grande interesse da nação.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos mais abrangentes na esfera global, por se tratar de um sistema misto que combina o modelo americano de controle incidental e o difuso com a fórmula europeia do controle por ação direta, onde o controle é feito em ações especificas, de matérias selecionadas, diante de uma corte constitucional.

Observa-se então, a atuação brasileira como moderada, em relação ao que muitos consideram um "ativismo judicial", considerada uma ameaça à democracia e alvo, portanto de muitas críticas.

Em síntese:

> Nota-se, a partir daí, que tal instituto não esteve imune às críticas, os principais argumentos lançados originam-se da tensão entre constitucionalismo e democracia, ou seja, o poder limitado por meio da concessão de direitos fundamentais consagrados em documentos protegidos contra as decisões parlamentares ordinárias de um lado e a soberania popular de outro. Nesse contexto, os Parlamentos sofrem uma limitação em sua atuação, pois, ainda que legitimados pelo processo democrático de representação, são impedidos de deliberarem sobre o conteúdo de determinados direitos previstos na Constituição e, ainda mais, em eventual atividade legiferante por meio da declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Judicial review, o qual não compartilharia da mesma legitimação democrática atribuída aos membros do Parlamento. (LIMA, 2014, p. 288)

O que é possível concluir é que a atuação dos poderes legislativo e judiciário são bastante distintas, mas igualmente importantes, a tal ponto que a própria Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão declarou sua distinção como um dos pressupostos para o Estado de Direito, da mesma forma que lhe é imprescindível a garantia dos direitos

fundamentais.

Desde que se começou a vislumbrar um modelo Estado estruturado, observou-se a necessidade da separação de poderes, onde caberia, a cada um, funções distintas e complementares, mas que não tivessem entre si algum que fosse absoluto sobre os outros. Dessa forma, deveriam agir em harmonia, em prol de um poder soberano, que seria o próprio povo. Para isso, são necessárias normas, que devem ser de observância geral, e administradas para que sejam efetivamente concretizadas, bem como que sejam compostos os conflitos decorrentes da aplicação da própria norma.

Por conseguinte, o que de início era o poder em mãos de um único soberano, passou a ser visto como três poderes distintos, autônomos entre si.

Esta noção foi adotada pela legislação brasileira, que já no artigo 2º da Constituição Federal traz essa separação: "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Inclusive, é vedada, por este mesmo documento, qualquer tentativa de abolir esta partição.

Sobre este assunto, aborda José Afonso da Silva (2013, p. 111):

> A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois conceitos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congressos, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função orgânica; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independe dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. (grifos do autor)

Ainda conforme esse autor (2013, p.113), os fundamentos abordados, se funcionarem conforme esperado, geram um sistema harmônico:

> Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.

Há uma grande preocupação daqueles que criticam o controle de constitucionalidade, no que diz respeito a uma efetiva harmonia do sistema, visto que, à medida que se permite a um juiz

que anule leis, a ideia de um mútuo controle entre os poderes pode com facilidade e rapidamente ser substituída por uma tomada, uma usurpação de competências, por este poder judiciário da atividade legiferante, o que seria inaceitável ao bom funcionamento do ordenamento jurídico.

No entanto, a mera separação de poderes não pode ser, sozinha, uma justificativa válida para que se impossibilite o controle de constitucionalidade, pois de nada adiantaria um sistema em total conformidade entre si, mas que não agisse de acordo com os interesses de sua população, sem resguardar a supremacia do povo.

Ilustrando esse ponto, Mauro Capeletti expõe:

> exatamente a negação da "doutrina burguesa" da separação dos poderes, que devem ser reunidos em um único órgão supremo, de direta emanação popular. Por isso as leis, emanando de tal órgão supremo (Soviet Supremo, Assembleia Popular), cujos componentes foram eleitos pelo povo – fonte de todo poder – representam a vontade de todo o povo soberano. E é, precisamente, deste princípio da unidade dos poderes e da supremacia do povo que deriva, como corolário, a inadmissibilidade, pelos ordenamentos do tipo socialista, de um controle de constitucionalidade que seja exercido por órgãos extra-parlamentares, estruturado no tipo daquele oferecido pelas experiências jurídicas dos Países da Europa ocidental ou dos Estados Unidos da América.

Diante disso, o autor (1984, p. 98) ainda esclarece:

> (...) a concepção norte-americana (e não apenas norte-americana) dos checks and balances, inspirada não na ideologia da nítida separação, mas na do recíproco controle e equilíbrio dos poderes do Estado. Pelo que, à luz desta concepção, se explica perfeitamente, por um lado, como o poder judiciário possa controlar, na América, a legitimidade constitucional das leis – e também dos atos administrativos e, por outro lado, como os poderes legislativo e executivo possam (...) intervir, por sua vez, no momento da escolha e da nomeação dos juízes da Supreme Court (e não apenas desta corte).

Em relação a essa temática, ambos os pontos podem ser discutidos e nenhum deles é pacificado, de modo que exequível uma abordagem sobre os dois posicionamentos. Essa é uma questão ainda não pacificada no nosso meio legislativo. No entanto, não se pode chegar a uma conclusão sem que se faça uma análise dos outros ângulos da democracia para que se fosse possível concluir efetivamente, se o controle de constitucionalidade seria prejudicial a ela.

Isso porque o simples fato de os poderes representativos (legislativo e executivo) agirem com autorização do povo (legitimados pelas eleições), não significa que eles, de fato, agirão a seu favor, é dizer, uma democracia formal nem sempre é sinônimo de democracia material. Muitas vezes, os órgãos políticos podem não funcionar a contento por estarem corrompidos, em

razão de conflitos de interesses ou mesmo em decorrência de problemas estruturais, como a desigualdade econômica e social.

Nesse ponto, a missão constitucional da Suprema Corte, como "guardiã da Constituição", é de suma importância, pois ela deve buscar sua máxima efetividade, tendo por objetivos precípuos a garantia dos direitos fundamentais e a proteção de grupos vulneráveis.

Assim sendo, a transferência do poder de efetivar os direitos da esfera legislativa e executiva para a judiciária, pode ser a única solução para as minorias, que veem seus direitos violados, e até mesmo ignorados, por não terem poder ou visibilidade suficientes para terem seus direitos resguardados pelo poder legislativo.

Não se olvide, contudo, que essa atuação judicial deve ser meramente subsidiária, quando os órgãos competentes para a promoção dos direitos fundamentais se mostrarem deficientes nessa empreitada, sob pena de se ver prejudicada a democracia, nos termos acima já expostos.

Uma vez compreendido o controle de constitucionalidade, suas origens e sua missão, convém analisar como ele se desenvolveu aqui no país e se sua atuação vem, de fato, condizendo com a promessa de guarda da constituição e defesa dos direitos fundamentais.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle judicial de constitucionalidade só veio a ser inaugurado no Brasil com a Constituição da República de 1891. Isso porque a primeira carta política do país, a Constituição Imperial de 1824, teve fortes influências europeias e não contemplava tal possibilidade.

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, como já se percebe através de seu nome, foi inspirada pela Constituição norte-americana e, assim, importou de lá o controle judicial de constitucionalidade difuso.

Todavia, diferentemente de como ocorreu nos Estados Unidos, onde o judicial review surgiu como uma construção jurisprudencial, aqui, a própria Constituição já conferia ao Supremo Tribunal Federal (artigo 59) e aos Juízes ou Tribunais Federais (artigo 60) a competência para julgar a "validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais".

Com a Constituição de 1934, foi introduzido o controle jurisdicional concentrado, através da representação interventiva. Conforme explica Gilmar Mendes (2006, p. 11), "cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia

da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3.º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2.º)", sendo tal ação de iniciativa do Procurador – Geral da República, com vistas à defesa dos princípios constitucionais sensíveis.

A partir de então, portanto, passavam a coexistir no país dois modelos de controle de constitucionalidade jurisdicional: difuso e concentrado.

Por sua vez, "a Constituição de 1937 representou um grande retrocesso, tanto para o Estado democrático de direito presente no Brasil até então, como em sede de controle de constitucionalidade" (VAINER, 2010, p. 178), tendo em vista que, à época, se vivia uma verdadeira ditadura, sob um manto de aparente legitimidade, denominado de "Carta polaca".

Mas com o fim da Segunda Guerra Mundial, o país retornou à Democracia e, com ela, adveio a "Carta Política de 1946 [que] consagrou os princípios do Estado liberal característicos da Primeira República e os princípios do Estado social consagrados na Constituição de 1930" (VAINER, 2010, p.178).

Foi nesse contexto em que se editou a Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, a qual instituiu definitivamente o controle abstrato no Brasil.

Tal Emenda foi responsável pela criação de dois novos institutos do controle concentrado, sendo eles: a representação de inconstitucionalidade de lei federal em tese e a prejudicial de inconstitucionalidade, passando, a partir de então, a ser possível a fiscalização constitucional genérica e abstrata, isto é, a verificação da constitucionalidade de lei em tese, independentemente da ocorrência de intervenção federal.

Depois disso, malgrado todo o abuso de poder e ofensas aos direitos fundamentais que o regime militar implicou, a Constituição de 1967 manteve (pelo menos teoricamente) o controle de constitucionalidade jurisdicional, tanto difuso quanto concentrado, inclusive com as inovações trazidas pela EC nº 16/65.

Bruno Zilberman Vainer (2010, p. 185) aduz que

> De fato, a maior contribuição deste período para o controle da constitucionalidade não ocorreu por conta de qualquer inovação introduzida, mas principalmente pelas discussões em torno da titularidade exclusiva do Procurador-Geral da República para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, principalmente após o Decreto-Lei do Governo Federal que instituiu a censura prévia de livros, revistas e jornais no país.

Ainda, segundo ele (2010, p. 186), "agravava a situação o fato de o Procurador-Geral da

República ser indicado pelo Presidente da República, o que, em época de regime militar, muito significava". Diante dessa situação, dificilmente seria ajuizada uma ação que fosse contrária aos interesses do governo e, em igual medida, facilmente seriam ignoradas leis flagrantemente inconstitucionais elaboradas pelo poder executivo, em usurpação da competência do legislativo.

Questionava-se, assim, o monopólio do Procurador-Geral da República na iniciativa do controle abstrato de constitucionalidade e essa problemática veio a ser resolvida com o advento da Carta Cidadã em 1988, pois

> (...) o histórico de arbitrariedades cometidas pela ditadura e a abertura política, aliada à redemocratização do país, acarretaram na necessidade de tornar o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade mais acessível a outros setores, de modo que a discussão atingisse a um número maior de pessoas. Chegou-se até a discutir a respeito de uma ação popular de inconstitucionalidade, aberta a qualquer cidadão. (VAINER, 2010, p. 189)

Conforme se observa da leitura dos incisos do artigo 103 da Constituição de 1988, passaram a poder propor tal ação: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa (à qual se acrescentou a Câmara Legislativa do Distrito Federal pela EC nº 45/05), o Governador de Estado (ou do Distrito Federal, a partir da mesma Emenda), o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A partir de então, não é mais possível restringir a legitimidade para a fiscalização da constitucionalidade das leis a um ente apenas. Prova disso é que a atual Constituição, em seu artigo 125, §2º veda, no controle estadual, a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Como se pode perceber, o Constituinte de 1988 procurou conferir o poder de propor a ação direta não só a autoridades e a órgãos do Estado, mas procurou dar representatividade aos diversos setores da sociedade civil (NETO, 2003, p. 6).

Veja-se que, como pontua Gilmar Mendes (2006, p. 18), "com isso satisfez o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, v.g. dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade".

A Universidade de Brasília realizou um estudo intitulado "A Quem Interessa o Controle

Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais", que buscou, em síntese, apurar, empiricamente, se o modelo concentrado tem cumprido suas promessas, notadamente, de realizar a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais. Para tanto, tal pesquisa realizou a análise de 4.727 ações diretas de inconstitucionalidade (a principal ação do controle abstrato), propostas entre 1988 e 2012.

Oportuno, nesse ponto, trazer a primeira conclusão trazida pelo trabalho (UnB, 2014, p. 18, grifos do autor):

> Ao contrário do que alguns podem imaginar, e contrastando com as cores fortes com que se costuma descrever atualmente o processo de judicialização da política, a via da ADI não está em expansão, e em certos limites podemos inclusive considerar que está em retração. Para os autores políticos legitimados a propor ADIs, essa é apenas uma das estratégias que podem conduzir à eliminação das normas que considerem inconvenientes. (...) Nenhuma ADI é movida porque determinado ato é inconstitucional, visto que é preciso que exista o interesse político de algum dos legitimados no sentido de excluir a norma do sistema. (...) Por mais que o controle concentrado envolva uma análise em abstrato da norma impugnada, não podemos perder de vista que este sistema somente pode ser movido quando há um interesse concreto dos agentes legitimados para invocar essa forma de controle.[9]

Veja-se que essa questão já foi objeto de controvérsia antes do advento da atual Constituição, quando só havia um legitimado (o Procurador-Geral da República) para provocar o controle jurisdicional e não se podia confiar plenamente em seu comprometimento com o papel de fiscalizador da constitucionalidade das normas, em razão de sua dependência para com o poder executivo, que, por muitos anos, governou o país de maneira antidemocrática.

O relatório (UnB, 2014, p. 18/19) concluiu, com isso, que

---

[9] Por outro lado, o mesmo estudo (UnB, 2014, p. 20) reconhece que "o STF não tem se limitado a apreciar os pedidos, pois em alguns casos o tribunal tem adotado uma postura ativista que o leva a regular as situações julgadas, como ocorreu no caso Raposa Serra do Sol, em que foram incluídas 'salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa', por ser esta uma 'técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão' (STF, Pet. 3388). Assim, um agente que postula frente ao STF uma declaração de inconstitucionalidade pode obter, no final, um provimento que não apenas nega o seu pedido, mas que afirma a constitucionalidade, com efeito vinculante, e eventualmente regule a situação de forma autônoma, mediante regras que não são alteráveis pelo processo legislativo por serem consideradas decorrências necessárias da estrutura constitucional". Dessa forma, a natureza dúplice da ADI e da ADC, bem como essa postura da Suprema Corte, talvez sejam outro motivo pelo qual vem havendo uma retração na propositura das ADIs.

> mover uma ADI é uma opção política, e não uma necessidade lógico-jurídica. Portanto, é preciso atentar para os critérios de seletividade que os legitimados adotam ao escolher quais processos justificam a mobilização dos seus esforços no sentido de conduzir um processo que pode ser longo, custoso e com efetividade incerta. Para esses atores, a declaração de inconstitucionalidade não é o objetivo último, mas apenas um dos meios que podem conduzir à finalidade de excluir uma norma do sistema.

Isso porque o estudo em comento identificou três grupos de demandantes no tocante às ADIs:

As Assembleias Legislativas, o Congresso Nacional e o Presidente da República foram considerados demandantes de pequeno porte, em razão de serem responsáveis por apenas 1% das demandas. Não se olvide, porém, que esses legitimados "têm à sua disposição uma série de estratégias para influenciar a alteração normativa, de modo que, consideradas as dificuldades da via judicial, esta não pode ser considerada a única, sequer a principal estratégia de exclusão de normas contrárias aos interesses de tais atores" (UnB, 2014, p. 19/20). Segundo tal estudo, a mesma observação se aplica também aos partidos políticos e às entidades corporativas.

A OAB se apresentou como uma demandante de médio porte por concentrar, sozinha, cerca de 5% dos processos.

Já as Entidades Corporativas, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República e os Partidos Políticos seriam demandantes de grande porte, os quais propuseram juntos mais de 90% das demandas analisadas.

Além dos legitimados devidamente agrupados nesses três grupos, foi verificado também um contingente de demandantes manifestamente ilegítimos, como pessoas físicas e municípios, que ingressaram com cerca de 2% das ações.

Porém, um ponto que chama atenção no relatório da UnB é o fato de que o grupo que mais ingressou com ADIs foi o das entidades sindicais ou de classe de âmbito nacional e que tal controle, quando realizado por entidades formadas por servidores públicos, consiste em "uma forma de dirimir questões internas ao Estado, e não de regular as intervenções do Estado na sociedade", já que existem diversas leis estaduais versando sobre esses servidores e sobre organização administrativa. A seu turno, as entidades de classe e de trabalhadores, cujos interesses são mais diretamente ligados a matérias de competência da União, têm maior participação no controle de leis federais, enquanto "entidades empresariais têm uma participação tanto numérica quanto proporcional bastante semelhante nos dois grupos, o que indica a existência de interesses relevantes regulados por legislação nos dois níveis federativos" (UnB,

2014, p. 27).

Nesse ponto, cumpre anotar que as entidades sindicais ou de classe de âmbito nacional são legitimados ativos especiais, o que significa dizer que elas necessitam preencher o requisito da pertinência temática para que seja conhecida sua ação, ou seja, faz-se necessária a comprovação do interesse de agir.

Com isso, parece plausível a atuação desses legitimados apenas na defesa dos seus próprios interesses, em detrimento de sua missão de fiscal da constitucionalidade das normas e da proteção dos direitos fundamentais. Mas, como se buscará apresentar no tópico seguinte, não se pode contentar com apenas isso.

Isso porque o controle de constitucionalidade, embora inicialmente servisse apenas como mecanismo de compatibilização do ordenamento jurídico com a Lei Fundamental, hoje tem como objetivo principal a proteção dos valores mais importantes trazidos por ela: os direitos fundamentais. Assim, a impossibilidade de os agentes legitimados proporem ações do controle concentrado em sua defesa pode ser, em verdade, algo mais prejudicial à democracia, do que o grande volume processual que sua supressão poderia acarretar.

DO REQUISITO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA

A pertinência temática consiste em um instrumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de restringir o acesso à jurisdição constitucional pela via direta, diante do crescente aumento dessas ações nos últimos anos.

O julgado da Suprema Corte que ora se colaciona elucida esse tema:

> O requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa ad causam para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. (ADI 1.157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-1994, Plenário, DJ de 17-11-2006.)

Verifica-se, assim, que esse pressuposto provocou a divisão do rol de legitimados do artigo 103, IX, da CRFB/88 em dois tipos: os universais e os especiais.

São legitimados especiais: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou

entidade de classe de âmbito nacional e, em razão disso, necessitam demonstrar a relação existente entre seu objetivo estatutário/finalidade institucional e o conteúdo material da norma alegadamente constitucional ou inconstitucional.

Já os legitimados universais, a saber: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Câmara dos Deputados, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional, não necessitam comprovar tal liame, como decorrência de suas atribuições institucionais, que os legitimam a atuar na defesa da Constituição, independentemente de qualquer outro interesse mais específico.

Contudo, malgrado seja constantemente exigido e aplicado, há, ainda, controvérsias acerca de sua legitimidade. Conforme Gilmar Ferreira Mendes (2006, p. 157), "a falta de autorização constitucional para que o legislador estabeleça outras limitações ao direito de propositura suscita dúvida sobre a correção do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal".

De fato, "a Constituição não fornece base para limitação do direito de propositura. Por outro lado, não resta dúvida de que, ao assegurar uma amplíssima legitimação, o constituinte buscou evitar, também, que se estabelecesse limitações a esse direito" (MENDES, 2006, p. 154). Como visto no breve panorama histórico apresentado no capítulo anterior, o movimento constituinte é justamente na direção oposta, no sentido de expandir a fiscalização da constitucionalidade das normas.

Quisera o poder constituinte fazer alguma restrição, ele o teria feito expressamente, como quando exigiu a representação no Congresso Nacional para os partidos políticos, ou o faria por meio de emenda constitucional, como quando acrescentou o requisito da repercussão geral ao recurso extraordinário em sede de controle abstrato, através da Emenda Constitucional nº 45/04.

Percebe-se, dessa forma, que a taxatividade do rol contido no artigo 103 da Constituição deve ser o único balizador dos sujeitos ativos do controle concentrado normativo brasileiro. Isto é, "não cabe à nossa Suprema Corte definir quem pode defender mais ou menos a nossa Constituição, se o Poder Constituinte assim não o fez" (TAVARES, 2012, p. 112).

Conforme observa Aderruan Rodrigues Tavares (2012, p. 110), "o Supremo Tribunal Federal, ao querer a comprovação da pertinência temática como um requisito de admissibilidade, tem atuado como legislador positivo, substituindo de modo temerário o Congresso Nacional, ou mesmo o Poder Constituinte". Isso porque tal pressuposto se relaciona à

seara do direito processual e, portanto, jamais poderia ser introduzida pela jurisprudência.

Além disso, "tendo em vista a natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas, seria mais ortodoxo que, na espécie, fosse admitida a ADIn independentemente de qualquer juízo sobre a configuração ou não de uma relação de pertinência" (MENDES, 2006, p. 157).

De fato, as ações do controle de constitucionalidade por via direta inauguram um processo objetivo típico, no qual existe autor ou requerente (no caso, os legitimados ativos arrolados no artigo 103 da CRFB/88), mas inexiste, propriamente, réu ou requerido.

Luís Roberto Barroso (2012, s. p.) pontua que tal referência a partes assume um "caráter apenas formal, porque não se está diante da tutela de situações jurídicas individuais, mas da guarda da própria Constituição, situada no topo do ordenamento". Segundo ele, trata-se de uma hipótese de "legitimação extraordinária, pois a atuação não se dá na defesa de um direito próprio, mas do interesse geral, que se materializa no princípio da supremacia da Constituição". Assim sendo, o papel dos legitimados ativos no controle de constitucionalidade concentrado seria o de provocar o Poder Judiciário, a fim de obter a tutela jurisdicional, agindo em nome de todos, tendo em vista que a atividade jurisdicional não se realiza de ofício.

Não se pode perder de vista, ainda, que a participação do Advogado-Geral da União na defesa do ato normativo (artigo 103, §3º da CRFB/88 e artigo 8º da lei nº 9.868/99)[10] e o pedido de informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (artigo 6º da lei nº 9.868/99) não se confundem com a citação do polo passivo, pois este não existe nesse caso. Pode-se dizer, com isso, que esses agentes constituem uma espécie de contraditório diferenciado[11].

Essa natureza objetiva do controle jurisdicional de constitucionalidade tem reconhecimento pacífico na jurisprudência:

---

[10] Ressalte-se, todavia, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1616/PE ("O Advogado- Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade") e na ADI 3916/DF (onde se decidiu que o AGU não é obrigado a fazer a defesa, quando esta colocar em risco sua atribuição de defender os interesses da União).

[11] "O postulado do contraditório, no processo de controle abstrato de constitucionalidade, vê-se atendido, de um lado, com a possibilidade de o órgão estatal defender, objetivamente, o próprio ato que editou, e, de outro, com a intervenção do Advogado-Geral da União, que, em atuação processual plenamente vinculada, deve assumir, na condição de garante e curador da presunção de constitucionalidade, a defesa irrestrita da validade jurídica da norma impugnada." (STF - ADI-MC: 1434 SP, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 20/08/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45684 EMENT VOL-01851-01 PP-00141)

> O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). (STF - ADI-MC: 1434 SP, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 20/08/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45684 EMENT VOL-01851-01 PP-00141)

E também na doutrina:

> O processo objetivo de controle abstrato de normas é um processo de natureza essencialmente política, que imprime as características básicas de sua constituição e desenvolvimento. Não há no processo objetivo: partes (salvo em sentido formal), lide (no sentido carneluttiano), perseguição de interesses individuais ou busca de qualquer grau de subjetividade. Destina-se à defesa da Constituição, tendo por "advogado" - como qualifica Gilmar Ferreira Mendes (1998c:91) - os entes constitucionalmente legitimados. A Corte Suprema atua como legislador negativo e suas decisões gozam de eficácia erga omnes. (NETO, 2003, p. 14)

Deveras, considerando-se que as declarações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia erga omnes e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28, parágrafo único, Lei 9.868/99), soa descabida a exigência da comprovação do alcance ao agente legitimado pela norma (in)constitucional, já que, inevitavelmente, seus efeitos também irão atingi-lo.

Conforme explica Luiz Vicente de Medeiros Queiroz Neto (2003, p. 14):

> Realmente, a demonstração de adequação temática entre os objetivos da entidade e a norma, da possibilidade de prejuízo ou do interesse, seja direto ou indireto, por parte das entidades corporativas, e a demonstração de que certa norma fere os interesses de um Estado, por parte de seu Governador ou da Mesa da sua Assembleia Legislativa, denota caráter nitidamente individual. Quando está se perseguindo alguma correlação entre a norma e o ente legitimado (legitimidade ativa ad causam), implica a imposição de um interesse de agir por parte do legitimado.

Com efeito, o interesse de agir, que consiste no binômio: necessidade de se ingressar com a ação e adequação da via escolhida, sempre estará presente, pois, caso contrário, isto é, fosse a hipótese de um interesse individual do requerente, a via adequada seria o controle difuso. Da mesma forma, a necessidade também é certa, já que a norma inconstitucional tem o condão de prejudicar não apenas um indivíduo ou um grupo, mas todo o ordenamento jurídico e, portanto, merece ser excluída do sistema.

Interessante anotar, por fim, que o parágrafo único do art. 2.º da Lei 9.868/99, vetado pelo Presidente da República, tinha a seguinte redação: "Art. 2º. [...] Parágrafo único. As entidades referidas no inciso IX, inclusive as federações sindicais de âmbito nacional, deverão demonstrar que a pretensão por elas deduzida tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais". Verifica-se, assim que o legislador reconhecia a necessidade de demonstração de pertinência de alguns dos entes legitimados. No entanto, tal requisito veio a ser eliminado. Assim, permanece ainda a dúvida quanto à legitimidade dessa "criação" da Suprema Corte.

Conforme apurou a pesquisa já referida, realizada pela Universidade de Brasília, uma das possíveis razões para o diagnóstico obtido seria justamente esse pressuposto processual. Esse estudo observou que:

> A jurisprudência defensiva do STF, com a afirmação e ampliação dos requisitos de pertinência temática, limitou sensivelmente a possibilidade de que as entidades corporativas pudessem adotar uma atuação que ultrapassasse a defesa corporativa dos seus próprios interesses. Todavia, essa percepção também deve ser temperada pela constatação de que as decisões obtidas pela única entidade corporativa que não está sujeita à pertinência temática, a OAB[12], estão longe de mostrar uma especial concentração na defesa do interesse público e dos direitos da coletividade (2014, p. 78).

Percebe-se, assim, que, embora a mera supressão de tal requisito não possa ser a garantia da certeza de que os legitimados para a provocação do controle jurisdicional de constitucionalidade venham de fato a fazê-lo na defesa dos direitos fundamentais e da Constituição como um todo, parece que essa perspectiva tem mais a acrescer do que prejudicar

[12] Luís Roberto Barroso (2012, s. p.) pontua que a jurisprudência excluiu o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil de determinadas restrições aplicáveis a outras entidades, notadamente a pertinência temática, em razão de diversas circunstâncias que deram ao órgão representativo dos advogados um papel especial, dentre as quais se destaca a atuação decisiva no processo de redemocratização do País.

nessa missão.

CONCLUSÃO

Existe ainda grande discussão acerca do tema no Brasil para que ele possa ser considerado consolidado, no entanto, majoritariamente o controle de constitucionalidade é abraçado no ordenamento jurídico, não como uma ameaça à democracia, mas como um mecanismo de resguardo dos direitos fundamentais e uma forma de proteger a Lei Maior de eventuais abusos daqueles que deveriam agir em conformidade com ela para a criação de leis novas.

Questionamentos quanto a sua validade, devem, no entanto, ser levados em conta, e os pontos trazidos por aqueles que desacreditam no controle de constitucionalidade não podem ser desconsiderados totalmente, pois neles há um embasamento teórico. No entanto, um estudo mais amplo quanto à democracia e seu funcionamento fizeram claro que o instrumento não vem com intuito de sobrepujar qualquer das esferas independentes de poder com outra, ou mesmo de gerar um "ativismo judicial", mas de proteger o ordenamento jurídico e todo o sistema nele englobado.

Nesse ponto, importante ressaltar o papel das cortes na tutela dos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis, já que, por serem muitas vezes minorias, elas acabam não conseguindo se mobilizar a fim de conseguir que os poderes representativos lhes representem também e, com isso, às vezes veem seus direitos sendo violados, sem ter a quem recorrer.

Nesse caso, o poder judiciário pode servir como uma porta para que essas pessoas possam exigir seus direitos também e, dessa forma, a pertinência temática como pressuposto para a propositura dessas ações acaba por restringir o acesso à jurisdição constitucional.

Veja-se que tal requisito foi estabelecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sem qualquer previsão constitucional ou legal para tanto, mas apenas em decorrência do aumento de demanda dos últimos anos, onde o acesso ao controle se faz por certas pessoas devidamente qualificadas na Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade concentrado foi moldado dessa forma não com o mero intuito de dar este poder na mão de poucos, mas, na realidade, para oferecê-lo àqueles devidamente preparados para recebê-lo, estando estudados acerca das temáticas, tendo em vista sua relevância na sociedade e o devido conhecimento jurídico, como também a devida capacidade, diante do cargo que ocupam, em resguardar a nossa Lei Maior.

O que se denota é que em momento nenhum o controle de constitucionalidade deve ser usado de maneira leviana, mas com muito cuidado e respeito a tudo que ele engloba e a todas as esferas as quais ele afeta, sendo, apesar de poderoso, bastante básico ao devido e esperado funcionamento de uma democracia como a nossa.

Assim sendo, a cessação da exigência do requisito da pertinência temática para a propositura das ações do controle abstrato pode, em verdade, servir como um auxílio para que este mecanismo consiga atuar mais adequadamente na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Coord. Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo. Universidade de Brasília. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf >. Acesso em 07/04/2015.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, vol. 12, n. 96, fev.-maio/2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da . 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Formato EPUB.

CAPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

LIMA, Jairo Néia. **Resgaste da dignidade do Legislativo –** Uma leitura da crítica do Judicial review a partir de Jeremy Waldron in Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC. Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 283-306, maio/ago. 2014.

Marbury v. Madison case. Disponível em: <http://www.lawnix.com/cases/marbury-madison.html>. Acesso em 07/04/2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**. Cadernos de Direito Constitucional – Módulo V. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2006.

_____. **O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional in Revista de informação legislativa, v. 41, nº 162, p. 149/168, abri./jun. 2004.

NETO, Luiz Vicente de Medeiros Queiroz. **A Pertinência Temática como Requisito da Legitimidade Ativa para o Processo Objetivo de Controle Abstrato de Normas**, in Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Jul./2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TAVARES, Aderruan Rodrigues. **A Inconstitucionalidade da Pertinência Temática para os Legitimados Especiais do Controle Abstrato de Normas** in DPU Nº 48. Parte Geral – Doutrina. Nov-Dez/2012.

VAINER, Bruno Zilberman. **Breve Histórico acerca das Constituições do Brasil e do Controle de Constitucionalidade Brasileiro,** in Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC. São Paulo: EDSC, n. 16, p. 161-191, jul./dez.. 2010.

DA "NOVA" INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: DA ERA DAS REGRAS À "ERA DOS PRINCÍPIOS"

João Victor Mendes de OLIVEIRA[13]

RESUMO
O trabalho abordará a evolução histórica do direito: do positivismo kelseniano ao direito constitucional contemporâneo, sobretudo no que se refere aos princípios e seu conteúdo normativo. Para tanto, analisaremos os pontos positivos e negativos acerca de um tema extremamente complexo e conturbado na doutrina e totalmente incerto na jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Jusnaturalismo - Positivismo - Princípios - Regras - Neoconstitucionalismo - Poder discricionário x Poder de escolha.

ABSTRACT
This work will approuch the historical evolution of law: from kelsian positivism to contemporany constitucional law, especially as regards the principles and its normative content. Therefore, we will analyze the positives and negatives points about extremely complex issue and troubled in doctrine and totally uncertain in jurisprudence.

KEYWORDS: Jusnaturalism- Positivism- Rules- Neoconstitucionalism- Discretion x Power of choice.

INTRODUÇÃO

Após Segunda Guerra Mundial, o mundo se depara com as atrocidades causadas pelo nazismo e suas barbáries. Como resultado disso, houve uma porção inimaginável de vidas rompidas por uma ditadura de extrema direita baseada na legalidade, algo que até então era incomum. Assim, as grandes atrocidades eram até então vistas sobre o prisma da ilegalidade, sobre as vistas de um atentado contra a paz popular e a soberania do Estado. Esta ditadura nazista, podemos assim dizer, foi favorecida pelo direito alemão que, a partir de brechas dadas pela Constituição de Weimar, possibilitou a não aplicação dos dispositivos da carta magna e em contrapartida, a dissolução do parlamento alemão, a instauração de medidas totalmente persecutórias a partir de decretos-lei. Logo, embora fosse uma Constituição rica nos direitos fundamentais e individuais, tal documento foi marcado por sua flexibilidade.

[13] Estudante de Graduação - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

Foi a partir deste cenário de ditadura positivada, que correntes filosóficas do Direito ressuscitaram a ideia dos direitos inerentes à existência humana. Foi assim que renasceram as ideias jus naturalistas, como forma de flexibilização do positivismo rígido, marco da Alemanha hitlerista. Entretanto, o fenômeno jus naturalista tomou proporções inimagináveis, de uma simples forma de flexibilização do direito positivo se tornou uma fonte direta da disciplina jurídica. E a partir deste ponto, analisaremos de forma crítica os pontos positivos e negativos da evolução histórica – contemporânea do direito.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Nos dias atuais, muito se fala tanto na doutrina quanto na jurisprudência a respeito da força normativa dos princípios, sobretudo quando usados para expandir o alcance dos direitos, e, consequente, uma maior tutela jurisdicional. Entretanto, caros leitores, a força normativa dos princípios não é algo novo. Desde os escritos gregos e romanos, desde as legislações mais antigas, já se falava em princípios como sendo algo fundamental, nascidos com os seres humanos. No Brasil, esse fenômeno se tornou mais evidente a partir da Constituição de 1988, em que o legislador fez primazia por este instituto que será, neste trabalho, estudado a fundo.

Mas, ao mesmo tempo em que falamos em princípios, devemos lembrar que estes possuem um lado obscuro, desastroso, uma vez que usados de maneira desenfreada, podem causar imensas atrocidades jurídicas ao ordenamento. É o que vem acontecendo frequentemente na jurisprudência. Destaca-se que estes, ao serem aplicados, devem ser frutos que uma reflexão e não efetivados de maneira desenfreada.

O tema escolhido nos parece apropriado uma vez que faremos, nessas breves laudas, uma comparação da evolução da ciência jurídica que era pautada em direitos positivados, sobretudo no século XX com a Lei Fundamental da República da Alemanha (Weimar, 1919) como era dos princípios. Deixemos claro algo, nobre leitor, não é que os princípios não existiam nesta época, pelo contrário, a Lei Fundamental de Weimar traz inúmeros deles, mas o direito positivado tinha uma maior importância. Neste sentido, transcorremos aqui os ensinamentos do ilustre professor e ministro do Pretório Excelso, Luís Roberto Barroso (2006, p.29):

> Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega, origina-se o princípio da não contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: "Nada

> pode ser e não ser simultaneamente", preceito subjacente à ideia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: "Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu". Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade.

No que pese a fala do ilustre constitucionalista, professor Barroso, concordamos que de fato a aplicação dos princípios é antiga, as próprias Sagradas Escrituras trazem mandamentos baseados em princípios, entretanto, discordamos no que tange a sua normatividade. É sabido que a força normativa destes são encontradas desde o período grego – romano e, aliás, como mostraremos o transcurso deste trabalho, desde as Cartas mais remotas, temos a ideia de mandamentos subjetivos que vinculam as partes. Portanto, falarmos em uma recente força normativa dos princípios, por exemplo, é o mesmo que falarmos que foi Pelé quem inventou o futebol. Logo, não é porque os princípios se tornaram mais evidentes nos dias de hoje que eles não existiam em tempos outrora.

Em uma breve análise histórica, a Era dos princípios foi antecedida por fases de autoafirmação histórica do homem, em que batalhas foram travadas para o reconhecimento de certos direitos. Assim, caminharemos diante de três fases: o jus naturalismo, o positivismo e a terceira e então fase vigente, o pós-positivismo, que chamaremos a "era dos princípios".

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA: DO JUSNATURALISMO À ERA DOS PRINCÍPIOS

O jus naturalismo é um entendimento clássico que permeou por vários séculos e que foi a base para diversas revoluções liberais vividas pela humanidade. Para esse entendimento, havia direitos naturais, inerentes à existência humana, seriam direitos que nascem com o ser humano existem porque há a simples expectativa de vida humana. Nesse sentido, podemos hoje falar em até direitos do nascituro, ao abarcar a teoria do "ato e potência" de Aristóteles, que protege alguém que ainda não é, mas poderá ser. Assim, define Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (Gagliano e Filho, 2011, p.126): " (...) ente concebido, embora ainda não nascido". Assim, podemos entender que no caso do nascituro, a lei dá e assegura direitos de que ainda não existe. Neste diapasão, nos voltamos à atenção aos ensinamentos dos grandes civilistas ora citados (Gagliano e Filho, 2011, pg. 127).

> (...) teoria da personalidade condicional, pois sustentam que a personalidade

> nascituro conferiria aptidão apenas para a titularidade de direitos personalíssimos(sem conteúdo patrimonial), a exemplo do direito à vida ou a gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida(condição suspensiva.

O direito a vida, a igualdade, a liberdade foram grandes baluartes justificadores desta teoria. Basta pensarmos, por exemplo, no livro Antígona, de Sófocles. Nesta clássica obra da literatura grega, escrita em 444 a. C, Antígona é irmã de Ismênia, Polinice, Etéocles e Édipo. Com a vacância do trono de Tebas, Polinice e Etéocles travam uma disputa entre irmãos para quem iria assumir o trono. Nesta guerra, ambos morrem e Creonte assume o poder da cidade. O agora rei Creonte decreta impedimento do enterro. Para os gregos, o ato de sepultamento era visto como uma forma de respeito, e aos transgressores da lei, este direito não era assegurado.

Foi a partir deste caso que Sófocles, ainda em tempos remotos antes de Cristo, começou a indagar a comunidade jurídica com a personagem Antígona, ela, muito sabiamente, indagou ao rei Creonte sobre a possibilidade de haver matérias que não seriam de sua competência para decidir, mas de Zeus, sendo reconhecido o direito fundamental de enterrar, inerente a existência humana. Logo, haveria direitos que são pétrificados, intocáveis, respeitados e tuteláveis ao extremo, são os direitos naturais. Eis o transcurso de parte da obra (SÓFOCLES, 2008, p.96):

> Creonte: (...) tiveste a ousadia de desobedecer a essa determinação?
> Antígona: Sim, pois não foi decisão de Zeus ,e a Justiça (Diké) que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas (Themis), nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decreto como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses.

Entretanto, o jus naturalismo racionalista, representado por Descartes, Rosseau passou a interferir diretamente no Direito e que ensejou o direito constitucional moderno a partir da Revolução Francesa de 1789 e da Revolução norte americana de 1777. Ideais como direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, começaram a ser interrogados nestas épocas e atualmente, servem como pilastras pra diversos princípios consagrados no direito constitucional e internacional para a proteção dos indivíduos e da coletividade.

Ressalta-se que esse entendimento filosófico-jurídico foi uma válvula propulsora para a ascensão da burguesia ao poder, derrubando o Antigo Regime e instaurando a época das

liberdades. De um lado, havia a corrente individualista, e aqui se destaca a identidade do ser humano com o capital e a possibilidade de ascensão social a partir do trabalho, que geraria o lucro e consequentemente, a riqueza, já do outro, as estruturas de um governo monárquico-absolutista, com forte interferência da Igreja, que dava suporte ao rei e a estratificação social.

A PROBLEMÁTICA DO POSITIVISMO E SEUS DESDOBRAMENTOS

A principal voz que defendeu o positivismo jurídico foi Hans Kelsen. Em sua obra, "Teoria Pura do Direito", realizada então em sua primeira fase ainda na Alemanha, Kelsen defende o cientificismo no Direito, isso significa dizer que a disciplina deve ser interpretada de forma pura, sem a interferência de questões periféricas como, por exemplo, a sociologia, psicologia entre outras disciplinas que de alguma forma interferem diretamente no mundo do Direito, inclusive, no que se refere à moral. Em meados de 1934, Kelsen propõe em sua Teoria a análise do direito a de um objeto, que a lei escrita e positivada, afastando a hipótese de se interpretar a disciplina jurídica a partir de pontos periféricos, como por exemplo, a moral. (Kelsen, 1994. P.81):

> É contra ela que insurge a Teoria Pura do Direito, a qual apresenta o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualifica-lo como injusto. Nesse sentido, é uma Teoria do Direito Justo e também uma teoria do Direito radical-realista. Aproxima-se do direito positivo para avalia-lo. Porta- se como ciência ,sem compromisso com nada (...).

Portanto, a disciplina jurídica e consequentemente o ordenamento deve ser visto de maneira própria, independente. Nisso reside o verdadeiro direito enquanto ciência, o direito nada se confunde com a justiça, que é um baluarte da moral. Logo, direito e moral não se misturam.

Neste diapasão, também na Alemanha, uma das primeiras vozes a defender o positivismo foi Anton Friendrich Justus Thibaut (que assim como Gustav Hugo e Savigny, pertenciam a Escola Histórica do Direito) que via neste, duas principais vantagens: a primeira, a dar mais segurança para o aplicador do direito e, consequentemente aos cidadãos e, a segunda, era a partir do positivismo, poder unificar a Alemanha. (Bobbio,1909 pg.59).

Assim, o direito positivo e seus efeitos dava à norma um caráter puro, afastado dos eventuais valores, como a justiça, moral, valores estes que encampam a ideia dos princípios. Aqui se torna mais aguçada a discussão entre positivismo versus jus naturalismo, e a relação dos princípios para estas correntes.

Entretanto, a distinção entre direito natural e direito positivo não é algo tão recente, nem uma discussão do século passado, vem muito antes de Kelsen e sua Teoria Pura.

Desde a filosofia grega, Platão e Aristóteles já se preocupavam em fazer tal distinção, segundo Bobbio em sua obra, o positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, (p. 136), apud Aristóteles (Ética a Nicômaco):

> Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em lei. Natural é aquela justiça quem mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que, não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada.

Neste mesmo sentido, o jurista italiano em seu livro "O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito" traz uma clara distinção entre direito positivo e direito natural, para ele, o primeiro é causa justificadora de se entender o Direito enquanto ciência, uma vez que ao cientista não cabe estudar aquilo que poderia ser, mas aquilo que é e realmente existe no mundo concreto, não cabendo a quem analisa a ciência valorar imensas hipóteses que fogem da concreta (BOBBIO,1909, p.136):

> Pois bem, o positivismo jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito real tal qual é, não tal qual deveria ser, o positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito enquanto *fato*, não como *valor:* na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe um direito real sem se perguntar se além deste existe um direito ideal (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e , sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; o romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir em juízo de valor que distinga entre direito "justo" ou " verdadeiro" e o direito "injusto" ou " aparente". Assim, a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa.

Assim, para os positivistas, a letra da lei, esculpidas pelas regras, apontam para uma conduta que deve ou não ser praticada pelo destinatário, não apontando para um estado ideal de coisas que permite uma valoração, por contrário, a disciplina jurídica deve ser enxergada como um fato que causa repercussões ao ordenamento e não como um valor, pois se fosse analisada

dessa forma, o Direito seria estudado não por aquilo que é, mas por aquilo que sempre deveria ser.

UMA ANÁLISE PRELIMINAR ACERCA DO DIREITO E DA MORAL

Ao estudarmos e aplicarmos o direito ao caso concreto, devemos nos perguntar: o direito deve ser visto como ciência, bastante em si ou esse mesmo direito ao ser aplicado deve ser visto a partir de baluartes como justiça, igualdade, devem ser relevados à aplicação, aspectos filosóficos, sociológicos, psicológicos, econômicos etc...? Esse é um dos grandes tramas da discussão interminável entre direito e moral. Nesse sentido, temos a lição de Ronald Dworkin (2006, p.2):

> A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa, por isso, todo sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e em última instância, aos juízes da Suprema Corte.

Em primeiro aspecto, antes de adentrarmos a seara da dicotomia entre moral e direito, deixemos claro que o modelo jurisdicional norte-americano é completamente diferente do brasileiro, no que tange a sua essência. No primeiro, é consagrado o ativismo judicial, em que em diversos casos, a Suprema Corte foi invocada afim de não só dar a interpretação da Constituição americana, mas o de muitas vezes o de criar direitos. Logo, neste modelo, há uma intensa "participação legislativa" do Judiciário, isto é, arraigado na cultura do ativismo estadunidense e uma das explicações lógicas deste fenômeno, está no fato desta constituição ser tipicamente quanto ao conteúdo, material (versando de forma breve somente as causas constitucionais) e, por ser enxuta, "simplória", comparada à brasileira, que é uma Carta formal e extremamente complexa tanto nos aspectos de estruturação do Estado, quanto no rol dos direitos fundamentais. Portanto, quero dizer que quanto mais simples for a Constituição, mais força deverá fazer o Judiciário pra interpretá-la e, com isso favorecerá o ativismo judicial e o efeito vinculante das decisões.

Para ilustrar bem este fato do direito constitucional americano, poder criar normas a partir da interpretação da Suprema Corte e até que ponto há a incidência dos princípios e da moral, características marcantes da moderna Teoria do Direito, concentraremos nossos esforços no caso

“Nancy Cruzan e a Eutanásia”, exemplificado pela obra de Dworkin (p. 2010), um *leading- case* que marcou a história do direito constitucional americano.

A senhora Cruzan era uma mulher de pouco mais de 20 anos de idade, que embora nova, já era casada e constituiu família. Em meados da década de 80, ela sofreu acidente automobilístico e que por conta disto, sofreu diversos traumatismos e como resultado, ficou por vários minutos sem oxigenação no cérebro, propiciando o não funcionamento das atividades cerebrais e como consequência, o estado vegetativo desta senhora que tinha um futuro todo pela frente. A senhora Cruzan sobrevivia com a ajuda de aparelhos e seu quadro clínico era permanente, sendo cessado apenas com uma futura morte. A partir da incapacidade da vítima, seus pais, comovidos com a situação da filha, decidiram pedir autorização judicial para poderem praticar a eutanásia, uma vez que nunca mais a interna sairia do estado vegetativo.

Neste embate jurídico, a Constituição Americana nada falava a respeito da dignidade do direito a morte e coube à jurisprudência interpretar e aplicar a Teoria do Direito a esta problemática. Em 1º grau, no juízo do Missouri, o Tribunal entendeu haver a possibilidade, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, de haver a existência de um direito à morte digna. Ao apelar da decisão, no Supremo Tribunal do Missouri, a Corte Estadual entendeu não ser possível ordenar a morte legal da senhora Cruzan, uma vez que, enquanto estava consciente, ela nunca deixara clara sua intenção de morrer caso estivesse em estado vegetativo, logo, por se tratar de um direito personalíssimo, os pais da jovem não poderiam condená-la a morte sem que ela mesma tivesse autorizado.

Pois bem, esta problemática chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos. Em uma decisão conturbada, polêmica, o Tribunal Constitucional entendeu que, de fato, embora não expresso na Constituição, existe o direito a morte digna, mas esta decisão não podia ser tomada por seus pais, ou seja, a decisão de morte digna não pode ser tomada por um terceiro. Deve, ao tomar essa decisão, haver prova inequívoca de que a vítima realmente quer suprimir sua vida, gozando do direito de rejeitar o tratamento que não for adequado.

Ao negar o pedido de eutanásia, a Corte Constitucional americana abriu uma nova discussão, a que: caso haja o consentimento, o direito a vida pode ser subtraído pelo próprio titular, por estar em situações de irreversibilidade? Havendo prova inequívoca de que o titular desejará retirar sua vida, caso esteja em estado vegetativo, existe a legalização da eutanásia? A essas questões, a Corte, em sua jurisprudência, respondeu positivamente.

É a partir deste emblemático caso que discutimos, será que a partir dos novos

entendimentos e revolucionárias teses jurídicas e das crescentes dimensões e ampliações dos direitos fundamentais, é possível ainda hoje falarmos num direito sem princípios? Em uma teoria jurídica que não encampe a moral? Nos parece forçada essa ideia de não admitir que o direito não sofre com os reflexos dos princípios e das crescentes ondas de direitos fundamentais. Portanto, acreditamos que a moral, de forma indireta, é uma fonte do direito constitucional e uma importante ferramenta, a partir da problemática dos princípios para a hermenêutica das normas.

REGRAS E PRINCÍPIOS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A palavra princípio (do latim, *principium)*, nos traz a conotação de "começo", fonte, de onde algo nasce. Para a teoria geral do direito, os princípios possuem a função de bússola, ou seja, norteando a interpretação daquele que aplica a norma a um caso concreto. Portanto, estes são vetores, são axiomas que nos levam a um estado ideal, a algo que se busca. Dentre as características dos princípios, destacam-se: são abstratos, ou seja, servem para vários casos, encampam diversas possibilidades e por assim serem, **são universais,** transgredindo fronteiras do ordenamento jurídico. Mas, a principal característica dos princípios está no fato de conviverem conflituosamente. Logo, o princípio da soberania, por exemplo, pode estar em conflito o princípio *pro- homini*, embora estejam em conflitos, esses princípios existem e podem ser aplicados concomitantemente ao mesmo caso, mesmo que sendo opostos. Por exemplo, se pensarmos numa decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como no caso Maria da Penha X Brasil: Há dois princípios em conflito, de um lado, o princípio da soberania e, do outro, a relativização do princípio do prévio exaurimento dos recursos internos e o princípio da celeridade processual.

> 30. Segundo o artigo 46 (1) (a) da Convenção, é necessário o esgotamento dos recursos da jurisdição interna para que uma petição seja admissível perante a Comissão. Entretanto, a Convenção também estabelece em seu artigo 46 (2) (c) que, quando houver atraso injustificado na decisão dos recursos internos, a disposição não se aplicará. Conforme assinalou a Corte Interamericana, esta é uma norma a cuja invocação o Estado pode renunciar de maneira expressa ou tácita e, para que seja oportuna, deve ser suscitada nas primeira etapas do procedimento, podendo-se na falta disso presumir a renúncia tácita do Estado interessado a valer-se da mesma.
> 31. O Estado brasileiro não respondeu às repetidas comunicações com as quais lhe foi transmitida a petição e, por conseguinte, tampouco invocou essa exceção. A Comissão considera que esse silêncio do Estado constitui, neste caso, uma renúncia tácita a invocar esse requisito que o isenta de levar avante a consideração de seu cumprimento.

Neste mesmo sentido, agora no plano constitucional, ao analisarmos a Carta de 1988, temos a interpretação do artigo 5º:

> 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:
> XXII- É garantido o direito de propriedade;
> XXIII- A propriedade atenderá sua função social;

Sendo assim, o artigo 5º da Constituição, que é o rol dos direitos fundamentais, o legislador colocou como direito pétreo a propriedade, mas esse direito, embora fundamental, é cerceado pela análise do princípio da função social da propriedade. Percebemos, portanto, que o mesmo legislador que concede um direito, é aquele que cerceia este.

Esse conflito é algo marcante nos princípios. Em contraposição, as regras apontam para um modelo de comportamento e não para um estado ideal a ser atingido, são imperativas, impõem ao destinatário uma atitude de fazer ou não aquilo que é proposto. É a partir desta contraposição entre princípios e regras que analisamos a lição do professor alemão Robert Alexyt (2009 pg. 85):

> A base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescreve uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como "mandamentos definitivos". Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também , essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios.

Nesse mesmo sentido, para Ronald Dworkin, os princípios apresentam duas dimensões: a primeira, relacionada à questão da validade, já a segunda, no que tange ao peso, ou seja, a carga

argumentativa que este traz consigo.

Diferentemente das regras, que são estudadas a partir da validade, aplicando-se a elas o critério do "tudo ou nada".

Nesse sentido, vale ressaltar que as regras, não possuem como característica principal o convívio conflituoso, não podendo ser aplicáveis duas ou mais regras totalmente opostas a um determinado caso, pelo contrário, ou uma regra se aplica ou não se aplica a um fato determinado, assim, para a teoria de Dworkin, o traço marcante das regras é o fato de serem analisadas por uma dimensão de validade e por serem taxativas, aplicáveis ou não a um certo caso.

Ao contrário do grande jurista americano, Robert Alexy traz a essa dicotomia, "princípios X regras" um novo prisma de observação. Para o alemão, os princípios são observados sob o aspecto qualitativo, ou seja, o operador do direito ao usar um princípio em um caso concreto se pauta na essência deste, em sua função teleológica. Para Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, podendo ou não ser colididos entre si.

Sendo assim, temos a lição do ilustre jurista brasileiro Humberto Ávila (ÁVILA,2014, pág.45)

> O dispositivo constitucional segundo o qual se houver instituição ou aumento de tributo, *então* a instituição ou aumento de tributo deve ser veiculado por lei, é aplicado como *regra* se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entende-lo como mera exigência da lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma, pode ser o aplicado como *princípio* se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, enfocar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor *liberdade* para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio da analogia, e como meio de realização do valor *segurança*, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados.

Humberto Ávila vai além. Para ele, interpretar um dispositivo como princípio ou como regra fica a cargo do aplicador da norma. Se entender o dispositivo como princípio, a mensagem do dispositivo terá um enfoque teleológico, será analisado sob a óptica de valores, mas se entender como regra, a mensagem trazida no bojo do dispositivo legal trará um modelo de comportamento, uma mandamento a ser praticado pelo intérprete.

O "PÓS POSITIVISMO" E O " NEOCONSTITUCIONALISMO": A ERA DOS PRINCÍPIOS

Importante para a temática escolhida algumas definições para fazer um recorte temático. Vale-nos ressaltar o conceito de neoconstitucionalismo, a começar pelo o prefixo "neo", que nos traz a impressão de algo que é novo, surpreendente ou ainda, uma inovação, mudança de paradigma entre aquilo que foi superado e aquilo que é e será. Pois bem, é nesse sentido que surge na doutrina um conceito de direito constitucional novo, amparado em princípios, valores e principalmente, no ativismo judicial em que muitas vezes o Judiciário faz as vestes do Legislativo. Ainda mais, é nesse sentido que essa hermenêutica constitucional se ampara ao dizer que foi superada a fase do positivismo e que agora, não vigora tão somente a lei, mas os princípios fundantes da Constituição Federal. Neste sentido, leciona Daniel Sarmento:

> As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àqueles do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos difíceis" do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa sem comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geométrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.

Em primeiro aspecto, vale lembrar que o fenômeno da força normativa dos princípios não é algo novo, não nasceu com o neoconstitucionalismo, pelo contrário. Desde o período greco-romano, já poderíamos falar em mandamentos maiores que norteavam decisões. Ademais, uma pequena obra, mais consistente, traz a importância dos princípios para a força normativa da Constituição. Assim, versa Konrad Hesse:

> Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudanças dessas condições. Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser

desenvolvido(...).

Para grande parte dos estudiosos do direito constitucional, a Magna Carta Libertatum de 1215, foi a fonte, a "carta mãe" das constituições, pois bem, nela também encontramos princípios interpretativos. Eis aqui o transcurso do documento:

> 1- Prometemos diante de Deus, em primeiro lugar, e por esta nossa presente carta confirmamos por nós e por nossos herdeiros, para sempre, que a igreja da Inglaterra será livre e gozará dos seus direitos na sua integridade e da inviolabilidade das suas liberdades; e é a nossa vontade que assim se cumpra; e isto está patenteado pelo facto de que nós , de nossa plena e espontânea vontade, antes que surgisse a discórdia entre nós e os nossos barões, concedemos, e por nossa carta confirmamos e solicitamos a sua confirmação pelo Papa Inocêncio III, a liberdade de eleições, que é a de maior importância e essencial para a Igreja da Inglaterra; é a isto observaremos e queremos que seja observado em boa-fé pelos nossos herdeiros para sempre. Nós também concedemos a todos os homens livres do nosso reino, por nós e por nossos herdeiros perpetuamente, todas as liberdades abaixo escritas, para que as tenham e as conservem para si e para seus herdeiros, de nós e dos nossos herdeiros.

Num segundo plano, devemos quebrar outro mito ao dizermos que a Constituição de 1988, ou ainda a "Constituição Cidadã" por ser uma Carta extremamente protetiva a direitos, traz em seu bojo mais princípios ao invés de regras. É importante salientar que os princípios tem um papel marcante na hermenêutica uma vez que eles atingem situações que muitas vezes as regras não atingiriam. É impossível o legislador constituinte discorrer acerca de todos os direitos e garanti-los de forma positivada, é nesse sentido que os vetores trabalham, ou seja, chegando onde mesmo o direito positivo não pode chegar. Entretanto, ao analisarmos a Constituição Federal, vemos que por mais que seja um documento extremamente protetivo aos direitos, ela é composta por mais regras que princípios, basta analisarmos os capítulos. É impossível impor normas de tributação e orçamento (Título VI), somente com princípios, por exemplo. Logo, uma Carta sem regra, é um documento sem força normativa. E na dicotomia entre princípios e regras, nem o primeiro, nem o segundo se tornam mais importantes, eles coexistem, se completando. Nesse sentido, temos a lição do professor Ávila:

> Com efeito, embora ela contenha no Título I, princípios, todo restante de seu texto é composto por alguns princípios e muitas, muitas regras: Título II(Dos Direitos e Garantias Fundamentais); Título III(da organização do Estado); Título IV(Da Organização dos Poderes); Título V(Da Defesa do estado e das Instituições Democráticas);Título VI(Da Tributação e do Orçamento);Título

> VII(Da Ordem Econômica e Financeira);Título VIII(Da Ordem Social);Título IX(das Disposições Constitucionais Gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, são compostos, basicamente por normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e não de princípios. Tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de "analítica", justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios. Essa característica, aliás, compõe o diferencial da Constituição Brasileira de 1988 relativamente a outras constituições como a estadunidense e a alemã, para usar dois exemplos paradigmáticos, cada qual com suas particularidades. A leitura do ordenamento constitucional facilmente comprova essa constatação- a Constituição Brasileira de 1988 é uma constituição de regras.

Consoante a este entendimento, está à jurisprudência do Pretório Excelso. No julgamento do RE. 633.703, em que o Min. Gilmar Mendes foi o Relator, o Min. Luiz Fux, em seu voto sobre a incidência e aplicação da "Lei da Ficha Limpa", ao analisar a Teoria do Direito, proferiu seu voto no sentido de, ao analisar a dualidade entre princípios e regras, deve o aplicador optar pela segunda. Eis o voto:

> O art.16 da Constituição Federal, como decorre da moderna teoria geral do direito e, mais particularmente, da nova teoria da interpretação constitucional, consubstancia uma regra jurídica e não um princípio jurídico; constatação que impõe não seja possível simplesmente desconsiderar seu enunciado linguístico para buscar desde logo as razões que lhe são subjacentes.

Ao citar a presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, (art. 5º LXII), o voto do Ministro deixa claro que o conteúdo do dispositivo constitucional é de natureza de regras e não de princípios.

> A presunção de inocência consagrada no art. 5º LXII da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de Humberto Ávila (Teoria doa Princípios, 4ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores.2005) como uma regra, ou seja, com o uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. Concessa vênia, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo.

Nesse sentido, respeitamos posições em contrário, mas é impossível falarmos em superação do positivismo jurídico em detrimento de uma nova era do direito, fundada na moral e

em baluartes subjetivistas. É sabido, com todo consenso, que a força normativa dos princípios é uma realidade positiva, desde que usada de forma responsável pelo aplicador do direito, pois, caso contrário, o uso deturpado dos princípios levam distorções à regra e a uma grande insegurança jurídica. Os princípios, de forma alguma podem revogar regras já estabelecidas, nisso, reside o grande problema do ativismo judicial.

Noutro ponto, Lenio Luiz Streck ao interpretar a possibilidade de superação do positivismo pela possível nova interpretação constitucional, traz dois parâmetros para que de fato, haja essa superação. Eis a lição (2012, pg.103.):

> De Tudo o que foi dito, para se realizar uma efetiva teoria pós- positivista dois elementos são, inexoravelmente, necessários:
> a) ter a compreensão do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teórico efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de mixagens teóricas;
> b) enfrentar o problema do silopsismo epistemiológico que unifica todas as formas de positivismo(aqui, como já se viu, o campo jurídico brasileiro é fértil nessa perspectiva, por seu excessivo arraigamento à epistemiologia e à filosofia da consciência.

A partir desta análise, é claro entendermos que o pós positivismo, ou a chamada "era dos princípios" não superou o positivismo clássico, pelo contrário, é impossível falarmos em um direito que não exista regras imperativas, que não exista uma carta de direitos escrita e positivada, até mesmo pela segurança jurídica é impossível falarmos em princípios sem falarmos em regras. Essa dicotomia é uma causa e consequência de uma mesma relação.

Noutro aspecto, falarmos que vigora hoje um Direito baseado tão somente nos princípios é não entender, na real essência, o significado dos princípios e a insegurança jurídica causada caso estes sejam usados de forma imprudente.

Neste sentido, valemos ressaltar que a emblemática obra de Adolf Hitler, ''Mein Kempf", faz alusão do ideário principiológico de justiça por mais de 30 vezes, ou seja, um mesmo princípio pode financiar catástrofes intermináveis à sociedade e ao ordenamento.

O LADO OBSCURO DOS PRINCÍPIOS: O PODER DISCRICIONÁRIO DO MAGISTRADO E A CONSCIÊNCIA

Vem sendo muito comum na jurisprudência pátria, principalmente nos tribunais superiores, o julgamento/solução de grandes embates jurídicos a partir de princípios constitucionais, sem que haja o uso das regras. Aí nos perguntamos, será que esta decisão do

magistrado é um poder natural de sua função, fazendo parte, portanto, de sua discricionariedade ou esse conceito está sendo deturpado e se tornando a partir do subjetivismo dessa onda principiológica, um poder de escolha? É óbvio que interpretar os princípios como uma válvula propulsora para a efetivação de um poder que o magistrado tenha de escolher quem ganha e quem perde a lide, é uma tese que deve ser abominada.

A partir deste problema, entendemos ser necessária a delimitação de parâmetros de incidência para a aplicação dos princípios, pois caso contrário, o ordenamento jurídico está fadado à insegurança.

Noutro plano, impor parâmetros para interpretar os princípios é garantir o "acesso à Constituição", que sem dúvida alguma, é um dos grandes problemas da de 1988. A Carta Magna por ser a identidade de um povo e um marco de uma geração, deve estar adequada aos seus interpretes, portanto, ao trazer uma visão lúdica do conceito de salário mínimo, por exemplo, a carta de direitos traz na quantificação da importância do quantum básico, a capacidade dele suprir necessidades como o lazer, a saúde, educação. É óbvio que isto não passa de uma visão platônica, não condizente com a realidade, e, nesse sentido, temos a lição de Peter Häberle (1997, pg,13):

> (...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *números clausus* de intérpretes da Constituição.

Os princípios sofrem este descompasso, uma vez que o juiz ao aplica-los de forma equivocada em sua sentença, "resolvendo a lide", traz um grande problema, o primeiro, é o de não resolver de fato a questão, o segundo, é o de não entrar na realidade do fato, efetivando não o poder discricionário, mas o poder de escolha e em terceiro, de forma indireta, o não efetivação do acesso à justiça.

No que pese a decisão de utilizar os princípios como mecanismo de escolha do magistrado e não como um poder discricionário, eis a lição de Lenio Streck (2012,pg.105):

> É preciso deixar claro que existe uma diferença entre *Decisão* e *Escolha.* Quero dizer que a decisão- no caso a decisão jurídica- *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada*. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que

> impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância.

É sabido que os princípios são fontes do direito e, portanto, podem ser utilizados como forma de solução de uma lide. No entanto, há uma linha muito tênue que separa a utilização dos princípios com base na discricionariedade, onde o magistrado, gozando da prerrogativa de sua função, fundamenta (com base na oportunidade, adequação, necessidade) seus atos decisórios utilizando-se das fontes que entender cabíveis, (e aqui inclui os princípios) ou com base na escolha em que o julgador, já sabendo que deva ou não ganhar a lide, fundamenta sua decisão com base nos princípios em prol de uma das partes. O uso desenfreado dos princípios possibilita o que é pior, a efetivação do direito de escolha.

DA ANÁLISE CRÍTICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O uso desenfreado dos princípios constitucionais vem trazendo inúmeras catástrofes ao ordenamento jurídico, pois estão sendo usados sem rigor técnico algum, de maneira aleatória e pouco científica pela jurisprudência. O que nos parece é que o juiz, já sabendo quem ganhará a lide, profere uma sentença com base nos preceitos constitucionais, não adentrando aos meandros do caso em concreto. A falta de rigor técnico, o não cientificismo das decisões e o poder discricionário-desenfreado do magistrado são os principais ingredientes dessa salada sem fim que é a jurisprudência da insegurança jurídica.

A partir destes preceitos , trazemos dois conceitos importantes. O primeiro, o que é segurança jurídica? Existe segurança de fato numa ciência pautada na interpretação? Pode um Tribunal mudar o entendimento já consolidado em razão de uma nova interpretação de um princípio? ; são essas questões que não querem calar... em primeiro plano, é óbvio que a segurança jurídica é um dos pilares de um Estado Democrático de Direito e está ligada a ideia de previsibilidade, confiança dos jurisdicionados para com os atos do Poder Público, mais especificamente, no exercício da jurisdição. Nas palavras de J.J Gomes Canotilho (1999, p. 250).

> Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas

Na Constituição Federal vigente, o princípio da segurança jurídica está esculpido no artigo 5º, incisos XXXVI, XXXIX e XL. Nesse sentido, acreditamos que a mudança na interpretação de uma norma deve ser amparada principalmente nos efeitos/ consequências em que essa mudança proporcionará aos jurisdicionados e em segundo ponto, a observância do real sentido que o legislador trouxe com essa norma, ou seja, tentar o juiz entender o espírito dos dispositivos em questão e aplica-los, adequando-os à realidade do caso concreto, à Constituição . Isso porque torna-se extremamente perigoso a aplicação do poder discricionário do juiz nos atos de dizer o direito. Nesta diapasão, temos a lição de Carlos Valder do Nascimento, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2011, p. 71 e 72): "Dessa forma, o julgador comprometido com o social deve sempre considerar o valor maior da Constituição Federal, fundados na dignidade humana, erigido ao status de cláusula geral".

Portanto, a partir do entendimento de que a decisão proferida pelo juiz se vincula ao aspecto social, entendemos que valores como justiça, dignidade humana são valores maiores a serem observados pelo magistrado e essa assertiva serve fundamento, como já se pronunciou o STJ, no acolhimento da teoria da relativização da coisa julgada, uma vez que não pode fazer coisa julgada aquilo que é inconstitucional, ou seja, não pode prosperar a segurança jurídica a aquilo que já nasce de uma insegurança.

Nas palavras do Min. Gilmar Mendes (e aqui adentramos ao segundo conceito) temos que "o conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz , a um só tempo, a ideia e de limitação." Nesse sentido, iremos um pouco mais a diante em dizer que poder discricionário é o ato em que o aplicador da lei tem de decidir, praticar seus atos, desde que fundamentados, a partir de seu convencimento, desde que obedecida a lei. Como dizemos no decorrer deste trabalho, há uma linha muito tênue que separa este poder do poder de escolha, aliás, essa escolha não pode ser aceita pela comunidade jurídica, sobretudo porque não nasce de um estudo reflexivo/sistemático do aplicador da norma. Neste sentido estão os princípios: eles são necessários para um Estado de garantias, entretanto- por serem subjetivos- não podem ser fundamentos para a escolha.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. "Conceito e validade do Direito." Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. "**Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios**

jurídicos". São Paulo. Editora Malheiros. 14ª Edição.

_____. "**Neoconstitucionalismo" entre a "ciência do direito e o " direito da ciência".** Revista eletrônica de direito do estado, Salvador 17(2009)

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 554.402/RS. Rel. Min José Delgado. Disponível em :http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=relativiza%E7%E3o+da+coisa+julgada&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=106. Acesso em 29/06/2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 633.703-MG. Rel. Min Gilmar Mendes. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-celso-mello-ficha-limpa.pdf, Acesso em 01/05/2014.

BARCELLOS, Ana Paula de ... [et al.] **A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Organizador: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo. Editora Ícone. 1996

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

CIDH, Relatório anual 2000: relatório 54/01, caso 12.051- **Maria da Penha Maia Fernandes**; 4 de abril de 2001. Disponível em:http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm

DWORKIN, Ronald. *O* **direito de liberdade***:* **a leitura moral da Constituição norte-americana.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GAGLIANO E FILHO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral,** 13ª Edição. Editora Saraiva, São Paulo. 2011.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio frabris Ed. 1997.

HESSE, Konrad. "**Die Normative Kraft Der Verfassung**". Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editora. 1991

INGLATERRA, ***Magna Charta Libertatum.***1215. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em 03/05/2014

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica**/ Carlos Valder do Nascimento; Humberto Theodoro Júnior , Juliana Cordeiro de Faria. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**." *Leituras complementares de Direito Constitucional.* Bahia: Jus Podivm(2009)

SÓFOCLES. **Antígona**. In: Édipo Rei Antígona. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto- decido conforme minha consciência?** 3º Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado.

DEFININDO E DIFERENCIANDO NASCITURO E NATIMORTO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

Laira Noéli da SILVA[14]
Fabiana Junqueira Tamaoki NEVES[15]

RESUMO
O presente trabalho tem por objetivo definir nascituro e natimorto, indo além ao diferenciá-los, para que assim, seus direitos fiquem caracterizados de forma clara e objetiva. Pautou-se no desenvolvimento de considerações conceituais, definindo a personalidade jurídica dos indivíduos e suas concepções. Trata dos direitos que os nascituros e os natimortos têm e se os mesmos são plenamente iguais, buscando entender suas diferenças e se há observância e obediência as normas da Lei Maior.

PALAVRAS-CHAVE: Personalidade Jurídica. Concepção. Nascituro. Natimorto. Direitos. Dignidade.

ABSTRACT
The purpose of this paper is conceptualize unborn child and stillbirth, going beyond to differentiate them, so that their rights are characterized in a clear and objective way. Is being guided in the development of conceptual considerations, defining the legal personality of the individuals and their ideas. These are rights that the unborn child and the stillbirth has and if they are fully equal, seeking to understand their differences and if there is compliance and obedience the Law More.

KEYWORDS: Legal Personality. Conception. Unborn Child. Stillbirth. Rights. Dignity.

INTRODUÇÃO

As questões correlacionadas ao estudo do nascituro e do natimorto não são amplamente discutidas, o que elucida esse pensamento, é a escassez de material nessa área.

Ainda assim, foi de suma importância discorrer sobre a personalidade jurídica, posteriormente sobre nascituro e natimorto, conceituando e discorrendo sobre os direitos que são resguardados a estes.

[14] Estudante de Graduação - Toledo Prudente Centro Universitário.
[15] Instituição Toledo de Ensino (ITE- Bauru).

O presente trabalho tem por objetivo geral esclarecer que os direitos de nascituro e natimorto surgem ainda quando estes são apenas embriões, e evidenciar que há diferenças entre os direitos resguardados ao nascituro e os direitos ao natimorto.

Ficou elucidado que o nascituro possui mera expectativa de direitos, pois, a personalidade jurídica dá-se com o nascimento com vida, porém, o fato de existir concepção, já resguarda as prerrogativas do mesmo.

Fora observado ainda que, há uma preocupação do Estado quanto às premissas de nascituro e natimorto, e ainda que, nasça sem vida, é de suma importância dispor direitos ao natimorto mesmo depois da morte.

O método de pesquisa que fora utilizado, primeiramente, foi o dedutivo, onde, objetivou-se analisar a conceituação de personalidade jurídica, bem como a conceituação de nascituro e natimorto, centrando-se em explanar e diferenciar as prerrogativas destes.

Objetivou-se, assim, a fundamentação de forma teórica sobre o tema, o auxílio para delimitar a temática problematizada e definição das avaliações realizadas.

PERSONALIDADE JURÍDICA

A personalidade jurídica inicia-se com a capacidade de possuir direitos e estreitar deveres. Dispõe o artigo 2° do Código Civil que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Ela refere-se aos atributos intrínsecos do ser humano que visam a garantia da sua dignidade. Temos direitos que garantem estes atributos próprios, que é o caso dos atributos físicos e dos atributos psíquicos.

No Código Civil de 1916, mais especificamente em seu artigo 4° este texto que dispunha sobre a personalidade jurídica era encontrado praticamente igual ao atual Código Civil.

Destrinchando o artigo, Diniz (1998, p. 334), elenca que nascituro é "aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo", ou seja, há uma expectativa em seu nascimento, e por isso, suas prerrogativas são asseguradas.

Sendo assim, nascituro é aquele que está no ventre materno, ainda por nascer, mas que já é considerado um ser desde a concepção. É corroborado por Tartuce (2011, p. 116) que:

> No Brasil, a personalidade jurídica plena inicia-se com o nascimento com vida, ainda que por poucos instantes. Não se exige, como em outras legislações, que o recém-nascido seja apto para a vida, conforme determina o Código Civil francês.

Insta salientar que, diferentemente de outros países, como a França, a Espanha e a Alemanha, por exemplo, o que importa para o direito brasileiro não é o tempo que o feto fora tirado do ventre materno, ou se ele possui anomalias, importa apenas, que nasça com vida.

Com o disposto no artigo 2° do Código Civil, acima transcrito, surge um conflito doutrinário questionando o momento em que a personalidade civil se inicia, sendo a mesma gerada com o nascimento ou com a simples concepção. Assim, as escolas doutrinárias demonstram entendimentos divergentes quanto à personalidade jurídica do nascituro, que serão observadas posteriormente.

No que tange a personalidade jurídica, temos o princípio da dignidade da pessoa humana, que é uma qualidade intrínseca de qualquer pessoa, que não fica restrita a qualquer condição. Para Alexandre de Moraes (2006, p. 16):

> [...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Assim, este princípio é atribuído a todo e qualquer ser humano, de forma que este tenha seu valor reconhecido e o tenha de forma absoluta. A própria Constituição Federal em seu artigo 1º, III, o reconhece. A dignidade da pessoa humana é caracterizada por PELEGRINI (2004, p. 14): "[...] como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, e, por conseqüência, como fundamento funcional da democracia, já que através dela se exercem os demais Direitos arrolados no texto constitucional (direitos individuais e sociais)".

Este princípio apresenta-se então como causa dos direitos da personalidade. Preleciona Eduardo Vera-Cruz Pinto (2004, p. 71), que "os direitos da personalidade são um reconhecimento da dignidade da pessoa, apesar e além das relações de poder, e devem ser respeitados, independentemente de qualquer formalismo, positividade ou tipicidade".

Destarte, não podemos olvidar que sempre a dignidade da pessoa humana será o objetivo maior a ser alcançado na efetivação dos direitos da personalidade.

TEORIA NATALISTA

A teoria natalista defende a tese de que a personalidade civil inicia-se com o nascimento com vida. Muitos são os doutrinadores que são adeptos a essa corrente, mas há quem discorde desta, como Tartuce (2011, p. 117), por demonstrar que "o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos".

Afirma Gonçalves (2012, p. 104), que "antes do nascimento não há personalidade. Ressalvam-se, contudo, os direitos do nascituro, desde a concepção. Nascendo com vida, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage no momento da sua concepção".

Doutrinadores civilistas como João Luiz Alves, Silvio de Salvo Venosa, Eduardo Espínola, Pablo Stolze, dentre outros, consideram essa teoria como a mais utilizada, pois, a personalidade jurídica se dá a partir do nascimento com vida, ou seja, para que haja direitos é preciso que o feto nasça e respire, porém, os direitos dos nascituros ficam resguardados, esperando que haja vida após o nascimento.

Defendendo essa teoria dispõem Stolze e Pamplona Filho (2007, p. 81) que "no instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois."

Assim, a constatação do nascimento com vida é feito através do exame de docimasia hidrostática de Galeno que irá dizer se o feto respirou ou não antes de vir a óbito, definindo se este adquiriu personalidade jurídica. Este exame contribui na determinação do momento da morte, e na definição das conseqüências jurídicas.

Apesar de ser considerada a teoria mais utilizada pelos doutrinadores, nota-se que esta não prevê direitos ao nascituro, fazendo com que este só tenha personalidade jurídica através do nascimento com vida, afastando assim, direitos que são expressos em lei (Lei 11.804/08), como os alimentos gravídicos[16].

[16] Os alimentos de que se trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial. Assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos, e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Portanto, consoante esta teoria, o nascituro não pode ser considerado pessoa humana, já que sua personalidade jurídica só lhe será atribuída se for concebido com vida. Entrementes, seus direitos existem sob mera expectativa, qual seja, a concepção com vida.

TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

Nesta teoria, os direitos do nascituro dependem de uma condição suspensiva, ou seja, quando concebido, o nascituro já pode desfrutar de algumas condições extrapatrimoniais, obtendo assim, direitos meramente eventuais. Porém, tais direitos estariam ligados diretamente a uma condição. Como defensores desta teoria, temos Miguel Maria de Serpa Lopes, Clóvis Bevilácqua, Eduardo Espínola.

Cabe salientar, que para esta corrente, assim como a teoria natalista, o nascituro só adquire personalidade jurídica através do nascimento com vida. A condição é considerada como sendo suspensiva, pois como há uma expectativa de vida para o feto, é importante que este tenha seus direitos resguardados, perdendo essa condição caso venha a óbito.

Sobre essa teoria, aduz Arnold Wald (1995, p. 120): "A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver".

Por outro lado, há críticas quanto a esta teoria. Limongi França (1999) por exemplo, diz que esta teoria é a que mais se aproxima da realidade, mas se contradiz no momento que diz que tais direitos só são devidos se estiverem ligados ao nascimento com vida. Logo, se a personalidade é adquirida a partir da concepção, não há o que se falar na condição de nascimento com vida para que haja a consolidação da personalidade jurídica.

Por tudo o que foi exposto quanto a essa teoria, é visível que a questão patrimonial prevalece, e que, assim como defende Tartuce (2012, p. 144), essa teoria "é essencialmente natalista", já que só se obtém personalidade a partir do nascimento com vida.

TEORIA CONCEPCIONISTA

A teoria concepcionista surge trazendo uma divergência doutrinária quanto ao início da personalidade. Diferentemente da teoria natalista, para esta, o surgimento da personalidade jurídica não se dá com o nascimento com vida, e sim, desde a concepção o nascituro é considerado pessoa humana. Assim, o nascituro é considerado pessoa e não somente uma expectativa de pessoa.

São defensores desta teoria Teixeira de Freitas, André Franco Montoro, Limongi França, Maria Helena Diniz, dentre outros. Para estes, o nascituro não é apenas uma expectativa de vida, e sim, já é considerado pessoa ainda que não tenha nascido, possuindo então, personalidade jurídica, com direitos desde então resguardados a ele.

Salienta Diniz (2002, p.113) que:

> O embrião ou nascituro têm resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da sua mãe. Se as normas protegem, é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.

Para a maioria dos doutrinadores, adota-se a teoria natalista, entretanto, a teoria concepcionista vem sendo utilizada com frequência pela Legislação e jurisprudência.

Apesar de toda a controvérsia doutrinária, está disposto no Código Civil em vigor que ainda que o nascituro não seja considerado pessoa, ele desde a concepção já possui a proteção legal de seus direitos.

NASCITURO: DEFINIÇÃO E PRERROGATIVAS

Para que haja um melhor entendimento do tema, é necessário definir o vocábulo nascituro. Corrobora Diniz (1998, p. 334) que:

> Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que pertenciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

Tem-se, ainda, o entendimento de Venosa (2005, p 153), salientando que "o nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de nascimento, tratando-se de prole eventual".

Portanto, entende-se que há uma potencialidade na aquisição de prerrogativas, sendo assim, o nascimento com vida é que determinará a existência e validade destas. E assim, compreende-se como sendo nascituro o ser que já fora concebido e está para nascer.

Como observado, o Código Civil vigente adota a teoria natalista, e a mesma prevê que a obtenção da personalidade dá-se mediante o nascimento com vida, porém, ainda assim, os nascituros têm seus direitos resguardados, como fora descrito no artigo 2º[17] deste Código.

No mais, a Lei Maior, em seu artigo 5º, apresenta direitos ao nascituro, salientando que "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, liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Salienta Moraes (2004, p. 66) que a Constituição "protege a vida de forma geral, inclusive a uterina", sendo assim, por ser uma vida de fato, fica resguardado ao nascituro o direito a vida.

Têm-se, ainda, os artigos 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente[18] que asseguram o atendimento pré-natal para a genitora, resguardando, assim, a vida digna ao nascituro.

Necessário salientar que, além das prerrogativas trazidas pela Carta Magna, o Código Civil também apresenta diversos direitos com viés de assegurar o nascituro.

Em seu artigo 541, descreve o Código Civil que a doação se fará por meio de escritura pública ou instrumento particular, já em seu artigo 542[19], assegura que a doação poderá ser feita para beneficiar o nascituro. Porém, nas palavras de Silva e Miranda (2011, p. 25), "como o nascituro é mera expectativa de vida, o direito de receber doação, também pode ser considerado de mera expectativa".

Insta salientar, conforme o artigo 1.798 do Código Civil, que "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão", sendo assim, também é assegurado ao nascituro o direito de adquirir bens através de testamento.

Ainda ao falar em prerrogativas do nascituro, faz-se necessário elencar a possibilidade de curatela a ele. Como corrobora Semião (2000, p. 90), "o curador só tem legitimidade para

---

[17] Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

[18] Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

[19] Art. 542 A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

defender e proteger aquelas expectativas de direito, expressamente declinadas em lei, a favor do nascituro".

Portanto, como leciona Silva e Miranda (2011, p. 28), "nos casos em que o pai do nascituro faleceu, e que sua genitora, por algum motivo, não tenha o pátrio poder (sic.)", a curatela pode ser utilizada em prol do mesmo, de forma temporária, para que sejam preservados os seus direitos.

No mais, o reconhecimento da paternidade, ainda que primeiramente seja direito do pai, atinge o nascituro, e desta forma, assevera Semião (2000, p.75) que:

> [...] a permissão do reconhecimento antecipado da prole tem como fundamento: o temor do pai de morrer antes de nascer o seu filho, ou de achar-se por outro qualquer motivo impedido de fazê-lo após o nascimento; e a incerteza da mãe escapar do próprio parto; sobrevivendo-lhe o filho; a declaração de gravidez equivale ao reconhecimento do filho, uma vez que seja feita mediante escritura pública ou testamento.

Por fim, mas não menos importante, tem-se a Lei nº 11.804, que fora sancionada em 05 de novembro de 2008, concedendo a prerrogativa de prestação de alimentos ao nascituro, ou seja, a concessão dos alimentos gravídicos.

Leciona Silva e Miranda (2011, p. 29), que "o direito a alimento é um auxílio material prestado por uma pessoa à outra, para garantir suas necessidades essenciais. Garantindo a dignidade da pessoa humana".

Sendo assim, posto no artigo 6º da analisada Lei, "convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré".

Portanto, segundo os ensinamentos de Silva e Miranda (2011, p. 29), "a prestação gravídica é a garantia que a gestante tem de requerer a prestação de alimentos do suposto pai. Tal direito é inerente a gestante, porém o benefício cabe ao nascituro".

Conclui-se que esta prestação econômica tem o viés de garantir ao nascituro direito a uma vida digna através de uma gestação tranquila, sendo esta prerrogativa assegurada pela própria Constituição Federal.

Quanto à capacidade processual do nascituro, há uma parcela da doutrina que acredita que por não ser pessoa física, não tem como figurar como parte no processo. Por outro lado, há

entendimento de que o nascituro pode sim ser parte (ativa ou passiva) no processo já que todo exercício de direito pode gerar uma obrigação.

Nas palavras de Willian Artur Pussi (2008, p. 162):

> Um dos problemas básicos enfrentados pelo nascituro no Processo Civil diz respeito a sua capacidade processual. Afinal, a postura da legislação civil em separar dois momentos distintos, a aquisição de direitos (concepção) e a aquisição da personalidade civil (nascimento), tem gerado, como seria de esperar, muita celeuma. Assim, nos termos do art. 2° do Código Civil, primeiro o nascituro adquire direitos e somente mais tarde adquire a personalidade civil. Surge a curiosa situação de possuir direitos, sem ter personalidade, no período compreendido entre a concepção e o nascimento. Diante da peculiar situação apontada, surgiram dúvidas e discussões a respeito da capacidade processual do nascituro como parte no processo, ou seja, o nascituro pode ser parte ativa ou passiva num processo judicial? Quem não consegue separar as figuras da capacidade e da personalidade entende que, não tendo o nascituro personalidade, também não pode ter capacidade de ser parte. Para outros o nascituro pode ser parte ativa e, ainda, para uma terceira corrente, pode ser parte ativa e passiva.

As correntes que dissertam sobre a capacidade do nascituro ser parte no processo, já foram brevemente apresentadas. De acordo com a teoria natalista, o nascituro não tem capacidade de ser parte no processo, podendo figurar somente após o nascimento com vida. Quanto às medidas que durante a gestação se tornarem necessárias, estas serão feitas pelos pais ou curador em nome próprio, desde que sejam para garantir expectativa de direitos ao nascituro.

Assevera Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 110-111) que:

> Destarte, para as pessoas físicas, a capacidade de ser parte no processo começa do nascimento com vida. As medidas processuais que os genitores ou o curador tomam em prol do nascituro têm o escopo de garantir e de defender, como corolário lógico, as expectativas eventuais de direitos que possa ter o infans conceptus e não representando-o [sic], como já foi demonstrado ao discorrermos sobre a curatela do nascituro. Aliás, na prática forense, nem se vislumbra uma forma do nascituro ser parte, encabeçando uma petição, mesmo representado, como ocorre com os incapazes e com o espólio, por exemplo, que verdadeiramente são as partes, e figuram na petição inicial ou na contestação, embora representados por quem de direito.

Por outro lado, os que se aderem à teoria concepcionista e/ou a teoria da personalidade condicional, entendem que os direitos do nascituro surgem com a concepção, assim, este pode figurar como pólo passivo ou ativo em uma relação processual.

Conforme corrobora Antônio do Rego Monteiro Rocha (2007, p. 58-59):

> Porque o nascituro possui personalidade jurídica – detentor de direitos e obrigações – o código lhe reconhece capacidade. Tendo personalidade jurídica civil, o nascituro e o nascido devem receber tratamento igualitário, possuindo ambos a faculdade de estar nos pólos ativo e passivo da relação processual. [...] Enfim, em qualquer relação processual atinente a seus direitos, o nascituro, como o nascido, têm legitimidade ativa e passiva ad causam.

Logo, o nascituro ainda que esteja no ventre materno, pode sim ser parte em uma relação processual, sendo representado por seus genitores ou por um curador que seja nomeado, assim como ocorre com um absolutamente incapaz.

Dispõe quanto ao assunto Silmara Juny Chinelato (2000, p. 284-285) que:

> Há ações para a tutela dos direitos – e não expectativas de direitos – do nascituro. Além da ação de alimentos, por direito próprio, da ação de investigação de paternidade, podem ser interpostas, ainda, medidas cautelares nominadas como o seqüestro dos bens dos quais é donatário ou herdeiro; medidas cautelares inominadas que visem, por exemplo, a impedir a venda de seu ascendente para outro descendente. [...] Importante ressaltar a legitimidade para ingressar com ação própria para pleitear reparação por danos patrimoniais e morais pela ofensa a seus direitos de personalidade, como a integridade física, a honra e a imagem [...].

Cabe ressaltar ainda que, o nascituro pode figurar tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo da relação processual, como é o exemplo das situações patrimoniais em que este é titular na qualidade de herdeiro ou de donatário.

NATIMORTO: DEFINIÇÃO E PRERROGATIVAS

Natimorto é uma união trágica entre dois institutos opostos: nascimento e morte. Ou seja, é aquele que nasceu sem vida. Corrobora Silva e Miranda (2011, p. 23), "que natimorto é aquele que por algum motivo biológico não nasceu vivo, nem chegou a respirar". Cumpre salientar que, todo natimorto já fora um nascituro, mas nem todo nascituro será um natimorto. Sobre o tema,

afirma Gomes (2002, p. 144) que: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida. Não basta o nascimento. É preciso que o concebido nasça vivo. O natimorto não adquire personalidade”.

Porém, ainda que este não tenha adquirido personalidade jurídica, há uma preocupação do Estado para com este, uma vez que resguarda seus direitos assim como os direitos do nascituro.

Insta enfatizar que, como leciona Silva e Miranda (2011, p. 23), “embora não tenha nascido vivo o natimorto tem real importância para o direito. O natimorto gera efeitos jurídicos”.

Por nascer sem vida, o registro do natimorto é feito assim como assegura o artigo 53 da lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), “no caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito”.

Corrobora Silva e Miranda (2011, p. 24) que:

> As certidões são documentos onde ficam registrados os dados do nascido ou falecido. Para que sejam expedidas as certidões deverão ser feitos os registros no cartório competente. Quando há o início da vida civil, ocorre o registro de nascimento, quando ocorre a morte, o atestado de óbito, conforme a Lei de Registros Públicos.

Cumpre salientar que, o registro de óbito é feito porque ele não foi pessoa, em momento algum respirou, porém, ainda assim é reconhecida tutela jurídica a ele.

Seus direitos são adquiridos quando este é nascituro, portanto, se iguala aos direitos deste, e são extintos no momento do nascimento sem vida, pois para garantir personalidade jurídica, teriam que ter respirado, mesmo que por instantes.

O enunciado 1 da 1ª Jornada de Direito Civil, em seu parágrafo 2º, frisa que “a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”.

Assim sendo, fica explícita a preocupação do Estado no que tange as premissas do natimorto, em que, mesmo que este não se torne pessoa, há uma preocupação quanto a sua perspectiva de vida, que até eventual morte, é presumida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como disposto até então, nota-se que a personalidade jurídica reflete diretamente na definição de nascituro e natimorto, uma vez que é garantido direitos a eles, ainda enquanto embriões.

Fora exposto que existem três teorias ao falar-se em personalidade jurídica, sendo estas: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista.

Ainda que a Lei Maior adote a teoria natalista, em que só há personalidade civil no nascimento com vida, ficou demonstrado que o Estado se preocupa em proteger o nascituro, e até mesmo o natimorto, resguardando a eles prerrogativas distintas.

Posteriormente à definição de nascituro, foram abordados seus direitos. Ficou elucidada, a proteção, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, através do direito a vida.

Observou-se ainda, que ao nascer com vida, este adquire a personalidade civil, sendo assim, se torna pessoa passível de direitos e obrigações.

Quanto ao natimorto, fora disposta sua definição, e os direitos que este possui ainda quando nasce sem vida, provando que, mesmo que haja extinção de direitos com a morte, há direitos que surgem após a morte deste.

Sendo assim, mesmo disposto que existe mera expectativa de direitos ao nascituro, ficou claro que os direitos existem mesmo para o natimorto, que é aquele que nasce sem vida, ou seja, nem chega a respirar.

Contudo, nascituro e natimorto foram diferenciados e comparados, para elucidar que a mera expectativa de direitos, com o nascimento com vida, faz com que os direitos sejam gozados pelos nascituros. De outra banda, havendo o nascimento sem vida fará com que determinados direitos deixem de existir, por óbvio, mas não fará com que o natimorto seja totalmente desamparado pelo ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade.

REFERÊNCIAS

CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil: parte geral**. v. 6. São Paulo: Método, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral.** 14 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral.** 10 ed.São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 8 ed. São Paulo: Método, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil/ parte geral.** 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. **Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana.** Revista Bonijuris, Curitiba, n. 485, p. 5-16, abr. 2004.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Considerações genéricas sobre os direitos da personalidade. **Revista CEJ – Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 25, p. 70-73, jun. 2004

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Teoria geral do direito civil.** São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e dobiodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Juliana Simão da e MIRANDA, Fernando Silveira de Melo Plentz. Dos direitos do nascituro. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania –** Volume 2 – nº 1. Rio de Janeiro: 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral.** 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo.**Direito civil: parte geral**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DEMOCRACIA JURÍDICA E TOTALITARISMO POLÍTICO

Yago Aparecido Oliveira SANTOS[20]

RESUMO
Diante da ineficiência democrática presente nos Estados atuais, fomentada por políticas que afastam sobremaneira o amplo acesso popular sobre o direito e o Estado, o presente artigo tem por enfoque a análise pontual da democracia jurídica e política, em seu aspecto da efetividade, bem como a possibilidade de coexistência da democracia jurídica no mesmo contexto em que se faça presente um regime de totalitarismo político. Nesse viés, se busca apresentar as formas de manifestação de um regime totalitário e a legalidade de tal regime quando se sobrepõe ao regime democrático, na medida em que este último se limita às meras bases jurídicas. Ainda, o presente artigo surge a partir de uma crítica quanto aos descumprimentos pelo Estado das bases que lhe conferem o título de democrático, através da instituição de um totalitarismo político que se sobrepõe à democracia jurídica estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Sociedade. Poder. Democracia. Totalitarismo.

ABSTRACT
In the face of this democratic inefficiency in the current States, fostered by policies that greatly away from the broad popular access on the right and the state, this article is to approach the timely analysis of the legal and political democracy, in its aspect of the effectiveness and the possibility of coexistence of legal democracy in the same context in which they do this a system of political totalitarianism. In this bias, we seek to present the forms of manifestation of a totalitarian regime and the legality of such a system when it overrides the democratic regime, to the extent that the latter is limited to mere legal bases. Still, this article comes from a critical of breaches by the state of the bases that give it the title of democratic, by establishing a political totalitarianism which overrides the state legal democracy.

KEYWORDS: Right. Society. Power. Democracy. Totalitarianism.

INTRODUÇÃO

A partir de uma análise quanto à possibilidade da coexistência entre democracia e totalitarismo surge a crítica quanto as estruturas que impedem o livre fluir de uma concretização da democracia plena.

Isto porque, diante da dúvida quanto à possibilidade de coexistência entre um sistema jurídico democrático, e um sistema político ditatorial, é possível estabelecer uma série de premissas sobre o papel do direito na sociedade, e seus impedimentos frente ao desinteresse ou

[20] Estudante de Graduação - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ - CAMPUS LONDRINA.

repulsa dos agentes do Estado em promoverem e ampliarem os ditames de uma sociedade realmente democrática.

Nesse viés, surge a pergunta: seria o direito suficiente para impedir que as bases totalitárias de um Estado atuem em sociedade como bem lhe convier?

A resposta de tal pergunta leva à análise quanto à insuficiência do sistema jurídico como garantidor da democracia, quando da atuação de um sistema político que não comunga com os preceitos democráticos.

Referida análise leva, ainda, à crítica quanto à insuficiência do positivismo jurídico, por meio do qual se tem a crença voltada à uma norma fundamental como protetora do regime democrático, acarretando em uma falsa sensação de proteção da democracia.

Para entender de forma concisa tal problema, se faz importante a análise do Estado, do Direito e da Democracia, realizada principalmente pelo jurista alemão Carl Schmitt, que, apesar das suas inclinações pessoais para o totalitarismo hitlerista, leva a compreensão do direito a mais profunda grandeza, por desvendar uma "verdade" do direito para além do próprio direito.

O DIREITO E A DEMOCRACIA DIANTE DO TOTALITARISMO

Um autor de especial destaque na análise do direito e totalitarismo ao qual se refere o presente estudo foi o alemão Carl Schmitt. Carl Schmitt é um pensador alemão que tem em sua obra uma reflexão que é paralelamente iluminadora para a análise do sistema jurídico e desumana em relação à sua utilização final, pois o *jusfilósofo* constrói sua tese a fim de conferir legitimidade à ditadura hitlerista.

Entretanto, as suas ideias vão além de qualquer crítica pessoal que possa ser dirigida a Carl Schmitt. Isto porque, o jurista alemão pode ser considerado um marco de rompimento e uma luz realista sobre o direito.

O pensamento de Carl Schmitt está atrelado à ideia de que o verdadeiro caráter do direito não está na norma manifestada pelo Estado. Em verdade, o direito é a manifestação do poder do soberano e se manifesta exatamente nesse poder.

Partindo dessa ideia é que Carl Schmitt, com sua compreensão do direito e do poder, afirma que o "soberano é aquele que decide no Estado de exceção". O brilhantismo dessa ideia de Schmitt reside no fato de que o direito não se revela na regra, e sim em sua exceção. Quando a ordem jurídica é afetada no plano factual, em que o direito deixa de ser aplicado, entra em cena a figura do soberano, que de forma explicita decide e atua do modo que lhe convém. A importância

dessa análise, realizada nesse exato contexto está no fato de que “a exceção é mais interessante que a normalidade, posto que o normal não prova nada, e a exceção comprova tudo” .

Significa dizer que o poder é maior que o direito, sendo nos casos extremos de guerra, exceção, ditadura, que se revelam a verdade jurídica. Como afirma Schmitt em sua análise do caráter político do Estado, “em geral, ‘político’ é equiparado, de alguma forma, a ‘estatal’ ou, pelo menos, relacionado ao Estado. O Estado surge então como algo político, o político, porém, como algo estatal; evidentemente um círculo que não satisfaz”.

Assim como o Estado se legitima no poder soberano que o forma, o direito também será legitimado pelo poder soberano que o institui. A ideia do político ao lado do direito é essencial para a compreensão do fundamento e do papel exercido pelo sistema jurídico dentro do sistema social.

A partir dessa análise é possível afirmar que a medida do jurídico passa a ser o político, diante do exercício de um poder soberano. Nesse ponto, é preciso questionar a legitimidade do poder soberano.

A leitura do artigo 1º da Constituição Federal, que vem a afirmar que “todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, leva à compreensão de que o povo detém a legitimidade do poder soberano.

Em sendo do povo a legitimidade do poder soberano, é possível concluir que a o poder político estará sob o controle da população, de modo que o jurídico será um reflexo dos interesses populares.

Da mesma forma, afirma-se que o poder soberano será a medida da democracia. Em sendo o povo legítimo detentor do poder soberano, a democracia será medida de acordo com os interesses e necessidades populares.

Fazendo uma comparação com a ideia de Carl Schmitt, pode se dizer que o povo é o soberano do nosso Estado. Assim, todo poder que tem a força necessária para a criação, manutenção e aplicação do direito, será oriundo da exclusiva vontade/necessidade do povo.

> Sobremaneira, na figura do soberano, todos esses elementos voltam a reunir-se: o soberano é, simultaneamente, supremo legislador, supremo juiz e supremo mandatário, última fonte de legalidade e última base de legitimidade. Em Estados fracos, um governo legítimo ficará feliz em servir dos efeitos da legalidade oriundos de resoluções estabelecidas pela corporação legiferante.

Acontece que, a partir dessa afirmação surge o questionamento quanto à legitimidade do

poder soberano, e do agente capaz de ditar os limites e caminhos da democracia.

Conforme ensina Carl Schmitt, é preciso delimitar a legitimidade do poder soberano, haja vista que a depender da sua destinação, o jurídico será medido e manipulado para certos fins.

Acreditar que o fato dessa legitimação de poder conferida ao povo estar prevista na carta magna, seja o suficiente para a concretude de um Estado democrático, é uma conclusão positivista, que aqui não é considerada como completa.

Quando se conclui que o direito não está na norma, e sim no poder soberano, é possível analisar de melhor forma os processos de legitimação do poder, quando este utiliza o ordenamento jurídico para consecução dos seus fins.

A partir da diferenciação posta por Schmitt entre o Estado legiferante e o Estado dirigente, se tem que, "no extremo oposto ao Estado legiferante, encontra-se o Estado dirigente, cuja característica peculiar se manifesta na vontade pessoal soberana e na ordem autoritária de um mandatário".

Já o Estado legiferante para Schmitt é aquele que se rege de acordo com as normas postas, afastando os interesses de um poder concentrado para que os interesses gerais predominem.

> Um Estado legiferante é um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, gerais, bem como predeterminadas e, consequentemente, concebidas, visando a uma duração permanente. Em tal Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados em si. São as 'leis que regem', e não os indivíduos, as autoridades ou as instâncias superiores. Dito de uma maneira mais clara: as leis não regem, eles vigem apenas como norma. Domínio e puro poder simplesmente deixam de existir por completo. Quem exerce o poder e o domínio, age 'com base em uma lei' ou 'em nome da lei'. Apenas faz viger, com legitimidade, uma norma vigente.

Para o autor em comento, o Estado legiferante afasta os interesses individuais representados por pessoas ou indivíduos, afastando, por consequência, o exercício concentrado do poder soberano através do Estado.

> Trata-se do princípio básico, construtivo e imediatamente necessário do Estado legiferante, no qual, portanto, indivíduos e pessoas não detêm o poder, mas em que normas devem viger. O último e verdadeiro sentido do 'princípio' fundamental em que não mais se imponham, de maneira alguma, poderes e ordens, afinal de constas, somente se pode fazer valer normas impessoalmente vigentes.

Como exemplo da não correspondência entre a legalidade estatal e a dominação política, se pode tomar a Constituição da República de Weimer, vivenciada pelo próprio Schmitt quando do governo hitlerista na Alemanha nazista. Uma leitura da constituição hitleriana poderia levar à conclusão de que a Alemanha sob o seu comando se caracterizava como um Estado garantista. Isto porque, a constituição de Weimer era tida como uma constituição social, assegurando os direitos mais básicos aos seus cidadãos.

O problema é que, o que está escrito não é suficiente para assegurar que a realidade corresponda ao conteúdo da norma, tendo em vista que, para além do direito, do ordenamento jurídico e da norma fundamental, está o soberano, que possui em suas mãos o poder de criação e aplicação do direito de acordo com os interesses que visa proteger, e é exatamente isso que mostra Carl Schmitt, pois, "o paradoxo apontado pelo jurista alemão é que a autoridade não precisa do direito para criar o direito". Da mesma forma, é possível afirmar que os agentes políticos do Estado não se vinculam à democracia jurídica, possibilitando, por consequência, à instituição de um regime ditatorial no plano político do Estado. Assim, a democracia em sua completude fica sob o julgo do poder soberano, que a limita de acordo com os termos que lhe convém.

Outro exemplo que pode ser utilizado é o da Constituição Federal brasileira de 1988, considerada a constituição cidadã, pelo fato de ter assegurado desde os mais básicos direitos sociais, políticos, e etc. Ao utilizar o exemplo de que determinada pessoa, que desconhece de forma completa a realidade brasileira, e por alguma razão passa a analisar a Constituição Federal com olhos positivistas, por certo tal sujeito acreditará que no Brasil se vive em um Estado perfeito, com uma firme democracia, na qual todos têm direito e acesso à saúde, educação, moradia, alimentação, lazer, e etc.

Entretanto, não é possível estabelecer uma vinculação direta entre a norma e a realidade sem que antes se faça uma análise crítica quanto ao Estado, o direito e a democracia. Antes do "direito" está o "político", que emerge não só no direito, mas em todas as estruturas sociais. Com o político, está o poder de regular o direito.

Schmitt traz a compreensão de que o direito é uma estrutura insuficiente exatamente por sua derivação do poder soberano.

> Por outro lado, a equivalência estatal = político mostra-se incorreta e enganosa, na mesma medida em que Estado e sociedade se interpenetram, todos os assuntos até então políticos tornam-se sociais e vice-versa, todos os assuntos até

> então "apenas" sociais tornam-se estatais, como ocorre, necessariamente, numa coletividade democraticamente organizada. As áreas até então "neutras" – religião, cultura, educação, economia – deixam então de ser "neutras" no sentido de não-estatal e não-político.

Nesse sentido, a visão normativista é insuficiente, tendo em vista que o direito será mantido de acordo com a situação de importância definida por aquele que detém o poder.

> No pensamento de Schmitt, não se compreende o direito como reprodução automática das competências normativas. O direito é situacional. O poder é maior que o seu momento normativo. Para Schmitt, ao contrário do pensamento de Kelsen, não há identificação entre Estado e direito. Na visão kelseniana, a competência do poder estatal é a competência que formalmente as normas lhe atribuem. Para Schmitt, o fenômeno do poder é maior que o do direito. Por isso, a guerra, a exceção, a ditadura, o caso extremo, revelam a verdade jurídica, não contida nos limites da norma jurídica.

Se determinados grupos têm o monopólio do poder social, se torna de extrema dificuldade a alteração da sociedade, com o fim das desigualdades e o atingimento de determinados objetivos, visto que esses grupos sempre prezam pela manutenção do *status quo* em que vivem, afinal, deter o poder é a melhor forma de se manter no poder.

> Então, com efeito, o "império do direito" não significa outra coisa senão a legitimação de um determinado *status quo*, em cuja manutenção obviamente têm um interesse todos aqueles cujo poder político ou cuja vantagem econômica se estabilizem neste direito.

Desse modo, se vê que o direito é relativizado em relação ao grupo que detém o poder soberano. O conteúdo e aplicação do direito, voltando-se para fins de classe, dependerão apenas do grupo que possui a legitimidade para o exercício das funções de criação, manutenção e aplicação do direito.

Como bem observado por Schmitt, partindo-se de um ideal marxista, em que o proletariado passa a deter os poderes inerentes ao direito, o Estado passa a ser um Estado proletariado. Nesse ponto, o conteúdo e classificação do Estado e por consequência do direito dependerá do grupo ou classe social no exercício do poder:

> Se no interior do Estado o proletariado assenhora-se do poder político, surge justamente um Estado proletário, que constitui uma formação política na mesma medida que um Estado nacional, clerical, comercial, militar, burocrático, ou qualquer outra categoria de unidade política.

Assim, entende-se que todo conflito de classe é ao mesmo tempo um conflito político, no qual o direito servirá para a manutenção do poder daquele que o detém:

> A dominação sobre os homens que tenta permanecer apolítica esquivando-se de toda a responsabilidade e visibilidade política mesmo quando apoiada em bases econômicas, sob a ótica schmittiana, é que tem que aparecer como uma fraude terrível. Entenda-se isso, por exemplo, no caso de explorados e oprimidos quando em uma situação em que precisarão defender-se. Obviamente, não o conseguirão por meios econômicos e reagirão por meios políticos, ou de luta. O fato consiste em que os que detém o poder econômico não assumem que podem usá-lo como opressão, jamais!

A partir de Carl Schmitt que é possível aferir a insuficiência do sistema jurídico diante das vontades do poder soberano. Ainda, é a partir de Schmitt que passa a ser possível refletir sobre os entraves que impedem a livre ampliação democrática de um Estado.

A premissa de que as ações do Estado estarão voltadas mais aos interesses do poder soberano concentrado, do que aos interesses sociais, leva ao questionamento do papel do direito em sociedade, e principalmente, da defesa pelo direito da democracia.

Os agentes políticos, que possuem como dever zelar pela democracia e pelo Estado democrático de direito, assim não o fazem, desvirtuando o papel a eles incumbido para fins escusos. O parlamento se distancia da sua função de representatividade e da tutela dos interesses do povo para servir como o meio de atuação e consecução dos interesses de uma mínima parcela da sociedade.

> Mas o que é pior, e desfaz qualquer esperança, é que em algumas nações o sistema parlamentar conseguiu transformar todas as questões públicas em objeto de cobiça e de compromisso dos partidos e dos agregados, e a política, longe de ser a ocupação de uma elite, passou a ser a desprezível negociata de uma desprezível classe de gente.

Com isso, o sistema parlamentar passa a ser uma encenação da democracia, em que as verdadeiras decisões são tomadas distantes dos olhos do povo, de acordo com a adequação de interesses escusos, que na maioria das vezes são contrários às reais necessidades da sociedade.

> A situação do sistema parlamentar tornou-se hoje extremamente crítica, porque a evolução da moderna democracia de massas transformou a discussão pública, argumentativa, numa simples formalidade vazia. Algumas normas de direito parlamentar atual, sobretudo as determinações quanto à autonomia dos deputados e à abertura das sessões, surgem, ao invés disso, como uma

> ornamentação inútil, supérflua e até patética, como se alguém pintasse chamas vermelhas nos aquecedores de um moderno sistema de aquecimento central para transmitir a ilusão de um fogo ardente. Os partidos políticos (que de acordo com o texto da Constituição escrita nem existem oficialmente) não se atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poder sociais ou econômicos, que calculam os interesses e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses fundamentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões.

O parlamento, que deveria representar a concretização dos ideais democráticos de um Estado, não passa de uma peça teatral, que, em realidade, funciona mediante um jogo de mútuas trocas para que interesses de uma parcela mínima da sociedade sejam preservados.

Se o sistema jurídico não tem forças suficientes para a defesa da democracia, um sistema político ditatorial tem garantido um espaço para atuação de acordo com os seus interesses, ainda que referidos interesses e as atitudes que o resguardem possam ser contrários a um Estado democrático de direito que seja garantido por uma constituição.

Em sendo o político a medida do jurídico, tem-se que a medida da democracia em sua completude é delimitada pelo direito político, de forma que o Estado, em seu aspecto jurídico, pode prever a existência de uma democracia, mas, no aspecto político ampare a sua atuação em um totalitarismo político.

MALEABILIDADE DEMOCRÁTICA E TOTALITARISMO

A partir da crítica em parte realizada por Carl Schmitt, quanto à insubmissão do poder frente ao direito, é possível realizar uma série de questionamentos quanto à concretização dos ditames democráticos de um Estado.

O primeiro e crucial questionamento realizado é o da limitação pela democracia do poder soberano. Tomando por base a crítica estabelecida por Schmitt em sua obra, seria possível afirmar que o poder soberano estaria limitado pelos preceitos democráticos, e mais especificamente, pelo dever de respeito aos direitos fundamentais de uma população?

Para a ideal construção dessa ideia e pela busca por eventuais respostas, é preciso destacar, inicialmente, que, apesar de não ser uma posição uníssona, Estado e democracia não são conceitos inseparáveis. Tal construção encontra força no positivismo kelseniano, ao estabelecer por meio da teoria pura do direito a separação entre o juízo político e o juízo jurídico do Estado.

É nesse sentido que Hans Kelsen vem a afirmar que todo Estado é um Estado de Direito,

pelo fato que há em sua concepção uma restrição quanto ao conceito de Estado para o mero contorno jurídico.

> Então, a tentativa de legitimar o Estado como Estado "de Direito" revela-se inteiramente infrutífera, porque – como já foi acentuado – todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica. Isto não coenvolve qualquer espécie de juízo de valor político.

Dessa noção é possível afirmar que, ainda que não balizado por um conteúdo democrático, o Estado totalitário ainda é um Estado, e pela visão kelseniana, é tido como um Estado de Direito por estar amparado por um sistema jurídico que lhe confere uma forma. Nesse ponto, Kelsen realiza uma separação entre o juízo "moral" das ações do Estado, de modo que esse juízo moral não interfere ou impede que as ações dos Estados totalitários sejam tidas como jurídicas.

> Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considera-las fora da ordem jurídica desses Estados.

E é a partir de Kelsen que Norberto Bobbio escreve que a criação do direito tem uma relação direta com os interesses daquele(s) que tenha(m) o poder de impor o direito:

> [...] alguém está em condições de produzir Direito na medida em que tem o poder ou força de fazê-lo. O que significa que a produção de normas jurídicas é o efeito do exercício de um poder; em outras palavras: que se pode falar corretamente de produção do Direito, e, portanto, se pode legitimamente reduzir o problema das fontes do Direito ao problema da Rechtserzeugun, na medida em que na origem de qualquer norma do sistema, seja superior ou inferior, geral ou individual, se supõe a existência de um poder que, não por acaso, Kelsen designa como Macth. Aí se entende porque, segundo Kelsen, o Direito não é declarado, mas imposto, produzido. A existência ou validade do direito depende exclusivamente da existência de um poder ou de uma força capaz de impor (ou de autorizar) comportamentos, e de obter o cumprimento, embora recorrendo em última instância à coação, que é a suprema manifestação do poder do Estado (Statsgewlt).

Não existem grandes complicações para o entendimento da questão posta por Kelsen quanto à relação do direito e do Estado: independente dos fins a que se volta um Estado, este

será um Estado de Direito somente pelo fato de que existe um sistema jurídico que lhe confere o status de "Estado".

Entender que o Estado totalitário ainda é um Estado, e que segundo Kelsen, ainda o é um Estado de direito, não demanda complexidade, apesar da possibilidade de não se concordar com tal posicionamento.

Porém, é preciso ir além, e é o que busca a presente investigação ao realizar o seguinte questionamento: quais as possibilidades de coexistência em um Estado que apresente por conteúdo jurídico os ditames democráticos ao mesmo tempo em que apresente por ações dos seus agentes políticos as características totalitárias? Em sendo possível tal relação, é viável afirmar que a democracia jurídica tem as forças devidas para impedir uma política totalitária?

Tais questionamentos surgem em razão das bases postas pelo positivismo jurídico, as quais são fragilizadas pelas críticas estabelecidas por Carl Schmitt, quando referido jurista encontra uma verdade do direito para além do direito, demonstrando a insuficiência do sistema jurídico, quando as forças políticas de um Estado não conseguem por meio do direito a consecução dos seus interesses.

Assim, é possível afirmar que a democracia jurídico-formal que represente o conteúdo de um Estado, apesar de necessária, não é suficiente, pela exata razão da existência de um sistema político que, a depender dos seus interesses, pode "contrariar" as bases democráticas até então postas e impostas pelo e para o Estado.

Caso o sistema político encontre a consecução dos seus interesses em horizontes que não estejam vinculados à democracia, o sistema jurídico democrático será inutilizado, dando espaço para que um Estado totalitário entre em cena.

Dessa construção é possível questionar: o fato de que um Estado totalitário possa surgir diante das ações e interesses de um sistema político é capaz de destituir do sistema jurídico desse Estado o seu conteúdo democrático? Não necessariamente.

O conteúdo jurídico-democrático do Estado ainda continuará existindo, sendo que eventualmente será aplicado. Porém, nesse caso, as forças político-ditatoriais desse Estado se sobrepõem à democracia, demonstrando a fragilidade da democracia jurídico-formal, quando a democracia não se reflete no caráter "político" do Estado.

A aplicação de normas e preceitos democráticos passa então por um juízo de conveniência, através do qual o poder político totalitário avaliará se utiliza ou não da democracia para a consecução dos seus interesses. Com isso, apresenta-se o problema da

instrumentalização da democracia pelo poder soberano, que delimitará a fruição da democracia de acordo com os momentos em que julgue ser do seu interesse.

Assim, passa a ser possível realizar uma separação entre a democracia jurídica e a democracia política, separação essa que surge em razão da diferença entre o direito jurídico e o direito político.

A partir do momento em que, em inobservância às bases democráticas do Estado o político se volta para interesses que não sejam aqueles que representem as vontades/necessidades de uma população, há um desvirtuamento do objetivo do político, que centraliza suas ações para os interesses de determinados grupos.

> Contudo, também se expressa o fato de que elementos de uma elite – no sentido estatal-sociológico da palavra – criadora de autoridade e legitimidade genuínas poderiam ser sustentados por intermédio de uma classe profissional estabilizada, encarregada da defesa de interesses públicos, qualidades como incorruptibilidade, separação entre o mundo de aspiração por dinheiro e lucro, educação, consciência do dever e fidelidade, bem como determinadas tendências, certamente desvanecidas, para uma cooptação a partir de si mesmo.

Assim, tem-se que a democracia se torna ineficaz ao se limitar às meras bases jurídicas de um Estado, ao ponto em que, sua completude a consecução dos seus fins se dará quando da conciliação de um sistema jurídico e político que estejam alinhados aos preceitos democráticos.

FORTALECIMENTO POLÍTICO DA DEMOCRACIA

Se de um lado a democracia restrita ao campo jurídico se torna incompleta e ineficaz, de outro, quando diante de um sistema político democrático, se abrem os mais amplos caminhos que possibilitam a concretização das finalidades de um Estado de direito democrático.

A diferenciação entre a democracia jurídica e a democracia política é essencial para que seja possível inicialmente visualizar um problema, e posteriormente se pensar em soluções.

A medida do jurídico é o político, e por consequência, a medida da eficácia da democracia jurídica é realizada pelo político. Caso o Estado, em seu viés político, comungue dos ideais e objetivos democráticos já previstos em seu aspecto jurídico, será possível que a democracia alcance a sua plenitude, com a correspondência entre a democracia jurídica e a democracia política. Caso assim não ocorra, a democracia jurídica ficará relegada aos interesses políticos do Estado, que assumirá em seu aspecto político o caminho que melhor se adequar aos

seus objetivos: a democracia ou o totalitarismo.

Portanto, é possível afirmar que a democracia plena surge com o fortalecimento da democracia em seu viés político.

> [...] a democracia política se torna necessária à efetivação do solidarismo, eis que passa a funcionar como instrumento legítimo, capaz de permitir à própria comunidade encontrar a forma mais justa de conciliação entre o interesse individual e o interesse coletivo, entre a ação particular e a estatal, das quais a integração harmônica constitui a essência do ideal solidarista.

Um Estado de direito que seja democrático deverá ter por formação o Estado político democrático: a partir desse momento é possível afirmar que a democracia em referido Estado se desenvolve de maneira plena.

Com isso, é preciso construir os meios pelos quais a democracia política seja desenvolvida e fortalecida. A primeira atitude para que isso aconteça está na consciência da diferença entre o jurídico e o político, e, principalmente, na regulação do jurídico pelo político.

A democracia política oferece a base de sustentação à democracia jurídica, dando a esta última um sentido e uma finalidade. Nesse ponto, destaca-se que o direito jurídico será democrático quando lei e a vontade/necessidade social estiverem em uma relação intrínseca.

> Em uma democracia, lei é cada vontade de cada povo existente, ou seja, praticamente a vontade da maioria de cidadãos votantes em questão, *lex est, quod populus jubet*. A diferença entre norma e ordem, intelecto e vontade, *ratio e voluntas* que o Estado legiferante parlamentar carrega com sua distinção entre lei e aplicação da lei desemboca por seu turno, em um conceito "formal" de lei e ameaça fazer desabar a construção do sistema parlamentar de legalidade. Todavia, em uma democracia coerente, isso é suportável por outros motivos, pois, sob condição democrática, o povo homogêneo em si possui todas as qualidades que contêm uma garantia da justiça e da razão da vontade manifestada pelo povo. Não existe nenhuma democracia sem a condição de que o povo seja bom e sua vontade, consequentemente, basta.

Por conseguinte, é preciso analisar de forma crítica o desenvolvimento político do Estado, de modo que fique claro como ocorrem os processos de tomada de decisões/votações pelos agentes políticos, quais são os interesses tutelados por essas decisões, e como se dá o acesso pelo povo frente à essa parcela do Estado.

É preciso que se delimite a legitimidade do poder soberano, haja vista que dependerá desse poder o conteúdo político do Estado. Caso o poder soberano esteja concentrado em uma

parcela mínima da sociedade, não se pode falar em uma democracia plena, em razão do fato de que a democracia pressupõe a igualdade de condições de acesso ao Estado e ao direito.

> A participação do povo no governo (governo do povo, pelo povo) se processa com o exercício dos *direitos políticos* reconhecidos pelo Estado aos membros da comunidade política. Tais direitos são os de participar do fundamento jurídico do poder, de expressar a opinião político-partidária, de votar e ser votado, de pertencer a partido, de 'fazer' política, em suma.

A ideia de democracia política está diretamente relacionada com a representação exercida pelos agentes políticos a fim de que as demandas populares sejam atendidas, e para que os objetivos da democracia juridicamente previstos sejam alcançados.

Deve ser realizada uma crítica quanto ao exercício do poder soberano de um Estado juridicamente democrático, de modo que seja averiguada à legitimidade desse poder: em sendo tal poder exercido pelo povo, ainda que por meio dos seus representantes, e, em sendo a atuação desses representantes realizada de acordo com os preceitos democráticos, é possível afirmar que exista uma democracia completa.

Aqui se questiona o descumprimento dos preceitos democráticos básicos pelo poder político, que tem por consequência a desconstrução da democracia em sua totalidade, ao fazer com que esta se limite ao seu espaço jurídico.

Desse modo, o fortalecimento de uma democracia em sua completude passa pela observância da democracia jurídica pelos agentes políticos, que legitimamente atuam em nome e pelos interesses do povo. Passa também pelo cumprimento da Constituição, na qual a democracia jurídica é materializada, e por intermédio da qual os agentes políticos devem atuar. Mas, a democracia jurídica e política se conciliam principalmente quando presentes as bases materiais que possibilitam o acesso da população ao Estado, que conseguem diretamente exigir o cumprimento dos preceitos da democracia legalista-estatal.

Sobre essas condições materiais o professor Paulo Bonavides faz um alerta, ao expor que a carência dessas condições representa um impedimento para o exercício pleno e real da democracia pelo povo e pelo Estado:

> Mas esses caminhos são difíceis de abrir, enquanto o povo permanecer na ignorância política de seus direitos e deveres, enquanto sua vontade não for auscultada, enquanto lhe faltar pão, escola, saúde e trabalho, enquanto a responsabilidade for um traço de ausência na conduta dos que governam e os

> interesses de classes ou grupos preponderem sobre os interesses da Nação e do povo, enquanto a xenofobia confundir-se com o nacionalismo, enquanto a razão de ser da defesa do soo e da riqueza nacional for apresentada como um sofisma pelo despatriotismo dos desnacionalizadosres. Compõem estes a grei dos que procuram escancarar as portas da economia à invasão de capitais estrangeiros indiscriminados, depois de preconizarem a dependência, pela submissão às normas do Fundo Monetário Internacional.

Entretanto, não se deve cair no erro que é evidenciado por Carl Schmitt quando o mesmo propõe que a medida do jurídico é o político. É preciso que se esclareça a partir dessa ideia que, a medida da democracia será o político. Caso não haja um controle popular sobre a vontade e a atuação do político, se torna real o risco de que a democracia seja reprimida para que os interesses do político possam se concretizar. Com isso, a democracia se limitará ao seu aspecto jurídico, e o Estado em seu aspecto político poderá ser manejado de forma totalitária.

Um Estado democrático em sua completude deve ser aquele em que as demandas populares sejam atendidas, ainda que não correspondam às vontades dos agentes políticos envoltos no papel de representar o povo, como ensina o professor Dalmo de Abreu Dallari:

> Um dos elementos substanciais da democracia é a prevalência da vontade do povo sobre a de qualquer indivíduo ou grupo. Quando um governo, ainda que bem intencionado e eficiente, faz com que sua vontade se coloque acima de qualquer outra, não existe democracia. Democracia implica autogoverno, e exige que os próprios governados decidam sobre as diretrizes políticas fundamentais do Estado.

O fortalecimento da democracia passa pelo fortalecimento da democracia política e pela democratização do político, com o amplo acesso da população ao Estado, mediante o controle da sua atuação política, a fim de que os preceitos democráticos sejam sempre protegidos e concretizados.

CONCLUSÃO

A insuficiência do sistema jurídico para a existência de um verdadeiro Estado democrático leva ao pensamento sobre a fragilidade da democracia frente ao que Carl Schmitt denomina de “poder soberano”. Sendo o Estado e mesmo o direito um mero instrumento para a concretização dos interesses do poder soberano, existe um espaço facilmente manipulável em

que se possa instalar um Estado totalitário.

Quando se volta uma análise para a realidade social, em que se propagam diariamente injustiças sociais, que contrastam com as disposições e garantias constitucionais, se conclui que o sistema jurídico não consegue se vincular à realidade, principalmente pelos interesses políticos envolvidos.

Poderiam os juristas, como operadores diários do direito, velarem pelo Estado democrático, sempre atuando em defesa da democracia e contra qualquer processo político ditatorial. Entretanto, não é possível esquecer que o sistema político influencia diretamente o sistema jurídico, seja através da escolha de agentes, seja através do processo ideológico pelo qual passa os juristas, em que a tomada de decisões é sempre no caminho de suas crenças. Em estando o sistema político ditatorial envolto em um processo ideológico, existe a possibilidade de que os operadores do direito estejam de acordo com a ideologia do sistema político ditatorial.

Nesse viés, é possível concluir que a democracia foge de ideias e conceitos meramente jurídicos, passando bem mais pelo aspecto político do Estado, de modo que o grau de democracia de um Estado sempre dependerá dos agentes políticos do Estado, e principalmente do grau de atuação popular frente ao Estado.

Ainda, é possível concluir que a previsão jurídica da democracia é frágil caso não tenha amparo pelo sistema político, sendo até mesmo possível a coexistência entre um sistema jurídico democrático que conviva com um sistema político ditatorial.

Diferenciar a democracia jurídica da democracia política passa a ser essencial, compreendendo que, enquanto a democracia jurídica institucionaliza a democracia política, esta última delimita a aplicação dos preceitos democráticos legalmente previstos, sendo possível até mesmo que o Estado político reprima a aplicação da democracia jurídica de tal modo que esta se torne inutilizável, possibilitando na instituição de um regime totalitário frente ao Estado político.

A consciência de tal processo leva à construção de alternativas que visem fortalecer a democracia em sua completude, com o fortalecimento do acesso popular ao Estado e ao direito, a fim de que haja um controle constante sobre a atuação estatal na observância dos preceitos democráticos.

REFERÊNCIA

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 10 de jan. de 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA, Elizabete Olinda. **Carl Schmitt e Hannah Arendt:** olhares críticos sobre a política na modernidade. São Paulo: Editora LiberArs, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHMITT, Carl. **Teología Política**. Madrid: Trotta, 2009.

_____. **O Conceito de Político**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992.

_____. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

_____. **A Crise da Democracia Parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

SOUZA JUNIOR., Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**: aspectos políticos. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA: O ESTADO PLURINACIONAL COMO GARANTIDOR DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Larissa Maria da TRINDADE[21]

Meire Aparecida Furbino MARQUES[22]

RESUMO

Este artigo tem como objetivo tratar de dois conceitos de extrema importância dentro do cenário jurídico e político global: Democracia e Estado. No entanto, não se pretende exaurir os temas em questão. Ao contrário, a abordagem a ser feita faz um recorte teórico e pretende trabalhar tão somente com concepções a partir das formas de organização do Estado à ótica de Hans Kelsen, conjuntamente com os desdobramentos atuais e surgimento de uma nova concepção democrática de Estado, que é o Estado Plurinacional. Como o Estado Plurinacional é uma nova modalidade de concepção de Estado buscou-se ainda demonstrar a concretude de sua existência com a tentativa de sua implantação em países como a Bolívia e o Equador, o que revela a América Latina como precursora dessa nova concepção de Estado democrático garantidor de direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Estado. Cidadania. Plurinacionalidade. América Latina.

ABSTRACT

This article aims to address two very important concepts within the legal setting and overall policy: Democracy and State. However, aims not at any time the depletion of the issues involved. On the contrary, the approach to be taken is a theoretical cut and want to work solely with these concepts from the forms of state organization the perspective of Hans Kelsen, together with the current developments and the emergence of a new democratic concept of the state, which is the Plurinational State. As the Plurinational State is a new kind of State of design still looked up to demonstrate the concreteness of its existence with the attempt of its implementation in countries such as Bolivia and Ecuador, which shows Latin America as a precursor of this new conception of the State democratic.

KEYWORDS: Democracy. State. Citizenship. Plurinationality. Latin America.

INTRODUÇÃO

Estado e democracia e são temas de extrema importância dentro do cenário jurídico e político global. Representam questões estruturais e basilares e por isso jamais deixam de estar em foco nos debates e pesquisas acadêmicas. Ter a pretensão de exaurir todas as nuances que

[21] Estudante de Pós-graduação - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

envolvem as duas temáticas seria de fato a assunção de uma tarefa irrealizável.

Pretende-se, neste estudo, a realização de um corte teórico para abordagem dos temas no contexto atual da América Latina traçando uma linha 'evolutiva' que aborda brevemente as formas de organização do Estado e algumas concepções acerca do Estado, reportando-se à doutrina tradicional. Avançando no estudo, pretende-se demonstrar como muitas dessas concepções tradicionais já não mais se encaixam perfeitamente às realidades atuais, principalmente no que se refere à implantação de um Estado Plurinacional.

A doutrina tradicional elenca três como os elementos do Estado, quais sejam: território (delimitado), povo e poder. No entanto, essa concepção já não mais estaria correta, desde sua origem, pois a unidade territorial é uma unidade jurídica e não geográfica ou natural, sendo que o território do Estado é a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamada Estado.

O território, primeiro elemento do Estado não deve ser uma porção definida da superfície da terra, um plano, mas sim um espaço de três dimensões que pertence juridicamente ao Estado até onde se estende o seu poder coercitivo, ou seja, a eficácia da ordem jurídica nacional (KELSEN, 2000).

Sobre o território, Kelsen discorre com propriedade: "A limitação da esfera da ordem coercitiva chamada Estado a um território definido significa que as medidas coercitivas, as sanções, tem de ser instituídas apenas para esse território e executadas apenas dentro dele." (KELSEN, 2000, p.300).

O povo, o segundo elemento do Estado na ótica tradicional, constitui unidade jurídica, formada pelo conjunto de seres humanos que residem dentro de determinado Estado. Os atos coercitivos só podem ser executados contra indivíduos que estão dentro do seu território:

> O Direito Internacional determina que o ato coercitivo estipulado pela ordem jurídica nacional só pode ser dirigido a indivíduos que estejam dentro do território do Estado, ou seja, dentro do espaço que o Direito Internacional determina como sendo a esfera territorial da ordem jurídica. (KELSEN, 2000, p. 335).

Kelsen ainda afirma que o Estado deve garantir aos cidadãos de outros Estados, que estão dentro de seu território, um mínimo de direitos, e não impor certos deveres, sendo o procedimento contrário considerado violação ao direito do Estado ao qual pertençam os

---

[22] Estudante de Pós-graduação - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

estrangeiros. (KELSEN, 2000).

O poder é o terceiro elemento do Estado. "A soberania é a característica definidora desse poder. O poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo"(KELSEN, 2000, p. 364). Além disso, o poder também pode ser entendido como as três funções do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Kelsen exemplifica a posição defendida por vários autores quanto aos elementos do Estado e suas origens: a visão da doutrina tradicional.

Entretanto, diante do cenário jurídico-político global é possível afirmar que as definições da doutrina clássica acerca do Estado e da própria democracia carecem de completude. Já não se mostra possível definir o Estado somente a partir dos três elementos citados acima.

Muito pelo contrário, o multiculturalismo, a globalização, a existência de estruturas econômicas internacionais cada vez mais fortes e o desejo de garantir a todos, enquanto cidadãos, um Estado que respeite as pluralidades dos indivíduos, sejam quais forem, e que seja essencialmente garantidor de direitos e garantias fundamentais plurais, não permite mais que a abordagem de temas como Estado e Democracia fique restrita à conceitos fixos e determinados.

Em determinado momento de sua obra, Kelsen faz uma indagação acerca da cidadania: "É requisito essencial da ordem jurídica nacional distinguir os indivíduos a ela sujeitos, os que são cidadãos daqueles que não são? A existência de um Estado depende da existência de indivíduos sujeitos à ordem jurídica, mas não da existência de cidadãos." (KELSEN, 2000, p. 345). E acaba por concluir que direitos e deveres inerentes à cidadania não seriam essenciais ao Estado, situação que não se coaduna com a realidade atual, como se verá no decorrer deste artigo.

ESTUDO DA PLURINACIONALIDADE

Atualmente, o Estado Plurinacional passou a ser visto como uma alternativa para uma ordem nacional constitucional democrática. Sobre o assunto, discorre com propriedade o Professor José Luiz Quadros de Magalhães:

> a américa latina vem sofrendo um processo de transformação social e democrática importante e surpreendente. direitos historicamente negados às populações originárias agora são conquistados. em meio a estes variados processos de transformação social, percebemos que cada país, diante de suas

> peculiaridades históricas, vem trilhando caminhos diferentes, mas nenhum abandonou o caminho institucional da democracia representativa, somando a esta uma forte democracia dialógica participativa. (magalhães, 2010, p.37).

Os povos indígenas após 500 anos reconquistam sua liberdade e dignidade. Segundo as considerações do mesmo autor, a formação do Estado Moderno na América Latina (Estados Nacionais) se deu de maneira diferente da Europa. Na América Latina, os Estados foram construídos para a parcela minoritária da população e milhões de povos originários, sejam eles indígenas ou imigrantes, foram excluídos de qualquer ideia de nacionalidade. Dessa forma, o direito não era para a maioria, mas sim para a elite minoritária. (MAGALHÃES, 2010).

Pode-se considerar que as Revoluções da Bolívia e do Equador são responsáveis pela fundação de um novo tipo de Estado nas Américas, o que viria a ser chamado de Estado Plurinacional: "O Estado Plurinacional traz a ideia de uma democracia consensual, dialógica e participativa. Importante lembrar que essas práticas democráticas somam-se ao mecanismo de democracia representativa majoritária." (MAGALHÃES, 2010, p. 38).

O Estado Plurinacional pretende superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado Nacional; romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo – uniformizador de valores e, logo, excludente; reconhecer a democracia participativa como base da democracia representativa e garantir a diversidade étnica e cultural dos grupos sociais.

Nesse contexto, Bolívia e Equador são países na América Latina pioneiros quanto à tentativa de implantação do modelo de Estado Plurinacional.

CASOS CONCRETOS: BOLÍVIA E EQUADOR

Para exemplificar a criação de Estados Plurinacionais nada melhor do que trabalhar com dois casos concretos da atualidade: o caso da Bolívia e o caso do Equador.

No caso da Bolívia, a sua nova Constituição, datada de 2008, possui 80 dos 411 artigos a tratar da questão indígena. Por meio dela, os 36 povos originários passam a ter participação ampla e efetiva em todos os níveis de poder estatal e na economia. (MAGALHÃES, 2010).

A partir dessa nova Constituição (2008), várias outras mudanças ocorreram: passa a existir cota para parlamentares oriundos dos povos indígenas, propriedade exclusiva sobre os recursos florestais, direitos sobre a terra e recursos hídricos de suas comunidades, equivalência entre a justiça tradicional indígena e a justiça ordinária do país. (MAGALHÃES, 2010).

Além disso, ocorreu a descentralização das normas eleitorais: os representantes dos povos indígenas podem ser eleitos a partir das normas eleitorais das suas comunidades.

Previu-se a criação de um Tribunal Constitucional Plurinacional, o qual significaria justamente possibilitar a atuação de um sistema ordinário conjuntamente com um sistema indígena.

A organização territorial também foi modificada, com apresentação de quatro níveis de autonomia: o primeiro, departamental - que equivale aos estados-membros brasileiros-, e os outros três níveis denominados regional, municipal e indígena. (MAGALHÃES, 2010).

A inovação se deu na medida em que criou-se um nível de autonomia com enfoque para os povos originários. Cada uma dessas regiões será autônoma, com eleições diretas de seus governantes e administração dos recursos econômicos.

Ressalte-se que a Bolívia transformou-se em um Estado laico a partir da nova Constituição, transformação essa já ocorrida no Brasil desde 1891.

Além do reconhecimento de várias formas de constituição da família, a atual Constituição bolivariana é considerada modelo de Constituição de uma nova ordem política, econômica e social internacional que promove o rompimento com a intolerância unificadora e violenta, além de estabelece bases para uma América Plural e um sistema plurijurídico. (MAGALHÃES, 2010).

A Constituição boliviana de 2008 tem origem na formação do Estado boliviano, tendo em vista a diversidade cultural de seus povos reprimidos do período colonial até a segunda metade do século XX. (MAGALHÃES, 2010).

Nesse sentido discorre Luiz Tapia: “Existe uma crise de correspondência entre o Estado boliviano, a configuração de seus poderes, o conteúdo de suas políticas, por um lado, e, por outro, o tipo de diversidade cultural entendida de maneira auto organizada ... dos povos indígenas”. (TAPIA *apud* MAGALHÃES, 2010, p.105).

Essa crise de correspondência se desdobra em paradoxos de uma sociedade multicultural. Há, entre tantos outros fatores, a oposição entre a diversidade da população e o governo oriundo de um modelo único e as múltiplas matrizes culturais, em contraste com a rigidez e uniformização das instituições públicas estatais. (MAGALHÃES, 2010).

O Estado Plurinacional tem, portanto, um grande desafio: necessita harmonizar a diversidade cultural em um contexto de organização estatal instituído.

De um lado estão as formas de organização territorial moderna (Estado unitário), o

direito econômico (União Europeia) e o direito internacional, os chamados uniformizadores, hegemônicos e europeus. Do outro está a existência de um sistema plurijurídico marcado pela diversidade, que também tem a função de garantir direitos e garantias fundamentais, como ressalta Magalhães:

> Essa diversidade de sistemas jurídicos, de formas de organização econômica resulta de uma nova perspectiva democrática (a democracia consensual e uma justiça consensual – já vistos) e reforça a possibilidade de construção de espaços de convivências e diálogos de diversas formas de ver, sentir, compreender o mundo, de diversas epistemologias. (MAGALHÃES, 2010, p.106).

O Estado Plurinacional busca um direito mundial para além da modernidade europeia e uniformizadora.

O Equador também faz parte do mesmo processo de instituição de um novo tipo de Estado. Trata-se de um país inicialmente dominado por elites e oligarquias, cuja nova Constituição também data de 2008 e que procurou instituir as bases para a consolidação de uma sociedade multicultural, nas bases bolivarianas e com objetivos similares.

A nova Constituição promoveu a reformulação das tradicionais categorias legais e hermenêuticas e a incorporação dos povos indígenas e comunidades originárias ao projeto constitucional. Além da instituição de um sistema de foros de deliberação, democrático e multicultural denominado constitucionalismo plurinacional. (MAGALHÃES, 2010).

O Constitucionalismo Plurinacional necessita de um engajamento profundamente intercultural e do rompimento das bases do Estado-nação e do direito moderno.

Ele deve ser *dialógico* com abertura comunicativa e deliberativa, melhor entendimento do 'outro' – o diferente; *concretizante* com a busca de soluções específicas e consistentes para situações diferentes e complexas; e *garantista* promovendo a defesa dos direitos fundamentais e deve superar a dicotomia tradicional/contemporâneo, afinal, não existe um modelo de Estado Plurinacional, mas sim, modelos de Estados Plurinacionais. (MAGALHÃES, 2010).

A plurinacionalidade é fundada na certeza de incompletude de cada cultura, iluminando um diálogo aberto e inclusivo, pautado pelo mútuo reconhecimento, o reconhecimento do valor inerente de cada cultura. Há uma necessidade de espaços permanentes de construção de consensos com base de uma vida política compartilhada em condições de igualdade. (MAGALHÃES, 2010).

A figura do 'Estado' passou por profundas transformações desde a crise financeira

iniciada mundialmente em 2008. Indaga-se até que ponto as mudanças em curso há décadas afetam a estrutura institucional e organizacional do 'Estado moderno', o conjunto de instituições estáveis da modernidade ocidental. (SANTOS, 2010)

A seu turno, Sanín aponta que o Estado-nação é evento da modernidade, apontando que

> [...] su anatomía está soportada en su trascendencia ideal, un constructo derivado de la perfección del método científico que incorpora la perfecta sistematicidad lógica interna de los sistemas matemáticos y la simetría total con el método racional. (RESTREPO, 2013, p. 120).

É possível observar a centralidade do Estado na economia e políticas públicas: sem comprometer à fidelidade à ortodoxia neoliberal internacional. Isso ocorre geralmente através de políticas de distribuição direta de renda, como educação para os seus filhos ou recursos para sistema de saúde, forte investimento na política de educação. (SANTOS, 2010).

O Estado competitivo se sobrepõe ao estado de bem-estar, porque as políticas sociais são vistas como uma questão técnica de redução da pobreza, em vez de princípio político de coesão social (um contrato social mais inclusivo). (SANTOS, 2010).

A lógica e avaliação da ação do Estado é definida por critérios de eficiência derivados das relações de gerencialismo e os cidadãos são convidados a atuar como consumidores de serviços públicos.

O foco especial na administração pública, o desempenho, o tamanho, a burocratização de serviços, a busca de parcerias público-privadas na produção de serviços antes prestados pelo Estado, a promiscuidade entre poder político e poder econômico, mudanças na estrutura política do Estado, com o aumento do poder executivo e da autonomia do Banco Central, demonstram que a figura de 'Estado' atual tenta trazer novos elementos sem deixar de lado os elos com os elementos tradicionais da origem da concepção de Estado.

Maneiras de promover a transparência, tais como o orçamento participativo, conselhos municipais de serviços, mas sempre em nível subnacional e alinhamento com projetos imperiais são outros fatores que compõem os atuais Estados da América Latina.

Acerca da reconstrução do Estado, a reconstrução do Estado colonial capitalista moderno e a refundação do mesmo tem sete grandes dificuldades: (a) redefinir o Estado não significa eliminá-lo; (b) o Estado moderno está presente na sociedade para muito além de suas instituições; trata-se da luta por uma nova hegemonia; (c) a luta por uma nova hegemonia não se

faz apenas com os povos historicamente excluídos; é preciso fazer alianças com outros grupos de poder e outras classes sociais. (SANTOS, 2010)

Além disso, (d) para o reestabelecimento do Estado é necessário estabelecer um dialogo intercultural e promover políticas de reconhecimento; (e) a reestruturação do Estado não envolve mudanças apenas na estrutura política, institucional e organizacional, mas também exige mudanças nas relações sociais, de cultura e economia; (e) é preciso reestruturar suas raízes à nível local, como fizeram os povos indígenas; e (f) o fracasso de reestruturações do Estado no século passado, como o caso do estados soviéticos, causa temor. (SANTOS, 2010)

No contexto atual do continente, o restabelecimento do Estado é mais avançado na Bolívia e no Equador, como relatado anteriormente, sendo que a América Latina pode ser vista como um campo avançado das lutas anti-capitalistas e anti-coloniais.

A reestruturação do Estado exige a existência de um novo constitucionalismo, diferente do constitucionalismo moderno que foi concebido por elites políticas: um constitucionalismo transformador. Nesse sentido, discorre Santos:

> Contrariamente, la voluntad constituyente de las clases populares, en las últimas décadas, se manifiesta en el continente a través de una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades). Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales. (SANTOS, 2010, p. 72)

Os casos da Bolívia (a questão do preconceito aos indígenas e o capital) e do Equador (intervenção do presidente e presença de setores conservadores como a Igreja) ilustram, de diferentes formas, as imensas dificuldades na construção de um constitucionalismo transformador. (SANTOS, 2010)

A vontade constituinte das classes populares nas últimas décadas se manifesta através de uma vasta mobilização social e política que resulta em um constitucionalismo protagonizado pelos excluídos e seus aliados.

Como ressalta Santos (2010), busca-se uma institucionalidade nova (plurinacionalidade), uma territorialidade nova (autonomias assimétricas) e uma legalidade nova (pluralismo jurídico),

um regime político novo (democracia intercultural) e novas subjetividades individuais e coletivas.

No caso da Bolívia o processo constitucional não acabou, continua. A grande luta pela frente será a implementação da Constituição, encaminhar a interpretação e aplicação da Constituição na materialidade legal das leis e das instituições políticas. (SANTOS, 2010).

Nos cenários prováveis para um futuro imediato, o grande perigo é também desconstitucionalização da Constituição, ou seja, qualquer falha na mobilização pode reverter o conteúdo de oposição das normas constitucionais ou esvaziar a sua eficácia prática. (SANTOS, 2010).

Equador e Bolívia, apesar de suas diferenças, possuem dois processos constituintes que revelam com igual clareza as dificuldades para realizar, no quadro democrático, as profundas inovações políticas e institucionais que rompem com o horizonte capitalista patriarcal, com a modernidade colonial, liberal e ocidental.

Sendo assim, no contexto latino americano, a reestruturação/refundação do Estado, passa em alguns casos, pelo reconhecimento da plurinacionalidade, o que por si só culmina na quebra dos conceitos básicos de 'nação', 'povo' e 'território', justamente o que ocorre atualmente com Bolívia e Equador.

Ricardo Sanín Restrepo, engajado com o processo de constitucionalização da América latina e as influências externas, principalmente oriundas da Europa e América do norte – influência esta que o constitucionalista denomina "colonialidade" –, questiona como o conceito de Estado-nação pode sobreviver nesse cenário:

> La cuestión acuciante y definitiva no es saber cómo hizo el concepto de Estado-Nación para sobrevivir grandes transformaciones, revoluciones, descubrimientos y sacudidas históricas tales como la revolución científica, los cismas religiosos, el imperialismo europeo, revoluciones burguesas, la revolución industrial, la idea de constitución, el in de eras y el comienzo de nuevos mundos. La cuestión puesta adecuadamente es como hizo el concepto de Estado-Nación para engendrar todos estos profundos cambios, ¿qué hay encerrado en su esencia jurídica y desplegada em su acción política que precisamente sea una especie de motor inmóvil de la historia moderna occidental? (RESTREPO, 2013, p. 118).

Verifica-se, portanto, a necessidade do reconhecimento de um outro conceito de nação que envolve fatores como etnia, cultura, religião, entre tantos outros. Um conceito de nação que leva à ideia de auto-governo e auto-determinação, mas não necessariamente à ideia de

independência. (SANTOS, 2010).

A ideia por trás da plurinacionalidade tem, portanto, muitas implicações, entre as quais encontram-se um novo tipo de institucionalidade estatal, uma nova organização territorial, democracia intercultural, pluralismo jurídico, multiculturalismo, novo tipo de instituições de políticas públicas (saúde, educação, bem-estar) do Estado, novas abordagens para a governança, a participação dos cidadãos, serviços e servidores públicos (SANTOS, 2010). Todas essas implicações não deixam de ligar-se direta ou indiretamente à garantia de direitos e garantias fundamentais, principalmente de um grupo de indivíduos que por muito tempo foi totalmente excluído e colocado à margem de seus direitos.

Cada um deles representa um desafio para as instalações em que o Estado moderno se baseia e também para os países que pretendem implementações frente à um cenário político e jurídico ainda intimamente ligado às concepções de Estado tradicionais.

No entanto, deve-se ter em mente que os avanços em termos de modelo de Estado a que se propõem países como Bolívia e Equador, necessitam estar arraigados de Democracia.

Afinal o Estado Plurinacional não deixa de ser também um Estado essencialmente democrático. Busca justamente dar maior eficácia e efetividade às garantias democráticas, tema este, será abordado de forma mais detalhada no capítulo seguinte, com destaque para as pesquisas sobre a Democracia na América Latina.

BREVES REFLEXÕES SOBRE ORIGEM E ATUALIDADE DA DEMOCRACIA

A democracia pode ser inventada e reinventada de maneira autônoma sempre que existirem as condições adequadas, e essas condições existiram em épocas e lugares diferentes. Formas rudimentares de democracia desenvolveram-se a partir da lógica da igualdade. (DAHL, 2009).

Inicialmente foi pensada como um sistema político, mas ela também pode ser pensada como um sistema político-social e/ou político econômico, pois atualmente possui mais funções do que há anos atrás. (SARTORI, 1987).

Regimes políticos distintos entre si se autonomeiam democráticos, mas o pressuposto básico a um regime desta natureza é assegurar a igualdade política de seus membros por meio de participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão. (DAHL, 2009).

Segundo Dahl (2009) nenhum Estado jamais possuiu um governo que estivesse

plenamente de acordo com os critérios de um processo democrático e é provável que isso jamais aconteça.

No entanto, a proposta de um Estado Plurinacional demonstra além de uma nova reconstrução democrática, a afirmação de questões que precisam caminhar juntas com a democracia e com as formas de organização e estruturação do Estado: o reconhecimento da necessidade do respeito ao outro, em sua pluralidade/multiculturalidade.

A seguir, relata-se dados empíricos quanto às pesquisas feitas acerca da democracia na América Latina nos últimos anos.

DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA: O RELATÓRIO DO PNUD

O Relatório foi intitulado 'Relatório sobre A democracia na América Latina: Rumo a uma democracia de cidadãs e cidadãos' e foi elaborado pelo Projeto sobre o Desenvolvimento da Democracia na América Latina (PRODDAL).

O estudo do PNUD abarcou dezoito países (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela).

O marco conceitual foi amplamente consultado e orientou a busca de informação empírica que inclui: uma pesquisa de opinião de alcance regional, a elaboração de indicadores sobre o estado da democracia e entrevistas com líderes e intelectuais da América Latina.

Teve como objetivos a estratégia do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) no sentido de fortalecer a governabilidade democrática e o desenvolvimento humano, avaliar a democracia na América Latina, não só como regime eleitoral, mas também como uma democracia de cidadãos. (PNUD, 2004).

Por meio deste relatório propõe-se uma agenda de reformas para fortalecer o desenvolvimento da democracia na região. "A democracia não se reduz só ao ato eleitoral, mas requer eficiência, transparência e eqüidade nas instituições públicas e também uma cultura que aceite a legitimidade da oposição política, reconheça os direitos de todos e advogue por eles (PNUD, 2004, p. 25)".

Atualmente, existem 140 países sob regimes democráticos mas apenas 82 países com democracia plena. (PNUD, 2004).

Para o PNUD (2004), a governabilidade democrática é um elemento central do desenvolvimento humano, porque por meio da política, e não só da economia, é possível gerar

condições mais eqüitativas e aumentar as opções das pessoas.

O relatório pretende responder à algumas perguntas. Indaga-se acerca do estado da democracia na América Latina, as percepções e quão forte é o apoio de líderes e cidadãos à democracia e os principais temas de um debate visando a um maior avanço na democracia de cidadãos.

A América Latina apresenta atualmente um extraordinário paradoxo. Por um lado, a região pode mostrar, com grande orgulho, mais de duas décadas de governos democráticos. Por outro, enfrenta uma crescente crise social. . (PNUD, 2004).

Persistem profundas desigualdades, existem níveis de pobreza elevados, o crescimento econômico tem sido insuficiente e a insatisfação (expressa, em muitos lugares, por um amplo descontentamento popular) das cidadãs e dos cidadãos com essas democracias tem aumentado. Essa circunstância tem gerado, em alguns casos, consequências desestabilizadoras. (PNUD, 2004).

O Relatório representa um significativo esforço para compreender e superar esse paradoxo.

Ele oferece uma análise abrangente do estado da democracia na América Latina, mediante a combinação de indicadores quantitativos, entrevistas, pesquisas e diálogo com grande número de líderes e formadores de opinião por toda a região.

O Relatório procura, ainda, ir além do simples diagnóstico dos problemas existentes e propõe novos enfoques para os desafios que estão, atualmente, pondo em risco os avanços registrados nos últimos 25 anos.

Trata-se do resultado do trabalho de um grupo de especialistas independentes, e por assim ser, o relatório não é, consequentemente, um documento oficial sobre as políticas do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) ou das Nações Unidas.

O relatório assinala que a proporção de latino-americanas e latino-americanos que estariam dispostos a sacrificar um governo democrático em favor do progresso socioeconômico real é superior a 50%, o que representa que a democracia se consolidou na América Latina, mas não tem raízes profundas. (PNUD, 2004)

A Democracia é pela primeira vez na história da América Latina, a forma de governo predominante. Os governantes são culpados quando as coisas andam mal em matéria de emprego, renda e serviços básicos, que são insuficientes para satisfazer as crescentes expectativas da cidadania. (PNUD, 2004)

Diversos fatores indispensáveis para a governabilidade democrática, tais como liberdade de imprensa, proteção sólida aos direitos humanos e poder judiciário independente e vigoroso ainda precisam ser substancialmente fortalecidos.

Muitos grupos, tradicionalmente excluídos, não têm acesso ao poder por meio dos canais formais e manifestam suas frustrações por vias alternativas, expressões violentas.

Apesar das crises, a sociedade não optou pelo retrocesso ao autoritarismo e há amplo apoio às instituições democráticas. Começa a ocorrer a distinção entre a democracia como sistema de governo e o desempenho dos governantes em particular. (PNUD, 2004).

Muitos desses cidadãos nada mais são do que 'democratas insatisfeitos', fenômeno que é bastante conhecido em muitas democracias estabelecidas. A oposição não parte para soluções militares, mas sim para líderes populistas. (PNUD, 2004)

Por meio do relatório e dos dados que ele trás, fica claro que consolidar a democracia é um processo. E neste processo de consolidação será preciso assegurar que o poder, em todos os níveis de governo, seja estruturado e distribuído de tal forma que dê voz e real participação aos excluídos.

Deve-se proporcionar mecanismos pelos quais os poderosos, sejam eles líderes políticos, empresários ou outros atores, fiquem obrigados a prestar contas de suas ações.

As instituições democráticas, das legislaturas às autoridades locais, devem ser transparentes, prestar contas dos seus atos e desenvolver as aptidões e capacidades necessárias para desempenhar suas funções fundamentais. (PNUD, 2004)

Portanto, muitos são os desafios a serem enfrentados segundo o PNUD (2004): instituições públicas com desempenho efetivo; construção de instituições legislativas e jurídicas capazes de proteger os direitos humanos e de gerar espaço para um debate político vigoroso e pacífico; força policial capaz de garantir ruas e fronteiras seguras; poder descentralizado; escolas com professores capacitados e hospitais com equipamentos e medicamentos apropriados; sociedade civil na vanguarda da luta contra a corrupção e má-administração; imprensa livre; enfrentamento das questões críticas que afetam a governabilidade democrática.

Sendo assim, desenvolvimento e democracia devem caminhar juntos.

Segundo Elena Martínez, Administradora Auxiliar e Diretora Regional do PNUD para a América Latina e o Caribe:

> Nesse contexto, o Conselho Executivo do PNUD aprovou o II Marco de Cooperação Regional para o período 2001-2005, no qual está incluída "a preparação de um Relatório sobre o estado da democracia na América Latina [que] será resultado de atividades conjuntas de acadêmicos e agentes políticos e sociais da região". O texto que tenho hoje a honra de apresentar é o primeiro resultado desse processo, em que participaram mais de 100 analistas, 32 presidentes ou ex-presidentes, mais de 200 líderes políticos ou sociais e quase 19 mil cidadãos entrevistados em 18 países. (PNUD, 2004, p. 17-19)

E ainda prossegue:

> Em seu sentido mais elementar, democracia nada mais é do que "o governo do povo". O Relatório procura levar a sério essa velha idéia, para pô-la em diálogo com o presente e o futuro de nossa América: governo do povo significa que as decisões que nos afetam a todos sejam tomadas por todos. Se desenvolvimento humano, como mais de uma vez disseram os Relatórios do PNUD, é "o aumento das opções para que as pessoas possam melhorar sua vida", eu diria que democracia é desenvolvimento humano na esfera pública, é aumentar as opções de caráter coletivo que incidem na qualidade de nossas vidas. E assim, a afirmação de Amartya Sen - "desenvolvimento humano é o processo de expansão das liberdades reais de que goza um povo" - vem a ser, de fato, uma definição de democracia. (PNUD, 2004, p. 17-19)

No mesmo sentido, discorre Dante Caputo, Coordenador do Relatório:

> Não há problemas com a democracia, mas há problemas na democracia. Para resolvê-los, é indispensável fazer uso do mais precioso instrumento que ela nos oferece: a liberdade. Liberdade para discutir o que perturba, o que alguns prefeririam que ficasse oculto. Liberdade para dizer que o rei está nu e procurar compreender por quê. Liberdade para saber por que um sistema que é quase sinônimo de igualdade convive com a mais alta desigualdade do planeta; para saber se o que discutimos é o que precisamos discutir ou o que outros nos impuseram, para saber quais são nossas urgências e prioridades. (PNUD, 2004, p. 21-23)

A democracia e a 'ideia de democracia' na América Latina valorizam os principais avanços da democracia como regime político e identifica a desigualdade e a pobreza como suas principais deficiências. Aponta a urgência de uma política geradora de poder democrático, cujo objetivo seja a cidadania integral .

Sobre a democracia, argumenta-se que pressupõe uma ideia do ser humano e da

construção da cidadania. É uma forma de organização do poder que implica a existência e bom funcionamento do Estado, implica uma cidadania integral, isto é, o pleno reconhecimento da cidadania política, da cidadania civil e da cidadania social. É uma experiência histórica particular na região, que deve ser entendida e avaliada em sua especificidade e tem no regime eleitoral um elemento fundamental, mas não se reduz às eleições. (PNUD, 2004).

O relatório fez ainda o balanço da cidadania integral e para medir os avanços em *cidadania política,* foi utilizado o Índice de Democracia Eleitoral (IDE), por meio do qual conclui-se que existem democracias eleitorais, já que em todos os países se reconhece o direito universal ao voto. (PNUD, 2004)

Apesar de alguns problemas, em geral, as eleições nacionais foram limpas entre 1990 e 2002. Nesse mesmo período, ocorreram importantes restrições à liberdade eleitoral em 10 de 70 eleições nacionais, mas a tendência geral foi positiva. (PNUD, 2004)

Houve um avanço na questão das eleições serem um meio de acesso a cargos públicos: a passagem do mando eleitoral se converteu em uma prática comum, apesar de, em alguns casos, ter ocorrido em meio a complexas crises constitucionais.

Alguns problemas foram apontados. Ocorreu participação eleitoral irregular com níveis muito baixos em alguns países e barreiras para entrada de novos atores na disputa eleitoral. (PNUD, 2004)

Além disso, a participação de povos-originários e afrodescendentes no parlamento é altamente reduzida. Há severa crise dos partidos políticos que se traduz em desconfiança e há interferência direta do Poder Executivo nas Cortes Supremas de vários países. (PNUD, 2004)

No entanto, algumas conquistas foram alcançadas como maior espaço para as mulheres no parlamento, menor influência das Forças Armadas e o avanço na garantia dos direitos das mulheres, das crianças e trabalhistas (exceto indígenas).

Ainda há desrespeito aos direitos das mulheres, de não discriminação, dos trabalhadores (mas, aumento na equidade de gênero), das crianças, das populações carcerárias, à informação, à liberdade de imprensa.

As tendências detectadas no que se refere à cidadania social são realmente preocupantes e representam o principal desafio das democracias latino-americanas, porque, além disso, os grupos mais excluídos do exercício pleno da cidadania social são os mesmos que sofrem carências nas outras dimensões da cidadania. (PNUD, 2004) Afinal, a pobreza e a desigualdade acima da média mundial não permitem inclusão social.

Outros avanços apontados são a diminuição da mortalidade infantil e da desnutrição infantil, o aumento da expectativa de vida, a diminuição da taxa de analfabetismo, aumento do nível de escolaridade, embora a educação seja de baixa qualidade. (PNUD, 2004).

Observou-se aumento do nível de desemprego na década de 90, sendo que o emprego é um grande fator de inclusão social.

Segundo as percepções e apoio de líderes e cidadãos a política tende a perder conteúdo, afirma-se que a política está em crise, em virtude da diminuição da soberania interior do Estado, que pode ser atribuída a desequilíbrio na relação entre política e mercado, à presença de uma ordem institucional que limita a capacidade dos Estados para agir com razoável autonomia e ao aumento da complexidade das sociedades, que os sistemas de representação não podem processar.

Por sua vez, a pesquisa de opinião pública realizada para o Relatório (2004) apresenta uma tensão entre a opção pelo desenvolvimento econômico e a democracia. Os dados obtidos indicam que a preferência dos cidadãos pela democracia é relativamente baixa.

Grande parte das latino-americanas e dos latino-americanos dá mais valor ao desenvolvimento do que à democracia e, inclusive, retiraria seu apoio a um governo democrático se ele fosse incapaz de resolver os seus problemas econômicos. (PNUD, 2004)

Os não-democratas pertencem, geralmente, a grupos com menor educação, cuja socialização ocorreu, fundamentalmente, em períodos autoritários, que têm baixas expectativas de mobilidade social e uma grande desconfiança das instituições democráticas e dos políticos. (PNUD, 2004)

Embora os democratas estejam distribuídos em diversos grupos sociais, nos países com menores níveis de desigualdade os cidadãos tendem a apoiar mais a democracia. Contudo, essas pessoas não se manifestam por meio de organizações políticas.

É necessário fortalecer a democracia por meio da revalorização do conteúdo e da relevância da política, procurando soluções dentro das instituições democráticas.

Além disso, é necessária a aplicação de medidas que promovam uma institucionalidade legítima, fortaleçam uma sociedade civil ativa, e, principalmente, promovam um amplo debate sobre o Estado, a economia e a globalização. (PNUD, 2004).

É preciso promover a expansão da cidadania e a promoção da reforma das instituições, com necessária e forte participação da sociedade civil.

Mostra-se imperioso promover reformas eleitorais que garantam um melhor equilíbrio

entre governabilidade e representação, com fortalecimento dos partidos políticos, vez que, os partidos políticos deveriam compreender melhor as mudanças nas sociedades contemporâneas, propor novos projetos de sociedade e promover debates públicos.

Outras alternativas também devem ser pensadas como formas de representação que, sem substituir as tradicionais, possam complementá-las e fortalecê-las, a exemplo dos Conselhos Populares.

As sociedades complexas e atuais necessitam de uma estabilidade que garanta a universalidade dos direitos.

Dessa forma o PNUD (2004) demonstra que a América Latina pede um Estado que esteja em função da cidadania, uma economia congruente com a democracia, uma economia que promova a diversidade para fortalecer as opções cidadãs.

Nesse sentido, o tipo de economia deve estar no centro do debate público e não deve ser relegado a uma mera questão técnica. Avanços na democracia e no estabelecimento de normas macroeconômicas claras e legítimas devem ser considerados como complementares, assim como a ampliação do debate sobre o processo de globalização.

CONSIDERAÇÕES

Nunca na história, tantos países desfrutaram de instituições democráticas. A democracia pode ser considerada um jogo entre agentes com interesses próprios em um ambiente de incertezas. (PRZEWORSKI, 1994)

Dentro desse ambiente de incertezas, há um fator determinante: um sistema de mercado que guia-se por um critério de justiça que diz que partes iguais são para iguais e partes desiguais para desiguais. (SARTORI, 1987). Critério este já não mais aceitável nos tempos atuais, diante da complexidade das sociedades.

O mercado determina de forma implacável, com seus próprios mecanismos 'quem é igual' e 'quem não é igual' quer as partes gostem ou não. O mercado é a favor da justiça proporcional, enquanto o projeto igualitário é a favor da justiça redistributiva. É claro que o mercado é uma entidade cruel, pois guia-se pela lei de êxitos dos mais aptos. É insensível ao indivíduo, mas é uma máquina implacável à serviço da sociedade. Indaga-se se o mesmo mercado que serve ao indivíduo o leva em conta dentro do processo democrático. (SARTORI, 1987).

O Estado Plurinacional busca de certa forma tentar conciliar resquícios dessa hegemonia

liberal (representada aqui pela força do mercado) com os fatores de inclusão social.

A experiência histórica tem demonstrado que a democracia é compatível com a pobreza e a desigualdade social, ou seja, pode se transformar em um governo de muitos pobres ou muitos ricos. (PRZEWORSKY, 1994).

No entanto, ficou evidente nesta pesquisa, que com a possibilidade de estabelecimento de uma nova modalidade de Estado, qual seja, o Estado Plurinacional, em países da América Latina, como Bolívia e Equador é possível visualizar uma democracia cada vez mais igualitária, onde os anteriormente excluídos são chamados à assumirem seu papel de cidadãos e cidadãs com igual respeito, direito e em condições paritárias de dignidade.

Em meados do século passado, o proletariado formaria seu partido, conquistaria o poder político, destruiria o capitalismo e construiria o socialismo, que deveria ser o regime da liberdade e da justiça social (PRZEWORSKI, 1989). No entanto, com o passar dos anos viu-se que o socialismo não era a melhor opção e então novos modelos de Estado surgiram após o Estado Social ou Estado de bem-estar-social.

Dessa forma, a história nos revela que com o desenvolvimento das sociedades, as mudanças na mentalidade dos indivíduos, e as mudanças dos contextos sociais exige-se a modificação, reformulação e reestruturação dos conceitos jurídicos e políticos e das formas de Estado e governo. Até a própria democracia está sempre em um processo de reconstrução de seus conceitos e readaptação às novas realidades.

O pluralismo e o multiculturalismo das sociedades contemporâneas estão nos alertando sobre a necessidade de grandes modificações em termos de Teoria do Estado, modificações essas que já estão por serem operadas em concreto em países como a Bolívia e o Equador e que espera-se que também atinjam ao Brasil em proporções maiores, para que nossos povos originários tenham o reconhecimento e a garantia de direitos e igualdades que lhe são devidos. Aliás, para que se possa pagar uma dívida que sua própria nação tem para com os mesmos: uma dívida de dignidade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política.** São Paulo: Campus, 2000.

DAHL, Robert. **Sobre a Democracia.** Brasília: Editora UNB, 2009.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 30ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado Plurinacional e o Direito Internacional Moderno.** Curitiba: Juruá, 2012.
_____. (Coord.) **Direito à diversidade e o Estado plurinacional.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Coimbra, 2002.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revistada.** Vol. I e II. São Paulo: Atica, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación Del Estado em América Latina: Perspectivas desde uma epistemologia Del Sur.** Lima: IILS, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento.** São Paulo: Cortez, 2013.

PNUD, Relatório. Disponível em: <www.pnud.org.br/pdf/Texto-Proddal.pdf>. Acesso em: dez 2014.

PRZEWORSKI, Adam. **Democracia e Mercado.** Rio de Janeiro: Relume-Dumurá, 1994.

PRZEWORSKI, Adam. **Capitalismo e Social – Democracia.** São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria Crítica Constitucional**. México, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5. Ed. rev. atual. Porto Alegre, 2006.

TAVARES, Fernando Horta; SANTOS, José Rubens dos. Direitos, princípios e garantias fundamentais: fundamento de legitimidade do Estado Constitucional democrático de direito. In:

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Teoria geral do direito público: institutos jurídicos fundamentais sob a perspectiva do Estado de Direito Democrático.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013, Cap. 2, p. 23/50.

VAL, Eduardo Manoel e Bello, Enzo (org.). **O Pensamento Pós e Descolonial no Novo Constitucionalismo Latino-Americano.** Caxias do Sul: Educs, 2014.

DIREITOS HUMANOS: A CRISE DOS REFUGIADOS NO MERCOSUL E NO MUNDO

Wellington da Silva OLIVEIRA[23]

Sérgio Tibiriçá AMARAL[24]

RESUMO

O artigo em questão vem tratar de um relevante tema da nossa sociedade atual, qual seja, o deslocamento forçado de pessoas ao redor do mundo. Em países da Europa a situação vem se agravando e preocupando, e por conta disso procurou-se tratar de questões atinentes a estes países bem como os países do MERCOSUL. Através de pesquisas em organismos internacionais que tratam do tema, foi possível levantar dados para analisar as situações em diversos países, bem como a partir disso, observar como cada país trata de tão importante tema que é este, Refugiados ao redor do mundo.

PALVRAS-CHAVE: Refúgio. Direitos humanos. Asilo. MERCOSUL. União Europeia.

ABSTRACT

The article in question is dealing with an important issue of our society, namely the forced displacement of people around the world. In European countries the situation has worsened, and worrying, and because of that we tried to address issues pertaining to these countries and the MERCOSUR countries. Through research on international agencies that deal with the subject, it was possible to collect data to analyze the situations in various countries and from this, observe how each country comes to deal such an important topic that is this, Refugees around the world.

KEY-WORDS: Refuge. Human Rights. Asylum. MERCOSUL. European Union.

INTRODUÇÃO

O tema refugiado e os direitos humanos, em especial o direito humanitário ganhou muito destaque e importância em todo mundo, incluindo o Brasil devido a presença de haitianos. Mas, a temática humanitária é discutida no MERCOSUL, mas ganha mais destaque na Europa. A questão europeia ganha contorno de tragédia devido às mortes ocorridas no Mar Mediterrâneo e o aumento cada vez maior no número de pessoas que buscam refúgio no Velho Continente. Os problemas que enfrentam essas pessoas que chegam principalmente na Itália são graves e violam as normas do direito humanitário. O problema dos refugiados que vem se agravando devido à crises econômica, e o tema das chamadas migrações forçadas sempre existiu, mas atualmente guerras, catástrofes, mudanças climáticas e pobreza aceleraram o número de pessoas que buscam

[23] Estudante de Graduação - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo

[24] Toledo Prudente Centro Universitário/Instituição Toledo de Ensino.

melhores condições de vida no MERCOSUL, em especial no Brasil. E também procuram refúgio na Comunidade Europeia, entrando pela Itália. As novas situações deflagradoras como os conflitos armados na África e no Oriente Médio aumentam o número de pessoas buscando refúgio. Uma característica marcante é a busca pela sobrevivência digna, independente do tipo de perseguição. As divergências que levam à perseguição podem ser políticas, étnicas e religiosas, embora existam determinados grupos minoritários com discórdias ideológicas também enfrentando condições adversas. As pessoas fogem para garantir uma vida digna em qualquer parte do mundo. O artigo vem demonstrar as questões humanitárias decorrentes dos deslocamentos e trazer discussões jurídicas sobre os direitos humanos dos refugiados Entre às questões importantes estão: acesso ao território; seleção para determinar a condição da pessoa como refugiada, exercício dos direitos para os refugiados e a busca de soluções para os problemas que provocam as saídas das pessoas dos seus Estados.

Definiu-se o que é o refúgio hoje, bem como suas causas, há um recorte para a delimitação do conteúdo, envolvendo Brasil e Itália. Mostrou-se como esse fenômeno se desenvolveu ao longo da história, as características básicas do termo para a identificação das pessoas nessa situação, que pelo medo ou perseguição, saem dos seus Estados na esperança de garantir uma vida digna em outro lugar.

Para delimitar a pesquisa, buscou-se dar uma ênfase maior dos direitos humanos nos casos de refugiados nos países-membros do MERCOSUL, e para tanto, como uma breve abordagem histórica, foi mostrado como o bloco econômico do sul da América vem se desenvolvendo desde a sua criação, em 1991, e seus membros como tem se portado. A mesma delimitação foi feita com a União Europeia, que embora a Alemanha seja o Estado que mais recebeu refugiados, a principal problemática está nas ilhas italianas de Lampeduza e Sicília.

Deu-se ênfase aos direitos humanos com base nos dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, ONGs e dos próprios governos sul-americanos.

Foram abordadas quais as situações de cada Estado-membro do bloco e a quantidade de pessoas, bem como a efetivação dos direitos dos refugiados. Isso porque cada Estado tem na sua legislação interna mecanismos que definem os direitos dos refugiados. São normas nacionais que reconhecem uma pessoa nesse status e quais serão as medidas tomadas ao reconhecimento do refúgio. Cada Estado-Membro do bloco tem seus mecanismos, ao contrário da União Europeia, que busca soluções conjuntas, embora a Itália tome medidas solitárias a exemplo da Espanha e Grécia, que são os mais afetados com a situação do Mediterrâneo. Existem ainda mecanismos

regionais de proteção e defesa que visam o reforço na proteção dos refugiados, aprovados no âmbito da União Europeia que mostram o compromisso dos países-membros do bloco com os direitos humanos. São abordados em tópico especifico do trabalho.

O refúgio é registrado ao longo da história e desde a Antiguidade clássica. A situação das pessoas é reconhecida como hipossuficientes e minorias, que tem de se valer dos tratados internacionais ou da solidariedade de Estados vizinhos. Sendo assim, a condição de refugiado é um status dado a pessoas ao redor do mundo em diversos países, que assegura um tratamento humanitário. No chamado Velho Continente, a situação em termos numéricos é um problema, pois as questões atuais que enfrentam os refugiados no Mar Mediterrâneo são destaque, com mortes e outros problemas no acolhimento. As situações de acolhimento em alguns lugares, como na Itália, são extremamente preocupantes. Com a falta de uma política da União Europeia para fazer valer direitos diante da falta de estrutura e do número crescente de pessoas, Itália, Espanha e Grécia são os que mais sofrem por ficarem na rota de entrada dessas pessoas. As questões dos direitos dos refugiados são latentes, um problema crônico em diversos lugares do mundo com um agravamento devido aos conflitos bélicos e dificuldades econômicas e sociais.

O REFUGIO HOJE E ALGUMAS DEFINIÇÕES

A questão dos refugiados e dos seus direitos na Europa é atualmente, com frequência, tratado por meio da detenção administrativa de solicitantes de asilo. Mas, a história demonstra que foram tratamentos diversos ao longo dos anos. Em alguns países há a detenção automática em razão da nacionalidade, da origem ou da religião da pessoa, ou com respeito ao caráter irregular ou indocumentado da entrada no país. Esse tipo de atitude viola o princípio de não discriminação (Artigo 3.o., Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951) e a não sanção por entrada ilegal (Artigo 31, Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951).

O caráter excepcional da detenção não é um tema novo, apesar de atual e preocupante. A situação de pessoas fugindo de um País para o outro é algo que vem sendo enfrentado pelo homem há tempo, sendo um problema que ainda está longe de encontrar a efetivação de direitos humanos no século XXI.

Necessário estabelecer algumas definições pertinentes ao tema, e como ressalta Maritza N. Ferreti C. Farena(2008, p. 310):

"Os *migrantes* se deslocam de um território a outro, principalmente em busca de

> melhores condições de vida. Mas, devem-se considerar também fatores macro que encorajam, induzem ou, às vezes, compelem a migrar.”

A imigração, por sua vez, é o fenômeno protagonizado pelo mesmo indivíduo, mas visto pela perspectiva do País que o acolhe. É a entrada de quem vem do exterior para fins de trabalho e/ou residência, passando a ser denominado por imigrante.

A Convenção de Havana (1928) traz em seu artigo 1º: “Estados têm o direito de estabelecer, por intermédio de leis, as condições de entrada e residência dos estrangeiros em seus territórios”. É o que os países fazem em suas legislações internas, regulam por meio de leis a entrada de imigrantes, cada qual com dispositivos que visem assegurar direitos. No entanto, os governos levando em consideração questões de segurança tem criado barreiras pela interpretação da definição da condição de refugiado mediante o uso de critérios cada vez mais restritivos das cláusulas de inclusão.

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 não define critérios sobre a nacionalidade, pois o elemento chave é saber se existe ou não um “temor fundado de perseguição”. Países como à Itália levam em conta a forma de entrada no país, a nacionalidade, a origem étnica ou a região da qual provém o solicitante.

Em busca de garantir a segurança de populações, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de prevê em seu art. 14 o direito de qualquer indivíduo deixar o País em caso de perseguição, ou seja, o direito de buscar asilo em outro Estado.

O artigo 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos afirma que “1. toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e 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 ou princípios das Nações Unidas”. Portanto, o documento que Norberto Bobbio (2008, p.48) chama de definidor da terceira geração de direitos define um direito individual de buscar asilo ou refúgio e um direito do Estado de conceder os distintos institutos, bem como os limites.

Contudo, não impôs ao Estado o direito de dar asilo. A Convenção sobre Asilo Diplomático (1954) segue essa mesma ideia: “Todo Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar por que o nega”.

Importante salientar que o asilo e o instituto do auxílio humanitário são hipóteses diferentes que visam assegurar direitos. O auxílio humanitário visa ajudar o País que se encontra em crises humanitárias, por vezes ocasionadas por desastres naturais ou ações do próprio

homem, nesse caso o País é obrigado a receber essa ajuda.

Asilo e Refúgio são institutos reconhecidos pelo Direito Internacional Público destinados aos estrangeiros e apátridas, que se encontrem em determinadas situações de vulnerabilidade. São conceitos similares de asilo e refúgio, mas diferentes juridicamente e diversos de motivação, o que justifica o estudo conjunto dos temas.

Em relação ao asilo, a diferença fundamental ao refúgio é que o Estado estrangeiro imputou ao asilado a prática de um crime político (ou comum conexo a político), enquanto no refúgio não há imputação de um crime, mas há perseguição baseada em motivos de raça, religião, nacionalidade ou por pertencer a determinado grupo social ou ter certa opinião política.

Estatuto do Estrangeiro do Brasil, a Lei 6815/80 não trata do asilo, mas os artigos 28 e 29 abordam a condição do asilado admitido no território brasileiro.

Na América Latina há dois tipos de asilo: diplomático e o territorial, enquanto que na Europa só existe a figura do asilo territorial, e expressando um dos possíveis motivos do asilo diplomático na América Latina, Javier Pérez de Cuéllar(1997, p. 119) diz que:

> "El Asilo Diplomático está actualmente confinado em América Latina, donde, en rázon de temores de inestabilidad política em algunos países, se há convertido em norma positiva gracias a la aprobación de diversas convenciones interamericanas."

O Brasil faz parte, desde 1954, da Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático, e desde 1965, da Convenção de Caracas sobre Asilo Territorial. As duas foram elaboradas e assinadas pelo Brasil na X Conferência Interamericana de 28 de março de 1954, aprovadas no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 34 e ratificada pelo Brasil em 14 de janeiro de 1965 (RANGEL, 2002, p.669 e 675).

Com base nas duas convenções, pode-se dizer que o asilo territorial é o recebimento de estrangeiro no Brasil, sem os requisitos de ingresso, para evitar punição ou perseguição baseada em imputação de crime de natureza política ou ideológica, conexo ou não, cometido normalmente em seu próprio País de origem, nesse sentindo, é o que traz Júlio Marino de Carvalho (2000, p. 30) ao dizer que o asilado territorial é aquele foge de um País que sentia-se ameaçado em seus direitos fundamentais e adentra em um outro território soberano. Por outro lado, o asilo diplomático ou internacional é provisório e precário, pois conduz necessariamente ao asilo territorial. O estrangeiro não consegue cruzar as fronteiras do País no qual pretende se

asilar, e prefere ingressar em Embaixadas (eventualmente até mesmo em Consulados e Legações) do País de destino até que o pedido de asilo seja apreciado, é o que afirma Francisco Rezek (2011, p. 250): "O asilo político, na sua forma perfeita e acabada, é territorial. Concede-o o Estado àquele estrangeiro que, havendo cruzado a fronteira, colocou-se no âmbito espacial de sua soberania, e aí requereu o benefício." O asilo diplomático é uma criação da América Latina para proteção da pessoa perseguida diante de ameaça atual e efetiva. Pode ser de caráter diplomático (o embaixador tem a prerrogativa de conceder ou não asilo em sua embaixada ou residência) ou territorial (depende de legislação interna). O Estatuto do Estrangeiro, Lei 6815/80 estabelece que o estrangeiro admitido no território nacional na condição de asilado político ficará sujeito, além dos deveres que lhe forem impostos pelo Direito Internacional (HEBERBERTS, 2000, p.27).

Durando o século XX, várias as agências internacionais foram criadas para tentar cuidar da questão, destacando-se a criação do Alto Comissariado para Refugiados Russos, o Escritório Nassen para Refugiados, o Alto Comissariado para Refugiados da Alemanha, que, inclusive como lembra Liliana Lyra Jubilut (2007, p. 77), havia a preocupação com o problema dos refugiados advindos da Alemanha, ainda na década de 1930, quando o País começou a apontar um xenofobismo contra os judeus. A preocupação foi tamanha que três documentos foram assinados acerca do tema, como a *Convetion concerning the Status of Refugees coming from Germany*.

Por fim, depois de criações e extinções de organismos internacionais que eram responsáveis pelo assunto, criou-se em 1951 o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), UNHCR em sua sigla em inglês, que perdura até os dias atuais e será ponto de estudo mais à frente.

A definição trazida pela Convenção de 1951 Relativa aos Refugiados é a mesma que instituiu o ACNUR. No artigo 1º, 2 define-se a pessoa refugiada:

> "(...) Temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele."

O Refúgio está previsto nessa legislação internacional e também nacional, sendo admitido em casos de deslocamento forçado, causado por fundado temor de perseguição devido à raça, nacionalidade, opinião política, religião ou grupo social, ou ainda devido à grave e

generalizada violação de direitos humanos no seu país. Destaque-se, pois, que, para a concessão de refúgio basta o fundado temor de perseguição. Além disso, somente é admitido ao indivíduo fora de seu país e tem uma legislação específica. Podem ser citados inúmeros exemplos dessa situação: Síria, Iraque, entre outros.

Desse modo, importante mencionar a diferença entre o refúgio e o asilo, dois institutos que a primeiro momento podem parecer semelhantes, mas se observamos a motivação que leva a cada um deles, notaremos a diferença, enquanto o refúgio, como dito, se dá quando alguém necessita fugir de um País para resguardar sua vida ou saúde por conta de perseguições ou acontecimentos que as coloquem em risco, o asilo é o instituo pelo qual o indivíduo pede ajuda a um Estado estrangeiro por conta de imputação de um crime político, ou crime conexo político.

Portanto, como pode-se notar, a questão dos refugiados é um tema que vem sendo enfrentado ao longo da história, com momento caóticos, como o fim da Segunda Guerra Mundial. Naquele momento o número de refugiados era de cerca de 40 milhões, contudo o número de refugiados no mundo atual ainda é muito grande.

A FORMAÇÃO DO MERCOSUL

A Constituição brasileira, em seu art. 4º, parágrafo único, afirma que a República deverá buscar a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, ou seja, o próprio constituinte brasileiro guiou os governantes para adotaram medidas de integração com os países vizinhos da América Latina. E para tanto vários acordos e tratados foram assinados, alguns antes mesmo da Constituição de 1988 e do Tratado de Assunção que criou o Mercado Comum do Sul, ou MERCOSUL.

Desde os anos 60, o Brasil participava de tratados na busca de fortalecer suas relações com outros Estados, como por exemplo, o Tratado de Montevidéu, firmado em 1960, que criou a Associação Latino-americana de Livre Comércio (ALALC), que não avançou devido aos problemas políticos nos países membros, como a tomada do poder pelos militares no Brasil em 1964. Mas foi um antecessor da integração.

Além da ALALC, vários outros acordos foram firmados entre o Brasil e os países vizinhos, como por exemplo, o Tratado da Bacia do Prata, a Associação Latino Americana de Integração (ALADI), o Acordo de Complementação Econômica (ACE-14), este último assinado em 1990 apenas entre Brasil e Argentina, o qual foi uns dos principais acordo que deram base para o Tratado de Assunção, como ressalta Denise de Sousa Luiz (2002, p. 37) dizendo que o

MEROSUL foi resultado de acordos bilaterais anteriores entre Brasil e Argentina.

Em 26 de Março de 1991, em Assunção, no Paraguai, os governos de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, assinaram o Tratado de Assunção, para a criação do Mercado Comum do Sul. Para Esther Bueno Soares (1997, p. 28): "O Tratado de Assunção é visto como uma quase 'Carta Constitucional' pois é flexível ao ponto de abrigar não só a situação inicial, como situações e necessidades futuras no âmbito integracionista", assim, em Assunção não foi pensado apenas nas necessidades imediatas que os países-membros buscavam, mas deixou em aberto possibilidade de avanços na integração.

Como diz Francisco Rezek (2011, p. 314), o Tratado de Assunção apenas não tinha natureza institucional, não tinha personalidade jurídica, e para tanto foi assinado o Protocolo de Ouro Preto, em 1994, um protocolo adicional ao Tratado de Assunção que, que além de dotar o Mercosul de personalidade jurídica internacional, estabeleceu a estrutura institucional da organização, além das fontes jurídicas do Mercosul e como seria a solução de controvérsias entre os Estados-membros. Também assegurou o respeito aos direitos humanos em vários dispositivos.

Além dos quatro Estados fundadores do MECOSUL outros países foram integrando o bloco como associados, começando pelo Chile em 1996, o Peru em 2003, a Colômbia e o Equador em 2004, e a Guiana e o Suriname em 2013. A Venezuela, em 2012 passou oficialmente a integrar o bloco, passando de quatro para cinco Estados participantes, e no mesmo ano a Bolívia começou o processo de adesão definitiva ao bloco.

OS REFUGIADOS E OS MEMBROS DO MERCOSUL

A partir desse tópico vamos apontar algumas questões relevantes envolvendo os direitos humanos dos refugiados nos países membros do MERCOSUL, ou seja, os tratamentos dados pelo bloco no qual estão Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Venezuela. Em território brasileiro há o Manual de Procedimentos Técnicos, que segundo Marcelo D. Varella (2012, p. 199) serve para determinar a condição de refugiados de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados.

O Supremo Tribunal Federal discutiu a possibilidade do Ministério da Justiça determinar o "status" de refugiado no processo de extradição do italiano Cesare Batisti, em 2009 (STF. R. EXT. 1085. Decisão de 16.12.2009), pois o CONARE havia negado, por diferença de um voto, essa condição. O Ministro da Justiça, mesmo apesar da negativa reconheceu Battisti como

refugiado politico. A motivação do tribunal se baseou no fato de não poder ser refugiado porque cometeu crimes complexos na Itália, comuns e políticos. Com isso foi julgada a extradição, mas o presidente da Republica acabou não extraditando o italiano num período posterior, apesar da autorização do STF para a medida. Apesar dessa polemica, o Brasil vem sendo elogiado.

O Brasil é tido como um exemplo na questão de efetivação de direitos na recepção dos refugiados, nas palavras de Antônio Gueterres, Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados, em uma visita feita ao Brasil, em 2005, mostrando uma tradição com a questão, visto que, foi primeiro País do Cone-Sul a integrar a Convenção de 1951, que trata a respeito do tema, além disso, o País tem uma legislação que abarca o tema, a lei 9474/97, conhecido como estatuto do estrangeiro, e que cria uma agência ligada ao Ministério da Justiça para cuidar da questão, o CONARE, que é o órgão que concede a situação de refugiado para alguém. No entanto, há uma priorização no tratamento, pois as organizações regionais e os Estados privilegiam os casos ligados a violações de direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais (AMARAL JÚNIOR, 2008 p. 144).

O País em 2013 tinha registrado em torno de 5.200 refugiados, um número pequeno, em relação à outros países, como o Líbano, que tem cerca de 1 milhão de refugiados em seu território, o que corresponde a quase ¼ da população do País, que é de 4.4 milhões de pessoas. Mas, na efetivação de direitos, o Brasil tem buscado oferecer condições dignas e trabalho.

Ainda que o número no Brasil seja pequeno, representa um grande salto comparado aos anos anteriores. Em 2010, eram apenas 566 pedidos de refúgio no País. Até outubro de 2014, segundo o ACNUR, as solicitações chegavam a 8.302, um aumento que pode ser justificado pelo crescimento das crises humanitárias pelo mundo. Prova disso são as presenças dos sírios, que passaram a ser o maior grupo de refugiados no País, devido a grave guerra civil que o País sofre. Os sírios cresceram ultrapassando os refugiados advindos da Colômbia, já que o governo colombiano vem fazendo acordos de paz com a FARC. Além disso, o governo da Colômbia aderiu ao Acordo de Residência do MERCOSUL, que facilitou a residência temporária no Brasil, e logo, facilitou a possibilidade de residência fixa no País.

No Brasil encontra-se uma classe de refugiados chamada refugiados ambientais, que diferente daqueles que fogem por questões políticas, de confronto, perseguições, ou qualquer outro fator elencado na Convenção de 1951, os refugiados ambientais deixam seu País por conta de desastres naturais, como é o caso dos haitianos, que tem entrado em massa no território brasileiro desde a destruição deixada pelo sismo no País em 2010, período em que o País ainda

se recuperava da tsunami que enfrentou em 2004.

O Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815/80) cuida da entrada e admissão dos estrangeiros, tipos de visto, transformação destes, a prorrogação da estada, condição do asilado, registro do estrangeiro, saída e retorno do Brasil, documentação para viagem, a deportação, a expulsão e a extradição. Aborda também os direitos humanos e deveres do estrangeiro, bem com da naturalização ordinária e a criação do Conselho Nacional de Imigração.

E confrontando o que Antonio Gueterrres disse em 2005, talvez o Brasil não seja mais tão exemplo assim na questão dos refugiados, principalmente devido ao crescimento de pessoas que chegam. É claro que quando uma pessoa busca refúgio em outro País está sujeita as dificuldades daquele determinado Estado, como precariedade na saúde e falta de emprego. Mas na questão dos haitianos, um episódio caracterizou o quão desestruturado o País pode estar para receber, o pequeno, se comparado a outros países, número de refugiados, que foi quando o governo do Estado do Acre simplesmente contratou vários ônibus e enviou haitianos, sem nenhuma estrutura para o Estado de São Paulo, e lá, ficaram ao redor de igrejas esperando por alguém que os ajudasse. Mas, houve um esforço para lhes buscar assegurar uma vida digna.

Como resultado da guerra civil síria, a Argentina também tem recebido grande número de refugiados sírios, e criou junto com o ACNUR e o CONARE do País (Comisíon Nacional del Refugiados), instituída em 2006 pela lei 26.156, chamada lei dos refugiados, um programa para receber pessoas que fogem dos confrontos na Síria.

O ponto interessante do programa é que chama a população para participar, pois o refugiado pode residir no País por até dois anos, desde de que, tenha um anfitrião, que tenha algum parentesco, ou laço de amizade com o requerente do refúgio, que se comprometa a abrigar e ajudar o refugiado.

No tempo em que o refugiado permanece no País ele poderá trabalhar como qualquer outro nacional, assim, adquirir direitos e obrigações como qualquer outra pessoa, nos limites de que é um estrangeiro no País. No entanto, há refugiados que não possuem parentes e precisariam ser acolhidos e ter seus direitos respeitados.

Mas nesse ponto é que encontramos algumas dificuldades pela falta de estrutura. Tanto na Argentina quanto no Brasil, como em outros países que recebem refugiados, esses seres humanos devem se adequar as leis e costumes do País anfitrião. Os refugiados devem buscar equilíbrio entre sua própria cultura e a cultura do País em que vivem. O choque cultural pode ser grande, principalmente refugiados advindos de países islâmicos, o que pode violar direitos. As culturas

são diferentes, mas estando dentro do território nacional do País, o refugiado deve seguir as leis daquele lugar. Os islâmicos podem ter quatro esposas, enquanto que os países do Ocidente aceitam apenas uma união. Esse é apenas um exemplo da questão difícil de ser contornada.

Recentemente o Uruguai recebeu seis prisioneiros advindos da prisão estadunidense em Cuba, Guantánamo, com o status de refugiados. Para a questão de direitos humanos como um todo, não só no enfoque dos refugiados, foi um passo muito significativo, isso pois, Guantánamo é uma prisão brutal mantida pelos Estados Unidos da América do Norte, com várias denúncias de abusos, humilhações e desrespeitos graves a direitos mínimos de qualquer ser humano, técnicas de tortura e outros meios "agressivos" são situações comuns na prisão. No entanto, esses refugiados já solicitaram ajuda do governo norte-americano, pois não conseguem sobreviver com dignidade.

Desse modo, tentando cumprir uma promessa de campanha, de que iria pôr fim a Guantánamo, instituída pelo ex-presidente norte-americana George W. Bush, o governo do presidente Barack Obama conseguiu negociar que esses seis presos, considerados de baixa periculosidade, fossem enviados para o Uruguai.

Segundo dados do ACNUR, o Uruguai tem uma média de 200 refugiados e solicitantes de asilo, onde a maioria advém da Colômbia. Um número pequeno se comparados a outros Estados, mas que talvez possa ser explicado pela própria posição geográfica do País e o número de habitantes.

Assim como outros países da América Latina, o Uruguai faz parte dos mais importantes instrumentos de proteção dos refugiados, como a Convenção de 1951 e o protocolo de 1967. Internamente, a questão dos refugiados no País é disciplinada pelo lei 18.076 de 2006, que criou a CORE, Comisíon de Refugiados, que é o órgão responsável por analisar as solicitações de refúgio, e que no País, é composto por vários representantes, como do Ministério das Relações Exteriores, do Congresso e do próprio Alto Comissariado. Apesar das dificuldades econômicas, os refugiados uruguaios recebem um tratamento digno e tem seus direitos respeitados.

Do mesmo modo que o Uruguai, o Paraguai, segundo dados do ACNUR tem um número pequeno de refugiados e solicitantes de asilo, cerca de 100, onde assim como em outros países, tem uma lei que estabelece um órgão que irá tratar a respeito dos refugiados. Nesse caso, é a lei 1938, adotada em 2002 no País, onde instituiu o CONARE, Comisión Nacional de Refugiados, que é composta de vários representantes, como o de ONGs e do próprio ACNUR.

Só em 2012 o país ratificou a Convenção de 1961 para Reduzir casos de Apátridas e se

comprometeu a aderir ao que falta.

Contudo, diferente dos países citados anteriormente, a Venezuela, segundo o ACNUR, nos últimos anos tem tido um número médio de 200 mil refugiados, onde a maioria massiva veio da Colômbia.

Desse modo, assim como em outros países, a Venezuela também tem um CONARE, Comisíon Nacional de Refugiados, criada pela LORRAA, Lei Orgânica sobre Refugiados ou Refugiadas e Asilados ou Asiladas, e além disso, visto o grande número de pessoas nesse status, o pais conta com Secretarias Técnicas Regionais, que são instancias regionais criadas por lei.

Atualmente, com um governo extremamente autoritário e que não respeita a liberdade de expressão, a Venezuela que era destino de refugiados, hoje pode virar porta de saída de refugiados, pessoas que não tiveram garantido pelo governo a possibilidade de expressar-se contra o sistema do País.

PROTEÇÃO NO ÂMBITO DO MERCOSUL

Os cinco Estados-membros do MERCOSUL tem sua legislação interna, pois o Direto da Integração dentro da etapa União Aduaneira Imperfeita ainda não construiu institutos que possam ser usados por todos os participantes do bloco. Portanto, a situação e os direitos das pessoas que buscam refúgio é diferente em cada um deles. Os países-membros do MERCOSUL tratam do assunto também dentro das possibilidades econômicas, que inclusive influenciaram as legislações internas acerca do refúgio e também as medidas dos poderes executivos que por vezes tratam refugiados juntos com asilados, apátridas e deslocados internos.

A Declaração de Cartagena sobre os Refugiados, assinada na Cartagena das Índias, em 1984, buscou pioneiramente tratar do tema. O tratado de Cartagena é um marco na proteção desse grupo, ampliando o conceito de refugiado trazido pela Convenção de 1951, pois coloca como causa de refúgio “graves violações de direitos humanos”, além de enaltecer a solidariedade e cooperação entre os países em busca de resolver e cuidar das pessoas. Isso foi importante nas crise dos Estados da América, que por conseguinte, geravam um grande fluxo de refugiados, como a crise política na Guatemala ou violência em El Salvador, ambos na década de 80. El Salvador inclusive, enfrentou uma guerra civil em 1979.

Em 2012, na cidade de Fortaleza, o Brasil sediou a reunião de ministros interiores dos países-membros do MERCOSUL e associados que deu origem a Declaração de Princípios do MECOSUL sobre a Proteção Internacional dos Refugiados. Esse documento foi uma preparação

para a Cartagena + 30, encontro comemorativo que celebrou em 2014 os 30 anos da Declaração de Cartagena.

A Declaração de princípios reforçou a proteção dos refugiados, e mostrou um interesse político do bloco para o direito humanitário dos Estados-membros do Mercosul, como a ideia da não devolução de um solicitante de refúgio para o País que está fugindo, o compromisso de assegurar aos refugiados direitos civis iguais aos de um estrangeiro, entre outros importantes pontos.

A Cartagena + 30, como a própria ACNUR traz, foi estratégica para os países da América Latina e Caribe discutirem os novos desafios que a região precisava enfrentar, problemas que vieram se desenvolvendo ao longo do tempo e que requeriam novas abordagens, como o grande fluxo de haitianos procurando refúgio no Brasil por conta dos desastres naturais em seu País.

O principal resultado da reunião da Cartagena + 30 foi a criação da Declaração do Brasil da Cartagena + 30 e um Plano de Ação, em que como proposto para organização do evento, foram reconhecidos novas situações para o descolamento de pessoas de seus países de origem ou procedência, além de olhar para um problema tão grande quanto o motivo que alguém deixa o seu País, que é o reassentamento dessa pessoa em um novo lugar, com uma nova cultura, tendo que conviver com a realidade política e social daquele País que procurou para refugiar-se.

A Declaração de Cartagena foi tão importante que, em 1994, comemorando seu decimo aniversário, ocorreu em São José da Costa Rica o "Coloquio Internacional en conmemoración del Décimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados", em que resultou na criação da Declaração de San José sobre Refugiados e Deslocados Internos, que procurou reafirmar a importância da Declaração de Cartagena para a reposta de problemas advindos da situação dos refugiados, reiterar responsabilidades dos Governos, além de recomendar e fazer apelos a novas medidas referentes ao tema.

REFUGIADOS E A CRISE ECONÔMICA NA EUROPA

Os direitos das pessoas que buscam refúgio são um problema econômico e social para a União Europeia. Os problemas econômicos na África refletem e se agravam na Europa, com aumento de pessoas também do Oriente Médio. Esse crescimento do número de pessoas cria uma crise humanitária sem precedentes na Itália, em especial nos lugares tem-se concentrado as pessoas que chegam: a pequena ilha de Lampeduza e a grande Sicília.

Os motivos são justificáveis diante do Direito Humanitário, pois essas pessoas enfrentam

guerras civis ou perseguições de grupos extremistas, como o Estado Islâmico. Devido a isso, os líderes europeus anunciaram no dia 20 de abril de 2015 um pacote de medidas para frear o fluxo de imigrantes clandestinos depois de um naufrágio de um barco com 700 pessoas no Mediterrâneo. Outros dois barcos, com 450 pessoas, tiveram que ser resgatados na ilha grega de Rodes e outro entre a Líbia e a Itália. Segundo dados da ACNUR, 13.500 pessoas teriam sido resgatadas entre 10 e 17 de abril de 2015, enquanto mil teriam morrido no mês.

O conflito interno no Myanmar e as lutas entre forças governamentais e grupos étnicos fizeram frequentemente as manchetes internacionais. Estima-se que 140 mil refugiados tiveram de fugir das áreas de conflito e vivem agora em nove campos de refugiados, ao longo da fronteira, na Tailândia.

Segundo estudos da Organização das Nações por meio da ACNUR e da Search and Rescue, na Europa, os refugiados que usam as rotas do Mar Mediterrâneo são em sua maioria pertencentes aos países africanos da Gâmbia, Mali, Nigéria, Eritreia e Somália, além da Síria, Iraque e territórios palestinos.

Há refugiados advindos de vários locais do globo, como na pequena Gâmbia, onde a Ditadura de um dos países mais pobres países da África reprime dissidentes políticos, persegue jornalistas e prendem homossexuais, enquanto que no Mali, diversas partes do País são dominadas por grupos extremistas islâmicos com vínculos com a Al Qaeda.

Já a região Norte da Nigéria, de maioria muçulmana, é dominada pelo grupo terrorista Boko Haram, que está coligado neste ano com o Estado Islâmico, onde no plano de resposta regional organizado pelo ACNUR em Dezembro de 2014 consta que em Maio do mesmo ano o número de deslocados gerados pelos conflitos chegavam a 650,000.

A Eritréia, por sua vez, é comandada por uma Ditadura que faz perseguições à vertentes religiosas como o xiismo, prende opositores e impede a presença de ONGs de direitos humanos, além disso, como traz Rachel Humphris (2013, p. 03) em seu trabalho para a Universidade de Oxford, eritreus que pedem asilo em outro País, são considerados traidores da pátria, e por conta disso, podem passar a vida na prisão ou serem condenados à pena de morte, impossibilitando a muitos que voltam a Eritréia.

A Somália se recente da ausência de um governo central, o que fez que grupos armados lutassem pelo poder nos últimos 15 anos, agravando a crise humanitária por falta de estrutura e segurança, e como Erik Abild (2009, p. 07) lembra em seu trabalho, sendo inclusive autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU, na década de 1990 o uso de força militar para tentar conter

crise que já assolava o País.

E a Síria desde 2011 vive uma guerra civil entre rebeldes sunitas e o ditador Bashar al-Assad, agravada pela presença do Estado Islâmico. Esse conflito com o EL alcançou cidades do Iraque, de minorias curdas e iraquianas de religião yazidis, e como se não se bastasse os conflitos na Síria, os conflitos com Israel faz com que as condições humanitárias na Cisjordânia e na fixa de Gaza tornassem-se péssimas para as pessoas que ali vivem.

O aumento no número de pessoas buscando abrigo em outro País não é uma situação nova, segundo José H. Fischel de Andrade:

> "É interessante notar que vários dos princípios e normas hoje aplicáveis pelo Direito Internacional dos Refugiados já estavam presentes, *mutatis mutandis*, na Antigüidade Clássica. Um bom exemplo se encontra na tragédia 'As suplicantes', escrita por Ésquilo há quase 2.500 anos. Ela contém referências à existência de um procedimento determinado a se seguir no que respeita à solicitude de refúgio; à já mencionada inviabilidade de asilo; à impossibilidade de se seguir, quando se está fugindo, os procedimentos migratórios normais – o que deve isentar o faltoso de sanção por ingresso ilegal no território do país onde se busca proteção -; ao princípio de não-devolução; e ao direito de asilo, reconhecido milênios mais tarde no artigo XIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948."

Países que se encontram em meio a tensões internas, como guerras civis ou perseguições de grupos extremistas, ou mesmo quando se tem confrontos entre países, entre outros motivos que forçam pessoas a deixar seu país, são justamente locais que precisam de atenção da comunidade internacional para o cuidado dessas pessoas que estão fugindo, e desse modo, Luiz Sales do Nascimento(2012, p. 33) aponta que:

> "A necessidade de um Estatuo Internacional que acolhesse grandes massas deslocadas entre fronteiras começou a ser desenhada como decorrência de guerras étnica precedentes ao primeiro conflito mundial, e que criaram problemas de ordem política, social e econômica, agravados como fim da guerra."

Assim, o que influenciou no século passado a criação de instrumentos de proteção ao refugiado, foi a guerra, as tensões políticas entre Estados e a perseguição que grupos sofrerem de outros, apesar de essas situações de desrespeito aos direitos terem acontecido há tantos anos, ainda hoje, continuam atuais em alguns lugares do mundo.

Segundo dados do ACNUR, em 2014 registrou-se o maior número de pedidos de refúgio em 22 anos, desde de 1992, com a guerra pela independência da Bósnia e Herzegovina, contra os

grupos sérvios, que resultou em mais de 2 milhões de refugiados, não se via um número tão grande de pessoas requerendo o status de refugiados, isso influenciado pelo maçante desrespeito aos direitos humanos que sofrem civis que estão no meio da guerra civil síria, ou aqueles que são vítimas de grupos extremistas como o EI (Estado Islâmico).

Por conta do EI, medidas drásticas devem ser tomadas para deter o avanço desse grupo, que chegou a tomar um campo de refugiados em Yarmuk, em Damasco na Síria. O campo contava 160 mil refugiados que tentavam garantir a suas próprias vidas e de suas famílias, e por conta de ações de um grupo que traz o terror e o medo, tem violado mais uma vez direitos básicos, e forçam famílias a fugir mais uma vez para sobreviver.

Em alguns lugares do mundo a questão dos refugiados é tão presente no dia a dia que gera tensões e xenofobia dos nacionais daquele lugar com a população refugiada, como no Líbano, que abriga segundo o ACNUR cerca de 1,2 milhões de refugiados, o maior número *per capita* de refugiados no mundo, o que corresponde que a cada quatro pessoas no Líbano, um é refugiado, o que claramente gera tensões sociais, em locais que há mais refugiados do que libaneses, em um País que mal consegue garantir boas políticas ao seu próprio povo, quem dirá responder bem a esse enorme número de refugiados. É nesse dramático contexto que firma-se fundamental a cooperação internacional de ONGs e governos para amenizar os problemas decorrentes do refúgio de grandes massas. O número grande de refugiados tem trazido outros problemas na Europa.

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 estabelece quem não pode beneficiar-se da proteção internacional, seja porque não a necessita ou porque não a merece (cláusulas de exclusão), o ACNUR registra que na Europa alguns países optam por aplicar de maneira restritiva os critérios de inclusão, levando em conta critérios fora do tratado para definir as cláusulas de exclusão.

A Jordânia tem tido uma média de 250 sírios cruzando suas fronteiras para buscarem refúgio, um reflexo do desespero que as guerras e tensões tem produzido nessas pessoas, mas para frear essa situação não basta apenas regras de direito internacional, para garantir o acolhimento dessas pessoas em outros países, o drama delas vem desde o momento que precisam fugir de seu País para poderem viver, e nesse ponto, somente o lado político e as negociações podem resolver essa situação.

A PROTEÇÃO NA CONVENÇÃO DE 51 E NO PROTOCOLO DE 67

Como a questão dos refugiados não se prende apenas a América do Sul, existem vários outros mecanismos que buscam proteger os direitos dessas pessoas, alguns específicos para determinadas regiões do globo, outros com uma abrangência maior, vamos buscar mostrar nesse tópico, os dois textos internacionais básicos que entraram em vigor no século passado, que buscavam o proteção do refugiado, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967.

A convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, por vezes tratada como Convenção 1951, ou apenas Convenção de 51, sem dúvidas, um dos marcos mais relevantes no século passado a respeito do tema.

A Convenção de 51 foi o resultado de uma decisão da Assembleia Geral da ONU em 1950, em que decidiu-se os pontos básicos de proteção a pessoa refugiada, contudo, não os limitou, deixando em aberto para outros países colaborarem com suas próprias regras em suas legislações internas. A Convenção de 51 trouxe, por exemplo, o princípio "Noun Refoulement", que implica a não devolução, contra a vontade do solicitante de refúgio a um País em que exista perseguição contra ele.

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 define "refugiados", além de estabelecer os direitos e as obrigações das pessoas refugiadas, sendo um marco geral para seu tratamento e proteção. Ao demonstrar os elementos necessários ou critérios para definição de refugiado, o artigo 1º do tratado de 1951 diz que os refugiados não somente necessitam proteção internacional, como devem fazer por merecer.

O artigo 1ºF salvaguarda como sendo legítimas as preocupações de segurança dos Estados ao estabelecer quem não merece proteção internacional, apesar de ter um perfil de refugiado. Esse artigo estabelece situações, que começam em 1950, mas que são motivo de preocupações. Situações que precisam ser controladas, o aumento no número de os novos refugiados que precisavam de proteção. Por conta disso, um Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados foi submetido em 1966 a Assembleia Geral das Nações Unidas, entrando em vigor em 1967, ficando conhecida como o Protocolo de 67, que permitiu aplicar a convenção sem limites temporais ou territoriais.

O protocolo de 67 apesar de ser referente à Convenção de 1951 é autônomo a esta, ou seja, a ratificação de um País a um dos textos, não implica que está ratificando ambos, a Venezuela, por exemplo, apenas ratificou o protocolo.

No ano de 2003, um Grupo Central de Estados, estimulado pelo então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, criou a Comissão Mundial sobre as Migrações Internacionais, com o

mandato de formular uma *resposta coerente, completa e global à questão das migrações internacionais*. A Global Comission, como ficou conhecida, surgiu como um organismo independente, constituído por 19 especialistas de diferentes partes do mundo, com a missão de promover o debate entre os Estados e sociedade civil acerca das migrações; analisar as falhas nas abordagens políticas atuais sobre migrações; examinar as inter-relações entre as migrações e outras questões globais; e apresentar recomendações adequadas ao Secretário-Geral da ONU, aos governos e às outras partes interessadas.

No entanto, apesar da legislação e de órgãos como a Global Comission, o aumento do número de pessoas tem tornado precária a situação dos refugiados. As Nações Unidas estima que aproximadamente 18 mil pessoas tenham chegado à Itália este ano, sendo que quatro mil refugiados aportaram na Itália num período de apenas 48 horas, usando a principal rota do mar Mediterrâneo.

Esses números expõem uma equação que colocou a União Europeia (UE) em um dilema moral e jurídico na efetivação dos direitos humanos. Nos lugares onde estão na Itália, os refugiados recebem um tratamento mais humano, mas muitos já estão em barracas e falta estrutura. Segundo a Convenção, o refúgio não se aplicaria nas seguintes hipóteses: "a) cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dado pelos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes; b) cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados; c) tornaram-se culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas".

No entanto, para salvaguardar a integridade do asilo e o caráter pacífico, apolítico e humanitário dessa proteção internacional, os Estados podem, em determinadas circunstâncias, cancelar ou revogar a condição de refugiado. Pode inclusive negar a condição de refugiado naqueles casos previstos, mas não sem justificativa.

Dessa maneira, há uma discussão se seria melhor adotar políticas de dissuasão, como as já feitas pela Itália, ou acomodar os recém-chegados mesmo que precariamente. A questão dos refugiados está fazendo com que a Europa entre em conflito direto com sua própria autoimagem de patrona dos direitos humanos. Um continente dedicado ao princípio dos direitos humanos e afeito a apontar suas próprias raízes cristãs a cidadãos de outras culturas ainda está aquém dos suas próprias aspirações.

CONCLUSÔES

Apesar dos tratados e convenções de direitos humanos globais e regionais, bem como as legislações humanitárias dos Estados, os direitos humanos e humanitários dos refugiados são violados, devido a problemas econômicos, especial na Itália, que tem sido a porta de entrada de centenas e milhares de pessoas. Há tentativas por parte da Organização das Nações Unidas e propostas individuais, mas sem que se encontrem soluções efetivas para o problema durante a crise econômica.

O deslocamento forçado em números elevados mudou nos dois continentes, mas subsiste como preocupante. Os números comprovam que existam milhões de pessoas que necessitam e merecem proteção internacional. As novas tendências do deslocamento forçado nos dois continentes dão conta de novas formas de perseguição, particularmente referidas à ação de agentes não estatais, em situações nas quais a proteção nacional é inexistente ou ineficaz. Como fica claro pelas declarações do ACNUR, o contexto no qual se dá a proteção internacional mudou frente às crescentes preocupações relacionadas à guerra, falta de segurança e ao terrorismo. Mas, também devido aos outros fatores como manejo dos fluxos migratórios, o racismo, a discriminação religiosa, a xenofobia e a intolerância.

A questão da segurança e o número elevado de pessoas tem afetado o exercício de direitos fundamentais dos refugiados na Europa. Além disso, apenas em 2015, a comunidade europeia buscou soluções duradouras para sua problemática, que era maior para Grécia, Espanha e principalmente a Itália. Isso devido às mortes no Mar Mediterrâneo e sua repercussão. As tragédias fizeram que a opinião pública forçasse discussões dos governos. Até então, a crise europeia e a chegada da grande numero de pessoas servia aos objetivos populistas dos partidos de direita, que sempre podem gerar xenofobia e discriminação em relação aos refugiados de alguma nacionalidade, de uma determinada origem étnica ou de uma religião específica. A sociedade por vezes, devido à crise financeira enxerga a vinda de imigrantes uma concorrência pelos postos de trabalho numa situação de crise econômica. Isso somado ao grande número de refugiados influi negativamente na integração local de refugiados e nas cotas que os Estados estabelecem para receber refugiados reassentados.

Não é difícil imaginar o quão difícil seja para a União Europeia enfrentar a crise humanitária. São milhares de seres humanos que fogem por medo da violência, da destruição e da morte, mas encontram uma comunidade afetada pela crise e pela falta de emprego. Fogem do lugar em que supostamente deveriam encontrar paz e segurança, onde por vezes são rejeitados, para enfrentar nova rejeição por questões econômicas.

Cada Estado Parte da União Europeia adota as medidas em conformidade com as disposições pertinentes do direito interno, comunitário e internacional, para assegurar que se reconheça ou a condição de refugiado às pessoas. Mas, com a falta de dinheiro dos Países, os instrumentos internacionais enumerados nos tratados e convenção são esquecidos.

A América do Sul tem desempenhado um papel efetivo na efetivação dos direitos humanos desses grupos vulneráveis, com destaque para o Brasil que tem recebido os haitianos. Há problemas, mas são bem menores que na Europa, em especial na Itália, que serve de porta de entrada da União Europeia. Na Europa, os refugiados muitas vezes vivem de forma provisória, procuram ajuda para questões pontuais de sobrevivência junto aos órgãos do Poder Público, sem estar inseridos de forma plena na sociedade, em especial quando não contam com apoio das comunidades de seus países.

As situações em países, principalmente do Oriente Médio, tem-se mostrado preocupante e com gradual agravamento a violações aos direitos humanos. Multidões de refugiados tentam procurar abrigo em outros países, que por vezes não tem uma estrutura e sofrem com a falta de dinheiro. Precisam lidar com populosos acampamentos de refugiados, e é nesse ponto que entra o trabalho de organismos internacionais e ONGs, bem como seria necessária à presença dos organismos da União Europeia.

É possível afirmar que a situação do América do Sul, em especial no Brasil comparado à outros lugares do mundo, não é tão grave. Os Estados sul-americanos se mostram preocupados com a questão, buscando melhorar a proteção para aqueles que solicitam esse status. O Brasil é um exemplo de inclusão.

A situação em outros pontos do mundo é difícil principalmente devido aos números. Os solicitantes de "refúgio" têm aumentado ao longo dos últimos anos e as guerras civis, como a da Síria, ataques terroristas e falta de comida são as causas do aumento no número de pessoas busquem mudança.

A atuação de agências internacionais, das ONGs e dos governos se tornou essencial para garantir a dignidade das pessoas que se encontram em situação difícil. No entanto, o tratamento é das consequências, pois o ACNUR e as ONGs cuidam do problema quando ele já ocorre, o que aumenta as dificuldades para soluções definitivas.

É necessário observar que combater as causas é fundamental para acabar com os problemas. Isso ajudaria na prevalência dos direitos humanos, com intervenção do Conselho de Segurança da ONU e outros órgãos, a fim de que mortes no mar fossem evitadas, bem como

prisões. Somente um trabalho prévio pode refrear as situações que causam a necessidade de alguém buscar refúgio em outro País. É de suma importância, o empenho da Comunidade Internacional no sentido de fornecer ajuda humanitária, que pode diminuir as saídas, bem como combater os conflitos armados. Por outro lado, os governos, por meio das suas estruturas, devem buscar a efetivação dos direitos humanos para os refugiados. As Nações Unidas, Comunidade Europeia e MERCOSUL devem buscar o fim de situações que deflagrem fluxos de refugiados ao redor do mundo.

REFERÊNCIAS

ABILD, Erik. **Creating humanitarian space: a case study of Somalia.** 2009. Policy Development and Evaluation Service United Nations High Commissioner for Refugees. Disponível em: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=4b2a035e9&query=somália>. Acesso em: 27 abr. 2015.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). Legal data base. [n.d.]. Disponível em: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1929.pdf>. Último acesso em: maio 2015.

_____. Conclusão No. 18 (XXXI). 1980.

_____. Conclusão No. 40 (XXXVI). 1985.

_____. **Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo.** 1998. Disponível em: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1929.pdf>. Último acesso em: maio 2015.

_____. **Cómo abordar el tema de la seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados: La perspectiva del ACNUR.** Genebra: novembro. 2001. Disponível em: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1760.pdf>. Último acesso em: maio 2015.

_____. **Directrices sobre Protección Internacional. La Aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados**. Documento HCR/GIP/03/05. Genebra Último acesso em: maio 2015.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Direito Internacional e Desenvolvimento,** São Paulo: .Manoli, 2008.

ANDRADE, José Henrique Fischel de**. Direito Internacional dos Refugiados: evolução histórica (1921-1952)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord). **O direito internacional dos refugiados:** uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira; LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **O Brasil e o espírito da Declaração de Cartagena.** 2010. Revista Forced Migration, edição 35. <http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMR35brasil.pdf>. Acesso em: 19, Abril, 2015.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Asilo político e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados.** 1951. Genebra. < http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados> . Acesso em: 19, Abril, 2015.
DIREITOS humanos: desafios humanitários contemporâneos : 10 anos do Estatuto dos Refugiados (lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008

HUMPHRIS, Rachel. **NEW ISSUES IN REFUGEE RESEARCH:** Refugees and the Rashaida: human smuggling and trafficking from Eritrea to Sudan and Egypt. 2013. Policy Development and Evaluation Service United Nations High Commissioner for Refugees. Disponível em: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=51407fc69&query=eritrea>. Acesso em: 27 abr. 2015.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo, SP: Método, 2007.

HERBERTS. KLEIN. **Migração Internacional na história das Américas in Faz era América–A imigração em massa para a América Latina,** Boris Fausto(org), 2ª ed.–SãoPaulo: EDUSP,2000.

LUIZ, Denise de Souza. **Integração Jurídico-Social do Mercosul.** Curitiba: Juruá, 2002

NASCIMENTO, Luiz Sales do. **A cidadania dos refugiados no Brasil.** São Paulo: Verbatim, 2012.

PÉREZ DE CUÉLLAR, Javier. **Manual de derecho diplomático.** México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

RANGEL, Vicente Marota. **Direito e Relações Internacionais,** 7.ed.,São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REFUGEES, Unied Nations Hight Comissioner For. **NIGERIA REGIONAL REFUGEE RESPONSE PLAN.** Disponível em: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=541836c69&query=boko haram>. Acesso em: 27 abr. 2015.

REFUGIADOS, Alto Comissariado das Nações Unidas Para. **Breve histórico do ACNUR.** Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/breve-historico-do-acnur/>. Acesso em: 19 abr. 2015.

REFUGIADOS, Alto Comissariado das Nações Unidas Para. **Reconocimiento de la condición de refugiado en Venezuela.** Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/donde-trabaja/america/venezuela/reconocimiento-de-la-condicion-de-refugiado-en-venezuela/>. Acesso em: 19 abr. 2015.

REFUGIADO, Instituto de Reintegração do. **Declaração de Cartagena.** Disponível em: <http://www.adus.org.br/declaracao-de-cartagena/>. Acesso em: 19 abr. 2015.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Esther Bueno. **Mercosul:** desenvolvimento histórico. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes: Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VARELLA, MARCELO D. **Direito internacional Publico,** 4. Ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

DO PROCESSO COLETIVO: UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES

Roseli BORIN[25]

RESUMO
O presente trabalho tem como objetivo tratar das questões atinentes ao processo coletivo, partindo dos fundamentos principiológicos individuais e liberais que criaram o Código Civil de 1916 e que serviram de entrave ao microssistema processual coletivo no Código de Processo Civil ainda vigente. O processo coletivo foi abordado sob a perspectiva da necessidade de uniformização jurisprudencial, dos Recursos Repetitivos e das Ações Repetitivas. Em uma analise crítica, enfrentou-se as mencionadas questões sob o ponto de vista do Novo Código de Processo Civil e do sistema de precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Coletivo. Uniformização Jurisprudencial. Recursos Repetitivos. Ações Repetitivas.

ABSTRACT
The presente work aims to address the issues concerning collective process, staring from the liberals and individualistic principiological bases which created the Civil Code of 1916 and that served as a barrier to collective procedural microsystem in the Code of Civil Procedure in use. The collective process has been approched from the perspective of the need for uniformity pusisprudence, Repetitive Resources and Repetitive Actions. In a critical analysis it has faced the mentioned issues from the point of the New Code of Civil Procedure and the system of precedente.

KEYWORDS: Collective Process. Jurisprudence Uniform. Repetitive Resources.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, precipuamente, far-se-á um breve resgate do significado da Revolução Industrial na criação de bens de consumo de massa e seu impacto no mundo jurídico.

Buscar-se-á, ainda, explicar a importância da massificação de demandas como justificativa principal e norteadora de um Direito Processual Coletivo, que traz como consequência a um sistema de *civil Law,* o instituto do *common law*, em cujo bojo demonstra a necessidade de unificação dos entendimentos jurisprudenciais.

Partindo do fenômeno da massificação do direito, estudar-se-á, além da uniformização da jurisprudência, os dois institutos do direito brasileiro que servem com perfeição a este fim - os Recursos Repetitivos e as Ações Repetitivas serão enfrentados pelo Novo Código de Processo

Civil pelo incidente de Demandas Repetitivas.

Ter-se-á, ainda, no velejar das abordagens, a importante missão de subtrair para analise, o comportamento do juiz da nova geração, diante da incidência dos referidos institutos.

DO PROCESSO COLETIVO

Fruto de clamor social em razão da massificação da economia, o direito no Brasil não poderia estagnar enquanto o restante do mundo se preocupava com demandas originárias do modelo de produção iniciado com a Revolução Industrial.

O Processo Coletivo, no Brasil, teve como marco a Lei 4.717 de 1965 - Lei da Ação Popular, instituto da tutela de direitos difusos que visa à fiscalização de atos lesivos ao patrimônio público. Todavia, embora de nenhuma importância prática, há quem defenda que o sistema de processo coletivo no Brasil teve seu início a partir da Lei 7.347 de 1985 - Lei de Ação Civil Pública. Ambos os entendimentos doutrinários, embora controvertidos delineiem o marco histórico da regulamentação do Processo Coletivo no Brasil, que foi sucedido pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, na quais ambos os institutos passaram a incorporar seu texto.

Seguindo o curso natural da evolução do direito e a necessidade de expansão legislativa sobre as tutelas coletivas, apenas dois anos da promulgação da Constituição Federal foi editada a Lei 8.078 de 1990 - o Código de Defesa do Consumidor, que foi carregou em sua esteira as leis:7.913/89, Lei do Mercado Mobiliário; 7.853 de 1989 - Lei dos Deficientes Físicos; 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente; 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa; Lei 8.884/94 -Lei de Defesa da Ordem Econômica; 10.257/01 - Lei de Ordem Urbanística; 10.741/03 - Lei de Idosos; 11.105/05 - Lei de Engenharia Genética. Esse emaranhado de leis esparsas é denominado pela doutrina coletivista de Microssistema Processual Coletivo.

Destarte, o microssistema enfrentou um entrave, o Código de Processo Civil de 1973, que foi instituído nos mesmos princípios individualistas e liberais do Código Civil de 1916. O referido entrave subsiste primeiro, porque o Código de Processo Civil de 1973 foi fundado com base nos Direitos Fundamentais de Primeira Geração, os direitos de Liberdade; e segundo por ter o Microssistema sua força extraída da Segunda Geração dos Direitos Fundamentais.

O resultado deste entrave foi uma hibridação, ou seja, enquanto não houver lei própria que verse sobre um Processo Coletivo, o Microssistema Processual Coletivo, será,

---

[25] Estudante de Pós-graduação - Instituto Toledo de Ensino.

subsidiariamente, aplicado ao Código de Processo Civil, embora sempre com a ressalva de que o magistrado deve empreender a melhor técnica para garantir ao processo a melhor proteção coletiva possível.

É imperativo, todavia, que diante de um processo coletivo o magistrado se preocupe menos com aspecto processual e se atente mais para o impacto de suas decisões no plano fático, pois somente assim o processo coletivo terá efetividade.

O magistrado deve, ainda, atentar para o fato de que, ao contrário do processo individual, no qual a sentença apresenta como produto uma decisão específica a ser cumprida pelas partes, no processo coletivo a sentença/acórdão deve se preocupar em fornecer uma decisão de dispositivo geral, ou seja, se reconhecerá ou não um determinado direito, cabendo a quem de interesse a execução do feito.

A produção de uma sentença coletiva é geradora de um dispositivo geral, no entanto, o efeito do Microssistema de Processo Coletivo, em virtude das questões econômicas originárias da Revolução Industrial, aqui mencionada, somadas a Terceira Geração de Direitos Fundamentais de Paulo Bonavides - os Direitos de Fraternidade fizeram com que a coletivização alcançasse não somente processos coletivos, mas também processos individuais.

Ainda sobre a coletivização, Candido Rangel Dinamarco preceitua que "(...) pode-se identificar em primeiro plano uma tendência á *coletivização da tutela jurisdicional*, especialmente mediante a adoção e prática das *ações coletivas*" e complementa argumentando que "O poder *polinizador* da doutrina, dos congressos e do direito comparado apresenta-se como fator que permite antever a generalização desse movimento de *transmigração do individual para o coletivo"* esclarecendo que essa transmigração pode se dar tanto com "a adoção de medidas coletivizadoras pelos países ainda não empolgados por essa ideia ampliadora da tutela jurisdicional" como pode transcorrer "mediante a assunção de posturas corajosas que permitam superar os males ainda existentes mesmo onde o movimento já principiou".

O processo coletivo gerado a partir de uma demanda originária da Revolução Industrial que atingiu não somente o ramo do conhecimento da economia, mas também por via transversa, atingiu o Direito, e obteve como reação, segundo a doutrina, a criação de mecanismos coletivos e num tardar mecanismos coletivizadores, liderada pelas Súmulas Vinculantes.

Insta ressalvar que a Súmula Vinculante não será objeto de abordagem do presente trabalho, apenas o será a necessidade de Unificação Jurisprudencial, Recursos Repetitivos e Ações Repetitivas, estas previstas no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

DA UNIFORMIZAÇÃO, DO RECURSO REPETITIVO E DA AÇÃO REPETITIVA DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Quando se fala em uniformizar uma jurisprudência, necessário se faz entregar dois questionamentos: O que vem a ser jurisprudência? E o motivo pelo qual se deve uniformizá-la, tornando-a um entendimento padrão.

Para responder a essas perguntas básicas, é preciso uma retomada histórica nos primórdios do Direito em Roma.

Em Roma, o direito fluía, num primeiro momento, de acordo com a vontade da lei, com os pretores aplicando somente a lei, porém a medida com que as condições de Roma se complicavam com a expansão do Império, e a consequente incapacidade dos órgãos legisladores de dar conta das questões do cotidiano, foi autorizado aos pretores para que decidissem conforme a lei mais em observação a outros julgados.

Com o passar do tempo e o descompasso do legislativo somado a grande divergência entre os pretores, a aplicabilidade da jurisprudência mudou de mãos e passou para um colegiado de pretores mais experientes, um colegiado que teria a função de decidir os casos apresentados e essa decisão seria seguida por todos os outros pretores.

Mesmo diante desta postura legislativa, Roma não conseguiu suprir as necessidades de uniformização necessárias para viabilizar boa fruição do referido instituto, o que levou, durante o fim da era imperial, a monopolização do entendimento das leis somente ao Imperador, passando o pretor a somente fazer pequenas adequações ao entendimento imperial.

A história em constante revolução através de seu sistema próprio e de uma dinâmica cruel e ao mesmo tempo justa, com as invasões bárbaras ao império e seu fim, cindiram o direito em dois grandes troncos: o primeiro radicado no continente europeu conhecido como *Civil Law*, e o segundo radicado entre os Anglo-saxões, mais precisamente na Bretanha, conhecido como *Common Law*.

No *Civil Law* a obrigação do magistrado se vinculava a existência de um Direito Codificado e expresso em leis, não podendo o juiz fazer interpretações sobre a lei, afinal o poder, ou derivava do papa, ou por delegação, do Rei, *rex dei gratia*.

Já no *Common Law*, o magistrado poderia julgar baseando-se em precedentes criados pelos próprios juízes que já decidiram causas parecidas antes, de forma que, há aqui, a necessidade de o magistrado ao julgar, observar o que os outros juízes estavam decidindo sobre

casos similares, de modo a conceber uma jurisprudência sóbria e uniforme e que pudesse servir de orientação e de possível formula de solução de litígios.

A cisão entre os dois troncos do Direito Ocidental - *Civil Law* e *Common Law* - subsistiu até o advento da Revolução Industrial, onde a sociedade de consumo de massa fez com que em razão das questões econômicas, surgissem necessidades de reaproximação dos dois troncos.

A reaproximação dos referidos sistemas, primeiro se deu, em função de o sistema brasileiro ser romano-germânico, ou seja, de *Civil Law*, tornando excessiva a carga de trabalho do legislador, e consequentemente impossível oferecer leis sobre todas as matérias de direito e para a grande variedade de temas surgidos como resultado da demanda e da massificação da produção. Segundo, em razão de, no *Common Law*, a praticamente não atividade legislativa sobre matérias de processo civil levar ao congestionamento do sistema judiciário, por não existir, nesses países, um Código de Processo Civil que regulamentasse de modo uniforme o processo civil e, também, pela não existência de tal documento determinar que cada juiz deveria proceder segundo o rol de precedentes e de jurisprudência que lhe conviesse, desde que bem fundamentado, tornando, assim imprevisível o resultado da demanda.

O resultado das crises foi uma aproximação dos dois sistemas. O legislador passou a produzir normas/leis de caráter genérico e menos verticalizadas, tornando possível sua aplicação na maioria dos casos através de interpretações judiciárias. E nos países de *Common Law*, a exemplo da Inglaterra, berço do sistema de precedentes, nos anos 1990, criou-se através de seu parlamento um Código de Processo Civil.

Países da Europa ainda se recusam a admitir um sistema de precedentes, mas a França e a Itália, por exemplo, admitem o sistema indiretamente. É indireto, na medida em que existe uma lei dispondo sobre precedentes, embora os juízes não admitam que se criou, nestes países, uma cultura judiciária de se observar os julgados dos outros magistrados como forma norteadora.

Já no Brasil, com o estouro da Revolução Industrial e a consequente massificação, o país passou a adotar, também, um sistema de precedentes e de legislação genérica. Tal fato originou para o direito brasileiro, os mesmos problemas existentes no restante do mundo, um judiciário que antes só se contentava em reproduzir o conteúdo da lei passa a poder interpretá-la.

Com os problemas brotando e requerendo solução, surgiu a necessidade que os países do *Common Law* já conheciam á muito tempo, de se unificar a jurisprudência, primeiro a respeito da interpretação Constitucional e segundo sobre a interpretação de leis infraconstitucionais.

O objetivo da unificação jurisprudencial é primeiro reduzir o número de demandas

repetitivas que constam nas bandejas do judiciário, o segundo garantir que no sistema de precedentes não aconteça o que ocorreu nos países de *Common Law* e o terceiro derivado dos outros, é garantira segurança jurídica, que por via direta, é a pilastra fincada sobre o prisma do Direito Fundamental de Igualdade.

Assim resta claro que a uniformização se faz necessária, mas vale observar que em sua constituição o juiz não pode simplesmente se esconder por trás de seu Direito Constitucional do Livre Convencimento Motivado para se recusar a cumprir uma Jurisprudência Vinculante ou não, deve o magistrado fundamentar as razões pelo o faz, seja de modo endógeno, através de elementos dentro do sistema judiciário, ou exógenos, pelo contexto social.

Nota-se, a necessidade da aplicação da persuasão racional estabelecida por Alexy - no que tange ao respeito ao princípio da igualdade - dos motivos pelos quais o magistrado deve decidir de modo a não desrespeitar a igualdade, ou seja, deve usar o seu *writ* Constitucional de modo razoável e fundamentado.

O grande pilar da força uniformizadora é o poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal a partir da Emenda Constitucional 45 de 2004, que instituiu as Súmulas Vinculantes, de acordo com a doutrina.

Importa ressaltar, também, que em conformidade com os ensinamentos de Eduardo A. Parente, atribui-se força uniformizadora de jurisprudência, também, aos recursos e ao processo coletivo, sendo que o primeiro se pauta nos Recursos Repetitivos e o segundo, no poder geral atribuído as sentenças em processos coletivos.

DO RECURSO REPETITIVO

A denominação exata seria a espécie de recursos seria "Recursos Repetitivos", no plural, o que daria nova roupagem ao nome do presente recurso, pois conforme preceitua José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wanbier os arts. 543-B e 543-C do CPC "estabelecem que, havendo multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais que digam respeito a idênticas questões jurídicas, deverá o órgão *a quo* selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia" e complementa que devem ser encaminhados "(...) ao tribunal superior STF ou STJ, conforme o caso), sobrestando os demais até o julgamento final dos recursos selecionados".

Subtrai-se da afirmativa supracitada que a Lei 11.672 de 2008 trouxe ao Código de Processo Civil, o processamento dos chamados recursos repetitivos em duas instâncias diferentes. No caso do artigo 543-B do Código de Processo Civil se tem o processamento dos

Recursos Extraordinários Repetitivos e no artigo 543-C do diploma processual se tem o processamento dos Recursos Especial Repetitivo.

No primeiro caso, como se trata de Recurso Extraordinário, seu processamento, em virtude do que preceitua o artigo 102, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se dará originariamente em sede do Supremo Tribunal Federal. No segundo caso por se tratar de Recurso Especial, seu processamento se dará, conforme artigo 105, inciso III da Constituição de 1988, perante o Superior Tribunal de Justiça.

Nota-se que nos referidos recursos há uma competência para julgamento e processamento fixado originariamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Outro critério a se observar, em sede da alteração legal realizada pela Lei 11.672 de 2008, foi seu caráter genérico, tendência em países que adotam um sistema de hibridação entre o *Common Law* e *Civil Law*. Essa posição se afirma em função dos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, fornecerem aos tribunais o poder para regular o processamento dos recursos em sede de seus respectivos regimentos. De toda a sorte a lei faz ressalvas ao limite de poder que entrega as cortes, este está disposto nos parágrafos de cada artigo, respectivamente.

Outro ponto a ser observado é que o processamento será feito em cooperação com o tribunal *a quo*, ou seja, haverá para efetivação dos recursos repetitivos a necessidade de participação de tribunais inferiores.

De todo o desafio, este item do presente trabalho foi enunciado no singular e não no plural, o que força a uma escolha e far-se-á esta escolha, primeiro, ressalvadas as matérias, o processo na sua base irá ter terreno semelhante, seja no poder do Supremo Tribunal Federal ou no do Superior Tribunal de Justiça, em função da imposição legal.

Assim trabalhar uma das modalidades dos recursos repetitivos não significa preterir um em prol do outro, mas sim colocar em evidência caminhos semelhantes a serem seguidos, afinal, se vai se estabelecer um sistema híbrido precedentes-leis escritas há necessidade imperiosa de processamento semelhante.

DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS: PIONEIRISMO

O sistema híbrido (*Civil Law* e *Common Law*) leva a uma máxima - o critério da prevenção, ou seja, quem primeiro usou do novo instituto criado pela Lei 11.672 de 2008, pois de acordo com Bruno Espiñeira Lemos, “A decisão foi publicada no DJ eletrônico do dia 13 de outubro de 2008, afetando de forma rápida, milhares de processos sobre o mesmo assunto, em

trâmite por todo o país. Isso porque caberá aos tribunais aplicarem o mesmo entendimento, impedindo que inúmeros recursos cheguem ao STJ.

O supra mencionado julgamento é o do Recurso Especial 1.012.903-RJ, cujo o Ministro Relator, a época Ministro do Superior Tribunal de Justiça, foi o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Albino Zavascki.

Uma observação pertinente a ser feita a respeito do quão bem aceita foi a lei processual, é que sua criação em 08 de maio de 2008, se deu em pouco mais de cinco meses, somente o tempo para sua operacionalização, para ser invocada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Daí a razão pela qual se escolheu o Recurso Especial Repetitivo para ter como paradigma - o seu pioneirismo. Aposição de vanguarda e a aplicação da lei por esta espécie de recurso deve ser observada, pois, muito provavelmente, salvo as particularidades do Supremo Tribunal Federal, será regra para toda a ordem jurídica.

Ainda a partir da observação de Bruno Espiñeira Lemos, importa atentar para a criação de um filtro principiado com a decisão do recurso já que a presente lei tem por princípio norteador a igualdade e a segurança jurídica e reconhecer o direito e aplicá-lo de modo uniforme em toda a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, tem-se o efeito uniformizante e coletivizador do Processo Civil.

DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS: REGRAS INTERNAS DA CORTE

Em sede de sistemas complexos como é o caso do sistema ideal criado pelo Direito, tudo é composto de padrões, mesmo que o produto final da equação seja diferente. Assim como um sistema caótico, o Superior Tribunal de Justiça teve de criar em razão da lei genérica regras de processamento interno para complementar o dito em lei.

Como toda obra inicial de um autor nunca é a sua melhor, por via de regra, isto foi o caso do Superior Tribunal de Justiça, que em 14 de julho de 2008, já operacionalizava a Lei 11.672 de 2008 através da Resolução nº 07. O número sete neste caso não foi o número da sorte, pois em 07 de agosto de 2008, menos de um mês após a primeira resolução, o Superior Tribunal de Justiça, através da Resolução nº 08 daquele ano, revoga a anterior e estabelece uma nova formula para o processamento.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do artigo 2º de seu Regimento Interno se divide em: Pleno; Corte Especial; Seções; e Turmas. Tal divisão estabelece uma questão necessária para melhor desempenho de suas funções. Cada um destes órgãos tem pertinência de matérias

próprias, o que no presente estudo não será tratado tendo em vista que cada divisão levaria a um rol grande de matérias e suas divisões.

Cabe aqui fixar que no disposto na Resolução nº 08 de 2008 do Superior Tribunal de Justiça, segundo seu artigo 2º, que o órgão capaz para o processamento dos Recursos Especiais Repetitivos é a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

Dois fatores podem ser observados segundo a Resolução nº 08 de 2008 do Superior Tribunal de Justiça, o primeiro: o tribunal recorrido sobre matéria de direito constante em um Recurso Especial deve informar ao Superior Tribunal de Justiça quantos recursos existem naquele tribunal com os mesmos fundamentos e a quantidade de processos com os mesmos direitos discutidos estão sendo enviados a Corte Superior, artigo 1º da Resolução em discussão; o segundo critério a ser analisado em decorrência da Resolução é o parágrafo 1º do artigo 1º, que preceitua que o relator prevento requisitará aos demais Ministros relatores de outros processos que enviem as peças com os melhores fundamentos para serem analisadas pela Corte Especial.

Do exposto se extrai a importância que se dá aos fundamentos de uma peça de recurso, pois quanto maior a quantidade e qualidade dos fundamentos constantes na elaboração de uma peça processual, maior será a chance de se levar a matéria de direito ao Superior Tribunal de Justiça para ser analisada em sede de Recurso Especial Repetitivo.

DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS: O SOBRESTAMENTO

Conforme a Resolução nº 08 de 2008 do Superior Tribunal de Justiça, o relator prevento irá juntar antes de enviar a Corte Especial para discussão e votação, os melhores ou o melhor dos Recursos Especiais para instruir o processamento do Recurso Repetitivo.

Feito a escolha o relator enviará uma requisição ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça pedido para que este efetive o sobrestamento de todos os recursos e ações que tenham por base igual questão de direito, artigo 2º, parágrafo 2º da Resolução nº 08 de 2008.

Deste modo se dá o sobrestamento, conforme frisou José Miguel Garcia Medina. Tal procedimento deve ser realizado para evitar que pessoas com fundamento naquele direito sejam lesionadas por eventuais divergências de outras cortes espalhadas pelo Brasil, mais uma vez, tem-se o dever de consideração do magistrado em observar as decisões de cortes superiores.

DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS: O JULGAMENTO

Ainda com base no disposto na Resolução 08 de 2008 do Superior Tribunal de Justiça, visando uma melhor instrução do julgamento, o Ministro Relator poderá requisitar informações aos Tribunais de Justiça sobre como lidam com esta questão de direito, aqui, se tem uma busca de informações endógena, o poder judiciário dentro de si mesmo fornece elementos para o julgamento. Seguindo a perspectiva do artigo 3º, inciso I da Resolução, poderá o relator solicitar informações, por escrito, de órgãos e pessoas que possuem pertinência temática a respeito de direito em questão, tem-se aqui o critério exógeno.

Ainda com fulcro no artigo 3º da Resolução o Ministro Relator deverá dar prazo para o Ministério Público se manifestar a respeito do fato. Feito isto o caso será levado a julgamento no qual se levará em consideração as informações colhidas pelo relator, bem como outras fundamentações que podem aparecer durante o julgamento.

Observa-se, portanto, que o julgamento de um Recurso Especial Repetitivo é algo complexo e que devem ser analisados todos os fatos e fundamentos constantes a respeito daquele direito em questão a luz do princípio da igualdade, pois é neste que repousa a uniformidade das decisões.

Ademais, sobre a ótica do Projeto do Novo Código de Processo Civil, analisar-se-á, também, as Ações Repetitivas, por se tratar de uma ferramenta com o mesmo poder do Recurso Repetitivo.

DAS AÇÕES REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

No decorrer do presente trabalho, repetidas vezes se constatou que o processo civil brasileiro, em função de sua aproximação com institutos processuais derivados do direito anglo-saxão sofreu influências pela criação de uma sociedade de consumo de massa.

A referida aproximação levou a criação de um regime de precedentes no Judiciário e se fez necessário criar mecanismos legais para se uniformizar o entendimento dos tribunais. Primeiro em razão das leis não mais conseguirem dar fiel e específica proteção ao direito dos seus cidadãos; segundo em razão do crescimento das demandas no Judiciário sobre ações com a mesma causa da pedir, fundadas nos mesmos direitos e por fim para o Judiciário passar a ter a obrigação de ter uma visão crítica sobre o que acontece no mundo, ou seja, uma visão multidisciplinar, voltada para determinar a importância que uma matéria de direito tem.

Esta tendência não poderia passar impune pelos membros da comissão que elaborou o

Projeto do Novo Código de Processo Civil, sancionado por meio da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.

Importa ressaltar que neste importante documento, consta a existência de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Este incidente, embora muito semelhante aos Recursos Repetitivos, já constantes no Código de Processo Civil de 1973 nos artigos 543-B e 543-C, trás em seu art. 977 uma redação mais aberta, ou seja, ao invés de ser um procedimento realizado somente pelo tribunal, poderá ser realizado por petição das partes de uma demanda repetitiva, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, ou por Magistrado pertencente ao tribunal.

Destarte, há um rol mais aberto de possibilidades, também no que tange ao órgão colegiado, pois onde a demanda estiver haverá um tribunal responsável, o que possibilitaria a instauração de um Incidente de Demandas Repetitivas já em Tribunais de Justiça e em Tribunais Regionais Federais.

O FATOR UNIFORMIZADOR E O JULGAMENTO

O caráter uniformizador, multidisciplinar e coletivizador são marcados por duas características: a primeira está no fato de assim como nos Recursos Especiais Repetitivos se admitir a presença de entes que possuem interesse na solução da divergência de emitirem suas opiniões por meio do art. 983 do Novo Código de Processo Civil.

O segundo fator se refere ao respeito à jurisdição de cada tribunal, a possibilidade de se paralisar todos os processos que versem sobre aquela matéria de direito visando evitar danos que podem ser causados por decisões, art. 982, paragrafo 3º do Código de Processo Civil recém sancionado.

Por fim, algo que foi criado para servir de parâmetro de admissibilidade é a própria designação do art. 976 somada a um critério subjetivo do magistrado que será o relator da demanda, a conveniência, conforme redação do art. 933, parágrafo 1º do Novo Código de Processo Civil.

No que tange ao julgamento, após diligencias de oitiva de interessado e o Ministério Público, o Relator do Órgão Especial do Tribunal agendará o julgamento da matéria onde os respectivos membros do órgão votarão de forma fundamentada a matéria proferindo seus votos.

Outro fator interessante a ser observado a respeito do fator uniformizador é que a decisão do órgão especial deve ser dada em prazo máximo de um ano como dispõe o art. 980 e terá segundo o art. 981, força que vinculará a todos os magistrados pertencentes aquele tribunal. Se o

julgamento não ocorrer no prazo previsto, determina o art. 1.037, paragrafo 5º que a afetação será suspensa e os processos paralisados em primeira e segunda instancia retomarão seu curso normal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Revolução Industrial com fundamentos na produção e economia de massa eleva ao direito à necessidade de se preocupar com questões econômicas, pois a demanda de massa, uma vez lesada por este sistema irá buscar alento junto ao poder judiciário.

Daí a necessidade de se estudar, o que gera a demanda em uma sociedade de produção em massa, pois as demandas fizeram surgir à necessidade do direito em se adaptar a esta realidade nova surgida a partir da massificação.

Diante do surgimento das ações coletivas o legislador brasileiro criou por necessidade um microssistema de processo coletivo, no qual a Constituição da Republica é o principal documento, seguido pelas demais legislações esparsas.

As formas de coletivização levam a busca de aproximação entre o *Common Law* e o *Civil Law*, troncos legais, tendo o primeiro sido difundido em países anglo-saxões e o segundo no continente europeu.

A aproximação dos referidos sistemas no Brasil se deu a partir da Emenda Constitucional 45 por meio de institutos uniformizadores de jurisprudência, visando maior efetividade ao principio da igualdade e garantia a aplicação uniforme do direito.

No concernente a atuação do magistrado passou-se a cobrar não somente a noção de leis e precedentes, mas também, uma formação multidisciplinar, que se importe com o momento fático em que se está inserido, bem como a utilização de fundamentação para divergir ou para criar um precedente.

A uniformização trouxe um legado para o direito processual brasileiro, os Recursos Repetitivos, procedimentos pelos quais se pretende decisões uniformes sobre matérias de direito em sede de Recursos Especiais e Extraordinários.

Outra forma uniformizadora, evolução da anterior dentro das Ações Repetitivas e que o Novo Código de Processo Civil instituiu ao ordenamento pátrio é o Incidente de Demandas Repetitivas, instituto pelo qual se permite a um tribunal sobrestar todas as ações que versem sobre a mesma matéria.

O Objetivo do Incidente de Demandas Repetitivas é a coesão de decisões, importante em

um sistema de precedente, pois isto evita tratamento desigual.

Subtrai-se do exposto que os instrumentos de decisão das demandas coletivas são para o juiz ferramentas para aplicação de um processo coletivo eficaz.

REFEÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 5 ed. Suhrkamp Verlag, 2006. Trad. Por Virgilio da Silva, In: SILVA, Virgilio Afonso da. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONCENTINO, Luciana de Castro. A Coisa Julgada nas Ações Coletivas**,** In: **Revista Meritum**, v.4, n. 1. jan/jun, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno,** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno,** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LEMOS, Bruno Espiñeira. **Recursos Especiais Repetitivos**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

LEI 13.105 de 16 de março de 2015 que institui o Novo Código de Processo Civil a entrar em vigor em 17 de março de 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente,** 6 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: Críticas e Propostas, 2 tir. São PAULO: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia e WANBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. Revista Diálogo Juridico, N º. 17 – 2008 – Salvador – Bahia – Brasil .Disponivel em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/s%FAmula_vinc_guilherme_pe%F1a.pdf. Acesso em 07.08.2014.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência da Divergência à Uniformização**. São Paulo: Atlas, 2006.

POZZO, Emerson Luiz Dal e OSNA, Gustavo. O Processo Coletivo e a Tutela das Relações de Consumo como Porta de Entrada para a Interface entre Direito, Economia e Decisão Judicial. p.

01 a 22. In: ***Revista Internacional de EstudiosProcesal y Arbitraje,*** n. 2. 2012.

EM BUSCA DA PROTEÇÃO PLENA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E DA SAÚDE DO TRABALHADOR: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A MONETIZAÇÃO DO RISCO

Gabriela Lopes CIRELLI[26]

Caio César Prado GOMES[27]

RESUMO

O presente artigo tem por escopo discorrer sobre a relevância da proteção do meio ambiente do trabalho, à luz do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, estes dois últimos considerados fundamentos da República Federativa do Brasil, a fim de se evitar o que se conhece por "monetização do risco". Isso porque, conforme se discutirá ao longo deste estudo, o pagamento de adicionais pelos empregadores, em razão da insalubridade/periculosidade, deve ser a última medida a ser tomada, uma vez que, embora seja a opção mais cômoda para estes, em contrapartida, ela se mostra inegavelmente prejudicial à saúde e bem-estar do trabalhador. Busca-se, assim, em face dessa ótica, demonstrar as possíveis saídas para se combater a "venda da saúde", as quais, não obstante sejam mais difíceis de colocar em prática - porém não impossíveis - são evidentemente mais éticas e mais condizentes com os ditames trazidos pelas normas de higiene e saúde do trabalhador. Sugerem-se medidas que estimulem o investimento da empresa no desenvolvimento de novas técnicas que preservem o meio ambiente laboral da maneira que determina a Carta Maior de 1988. Almeja-se, com isso, demonstrar que o sistema de leis e penas, muitas vezes, não é suficiente para conseguir melhoras, sendo necessária a adoção de medidas de incentivo para se obter, paulatinamente, uma mudança de postura das empresas, o que traria muitos benefícios tanto para empregadores quanto para empregados.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente do trabalho. Monetização do risco. Saúde e higiene.

ABSTRACT

This article aims to discuss the relevance of the worker's fundamental right to a balanced workplace environment, according to the fundamental right to a balanced workplace environment, the dignity of the human person and the social value of work, these two last ones considered foundations of the Federative Republic of Brazil, in order to avoid what is known as " monetization of risk". This is like this because, as it will be discussed throughout this study, the additional payment done by employers, due to unhealthy / dangerous workplace, must be the last measure to be taken, since, although it is the most comfortable option for these, on the other hand, it is undeniably harmful to worker's health and well-being. Because of this view, it also aims to demonstrate some possible ways to combat simple "sale of health", which, despite being more difficult to put into practice - but not impossible - are evidently more ethical and more consistent to the precepts brought by hygiene and health rules. We suggest some measures to

[26] - Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

[27] Estudante de graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná

encourage enterprise investment in developing new techniques which preserve the workplace environment the way the Constitution of 1988 determines. The goal is, therefore, to demonstrate that the system of laws and feathers often is not enough to achieve improvements, requiring the adoption of incentive measures to achieve gradually a change of posture of the companies, which would bring many benefits either for employers and for employees.

KEYWORDS: Workplace environment. Monetization of risk. Health and hygiene.

INTRODUÇÃO

No cenário atual, é possível observar um preocupante número de acidentes de trabalho que ocorrem todos os anos, acarretando danos que são, muitas vezes, irreversíveis.

A necessidade de proteção ao meio ambiente de trabalho é tema de grande relevância e merece especial atenção, uma vez que se trata do local onde o trabalhador passa a maior parte de sua vida, às vezes até mais do que com sua própria família.

Vale ressaltar que há determinadas atividades que, em que pese sejam imprescindíveis, são, por sua própria natureza, revestidas de periculosidade e/ou insalubridade. Ocorre que tais riscos aos quais se submetem os trabalhadores podem ser, em boa parte das situações, naturalizados ou até mesmo eliminados; no entanto, por uma questão de comodismo de muitos empregadores, estes preferem pagar em dinheiro o risco corrido pelos trabalhadores, que expõem sua vida a agentes nocivos diariamente, em troca de um adicional.

Assim, surge a seguinte questão: é razoável o mero pagamento de adicionais em troca da saúde e incolumidade física e mental do trabalhador, por simplesmente acharmais barato pagar um pouco mais do que investir no aprimoramento das tecnologias e métodos de proteção?

Por discordar dessa postura conformista, que aceita o agente nocivo à saúde, sem ao menos tentar amenizá-lo, pagando pelo risco sofrido sem se importar com a vida do trabalhador, é que se pretende discutir quais os meios de incentivo da empresa para que esta se paute de modo a tornar o meio ambiente do trabalho sustentável, colocando os métodos de prevenção em primeiro lugar.

É imperioso, portanto, buscar a superação do modelo tradicional de monetização do risco e tentar aplicar novas formas de incentivo, como ocorre na instituição de “benefícios” e “prêmios”, medida salutar de estímulo a fim de que se consiga concretizar vantagens recíprocas a empregadores e empregados. O que se almeja, com isso, além da eliminação dos riscos, é que os empregadores enxerguem que compensa mais investir nas medidas de prevenção e desenvolvimento da tecnologia que proteja o trabalhador, pois terá um retorno que o estimula a

cada vez mais melhorar as condições do meio ambiente laboral.

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Com o advento da sociedade de massa, caracterizada pelo crescimento desenfreado e avanço tecnológico, tornou-se necessária a regulação de determinados assuntos até então não encarados, já que predominava o ideal tradicional dos direitos, qual seja, sua esfera individual.

Passa-se, assim, a reconhecer a existência de direitos difusos, o que foi feito de forma expressa pela Carta Magna de 1988, em seu art. 225, *caput*, *in verbis*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Veio à tona, desse modo, a discussão acerca da proteção trazida pela Carta Maior no referido artigo que, segundo Fiorillo (2011, p. 66-67), estabelece quatro concepções fundamentais: a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando, portanto, o bem ambiental; c) de que a Carta Maior determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental deverão ser feitas às presentes e às futuras gerações.

Analisando tais premissas, é possível inferir que, sob uma visão antropocêntrica do direito constitucional ambiental, a preservação do meio ambiente representa um dever do próprio homem, já que é o principal destinatário do direito ambiental, mormente pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, impende registrar que o tema em questão envolve o direito à saúde que, segundo o art. 196, *caput*, da CF, é direito de todos e dever do Estado, estando a proteção ao meio ambiente do trabalho compreendida entre uma das atribuições do Sistema Único de Saúde (art. 200, VIII, CF).

Superadas tais considerações, passa-se a examinar a questão conceitual do termo "meio ambiente" e suas possíveis classificações.

DEFINIÇÃO DE MEIO AMBIENTE

A definição de meio ambiente é bastante ampla e indeterminada; cabe ao intérprete, portanto, o preenchimento de seu conteúdo.

A Lei 6.938/1981, Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, trouxe em seu art. 3º a definição de meio ambiente, a saber: "o conjunto de condições, leis, influências e interação de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

É possível vislumbrar, por essa definição, que meio ambiente possui mais de um aspecto, englobando, assim, elementos naturais, artificiais e culturais.

Sobre essa classificação, estabelece Padilha (2002, p. 20-27) que:

> [...] Meio ambiente é tudo aquilo que cerca um organismo (o homem é um organismo vivo), seja o físico (água, ar, terra, bens tangíveis pelo homem), seja o social (valores culturais, hábitos, costumes, crenças), seja o psíquico (sentimento do homem e suas expectativas, segurança, angústia, estabilidade), uma vez que os meios físico, social e psíquico são os que dão as condições interdependentes, necessárias e suficientes para que o organismo vivo (planta ou animal) se desenvolva na sua plenitude.

Como se sabe, o Direito Ambiental é uno e indivisível; entretanto, costuma a doutrina dividir o meio ambiente em quatro aspectos, para fins didáticos: o natural, o artificial, o cultural e o do trabalho.

Assim, a definição de meio ambiente vai muito além, não se limitando, pois, apenas à fauna e à flora (natural), mas também o meio ambiente artificial, cultural e do trabalho.

Nesse diapasão, Mazzilli (2011, p. 161) distingue:

> [...] diante de conceito assaz abrangente, é possível considerar o meio ambiente sob os seguintes aspectos: a) meio ambiente natural (os bens naturais, como o solo, a atmosfera, a água, qualquer forma de vida); b) meio ambiente artificial (o espaço urbano construído); c) meio ambiente cultural (a interação do homem com o ambiente), o que compreende não só o urbanismo, o zoneamento, o paisagismo e os monumentos históricos, mas também os demais bens e valores artísticos, paisagísticos, históricos, arqueológicos, etc., neste último incluído o próprio meio ambiente do trabalho.

Consoante se observa acima, o autor inclui o meio ambiente do trabalho como desdobramento do meio ambiente cultural, já que está também relacionado à interação do homem com o ambiente.

Para o mesmo autor, “o meio ambiente do trabalho, diferentemente, está relacionado de forma direta e imediata com o ser humano trabalhador no seu dia a dia, na atividade laboral que exerce em proveito de outrem”. (MAZZILLI, 2011, p. 161)

Entretanto, o meio ambiente do trabalho tem suas peculiaridades, sendo, assim, um quarto aspecto do meio ambiente. Faz parte do conceito mais amplo de meio ambiente, de tal modo que deve ser considerado como bem a ser tutelado pela legislação, a fim de que seja assegurada sua qualidade de vida.

Cumpre referir, nesta senda, o que pode ser entendido por trabalho. Liliana Allodi Rossit, *apud* Sandro D’amato Nogueira (2008, p.18), nesse sentido, afirma que

> O termo trabalho ora é usado como sinônimo de atividade humana aplicada à criação, à produção, ao entretenimento; ora é usado como produto dessa atividade; também pode significar a atividade contínua e progressiva de uma força natural; é ainda usado para designar o dispêndio de energia física e mental para a produção de um valor de uso ou de um valor de troca; na física, o termo é utilizado para indicar a quantidade de energia recebida por um sistema material que se destaca sob o efeito de uma força. O sentido deste termo é, como se vê, vasto.

Em síntese, trabalho é tido como toda atividade humana, na qual é envolvido esforço físico e psicológico, ofício, obra, profissão. Pode se entender como trabalhador, por sua vez, segundo a mesma autora, *apud* Nogueira (2008, p. 19), “homens e mulheres que exercem atividades para sustento próprio e/ou de seus dependentes, qualquer que seja sua forma de inserção no mercado de trabalho, nos setores formais ou informais da economia”.

Consoante prega Fiorillo (2010, p. 594), “jamais se deve restringir a proteção ambiental trabalhista a relações de natureza unicamente empregatícia. Quando se fala em relação de emprego, está-se referindo àqueles vínculos em que o trabalho é subordinado”.

Não se faz necessário, portanto, que o trabalhador ostente uma carteira assinada para que mereça receber a proteção adequada e tenha direito de trabalhar em um local seguro, que respeite sua saúde e integridade.

Desta feita, na linha de raciocínio do autor, o que interessa é a proteção ao meio ambiente onde o trabalho humano é prestado, seja em que condição for. São, portanto, assalariados, trabalhadores domésticos, avulsos, agrícolas, autônomos, servidores públicos, cooperativados. Até mesmo os não remunerados, os aprendizes e estagiários.

O ilustre ambientalista Fiorillo (2011, p. 593) dispõe que “sendo o meio ambiente sadio

um direito constitucional fundamental, o conceito de trabalhador também deve ser perquirido no seio da Carta Magna". E ainda distingue a proteção ao meio ambiente do trabalho e da proteção do direito do trabalho, uma vez que aquela tem por objeto jurídico a saúde e a segurança do trabalhador, a fim de que este possa desfrutar uma vida com qualidade, pelo que se busca salvaguardar o homem trabalhador das formas de degradação e poluição da vida.

O meio ambiente do trabalho, abrange, pois, o local de trabalho, os instrumentos, o modo de execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado pelo empregador ou tomador de serviço e pelos próprios colegas de trabalho. (MELO, 2010, p. 31)

Para Silva (2000, p. 23), é "o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente".

Pois bem. Acerca da deterioração do meio ambiente do trabalho, calha discorrer que sua degradação pode resultar de diversos fatores, sendo que seus efeitos podem atingir até mesmo a família do trabalhador.

Por sua vez, Fiorillo (2010, p. 77) define o meio ambiente do trabalho como

> [...] o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físicopsíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.).

Insta registrar que a utilização de meios de prevenção, de notável importância, integra também a relação máquina-trabalho, sem prejuízo da adoção de outras que visem garantir a sobrevivência e desenvolvimento do homem.

Assim, o meio ambiente do trabalho abarca tudo aquilo que envolve, de forma direta ou não, o local onde o homem exerce sua profissão, para fins de prover sua subsistência.

O meio ambiente do trabalho é tudo que envolve e condiciona, direta ou indiretamente, o local onde o homem obtém os meios para prover o quanto necessário para a sua sobrevivência e desenvolvimento, em equilíbrio com o ecossistema. (MANCUSO, 1997, p. 161)

É essencial que haja respeito às normas de segurança e higiene do trabalho, sendo que, quando não respeitados tais limites, começam a surgir os problemas.

Assim, arremata Mancuso: "*a contrario sensu*, portanto, quando aquele *habitat* se revele inidôneo a assegurar as condições mínimas para uma razoável qualidade de vida ao trabalhador, aí se terá uma lesão ao meio ambiente do trabalho". (MANCUSO, 1997, p. 161)

Logo, o que se observa é que, ao se garantir condições de saúde e higiene favoráveis à qualidade de vida do trabalhador, está a se buscar é a tutela da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 225, CAPUT)

De início, cumpre mencionar que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado é classificado como um direito de terceira dimensão, também denominado de direito de solidariedade ou de fraternidade. Constitui, assim, um interesse difuso e comum, transcendendo a titularidade coletiva ou difusa, já que pertence a todos os indivíduos.

Esclarece Sarlet (2002, p. 53), acerca desses direitos, que:

> Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se a proteção de grupos humanos, família, povo, nação e, caracterizando-se, consequentemente como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que o direito ao ambiente de trabalho sadio e equilibrado, constitucionalmente assegurado, é um direito básico do homem, porquanto está atrelado à existência humana, presente e futura, com qualidade de vida e em condições dignas.

A qualidade do meio ambiente acaba se transformando num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização, segundo Silva (2000, p. 24), se tornaram um dever do Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida, que implica boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde, segurança, enfim, boas condições de bem-estar do homem e de seu desenvolvimento.

O meio ambiente do trabalho, para Melo (2010, p. 32-33), "é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual, se desrespeitado, provoca agressão a toda sociedade, que, no final das contas, é quem custeia a Previdência Social".

Toda a sociedade é atingida quando o referido direito fundamental não é devidamente observado, pois, conforme é sabido, a Previdência Social é por ela custeada.

Imperioso reconhecer, ainda, que o direito ao meio ambiente equilibrado está indissociavelmente ligado ao direito à vida.

Valioso afirmar que o trabalhador não pode ser considerado como mero objeto. Nesse

aspecto, Camargo (2013, p. 29) afirma que “o trabalhador, como ser humano, não pode ser encarado como uma máquina formada por músculos e nervos ou um amontoado de células, mas sim, como um ser dotado de inteligência, aptidão, sentimentos e aspirações”.

Assim, considerando que o meio ambiente do trabalho passou a receber a proteção adequada, esta deverá sair do papel para a prática diária, mediante reformulação dos entendimentos clássicos que sempre prestigiaram as formas indenizatórias, insuficientes por sinal, como é o caso do pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR À LUZ DO SUPRAPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Quando se fala em proteção do trabalhador, o que se tem por escopo é a preservação de seus direitos a fim de garantir seu mínimo existencial, bem como sua qualidade de vida.

A dignidade da pessoa humana, além de ser arrolada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), pode ser considerado um supraprincípio, conforme assevera o autor Rizzato Nunes: “A dignidade humana é intangível. Respeitá-la, e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. (NUNES, 2009, p. 48).

Ainda, acerca do princípio em questão, Gamba (2010, p. 32) afirma que

> [...] é o princípio de maior importância axiológica na ordem jurídica contemporânea nacional e internacional. Devendo nortear a interpretação e a aplicação das normas, em especial no âmbito do Direito do Trabalho. Somente com a valorização do ser humano, enquanto ser que sobrevive, trabalha e interage com outros e com o respeito de suas diferenças pelo Direito, pela Sociedade e pelo próprio Estado, será possível apreender a dignidade do trabalhador.

Nas palavras de Sarlet (2008, p. 37), o conceito de dignidade da pessoa humana é

> [...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O direito ao meio ambiente equilibrado e saudável está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, já que esta última só restará atendida caso as condições relacionadas ao trabalho sejam satisfatórias.

Para Stuchi (2010, p. 228), a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu uma estreita relação entre a dignidade e o trabalho humano ao declarar, em seu artigo XXIII, que "toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana."

O mesmo autor ainda afirma que, com o desenvolvimento das relações sociais e a consequente valorização do ser humano, as relações de trabalho também sofreram certas alterações. Ocorre que tais alterações encontram resistência por parte dos empregadores, que não se atêm à dignidade humana do trabalhador e não se preocupam com o desenvolvimento de um meio ambiente do trabalho sadio. (STUCHI, 2010, p. 222-223)

Resta demonstrado, assim, que, para que o trabalhador tenha vida digna é necessário que as normas de segurança e higiene do trabalho sejam atendidas: o meio ambiente do trabalho é o local que passa maior parte do seu tempo, pelo que se pode afirmar que tudo que ali ocorre pode interferir em sua vida de várias formas. Um meio ambiente eivado de condições perigosas e insalubres, sem qualquer tipo de segurança, que afetem profundamente sua saúde, não condiz com o modelo traçado pela Constituição de 1988, pois não proporciona de forma plena a dignidade humana.

O VALOR SOCIAL DO TRABALHO COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Merece destaque o fato de que o trabalho humano deve ser valorizado, porquanto este é direito social fundamentador da ordem econômica e financeiro e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Infelizmente, o que se vislumbra atualmente é uma desvalorização imensa do trabalho humano: exige-se um esforço demasiado em troca de um salário insuficiente.

Nas palavras de Karl Marx (*apud* GAMBA, 2010, p. 32), em sua obra *Manuscritos Econômico-filosóficos,*"o trabalhador se torna uma mercadoria tão mais barata quanto mais mercadorias cria. Com a valorização do mundo das coisas (Sachenwelt) aumenta em proporção

direta a desvalorização do mundo dos homens (Menschenwelt).”

Vale ressaltar que, com o desenvolvimento do sistema capitalista de produção, houve uma transformação do homem em objeto. Como denunciou Marx, ele implica a reificação (Verdinglichung) das pessoas; ou melhor, a inversão completa da relação pessoa-coisa. Enquanto o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável. (COMPARATO, 2005, p. 23)

O homem foi visto por muito tempo como “objeto descartável”, como insumo no processo de produção, porquanto só se valorizava seu rendimento, ignorando seus anseios. No entanto, com a evolução da sociedade, essa visão começou a ser abandonada, haja vista a fragilidade do homem e sua necessidade de estar em situações de saúde física e mental para que consiga trabalhar bem.

Nesse aspecto, o acesso ao trabalho, de forma digna, tornou-se responsabilidade do Poder Público. É o que alude Fávero Filho (2010, p. 248)

> Ao Estado, cabe proporcionar a todos os seus cidadãos acesso ao trabalho que permita o desenvolvimento de suas capacidades físicas e intelectuais, que proporcionem a estes a chance de se realizarem como pessoa, sendo sua obrigação, bem como de toda a sociedade, combater qualquer prática que possa despojar qualquer um de seus integrantes de sua dignidade.

Em uma concepção humanista, o trabalho se apresenta como referência simbólica fundamental da sociedade contemporânea, uma vez que é por meio dele que toda pessoa busca atingir o pleno desenvolvimento de suas potencialidade e, sobretudo, o sentido de completude. (ALVES, 2010, p. 329)

Segundo o autor, a afirmação e a proteção de tão precioso bem estão inseridos na esfera dos direitos fundamentais, como resultado de avanços e conquistas sociais alcançadas ao longo da história notadamente a partir do século XIX, consolidando espaços reivindicatórios e de luta pela dignidade da pessoa humana. (ALVES, 2010, p. 329)

Registre-se, ainda, que o direito fundamental em tela é objeto de disposição da Organização Internacional do trabalho (OIT).

Como reação às condições injustas, indignas e degradantes de muitos trabalhadores em todo o mundo, a organização em questão, ligada à Organização das Nações Unidas (ONU),

especializada nas questões do trabalho, a partir do processo de reformulação de suas políticas estratégicas iniciado em 1987, apresenta, durante a Conferência Internacional do trabalho, realizada em 1999, a ideia e as dimensões do denominado trabalho decente. (ALVES, 2010, p. 329)

Segundo preleciona a OIT:

> O trabalho decente resume as aspirações das pessoas na sua vida profissional – as suas aspirações de oportunidade e de renda; direitos, voz e reconhecimento; estabilidade familiar e desenvolvimento pessoal, equidade e igualdade entre os sexos. Em última análise, estas várias dimensões do trabalho decente sustentam a paz nas comunidades e na sociedade. O trabalho decente reflete as preocupações dos governos, trabalhadores e empregadores, os quais, conjuntamente, fornecem à OIT sua singular identidade tripartite. (OIT *apud* ALVES, 2010, p. 329-330)

Nota-se, pois, que é de extrema relevância a busca pelo trabalho decente, o qual se pode concretizar ao se colocar em prática o que já está disposto legalmente. Faz-se necessário se valer de meios que efetivem o direito ao meio ambiente equilibrado, constitucionalmente tutelado e que incumbe a todos a sua observância.

A MONETIZAÇÃO DO RISCO: A VENDA DA SAÚDE E DA INTEGRIDADE DO TRABALHADOR

Não é necessário muito esforço para se notar que há atualmente um elevado número de ações que tramitam na Justiça em que se busca a reparação por danos materiais e/ou morais sofridos em razão da não observância das normas de segurança, higiene e medicina do trabalho.

Discorre Sebastião Geraldo de Oliveira que, ao se percorrer os corredores da Justiça, as marcas das agressões são perceptíveis: deparamo-nos com enfermos, mutilados, órfãos, viúvas, buscando benefícios previdenciários ou reparações decorrentes de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, ocasionados pelo descaso e indiferença de muitos empregadores no cumprimento das normas de segurança, higiene e saúde do trabalho. (OLIVEIRA, op. cit., p. 528).

Sabe-se que, quando não respeitadas as normas relativas à segurança do trabalho, cabe ao trabalhador, ao cidadão ou ao sindicato reivindicarem o cumprimento dos dispositivos legais que garantem a saúde no trabalho.

Imperioso destacar que o ambiente de trabalho expõe o empregado a diversos riscos, tanto

aqueles mais visíveis, afetando a integridade física (agentes periculosos), quanto aqueles mais insidiosos, que atuam a longo prazo, de modo a prejudicar, paulatinamente, sua saúde (agentes insalubres).

Cumpre referir que, com o acidente de trabalho, todos perdem: o empregado acidentado e sua família, a empresa, o governo e em última instância toda a sociedade. Se todos amargam prejuízos visíveis, é inevitável concluir que investir em prevenção proporciona diversos benefícios: primeiramente, retorno financeiro para o empregador; em segundo lugar, reconhecimento dos trabalhadores pelo padrão ético da empresa; em terceiro, melhoria das contas da Previdência Social e finalmente ganho emocional dos empregados que se sentem valorizados e respeitados. (OLIVEIRA, 2007, p. 29)

A estratégia mais cômoda e mais utilizada no Brasil, porém menos aceitável, para lidar com os agentes agressivos do meio ambiente do trabalho, é aumentar a remuneração para compensar o maior desgaste do trabalho, chamada de *monetização do risco*, tema que se pretende abordar no presente estudo.

Monetização do risco quer dizer atribuir um valor em razão do risco existente em determinada atividade. Trata-se de valorar (em moeda) os riscos oferecidos, como se somente isso bastasse para compensar o perigo pelo qual se submetem os trabalhadores.

Assevera Oliveira (2011, p. 154) que, infelizmente, o Brasil, por um erro de perspectiva, preferiu a primeira opção desde 1940 e, pior ainda, insiste em mantê-la, quando praticamente o mundo inteiro já mudou de estratégia.

No Brasil, o primeiro diploma legal a instituir a monetização do risco foi o Decreto-lei n. 2.162/1940, quando estabeleceu no art. 6º adicionais de 40%, 20% ou 10% sobre o salário mínimo, a título de insalubridade, de acordo com os graus máximo, médio e mínimo.

Ocorre que nada justifica a venda da saúde, já que se trata de um direito fundamental, cuja característica é a irrenunciabilidade e inalienabilidade.

Assim dispõe Oliveira (2011, p. 155), citando solução trazida por Camille Simonin:

> Pensamos que o adicional dito de insalubridade é imoral e desumano; é uma espécie de adicional do suicídio; ele encoraja os mais temerários a arriscar a saúde para seu salário; é contrário aos princípios da Medicina do Trabalho e à Declaração dos Direitos do Homem; nenhuma consideração de ordem econômica deverá jamais compelir a um trabalho que implique o risco de comprometer a saúde de quem o realiza.

Com efeito, resolver tal impasse não é nem um pouco simples, uma vez que é difícil encontrar outra maneira de compensar alguém pelos riscos sofridos no meio ambiente laboral, em que a atividade geralmente é diária e constante. Contudo, não é impossível.

Refere o autor (2011, p, 154; 156), ainda, que há outras estratégias utilizadas pelo legislador, diante de tal cenário, como a proibição do trabalho e a redução de jornada. A primeira, além de radical, é quase utópica, visto que algumas atividades, embora sejam perigosas ou prejudiciais, são imprescindíveis. A segunda, por sua vez, é a saída ética para enfrentar a questão, porquanto, em vez de reparar com dinheiro a perda da saúde, compensa o desgaste com o maior período de descanso, transformando o adicional monetário em repouso adicional.

De outra banda, a menor exposição diária, combinada com um período mais dilatado, permite ao organismo humano recompor-se da agressão, mantendo-se a higidez.

É o que dispõe Oliveira (2011, p. 158): tal alternativa harmoniza as disposições constitucionais de valorização do trabalho, colocando o trabalhador em prioridade com relação ao interesse econômico.

Por outro enfoque, haverá reações benéficas por parte dos trabalhadores. O adicional insalutífero tem servido para atenuar a luta por melhores condições de trabalho, atuando como anestésico para embaçar a percepção dos malefícios. O trabalhador, adotando o pensamento imediatista, até mesmo inconscientemente, tem receio de que o agente agressivo seja eliminado, trazendo a perda da vantagem financeira e a possibilidade de aposentar-se com menor tempo de serviço. Proibindo-se a monetização do risco, os empregados terão mais ânimo de lutar por melhores condições de trabalho, sem o fascínio enganoso dos adicionais. Também o empregador será estimulado a investir na melhoria do ambiente, uma vez que o pagamento do salário integral para a jornada reduzida terá peso considerável no custo operacional. Perceberá que é mais benéfico afastar o agente agressivo e voltar à jornada normal de oito horas, pagando o mesmo salário.

Nesse diapasão, tem-se que a prevenção e eliminação prévia dos riscos, bem como a redução de jornada, devem ser privilegiadas em detrimento do pagamento do adicional, ou seja, a monetização do risco.

Tais medidas compreendem aquelas destinadas a eliminar o problema em sua fonte e trajetória. Como exemplo, cita D.R.C. de Melo (2010, p. 41) a instalação de um sistema de exaustão sobre uma bancada de polimento em local que existia grande partículas de poeira. Com a adoção dessa medida, a comprovação de sua eficácia será tida por meio da avaliação

quantitativa da concentração de poeira, ou seja, verificando-se se está abaixo dos limites de tolerância.

O mesmo autor (2010, p. 42) acrescenta, ainda, que, em não sendo possível o controle no ambiente, faz-se mister utilizar o controle individual. Assim, a lei prevê o uso de EPI (Equipamento de Proteção Individual), estabelecendo que deverá diminuir a intensidade do agente a limites de tolerância. Esse equipamento individual de proteção deve ser, segundo ele, adequado ao risco e possuir fator de proteção que permita reduzir a intensidade do agente insalubre a limites de tolerância estabelecidos na forma regulamentadora.

O uso efetivo dessa proteção é fundamental, sendo obrigação da empresa, além de fornecê-lo gratuitamente, deve instruir seus trabalhadores ao seu correto uso, ministrando cursos e tomando outras providências necessárias para a conscientização. Nesse passo, cumpre destacar o que estabelece a Súmula n. 289 do TST, a saber: "O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento de adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas necessárias que conduza à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado".

Ademais, cumpre mencionar a proposta formulada por Ferreira Prunes, citada por Oliveira (2011, p. 158), na qual, em vez de pagar o adicional, os horários deveriam ser reduzidos e, 10%, 20% e 40% da jornada normal de trabalho, em conformidade com graus mínimo, médio ou máximo de insalubridade.

Outra saída, também louvável, seria a utilização do direito tributário como forma de incentivo para que as empresas observem as regras concernentes à saúde e segurança do trabalho. Assim, por meio da redução da carga tributária para empregadores que atendem e cumprem adequadamente a legislação trabalhista, mormente na seara da segurança e medicina do trabalho, proporcionando aos trabalhadores um meio ambiente do trabalho hígido.

Vale ressaltar, nesse viés, que o sistema tradicional de "leis e penas", na maioria das vezes, não é suficiente para coibir condutas ilícitas de empresas que não observam as normas em questão. Isso porque não há fiscalização eficiente (e suficiente, diga-se de passagem) para que haja coerção quanto ao cumprimento de tais leis, nem para que autue e comine penas àqueles que não as obedecem.

Nesse sentido, indaga-se: qual o papel do Direito? Leis e penas são suficientes? O direito está cumprindo seu papel de regulador das relações jurídicas?

Sabe-se que, no Brasil, o sistema que prevalece é o de comandos e controles. Contudo,

não basta haver vários comandos e não ser possível o controle das condutas, por deficiência estrutural da fiscalização. Assim, ante a ineficácia de tal modelo de instrumentos, ainda predominante no cenário brasileiro, é que surgem novas ideias que tentam atingir o real cumprimento das leis existentes.

Passou-se, assim, a discutir sobre assuntos como parafiscalidade, incentivos econômicos e tributários, os quais significam que, ao se dar um incentivo, um prêmio para aqueles que não transgridem as normas, ou seja, utilizando-se de sanções punitivas, as empresas preservarão o meio ambiente do trabalho a fim de que se obtenha um ganho econômico ou fiscal.

Assim, na medida em que a empresa realiza investimentos em tecnologia, desenvolvimento e inovações científicas, o que se perquire é prevenir eventuais prejuízos à saúde do trabalhador e aprimorar os métodos de prevenção dos riscos.

O Sistema Constitucional Tributário é regulado por uma série de princípios, os quais visam nortear a relação Estado-contribuinte de modo a manter incólume a dignidade humana deste último. Nesse sentido, afirma Fiorillo (2011, p. 829) que "só se chegará a uma correta análise dos direitos e garantias individuais e coletivos trazidos pela Carta Maior, à luz dos princípios fundamentais por ela amparados, indicados e explicitados".

Afirma que, dessa forma, o Sistema Tributário Brasileiro deve necessariamente se guiar e se conformar com estas novas diretrizes, buscando na medida do possível adaptar seus conceitos já antiquados ao novo delineamento do Estado Democrático Brasileiro, sob pena de flagrante vício de inconstitucionalidade.

Corrobora com esse entendimento o eminente Geraldo Ataliba, citado por Fiorillo (2010, p. 829-830) com propriedade, assevera que:

> Não se conhece – e, consequentemente, não se aplica corretamente – o sistema tributário brasileiro, sem amplo, maduro e profundo domínio dos princípios e regras constitucionais, abundantes e minuciosos, no que respeita à disciplina do exercício da tributação. Pois a parte básica, essencial, modular desse imprescindível regime está nas chamadas 'limitações constitucionais ao poder de tributar', hoje designação formal da seção II do capítulo do 'Sistema Tributário Nacional', do Texto Constitucional.

Essa preocupação com os princípios, certamente, está relacionada com a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial do contribuinte, porquanto o Poder Público, ao tirar do particular, compulsoriamente, parcela de seu patrimônio, representada

pelo tributo previsto em lei, para fazer face às chamadas despesas públicas, acaba interferindo diretamente em direitos fundamentais dos cidadãos, como a liberdade, a propriedade. (FIORILLO, 2011, p. 831)

Ademais, insta registrar que a arrecadação deve se dar de acordo com a capacidade contributiva de cada um, pelo que se pode afirmar que a atividade de tributar, além de visar ao interesse público, deve respeitar os limites constitucionais e a condição financeira do contribuinte.

Pois bem. É preciso reconhecer que a função do tributo não é somente de arrecadar receitas para angariar a máquina pública, mas também estimular ou desestimular condutas desejadas ou indesejadas. É a extrafiscalidade ou parafiscalidade que caracteriza alguns tributos, de maneira que pode ter como escopo a mudança de certos tipos de conduta, como é o caso em que se busca trazer a lume, ou seja, a preservação do meio ambiente laboral.

Os empregadores que preservam o local de trabalho de forma satisfatória, proporcionando aos empregados condições dignas de trabalho que não agridam sua saúde e segurança, devem receber incentivos fiscais e econômicos em razão de sua conduta, o que faz com que a empresa acabe por receber uma maior lucratividade, pois gastará menos com tributos. Estas empresas se sentirão estimuladas a pautarem sua conduta de acordo com a lei, uma vez que isso será benéfico financeira e economicamente.

Há que se ressaltar, ainda, que trabalhadores saudáveis rendem mais que aqueles já debilitados pelos efeitos de um meio ambiente do trabalho em desacordo com as normas de higiene e saúde; o empregador gastará menos com indenizações decorrentes de acidentes de trabalho, bem como com a contratação de substitutos daqueles trabalhadores afastados em gozo de auxílio doença, aposentadoria por invalidez, entre outros benefícios arcados pela Previdência Social e, consequentemente, por toda a sociedade.

Essas hipóteses, consoante se observa, atendem de forma bastante satisfatória os interesses do trabalhador, uma vez que têm o poder de afastar a monetização do risco, que conquanto seja bastante cômoda aos empregadores, é prejudicial à saúde do trabalhador.

Busca-se, assim, evitar com que o risco seja simplesmente convertido em valores expressos em dinheiro. A conduta de simplesmente substituir os mecanismos de prevenção de risco por um adicional, ignorando o fato de que dinheiro algum compra a saúde e a vida de alguém de volta, deve ser repudiada, por ser flagrantemente prejudicial e ferir a dignidade humana do trabalhador.

CONCLUSÃO

Ante o que foi exposto ao longo deste estudo, fica visível a necessidade de se buscar a máxima proteção do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado, insculpido, ainda que de forma implícita, no *caput* do art. 225 da CF, que trata do meio ambiente em geral, classificando-o, ainda, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nota-se que, em razão da deficiência de fiscalização hoje existente, o sistema tradicional de comandos e controles não consegue ser eficiente ao ponto de evitar prejuízos ao trabalhador e melhorar sua qualidade de vida, uma vez que, em um modelo de sociedade capitalista, na qual só se visa aos lucros, a questão da proteção ao meio ambiente laboral é deixado de lado pois gera custos altos às empresas, demandando tempo e dinheiro.

Assim é que surge, como meio de incentivo da preservação e proteção do meio ambiente do trabalho, a ideia de redução da jornada de trabalho para diminuir o tempo de exposição do trabalhador, ou então a chamada parafiscalidade, que procura propiciar incentivos econômicos e tributários, de modo que a empresa também tenha benefícios ao investir cada vez mais em técnicas de eliminação ou atenuação dos agentes nocivos à incolumidade do trabalhador.

É salutar a adoção dessa nova forma de instituição de bônus para aqueles que cuidam e investem nas tecnologias que melhorem as condições do meio ambiente do trabalho e, portanto, cumprem as normas de segurança e higiene do trabalho, visto que, com ela, todos saem ganhando. Essa é a moderna concepção que busca a verdadeira efetividade das leis, deixando de lado a tradicional ideia de que a imputação de uma pena é suficiente para evitar futuros danos.

Percebe-se, desse modo, que a monetização do risco, amplamente adotada no Brasil, segundo a qual é suficiente apenas remunerar o trabalhador pelo risco sofrido, precisa ser discutida e regulamentada, pois, além de ser a solução menos ética, é a que mais prejudica a saúde do trabalhador, revelando uma nítida "venda da saúde e da vida", bens inalienáveis, irrenunciáveis e de incomparável valor.

A íntima ligação do meio ambiente do trabalho hígido e a saúde física e mental do trabalhador justifica, portanto, a presente reflexão, que pretende não simplesmente sugerir uma solução milagrosa ao impasse, até porque as atividades de risco são fundamentais ao funcionamento da sociedade. Não se quer simplesmente acabar com os adicionais.Entretanto, é

imprescindível que estes não sejam simplesmente pagos a torto direito sem que haja pelo menos um compromisso dos empregadores em amenizar os riscos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marcos César Amador. Trabalho decente sob a perspectiva dos direitos humanos *In:* PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **Direitos humanos e direito do trabalho.** São Paulo: Atlas, 2010.

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

BRASIL. (1981). **Lei nº 6.938, de 02 de setembro de 1981**, 1981.

CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de; MELO, Sandro Nahmias. **Princípios de direito ambiental do trabalho.** São Paulo: LTr, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação histórica dos direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FÁVERO FILHO, Nicanor. Trabalho escravo: vilipêndio à dignidade humana *In:* PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Dignidade do trabalhador e politicas publicas: perspectivas no âmbito do estado ético *In:* PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **Direitos humanos e direito do trabalho.** São Paulo: Atlas, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública trabalhista:** análise de alguns pontos controvertidos. Revista do Ministério Público, São Paulo: RT, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Demis Roberto Correia de Melo. **Manual de meio ambiente do trabalho** / Demis Roberto Correia de Melo. – São Paulo: LTr, 2010.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador** – responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Meio ambiente do trabalho:** o princípio da prevenção na vigilância e na saúde ambiental. São Paulo: LTr, 2008.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:** doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador.** São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado.** São Paulo: LTr, 2002, p. 20-27

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STUCHI, Victor Hugo Nazário. O trabalho penoso e a dignidade da pessoa humana *In:* PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **Direitos humanos e direito do trabalho.** São Paulo: Atlas, 2010.

ENTRE A BUSCA DO BEM COMUM E O INTERESSE PRIVADO DO CAPITALISMO: UMA ANALISE ATUAL DO ESTADO SOB O ENFOQUE DO DIREITO FRATERNO

Matheus de ALMEIDA[28]
Sarah Carolina Galdino da SILVA[29]

RESUMO
O presente estudo traz a formação do Estado sob o enfoque do bem comum, e as influências que o capitalismo causa na formação do Estado atual. O objetivo do trabalho é trazer ao debate, o quanto as interferências econômicas privadas de grandes grupos podem influenciar no Estado. A problemática central consiste em analisar se o princípio constitucional da fraternidade pode ser uma solução para a busca de um bem comum. Já a justificativa do estudo esta na busca de um Estado que se preocupa com os problemas sociais suportados pelos interesses econômicos. Para atingir esta finalidade o método principal de abordagem foi o hipotético dedutivo, com abordagem qualitativa, entendida como descrição à análise do objeto de estudo. Já quanto aos procedimentos técnicos é classificada como bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: 1.Bem comum. 2 Capitalismo. 3. Direito e Fraternidade.

ABSTRACT
This study brings the formation of the State under the common good of approach, and the influences that capitalism causes the formation of the current state. The objective is to bring to the debate, as private economic interference of large groups can influence the state. The central issue is to examine the constitutional principle of fraternity can be a solution to the search for a common good. Already the justification of the study is in search of a state that cares about social problems incurred by economic interests. To achieve this purpose the main method of approach was the deductive hypothetical, with a qualitative approach, understood as a description of the analysis of the study object. As for the technical procedures is classified as literature and documents.

KEYWORDS: 1. Common Good. 2 Capitalism. 3. Law and Society

INTRODUÇÃO

A relação entre Estado e o poder econômico privado que vem do capitalismo é muito importante para o comportamento da população, ou seja, a economia esta presente na vida das pessoas. Neste sentido, nota-se que vivemos em uma sociedade de classes, ou seja, as pessoas que estão lá no topo, não desejam sair, causando um problema de mobilidade social, pois, uma pessoa que não nasce com condições econômicas suficientes fica a mercê das políticas públicas

[28] Centro Universitário Euripedes de Marília, UNIVEM.
[29] Advogada.

e do preconceito social para evoluírem, ou seja, existe falta de oportunidade para que estas pessoas se estabeleçam em nível econômico mais elevado e digno.

Deste modo, é importante mostrar que o direito interage com a sociedade, como promotor de valores. E com esta interação com a sociedade, inclui-se o princípio constitucional da fraternidade, uma importante fonte de valor do Estado que contribui para desenvolvimento de valores na população.

HISTÓRIA DO BEM COMUM

Para compreender a função de um Estado e sua finalidade, é preciso apresentar a ideia de bem comum, ou seja, o melhor para a comunidade. O conceito de bem comum é algo debatido desde a antiguidade, a qual era para justificar a busca de uma boa forma de governo. Aristóteles em seu livro Política distingue seis formas de governo, divididas em formas boas e más. Primeiramente, define as formas boas de governo como sendo a realeza, a aristocracia e o regime constitucional. Afirma Aristóteles (1998, p. 265):

> Existem, a nosso ver, três tipos de constituições corretas, e a melhor de entre elas é necessariamente aquela em que a administração é da responsabilidade dos melhores. Referimo-nos evidentemente ao tipo de governo em que um só homem, ou uma família inteira, ou um conjunto de cidadãos, excedem os demais em virtude, sendo estes últimos capazes de serem governados e os primeiros capazes de governar, em vista a atingir o gênero de vida mais desejável.

Assim, as formas boas de governo são classificadas conforme esclarece Bobbio (1997, p.56): "essa tipologia deriva do emprego simultâneo de dois critérios fundamentais – 'quem' governa e 'como' governa", tendo, então, um governante a monarquia; poucos governantes a aristocracia e muitos governantes o regime constitucional. Segundo Aristóteles (1998, p.211):

> [...] chamamos realeza à que visa o interesse comum. Chamamos aristocracia à forma de governo por poucos (mas sempre mais do que um) seja porque governam os melhores ou porque se propõe para a cidade e os seus membros. Finalmente quando os muitos governam em vista ao interesse comum, o regime recebe o nome comum a todos os regimes: 'regime constitucional'.

Quanto as formas más de governo, surgem quando o interesse pessoal do governante se sobrepõe ao interesse coletivo, a forma de governo vigente entra em derrocada e é sucedida por sua correspondente forma corrompida, sendo, segundo Aristóteles (1998, p.213), "a tirania em

relação à realeza; a oligarquia em relação à aristocracia; a democracia em relação ao regime constitucional" . Segue explicando o filósofo: "A tirania é o governo de um só com vista ao interesse pessoal; a oligarquia é busca do interesse dos ricos; a democracia visa o interesse dos pobres. Nenhum destes regimes visa o interesse da comunidade" (ARISTÓTELES, 1998, p.213).

Já na idade média, aborda-se nesse estudo os pensamentos de Tomás de Aquino com a argumentação de que, o homem é um ser social, e com a sociabilidade, nasce a política, ou seja, a ordenação dos homens buscando, de forma justa, conduzi-los ao seu fim último ou bem comum. E acrescenta dizendo:

> Pois a natureza preparou aos demais animais a comida, sua vestimenta, sua defesa, por exemplo, os dentes, chifres, garras ou, ao menos, velocidade para a fuga. O homem, pelo contrário, foi criado sem nenhum destes recursos naturais, mas em seu lugar lhe foi dada a razão para que através desta pudesse abastecer-se, com o esforço de suas mãos, de todas essas coisas, ainda que um só homem por si mesmo não pode bastar-se em sua existência (AQUINO, 2002, p.6).

Tomás de Aquino (1954, p.117) estabelece que "o homem e os seres intelectuais alcançam seu fim conhecendo e amando a Deus". Desse modo, a beatitude é a felicidade, o "*bonum commune perfectum*" do homem, que por ser racional, é o único, dentre os seres naturais, a poder buscar Deus.

Na idade moderna, o pensamento se volta para a política e visa identificar as perspectivas do interesse público, consequentemente o bem comum. Destacando-se nesse período, as obras: Leviatã, de Thomas Hobbes, Segundo Tratado Sobre o Governo, de John Locke, Do Contrato Social, de Jean-Jacques Rousseau. Esses autores ficaram conhecidos como os contratualistas, cada qual com sua teoria.

Thomas Hobbes (2009), em Leviatã, posiciona-se contra o levante dos homens contra o soberano, ao considerar que, ao firmar um contrato social, os homens abdicam de sua liberdade e seu direito de defesa e transferem esses poderes ao soberano, ou assembleia, que se encarregará de exercer esse direito por um bem comum. Bem comum, em Hobbes (2009), é expresso pelas atitudes do soberano, sem que seja necessário que os homens manifestem sua opinião. Ou seja, uma vez firmado o contrato e instituído o soberano, ele já representa o bem comum, e quaisquer atitudes que vier a tomar continuará representando o bem comum, ainda que a opinião pública ache o contrário.

A teoria contratualista de Locke se apresenta, onde os homens deixavam o estado de natureza para se unir através de um contrato social, visando à preservação de suas vidas. Assim, o contrato social se torna um pacto de consentimento, no qual os indivíduos se unem para proteger os direitos que possuíam no estado de natureza. Este pacto visava o próprio interesse do povo, não sendo legítimo que o poder outorgado fosse além do próprio bem comum, conforme se depreende do seguinte trecho do XIX capítulo do Segundo Tratado sobre Governo Civil, que apresenta uma definição pormenorizada do bem comum, segundo Locke (2001, p.159):

> Mas, embora os homens ao entrarem na sociedade renunciem à igualdade, à liberdade e ao poder executivo que possuíam no estado de natureza, que é então depositado nas mãos da sociedade, para que o legislativo deles disponha na medida em que o bem da sociedade assim o requeira, cada um age dessa forma apenas com o objetivo de melhor proteger sua liberdade e sua propriedade (pois não se pode supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior), e não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou poder legislativo por ela instituído, se estenda além do bem comum; ele tem a obrigação de garantir cada um sua propriedade, remediando aqueles três defeitos acima mencionados que tornam o estado de natureza tão inseguro e inquietante.

Enquanto que, a teoria contratualista de Rousseau resolve a questão através da ideia da alienação total dos direitos dos indivíduos em prol de toda a comunidade. A alienação total se justifica pela condição igualitária do pacto, onde ninguém pretenderia torná-lo mais oneroso para os outros, já que estaria onerando a si mesmo. Tal união seria tão perfeita para Rousseau (2002, p.38) que nenhum associado teria motivos para reclamar. A grande contribuição da teoria contratual rousseauniana na determinação do bem comum encontra-se na formulação da vontade geral, no qual o indivíduo "pode considerar-se soberano e, enquanto é governado, é súdito, mas súdito livre, porque obedece assim a uma vontade que é também a sua autêntica vontade, o seu natural desejo de justiça." O bem comum em Rousseau (2002, p.38) está interligado a vontade geral, conforme a seguinte passagem da obra em análise:

> (...) somente a vontade geral tem possibilidade de dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, isto é, o bem comum; pois se a oposição de interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi a conciliação desses mesmos interesses que tornou possível. Eis o que há de comum nesses diferentes interesses fornecedores do laço social; e, se não houvesse algum ponto em torno do qual todos os interesses se harmonizem, sociedade nenhuma poderia existir. Ora, é unicamente à base desse interesse comum que a sociedade deve ser governada.

Ainda, acompanhando a história do bem comum em seus mais variados períodos, adota-se nesse estudo o bem comum pelo pensamento de Jacques Maritain, tomando como base a democracia cristã e filosófica dos direitos humanos, onde em sua natureza só é possível se compreenderem estes, como expressões da lei natural, fundados na dignidade da pessoa humana e estabelecidos estes direitos numa hierarquia, tendo como primário o direito do homem à vida. Deste modo, disserta Maritain (1962, p.55/56):

> O fim da sociedade é o bem da comunidade, o bem do corpo social. Mas se não se compreende que este bem do corpo social é um bem comum de *pessoas humanas*, como o próprio corpo social é um todo de pessoas humanas, esta fórmula, por sua vez, conduzirá a outros erros, de tipo totalitário. O bem comum da cidade não é nem simples coleção dos bens privados, nem o bem próprio de um todo (como a espécie, por exemplo, a respeito dos indivíduos, ou a colmeia a respeito das abelhas) que dirige só para si e sacrifica as partes. É a boa vida humana da multidão, duma multidão de pessoas; é a sua comunhão no bem-viver; é, portanto comum ao todo e às partes, sobre as quais se derrama e que devem beneficiar dele; com risco de se desnaturar a si mesmo, implica e exige o reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas (e o dos direitos da sociedade familiar, em que as pessoas estão comprometidas mais primitivamente que na sociedade política): comporta como valor principal a mais alta acessão possível (isto é, compatível com o bem do todo) das pessoas à sua vida de pessoas e à sua liberdade de expansão, - e às comunicações de bondade que, por sua vez, daí procedem.

Em suma, o Cristianismo passa a professar a igualdade entre os homens pela dignidade humana, e a adoção do bem comum precisa ver carregado de boas intenções ou como diz Maritain (1962 p.58): "o bem comum é coisa eticamente boa", para constituir um povo com relações de justiça. Nesse sentido diz o autor:

> (...) o bem comum não é somente um conjunto de vantagens e de utilidades, mas retidão de vida, fim bom em si, - o que os antigos chamavam *bonum honestum*; por que duma parte é uma coisa moralmente boa, em si, assegurar a existência da multidão; e, por outra, é uma existência justa e moralmente boa da comunidade que deve ser assim assegurada, e somente com esta condição, a condição de ser segundo a justiça e a bondade moral é que o bem comum é o que ele é, bem dum povo, bem duma cidade, e não o "bem" duma associação de gângsters e de assassinos. (MARITAIN, 1962, p.57).

Analisando toda a construção de bem comum no decorrer da sociedade, pode-se dizer que em cada momento histórico e em cada região geográfica diferente, existiu e ainda vai continuar a existir, uma ideia de bem comum diferente uma da outra. Entretanto a ideia de bem

comum proposta por Maritain, é que a mais se aproxima de um modelo atual, que luta para o respeito da dignidade da pessoa humana e para concretização de direitos fundamentais – inclusive das minorias étnicas.

Do ponto de vista jurídico e analisando a Constituição Federal vigente, é notável que a mesma demonstra, ser um dos passos iniciais para um novo Brasil pós-ditadura a busca pelo bem comum. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil adquiriu novos preceitos jurídicos para a construção de uma sociedade mais fraterna. Ao longo das constituições, pode-se dizer que a atual é que mais valoriza e ampara o ser humano e sua dignidade.

Direta ou indiretamente, percebe-se que várias normas constitucionais aludem ao bem comum, por exemplo, a definição mais abrangente dos princípios humanistas e do bem comum que foi atribuído à ecologia, presentes no artigo 225: ***Todos*** *têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,* ***bem de uso comum do povo*** *e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o deve de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*. Neste sentido, analisa-se a constituição como instrumento implantador de valores na sociedade e como principal guardiã do bem comum.

Constata-se também, que por toda a Carta Magna estão espalhados preceitos familiares, fraternos e igualitários. É certo que se trata igual, partes iguais, portanto é na desigualdade presente em várias esferas da sociedade brasileira que as premissas e os instrumentos do princípio do bem comum ganha destaque e gera mudanças e efeitos positivos na sociedade através dos direitos.

INFLUÊNCIAS DO CAPITALISMO NO ESTADO.

Para dar sequência nos estudos se faz necessário entender o contexto econômico em que o mundo vem passando nos últimos anos, e assim compreender o que de fato a globalização interfere nas relações sociais e principalmente no Estado. Quando se fala em globalização dos povos, o valor essencial deveria ser de liberdade, igualdade e fraternidade entre todos os indivíduos, de um mundo sem fronteiras, não somente entre as pessoas como também entre as nações, capaz de garantir uma vida digna e honrosa, sendo uma comunidade universal culta e pacífica, diga-se uma teoria perfeita para ninguém encontrar defeito. Todavia, as relações de dominação entre as nações apenas aumentaram durante esses anos, e os países desenvolvidos

com mercado interno saturado aproveitaram-se para expandir sua produção para outros países com recursos insuficientes.

Parte-se de um estudo em que a globalização foi originada no período mercantilista iniciado aproximadamente no século XV durando até o século XVIII, com a queda dos custos de transporte marítimo, e aumento da complexidade das relações políticas europeias durante determinado período. A globalização possui várias linhas teóricas que tentam explicar sua origem. Resumidamente se diz que as sociedades do mundo estão em processo de globalização desde o início da história, acelerado pela época dos descobrimentos. Mas o processo histórico a que se denomina globalização é bem mais recente, datando do colapso do bloco socialista e o consequente fim da Guerra Fria (entre 1989 e 1991), do refluxo capitalista com a estagnação econômica da URSS (a partir de 1975) ou ainda do próprio fim da Segunda Grande Guerra Mundial. Castro (2006, p. 34) salienta como deve ser discutido o surgimento da globalização:

> Muito se tem debatido sobre a definição e a caracterização da globalização ora em curso. Por ser um processo recente, doloroso para milhões, que sobreveio destruindo um mundo razoavelmente ajustado, tal debate tem sido particularmente polêmico. Ideologias à parte, faz-se necessário entender, da forma mais precisa possível, como e porque se deu esse processo de globalização, e também quais são suas principais características, para que se possa incidir sobre ele. Simplesmente rejeitá-lo, ou minimizá-lo, enfim, não compreendê-lo, é o caminho mais curto para dele ser apenas um paciente, uma vítima.

Em outro viés, há o entendimento da origem da globalização após a Segunda Grande Guerra Mundial, onde visualisa- se o impulso desta gerada pelos Estados Unidos, país que na época estava no auge de sua produtividade, sendo que outros países afetados pelo conflito estavam sem forças suficientes para reconstituirem sua nação. Assim, houve uma grande transferência de recursos por parte dos Estados Unidos aos demais países, derrubando todas as barreiras econômicas, tornando deste modo, um dos marcos da globalização. Por conseguinte, entende Paul Singer (2003, p. 20):

> Ao final da Segunda Guerra Mundial, os países que hoje compõe o Primeiro Mundo experimentavam condições muito diferentes. Os Estados Unidos estavam no auge de sua hegemonia, com elevados niveis de produção e consumo, produtividade e salários, os demais países tinham suas economias afetadas pelo conflito, carência de recursos e dificuldades de reabsolver os ex-combatentes. A primeira etapa da globalização foi dominada pela

> transferência maciça de recursos dos Estados Unidos para a Europa e para o Japão. As grandes companhias norte americanas implantaram filiais e adquiriram firmas da Europa Ocidental, retomando assim sua multinacionalização. Os países europeus e o Japão reconstruíram seus parques industriais e ativamente incorporaram tecnologia e padrões de consumo dos EUA. Gradativamente, as diferenças entre todas as economias envolvidas na globalização foram sendo eliminadas até constituírem um todo econômico bastante homogêneo.

Vale ressaltar que este projeto de globalização não é uma criação exclusiva do Estado norte-americano e que tampouco atende exclusivamente aos interesses deste, mas também é um projeto das empresas, em especial das grandes empresas transnacionais, e governos do mundo inteiro. Com a globalização implantada houve um grande reflexo nas relações sociais de todo mundo, sendo grande a diferença entre a produtividade e os custos de produção de vários países, levando a uma ampla desigualdade social. Fazendo com que os grandes centros industriais fossem completamente esvaziados, deixando vários desempregados, causando o processo um chamado de desindustrialização, gerando empobrecimento e desemprego em varias cidades. Segundo Singer (2003, p. 21):

> A globalização é um processo de reorganização da divisão internacional do trabalho, acionando em parte pelas diferenças de produtividade e de custos de produção entre países. No início da segunda etapa, os países semi-industrializados apresentavam ao capital global vantagens comparativas, que consistiam em grande disponibilidade de mão-de-obra já treinada e condicionada ao trabalho industrial a custos muito menores do que nos países desenvolvidos.

Com os reflexos nas relações sociais, alteraram-se também os direitos trabalhistas, o Estado que pouco participava da vida das pessoas, passou a ser essencial para reconhecer e estabelecer direito mínimos sobre as condições de trabalho que deveriam ser respeitadas pelos empregadores. Relatando sobre os abusos trabalhistas do período da desindustrialização, diz o autor:

> Na mesma época, as lutas de classe nos países industrializados haviam se intensificado, alimentadas por crescente insatisfação de uma classe operária de escolaridade elevada com um trabalho monótono e alienante. Grandes jornadas grevistas eram resolvidas com elevações salariais que superavam os ganhos de produtividade e pressionavam os lucros. A transferência em grande escala de linhas de produção industrial para a periferia foi a resposta das empresas. Grandes centros industriais na Europa e na América do Norte foram literalmente esvaziados, com prédios fabris abandonados e grande número de desempregados. Ao contrário da primeira etapa, desta vez a globalização

> assumia o papel de causador de "desindustrialização" e empobrecimento de cidades e regiões inteiras. (SINGER, 2003, p. 21-22)

Com a globalização, foram também incorporados em outros países os sistemas de produção dos países desenvolvidos. Logo após a Segunda Grande Guerra Mundial, o sistema mais utilizado nessa época foi o "fordismo", um princípio de produção em massa, onde automóveis de Ford eram construídos em esteiras rolantes que funcionavam, enquanto cessavam-se as atividades dos operários que ficavam nas "estações", nas quais realizavam pequenas etapas da produção. Esse período ficou conhecido na história do capitalismo como "Os Anos Dourados".

Com o mundo globalizado, e praticamente utilizando os mesmos meios de produção, começaram a surgir novas ideias, e novos problemas sociais, entre eles estão o acúmulo de capital, fazendo as potências industriais a buscarem novos mercados consumidores, assim os empresários passaram a investir em outros países, e internamente surgiram ofertas excessivas de mão-de-obra, gerando em quase todos os países desenvolvidos o desemprego.

Portanto, o mundo começou a ficar interligado, tendo uma política de comércio ascendente com a implantação de sistemas de trabalhos desenvolvidos pelas multinacionais, entretanto, passou a compartilhar os mesmos problemas, sendo o mais grave o desemprego causando uma grande revolta da população.

Deste modo, as inovações tecnológicas fizeram surgir uma nova economia global, originando produtos nunca antes imaginados, o que muitos chamam de nova revolução industrial, ou seja, a revolução da "informação" presente nos meios de produção, dando origem não só a novos produtos como também novos negócios, senão vejamos por Castro (2006, p. 33):

> E estes poucos mais de 20 anos mudaram, e muito, a face do mundo. Não foi só a economia tradicional que se tornou mais dinâmica e eficaz com novas formas de produção e novos produtos nunca antes imaginados. Na verdade, as inovações tecnológicas fizeram surgir o que alguns chamaram de Nova Economia, refletindo a transposição de seus polos dinâmicos da indústria para os serviços: a mudança da produção de bens para a produção de ideias; o processamento de informações e não o processamento de estoques. Essa economia "intangível", economia do conhecimento ou da informação, abre perspectivas para além do já acelerado crescimento da produtividade industrial, introduzindo, além de novos produtos, novos negócios.

Nota-se que os apontamentos apresentados são a realidade da sociedade brasileira, não

há fraternidade nas relações empregatícias, até os direitos fundamentais que deveriam ser fontes de valores sociais, não são observados pelos empresários, na verdade, para o mercado o importante é o lucro, em posicionamento semelhante, discorre Singer (2003, p. 12):

> Os empresários gostam de falar de *oferta de emprego*, como se o emprego fosse alguma dádiva que a firma faz ao empregado. Na realidade, é o contrario: é o trabalhador que *oferece*, ele que é o vendedor, e a mercadoria não é o emprego, mas a capacidade de produzir do trabalhador. A firma empregadora é o comprador, o demandante e, como tal, paga o preço da mercadoria – o salário.

A crise de emprego deixada pelo capitalismo, ou seja, o desemprego tecnológico é semelhante ao desemprego gerado pela industrialização, onde vários trabalhadores qualificados perderam suas atividades para máquinas e aparelhos que produzem com menos custos, tornando as sociedades com cada vez mais desigualdades sociais. Como exposto, a falta de emprego nos últimos anos só aumentou, e o emprego deixou de ser sinônimo de segurança há muito tempo, embora ainda tenha empresa que tenta vender essa ideia aos seus empregados, para garantir uma boa imagem social e a lealdade dos funcionários.

Sob outra ótica, ressalta-se que o Estado é obrigado a oferecer capacitação para a população, já que é com a venda da capacidade de produzir que a maioria das pessoas buscam a efetivação de seus direitos fundamentais. Além disso, é importante a existência de práticas que tragam valores sociais e consequentemente se incorpore no meio social, para que ao decorrer do tempo, seja possível política de governo e de empresas com a finalidade de garantir programas sociais, como assistência ao ser humano e não somente programas que capacitem à formação laborativa. Conclui-se, ressaltando que a opção mais proveitosa é parar de pensar como empregado e começar a pensar como alguém preocupado com a vida, não a vida própria mais a de todos os seres humanos.

É utópico falar em uma sociedade totalmente igualitária, nos moldes capitalistas de hoje, além do mais, os seres humanos sempre acabam se diferenciando dos outros em algum aspecto. Não apenas os seres humanos, mas todo ser vivo mesmo que contenha mesmo aspecto biológico sempre existirá algum detalhe que o diferencie.

Acontece que quando se fala das diferenças do ser humano em sociedade, fala-se também de divisão da mesma. As divisões sociais podem ser inúmeras. Porém o que se percebe é que atualmente o fator econômico contribui muito para a formação destas divisões. E mais que isso, percebe-se que é a partir do *status* que determinada pessoa ocupa na sociedade e em

conjunto com isso o papel que esta pessoa possui diante das outras pessoas é que determina seus hábitos, suas ações, enfim, sua vida.

Para melhor compressão deste assunto será abordado os ensinamentos do professor Machado Neto (2008), que em seu livro sociologia jurídica alude sobre a questão de como o *status* e o papel social se relaciona com a divisão da sociedade. Enfim, o autor alega:

> [...] não há momento mais propício para perceber-se a força conformadora do econômico sobre o jurídico, mas também não há melhor exemplo de ação recíproca, tanto é sob o influxo do desenvolvimento que o direito se mostra o instrumento mais cabal de planificação, o que aliás já se vem chamando, há algum tempo, como o comendo jurídico do desenvolvimento (MACHADO NETO, 2008, p.254).

Importante ressaltar que embora o Direito traga igualdade entre todos perante a lei, ou mesmo a igualdade de sexos, há de se ressaltar que a igualdade social ainda esta muito distante, justamente por causa das questões econômicas, e analisando a história nota-se que sempre houve uma hierarquização entre os povos. Para esclarecer melhor a relação do *status* social com a hierarquização e divisão da sociedade, vale mencionar os sistemas de estratificação social que se tem variado nas culturas, sendo numerosos os sistemas, em diferentes momentos da história, como por exemplo, o de castas e o de classes.

No sistema de classes, as classes altas gozam de maiores riqueza econômica, sendo assim, exibem seu destaque social através de inovações custosas em seu vestiário, e também residencial, decoração, usos e meios de transporte. Por isso, em um sistema de estrutura de classes aberta, a tendências das classes são de buscar a ascensão social. Daí que todos tentem assimilar-se aos modos – às modas – da classe superior, o que, na medida em que são realizados pelos de baixo, frustra a intenção de destaque dos de cima. Desse modo a classe alta está sempre lançando outras novidades, ou modas. Daí que o peculiar da moda seja uma questão de tempo, e que a procura dos refinados seja sempre por uma moda mais recente. (MACHADO NETO, 2008, p.262).

Diante do exposto, nota-se que em uma sociedade de classes, que é o sistema predominante atual, devido o sistema capitalista, o *status* e o papel social, bem como a divisão da sociedade é muito influenciado por conceitos relacionados apenas a economia. Como por exemplo, a roupa de marca, o carro do ano, dentre outros critérios consumistas que são dissipados por toda sociedade, ou pela maioria dela.

Em consonância com a formação do Estado, percebe-se que estes fatos que estabelecem costumes e incentivam novos hábitos (comerciais por exemplo), assim como, criam diferentes critérios para analisar e extrair opiniões das pessoas, influi em grupos sociais com menos oportunidades e alavancam as desigualdades sociais em sentido pobreza-riqueza.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE

Demonstra-se brevemente a trajetória histórica do direito fraterno. Assim, a fraternidade teve seu início na história em momento marcante, que é a Revolução Francesa, cujo lema era "liberdade, igualdade e fraternidade". Esta Revolução deu origem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e estabeleceu por escrito os princípios mínimos fundamentais para o respeito da dignidade humana, sendo a primeira letra de direito positivos, que foram seguidas pela Europa e Estados Americanos. Houve uma redescoberta da fraternidade durante a Revolução Francesa, diz Baggio (2008, p.7):

> [...] Por que, então, ocupar-se tanto com os acontecimentos de 1789, se o aparecimento da trilogia naquela época foi tão passageiro? O fato é que a Revolução de 1789 constitui um ponto de referência histórico de grande relevância, porque, durante o seu andamento, pela primeira vez na Idade Moderna a ideia de fraternidade foi interpretada e praticada politicamente.

A Revolução de 1789 inovou diante da fraternidade principalmente pelo fator político, pois, pela primeira vez trata-se a ideia de fraternidade com dimensão política. Quanto a isto, pode-se concluir que a atribuição da política na fraternidade eleva-se este princípio para algo que possa se introduzir na esfera estatal, transcendendo assim, o sentido de ser algo presente apenas na sociedade em sentido estrito da palavra. Ou seja, visualiza-se a fraternidade como elemento político e importante para o Estado. Ainda segundo Baggio, (2008, p.8): "a Revolução inova também no sentido de que a fraternidade começa a interagir com os outros dois princípios importantes, que se perfazem na democracia atual que é o da liberdade e o da igualdade." Porém, ao contrário do que o censo comum influencia à pensar, a Revolução Francesa, apesar de ser símbolo da tríade "liberdade, igualdade e fraternidade" não foi suficiente para que estes preceitos se tornassem eficazes.

Em relação à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a mesma reconhecia em seu preâmbulo que há "direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem" a serem

consolidados num pacto social a partir do que se legítima o surgimento de uma sociedade, cuja preservação exige que o poder político seja exercido com a supremacia do direito, espelhado na constituição, na lei das leis.

A universalização dos direitos fundamentais vem com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde reafirma o tríplice lema: "liberdade, igualdade e fraternidade", proclamado pela Revolução Francesa, ao prescrever em seu artigo 1º que: "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir reciprocamente com espírito de fraternidade.". Sobre a Declaração dos Direitos Humanos, diz Bobbio (1992, p. 29 e 30):

> "Com a Declaração de 1948, tem inicio uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou. pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo."

No Brasil pode-se encontrar a incorporação da fraternidade no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, onde se lê que ao instituir um Estado Democrático a nação brasileira está "a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social".

A fraternidade é um princípio fundamental, pois é do respeito para com o próximo que se garante a harmonia da sociedade. Nessa linha segue Machado (2010, p. 100): "A Constituição busca assim, com a dimensão fraternal, uma integração comunitária, uma vida em comunhão. Se as pessoas viverem em comunidade estarão, de fato, numa comum unidade. Em uma palavra: fraternidade."

O princípio constitucional da fraternidade no Brasil contribui para reafirma os fundamentos do Estado democrático e social de Direito, onde se faz necessário à cooperação voluntária de todos, para que possam igualmente ter uma vida digna. Nesse sentido posiciona-se

o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Brito (2003, p. 216):

> Efetivamente, se consideramos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando nos dias presentes à etapa fraternal esta fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer a interação de uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal tem por anos defendido a fraternidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com a argumentação de que é o ponto de equilíbrio que se precisa para unir liberdade e igualdade, Britto (2007, p. 98) diz:

> A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida.

A nação brasileira fez na Constituição Federal de 1988 uma opção clara pela incorporação dos direitos individuais e sociais mínimos assegurados pelas sociedades modernas e pelos povos evoluídos. Dentro do direito contemporâneo a fraternidade busca contribuir com a promoção de valores, e que as pessoas busquem soluções para efetivar os direitos fundamentais. Em outras palavras é o que o italiano Filippo Pizzolato (2008, p.114) menciona sob a solidariedade vertical e solidariedade horizontal, sendo:

> A solidariedade vertical se expressa nas formas tradicionais de intervenção e ação do Estado social, ou seja, alude à ação direta dos poderes públicos com a intenção de reduzir as desigualdades sociais e permitir o pleno desenvolvimento da pessoa humana. A solidariedade horizontal, por sua vez, diz respeito a um princípio que pode ser deduzido da Constituição, o de um necessário socorro mútuo entre cidadãos, limitando-se o Estado a oferecer-se como fiador externo.

Além da passagem explicita da palavra fraternidade dentro do preâmbulo constitucional, se encontra implicitamente em várias outras passagens, por exemplo, no artigo 1º com a adoção dos princípios fundamentais da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e também no artigo 2º onde estipulou como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e a da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Uma sociedade fraterna realizaria com eficácia sua função, pois quando enxerga-se a comunidade com o olhar de irmão conquista-se a ajuda mútua entre os cidadãos. Nesse sentido Aquini (2008, p. 138/139) leciona:

> A fraternidade compromete o homem a agir de forma que não haja cisão entre os seus direitos e os seus deveres, capacitando-o a promover soluções de efetivação de Direitos Fundamentais de forma que, não, necessariamente, dependam, todas, da ação da autoridade pública, seja ela local, nacional ou internacional.

Nota-se que por muitas vezes falta o espirito de fraternidade, principalmente com os menos favorecidos economicamente da sociedade, diante de tal constatação vive-se em tempos de que debater a fraternidade em um modelo vigente que é direcionado pelo poder econômico, pode fazer toda a diferença para a garantia de direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como abordado nesse estudo, a ideia inicial de bem comum se relaciona com os objetivos do Estado, onde se busca garantir uma melhor condição de vida para a população. No modelo atual do Brasil, ou seja, após a Constituição Federal de 1988, foram proclamados muito direitos que abarcam ideia de um bem comum coletivo. Por outro lado, nota-se a influencia do capitalismo na vida social das pessoas, em um mercado cada vez mais preocupado em somente lucrar, e isso diretamente afeta todo comportamento social da população, o capitalismo tornou as pessoas muito mais consumista, e consequentemente mais individualista, e se tem hoje uma sociedade que embora seja unida por uma carta constitucional, esta muito distante de valores humanitários.

A solução ao qual se apresenta no artigo, é utilizar os valores já estampados em nossa constituição para mudar esse contexto ao qual o Brasil vem passando, acredita-se que trabalhar a

ideia de fraternidade e tornar as pessoas preocupadas cada mais com as condições sociais do próximo, pode também alterar a realidade dessa desigualdade a qual o pais vem suportando.

REFERÊNCIAS

AQUINI, Marco. **Fraternidade e direitos humanos.** In. Antônio Maria Baggio (org.). O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.p.138/139.

AQUINO, Santo Tomas de. **Suma Teológica: Tomo IV**. Madrid: B.A.C., 1954. p. 117. (Tradução Livre).

AQUINO, Tomas de. **La Monarquia**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 6. (Tradução Livre).

ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Vega, 1998.

BAGGIO, Antônio Maria. **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas.** Ed. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

BOBBIO, Norberto**. A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

_____. **As Teorias das formas de Governo**. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Teoria da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, Antonio Escosteguy. **Trabalho, Tecnologia e Globalização: A Necessidade de Uma Reforma Sindical no Brasil**. 1 Ed. São Paulo: LTR, 2006.

HOBBES, Thomas. **Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. SãoPaulo: Martins Claret, 2009.

LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado sobre Governo Civil e Outros Escritos**. Petrópolis. Editora Vozes, 2001.

MACHADO NETO, Antonio Luís. **Sociologia Jurídica.** 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Constitucional.** In: SOUZA, Calos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes. Princípios humanistas constitucionais: reflexões sobre o humanismo do Século XXI. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

MARITAIN, Jacques. **A pessoa e o bem comum.** Lisboa: Livraria Morais,1962.

PIZZOLATO, Filippo. **A fraternidade no ordenamento jurídico italiano**. In: BAGGIO, Antônio Maria. O princípio esquecido. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social e Outros Escritos.** São Paulo.14ªedição. Cultrix. 2002.

SINGER, Paul. **Globalização e Desemprego: Diagnósticos e Alternativas**. 4. Ed. São Paulo: Contexto, 2003.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ana Beatriz Rodrigues DEPIERI [30]

RESUMO
No presente trabalho buscou-se abordar o tema separação de poderes desde sua evolução histórica até sua implementação nos sistemas constitucionais atuais, atentando-se para os problemas suportados pelo sistema da separação dos poderes no cenário atual. Informa-se primeiramente sobre a consagração desta teoria, que deu-se concomitantemente à adoção do Estado Liberal de Direito, bem como a preservação do sistema da separação de poderes nas formas estatais posteriores a esta, incluindo o Estado Democrático de Direito, modelo estatal amplamente adotado na atualidade. Ainda buscou-se uma detida análise da evolução histórica desta teoria desde os primeiros estudos que tratavam da necessidade de separação das funções estatais até seu nascimento como teoria com a obra de John Locke e, posteriormente, seu aperfeiçoamento como tripartição de poderes a partir da obra de Montesquieu, após a qual passou a ser amplamente adota em âmbito mundial. Por fim, releva-se as principais críticas doutrinárias acerca do sistema da separação dos poderes, discutindo-as de modo a buscar um aperfeiçoamente da aplicação do sistema da separação de poderes frente às necessidades sociais atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Separação de Poderes. Tripartição de Poderes. Estado de Direito.

RESUME
In this study the objective was to treat the issue separation of powers since its historical evolution to its implementation in the current constitutional system, paying attention to the problems supported by the separation of powers in the present scenario. It is informed in first place about the consecration of this theory, which has occurred concomitantly with the adoption of the Liberal State and the preservation of the system of separation of powers in the following state forms, including the democratic state, state model widely adopted nowadays. Still the present work aim to promote a detailed analysis of the historical evolution of this theory since the first studies that found the need for separation of state functions to its birth as theory with the work of John Locke and after that it is improvement as tripartite powers theory in the work of Montesquieu, which became widely adopted worldwide. Finally, the present work expose the main doctrinal criticism about the separation of powers system, discussing them in order to search ways of improving the implementation of separation of powers system because of the current social needs.

KEYWORDs: Democracy. Separation of powers. Tripartite Separation of Powers. Rule of Law.

[30] Estudante de Graduação - Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente.

INTRODUÇÃO

Conforme sabido, o sistema da separação de poderes encontra-se consagrado em âmbito mundial na atualidade, estando sua implementação relacionada à adoção de um sistema democratico, visto que a separação das funções do Estado demonstra-se como um instrumento de limitação do poder estatal.

Ademais, o sistema da separação de poderes também coloca-se, desde a sua consagração, como uma forma de preservação das liberdades individuas, protegendo o cidadão de condutas arbitrárias por parte do Estado.

Neste contexto, dada a importância deste tema, visto que tal sistema assegura a proteção de direitos fundamentais do cidadãos, bem como do modelo democrático, no qual o poder pertence ao povo, mostra-se interessante uma análise da evolução histórica do tema para que se possa melhor entender a aplicação atual do sistema da separação dos poderes e, posteriormente, uma análise detida das criticas doutrinárias acerca do tema para que se possa a partir de tais críticas buscar um aperfeiçoamento deste sistema no cenário atual.

A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A discussão acerca da separação das funções estatais remonta à Grécia Antiga, período no qual este tema já era abordado por filósofos como Platão. Contudo, muito embora trate-se de um tema já considerado desde um passado remoto, tal passou a ser mais amplamente abordado no século XXVIII, com o surgimento do constitucionalismo, sendo este, por sua vez, um movimento que nasceu em razão de uma combinação de três fatores, quais sejam, a grande difusão do pensamento jusnaturalista exposto nas obras contratualistas, por meio do qual pregava-se a superioridade do indivíduo, havendo direitos naturais do homem que deveriam ser protegidos do Estado, bem como, a luta contra as monarquias absolutistas e a necessidade de racionalização do poder em razão de uma influência Iluminista no sentido de que a razão deveria reger as relações políticas.

De modo que, Dalmo de Abreu Dallari expõe que destes três fatos que permitiram o nascimento do constitucionalismo pode-se extrair os objetivos deste movimento, sendo estes: *"a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder*" (2013, p. 198).

Assim, pode-se perceber que, uma vez que o movimento constitucionalista possuía como um de seus objetivos a limitação do poder estatal, baseada na oposição ao absolutismo, a separação de poderes encontra íntima relação com este movimento, visto que a separação de poderes possui como finalidade exatamente a limitação do poder estatal, de modo a impedir que todas as funções do Estado concentrem-se nas mãos de uma só pessoa ou um só órgão.

Ademais, salienta-se que o constitucionalismo também possui uma forte ligação com o chamado Estado Liberal de Direito, sendo este o modelo em que o Estado encontra-se submetido à legalidade, a qual, por sua vez, visa proteger o cidadão das ações estatais. Neste diapasão, destaca-se que o constitucionalismo, "*surgindo num momento em que a doutrina econômica predominante era o liberalismo, incorporou-se o constitucionalismo ao acervo de ideias que iriam configurar o liberalismo político"* (DALLARI, 2013, p. 199).

Neste sentido, muito embora o Liberalismo haja se originado na Inglaterra, sendo que a origem do termo, inclusive, remonta ao segundo *Bill of Rights*, imposto em 1689 pelo Parlamento à coroa, que estabelecia um sistema de liberdades ao cidadão, autorizando o porte de armas, tal instituto consagrou-se nos Estados Unidos da América, que acolheram os princípios deste instituto mormente na Declaração de Virgínia (1776) e na Constituição Federal (1787), bem como na França, na qual a Revolução Francesa foi baseada nos princípios do liberalismo político, sendo que tal revolução possuía como máximas:

> "todo governo que não provém da vontade nacional é tirania; a nação é soberana e sua soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível; o Estado é uma organização artificial, precária, resultante de um pacto nacional voluntário, sendo o seu destino o de servir ao homem; o pacto social se rompe quando uma parte lhe viola as cláusulas; não há governo legítimo sem o consentimento popular; a Assembléia Nacional representa a vontade da maioria que equivale à vontade geral; a lei é a expressão da vontade geral; o homem é livre podendo fazer ou deixar de fazer o que quiser, contanto que sua ação ou omissão não seja legalmente definida como crime; a liberdade de cada um limita-se pela igual liberdade dos outros; todos os homens são iguais perante a lei; o governo destina-se à manutenção da ordem jurídica e não intervirá no campo das relações privadas; **o governo é limitado por uma Constituição escrita, tendo esta como partes essenciais a tripartição do poder estatal e a declaração dos direitos fundamentais do homem** etc." (MALUF, 2010, p. 142, grifo nosso)

Destarte, pode-se perceber que o Estado Liberal, nascido por influências do constitucionalismo, fundava-se em três principais pilares, quais sejam, uma enunciação formal dos direitos das pessoas (dadas as influências jusnaturalistas da época, que estabeleciam o dever de o Estado tutelar determinados direitos naturais dos indivíduos), a separação das funções

estatais, bem como, a implementação do chamado princípio da legalidade, segundo o qual todos, inclusive o Estado, estariam submetidos à lei.

Frise-se que foi a partir do modelo de Estado Liberal que o sistema da separação das funções estatais consagrou-se em nível mundial, visto que esta última era um dos princípios nos quais pautava-se o Estado Liberal, de modo que a partir da consagração mundial de tal modelo estatal, houve a consequente consagração mundial do princípio da separação dos poderes, sendo que este mostra-se como um instrumento para a limitação do poder estatal, impedindo o absolutismo.

Contudo, não se pode deixar de notar que o modelo de Estado Liberal possuía inúmeras falhas observadas a partir da experiência prática, razão pela qual tal modelo encontra-se já superado. Aliás, dentre tais falhas pode-se destacar o fato de que este modelo estatal, baseado mormente em um liberalismo econômico, impunha ao Estado apenas uma abstenção de intervir no que toca às relações privadas, sem, entretanto, exigir do Estado condutas positivas no sentido de proteger o cidadão com o objetivo de promover uma igualdade substancial entre os indivíduos. Aliás, acerca das falhas do Estado Liberal de Direito, aponta Sahid Maluf que:

> "Em verdade o liberalismo que se apresentara perfeito na teoria bem cedo se revelou irrealizável por inadequado à solução dos problemas reais da sociedade. Converteu-se no reino da ficção, com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados." (2010, p. 146)

A gritante desigualdade social havida sob a égide do Estado Liberal de Direito pode ser facilmente percebida por meio de uma análise da Revolução Industrial, iniciada em 1770 na Inglaterra, cenário no qual o grande crescimento industrial, com a interferência mínima do Estado nas relações privadas, fez com que houvesse a concentração de um grande poderio economico e político nas mãos de uma pequena burguesia, enquanto grande parte da população, incluindo crianças, para a manutenção de sua própria subsistência, sujeitava-se ao trabalho por longos períodos em péssimas condições nas fábricas.

Neste contexto, sobrepondo-se ao Estado Liberal de Direito, surge o modelo sucedâneo a este, qual seja, o Estado Social de Direito ou também chamado de *Welfare State*, sendo que tal modelo estatal apresenta-se como aquele no qual, além dos já existentes direitos que limitam a atuação do Estado, passam a existir também direitos que impõem uma conduta ativa do Estado

para sua garantia, que são exatamente os chamados direitos sociais, como por exemplo os direitos à saúde e à educação.

Nota-se que neste modelo de Estado, mantém-se os valores consagrados pelo Estado Liberal de Direito, contudo neste:

> "A adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a buca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós Segunda Guerra Mundial.
> Com o Estado Social de Direito, projeta-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público." (STRECK; MORAIS, 2008, p. 96)

Dessarte, o Estado Social de Direito é aquele no qual o ente estatal deixa de ter uma conduta meramente passiva, devendo agir no sentido de assegurar direitos estabelecidos pela legislação. Neste sentido, a implementação constitucional deste modelo estatal deu-se na segunda metade do século XX, notadamente com o a Constituição Mexicana em 1917 e a Constituição de Weimar em 1919 (STRECK; MORAIS, 2008, p. 78).

Entretanto, no que toca à Constituição de Weimar, sua fragilidade permitiu o desenvolvimento do nazismo na Alemanha, tendo este iniciado-se em 1933 por meios das próprias instituições democráticas (MALUF, 2010, p. 161).

Neste contexto, destaca-se que, mormente após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, nasce no pós Guerra, em detrimento do Estado Social de Direito, o chamado Estado Democratico de Direito, o qual preserva todas as conquistas adquiridas pelos modelos estatais anteriores, incluindo, portanto, a separação de poderes, com o acréscimo de que neste último modelo estatal há a efetiva preocupação com a transformação do *status quo*, ou seja, diferentemente do Estado Social de Direito, no qual se exige tão somente condutas ativas do Estado no sentido de garantir os chamados direitos sociais, mas visa-se garantir a efetiva alteração das condições sociais. Deste modo:

> "Quando assume o feitio democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutávelmente à sanção ou à promoção. O fim a que se pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais." (STRECK, MORAIS, 2008, P. 100)

Destarte, no Estado Democrático de Direito visa-se a efetiva tranformação social e promoção da igualdade material, sendo que a lei assume a feição de instrumento de transformação social.

Neste sentido, após uma análise da consagração mundial do Estado de Direito no mundo, através do Estado Liberal e da evolução deste até a consagração do Estado Democrático de Direito, percebe-se que o princípio da separação de poderes coloca-se como um dos pilares da existência do Estado de Direito desde o seu surgimento como Estado Liberal de Direito até a formação do Estado Democrático de Direito, mormente pelo fato de tal princípio ser essencial na limitação do poder estatal e, consequententemente, na manutenção do sistema democrático.

Neste sentido, dada a importância de tal princípio na manutenção do modelo estatal adotado, inicialmente, considerando-se que o tema do presente trabalho envolve diretamente a teoria da separação dos poderes, interessante se mostra uma análise aprofundada do desenvolvimento histórico desta teoria, tanto em nível mundial quanto no Brasil, bem como das principais características e críticas relacionadas a esta teoria.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA EXPRESSÃO SEPARAÇÃO DE PODERES

No que toca ao estudo do sistema da separação dos poderes, deve-se levar em conta que tal nomenclatura trata-se na realidade de uma ficção jurídica, uma vez que, conforme expõe Michel Temer, o direito atribui significados próprios às palavras em conformidade com o sentido em que o constituinte as utiliza. De modo que, tal regra aplica-se também à expressão poder, sendo que acerca do termo poder para o direito ensina o doutrinador:

> "É ele utilizado em três acepções: a) *poder* enquanto revelação da soberania (art. 1º, parágrafo único da CF); b) *poder* enquanto órgão do Estado (art. 2º da CF); c) *poder* enquanto função (arts . 44, 76 e 92 da CF).
> Tais dispositivos devem ser lidos exemplificadamente da maneira que segue. O art. 1º, parágrafo único 'o governo emana do povo'...O art. 2º: 'São órgãos da União, independentes e harmonicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário'. O art. 44: "A função legislativa é exercida pelo Congresso Nacional'...etc. " (2008, p. 120)

Deste modo, nota-se que no que tange à expressão "separação dos poderes", em verdade o que se tem são vários órgãos exercendo concomitantemente o poder soberano (DALLARI, 2013, p. 214/215), sendo o poder estatal único.

Aliás, conforme expõe o doutrinador Dalmo de Abreu Dallari, "*existe uma relação*

muito estreita entre as ideias de poder e de função do Estado" (2013, p. 215), de modo que muitos estudiosos afirmam que o que em verdade existe é uma separação de funções, sendo que neste contexto, inclusive, afirma Paul Leroy Beaulieu:

> "A number of services which a free and flexible society would not be incapable of performing for itself, which in fact it has for many centuries performed for itself, have gradually fallen to the lot of State, simply because it could perform them better, more economically, more completely, with less effort and less expense.
> We see, therefore, that one after another these special and definite functions have been clearly defined and permanently handed over to the State by society as soon as the altered conditions of both have rendered it more expedient that such and such a work should be performed by a general coercive force rather than by private and intermittent forces. Those who lynch criminals on the confines of the Far West have neither the time nor the mental qualifications necessary for acquitting themselves always properly of their task: permanent judges would be decidedly preferable. It is the same with special constables, volunteer fire-brigades, independent crossing- sweepers, such as we still see in London: less numerous but permanent bodies of professional workers would perform these offices better.
> Thus it is the principle of division of labour, unconsciously applied, which has caused the transfer to the State of certain functions formerly exercised instinctively by society, but now carried on by the State with premeditation.
> This kind of cleavage which is gradually made between the prerogatives of the State and those of the free society has for its object to leave more leisure to individuals for their private tasks, and at the same time to secure the better organization of certain services." (1891, p. 74/75)

Desta forma, pode-se extrair que Paul Leroy Beaulieu, filiando-se à corrente que entende que ao se falar em separação de poderes o que há de fato é uma distribuição de funções, afirmava que a concentração de tais funções nas mãos dos diversos órgãos estatais decorreu da aplicação inconsciente do próprio princípio da divisão do trabalho, sendo que a atribuição destas funções ao Estado implicou em um aumento da eficiência na prática destas, visto que o ente estatal possuí condições de exercê-las com o emprego de menor esforço e, consequentemente, menor dispêndio financeiro.

Daí, inclusive, pode-se constatar a grande diferença, exposta por Dalmo de Abreu Dallari, entre tratar de uma separação de poderes ou uma divisão de funções. Ocorre que, o primeiro caso, quando se fala em descentralização dos poderes, o objetivo primordial desta reside em salvaguardar a liberdade dos indivíduos, ao passo que, no segundo caso, ao se tratar de uma divisão de funções, a preocupação maior é assegurar uma maior eficiência do Estado, o que, inclusive, percebe-se no pensamento de Paul Leroy Beaulieu, que por diversas vezes em seu texto

demonstra a preocupação em aumentar a eficiência de determinadas atividades colocando-as sobre a responsabilidade estatal.

DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Uma vez compreendido o real sentido da expressão "separação dos poderes", cumpre fazer uma abordagem do desenvolmento deste tema ao longo da história, desde o seu surgimento.

Destaca-se, neste sentido, que, muito embora a teoria da separação dos poderes tenha sido consagrada a partir dos estudos de Montesquieu, sendo que de rotineiramente sua origem é a este atribuida, a ideia de divisão das funções do Estado como forma de contenção do poder político deste, remonta à Antiguidade Clássica, onde, contudo, não se aplicava qualquer separação do poder do governo (MALUF, 2010, p. 225).

Neste sentido, o primeiro relato de esboço da ideia de limitação do poder do governo pela divisão do poder remonta a Platão, que "*no Diálogo das leis, aplaudindo Licurgo por contrapor o poder da Assembleia dos Anciãos ao poder do Rei, doutrinou que 'não se deve estabelecer jamais uma autoridade demasiado poderosa e sem freio nem paliativos"* (SAHID, 2010, p. 225).

Após Platão, ainda na Grécia Antiga, Aristóteles contribuiu com a ideia embriã de divisão de funções, sendo que o filósofo, em sua obra "Política", considerava:

> "injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar." (DALLARI, 2014, p. 215)

Destarte, nota-se, conforme exposto supra, que o filósofo grego já demonstrava em sua obra uma preocupação referente à maior eficácia no exercício do poder em razão deste ser exercido por mais de um indivíduo, fundamento este que, conforme tratado no subcapítulo anterior, na atualidade ainda justifica, em conjunto com o objetivo de proteção da liberdade do indivíduo, a aplicação do sistema da separação dos poderes.

Aliás, neste contexto cabe destacar que no que toca à Grécia e Roma antigas, foram desenvolvidos certos axiomas, sendo um deles a ideia de que a estrutura institucional objetiva da qual advém o poder político:

> "deve ser tanto quanto possível estável. Para isso tem que ser local de mistura

> das várias classes sociais, portadoras de interesses conflitantes. Estas devem ter acesso equilibrado aos órgãos ou magistraturas de que aquela se compõe, de modo a poderem participar globalmente no exercício do poder político." (PIÇARRA, 1989, p. 32)

Axioma este o qual, por sua vez, engloba a ideia de constituição mista, que teve sua origem também em Aristóteles, uma vez que este estabeleceu as formas de governo possíveis (monarquia, aristocracia, república, tirania, oligarquia e democracia), contudo, constatou-se que no que tange às constituições concretas, o exercício do poder se dá de acordo com várias destas formas de governo e não tão somente com a aplicação de uma delas, de modo que a estas constituições foi atribuida a nomenclatura constituição mista, sendo que nesta constituição, o exercício do poder se dá por vários setores (grupos) sociais concomitantemente e não tão somente por um determinado grupo. Daí extrai-se a ideia do equilíbrio de forças distintas, que acabou por ser traduzida na teoria da balança dos poderes.

Noutro giro, já durante a Idade Média, mais especificadamente no século XIV, período histórico notoriamente conhecido pela baixa produtividade intelectual, a ideia da separação dos poderes aparece na obra "*Defensor Pacis"* do pensador Marsílio de Pádua, o qual ao expor uma oposição entre o povo (primeiro legislador) e o princípe (responsável pelo exercício do poder executivo), estabelece uma distinção entre ambos poderes, quais sejam, legislativo e executivo (DALLARI, 2013, p. 216).

Contudo, não obstante tenham havido referências à divisão de funções estatais tanto durante a Antiguidade, quanto durante a Idade Média, expõe Nuno Piçarra que as origens próximas da separação dos poderes como doutrina, de modo a estabelecer que as diferentes funções estatais fossem atribuidas a órgãos independentes, visando a preservação da liberdade dos indivíduos, remonta à Inglaterra do século XVII (1989, p. 41). Aliás, acerca da origem da divisão de funções no Estado inglês explana o doutrinador:

> "Apenas com o extraordinário desenvolvimentos das instituições representativas em Inglaterra, que a haveria de conduzir de um Estado estamental a um Estado constitucional-representativo, sem praticamente a ter feito conhecer o Estado absolutista, a ideia de que a melhor forma de governo consistia num esquema constitucional em que Rei, Lordes e Comuns repartissem entre si o poder político, pôde consolidar-se a ponto de aí se ter tornado, no século XVII, a teoria política dominante.
> Monarquia mista foi, pois, a designação que assumiu a constituição mista como esquema constitucional para um substrato composto pelas potências rei, nobreza, representantes do povo, desconhecido das monarquias antigas e que,

> evidentemente, não nascera da exigência de dividir o poder unitário do Estado tomado como *prius* mas, justamente, da ideia contrária, ou seja, da exigência de compor numa unidade política as diversas ordens ou estados pré-existentes." (1989, p. 41)

Nota-se, destarte, que enquanto na Europa do século XVII, após a centralização do poder, havida com o fim da Idade Média, os demais Estados europeus tendiam para a manutenção de monarquias absolutistas, o Estado inglês consolidava uma constituição mista, visto que neste o poder era exercido concomitantemente por três grupos sociais, quais sejam, o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns, de modo que estariam presentes, conforme elucida Jorge Miranda (1997, p. 126), os elementos monárquico (representado pelo rei), aristocrático (representado pela Câmara dos Lordes) e democrático (representado pela Câmara dos Comuns). Aliás, neste contexto, observa-se que, muito embora prevalecesse neste período a autoridade do rei, havia um certo controle de um setor (grupo) que exercia o poder sobre o outro, visto que todos eles o exerciam concomitantemente, bem como, a adoção de uma monarquia mista acabou por gerar na Inglaterra um grau de liberdade e estabilidade que nenhum outro Estado continha.

Sendo que, foi exatamente neste contexto propício proporcionado pela forma de organização do Estado inglês que surgiu, associada ao *rule of law*, a doutrina da separação dos poderes, elaborada, contudo, pelos opositores ao regime da monarquia mista, durante a guerra civil e a república inglesa (PIÇARRA, 1989, P. 43).

Neste sentido, a separação dos poderes como doutrina, surge na Inglaterra do século XVII como *conditio sine qua non* da concretização do *rule of law*, sendo que com esta última expressão:

> "designam-se os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária protecção contra qualquer exercício arbitrário de poder." (MIRANDA, 1997, p. 130)

Destarte, percebe-se que o *rule of law* consistiu em um precedente do próprio Estado de Direito, visto que através deste buscava-se exatamente proteger a dignidade do cidadão frente à atuação do Estado, através da limitação do poder deste último, que deveria ao agir, obrigatóriamente, observar certos parâmetros. Frise-se, neste contexto que a primeira teoria da

separação dos poderes pregava tão somente a separação das funções legislativa e executiva, tendo como principal objetivo o de garantir a liberdade do indivíduo frente às ações do Estado. Aliás, neste diapasão, destaca-se a necessidade de uma separação das funções estatais para que a execução do *rule of law* fosse possível , visto que não há meios de se conceber o *rule of law* caso as funções legislativa e executiva se concentrassem em um único indivíduo ou órgão, isto pois, nesse caso, a lei poderia ser alterada ao bel-prazer daquele, de modo que não haveria o que se falar em controle legal dos atos estatais.

Desta forma, após a Guerra Civil inglesa, uma vez que os opositores ao regime da monarquia mista, para os quais tal forma de governo impedia a consagração do princípio democrático, haviam conseguido instaurar uma República, o princípio da separação dos poderes foi consagrado pela primeira constituição escrita inglesa, qual seja, o *Instrument of Government*, em 16 de dezembro de 1653.

Não obstante em 1660 o sistema monárquico haja sido novamente instaurado na Inglaterra, tal situação não oprimiu o princípio da separação dos poderes. Aliás, o retorno da divisão do poder estatal entre rei, nobreza e o povo, fez com que tal princípio passasse a ter novos traços, coadunando-se com o sistema da monarquia mista.

Neste contexto, a doutrina da separação dos poderes passou a exprimir como fundamento, além da garantia da liberdade do indivíduo frente ao Estado, a eficácia do funcionamento das próprias funções estatais, uma vez que percebeu-se que a função legislativa seria melhor exercida por órgão com um número maior de membros, já a função executiva, até mesmo pela necessidade de agilidade na tomada de decisões, teria maior eficácia caso entregue a um órgão singular ou com um número mais restrito de membros.

Ainda, outro ponto incluído a tal doutrina foi o entendimento de que havia a necessidade de que as funções legislativa e executiva fossem exercidas por órgão distintos, com membros diversos, visto que a única maneira de se ter uma elaboração de leis voltadas ao interesse coletivo, era a desvinculação dos órgãos executivo e legislativo, uma vez que caso aquele que faça a lei, também possua a tarefa de executá-la, notório que este estará inclinado a elaborar leis visando seu interesse pessoal.

Por fim, a doutrina da separação dos poderes também passou a prever a necessidade de responsabilização criminal dos membros do poder executivo por abusos de poder, sendo que estes responderiam frente aos representantes do povo, ou seja, ao Parlamento (PIÇARRA, 1989, p 58/61). Interessante no que toca a tal ponto destacar que a possibilidade de o órgão legislativo

poder processar (apurar) e julgar os crimes de responsabilidade praticados pelos membros do órgão executivo, permite uma fiscalização de um poder pelo outro, o que, inclusive, engloba a teoria dos pesos e contrapesos. Aliás, ainda no que toca a esta última característica assumida pela doutrina da separação dos poderes com o retorno da monarquia mista inglesa, cumpre fazer um paralelo com o próprio ordenamento jurídico brasileiro atual, em virtude de que a própria Constituição Federal Pátria abarca tal ideia, prevendo nos incisos I e II de seu artigo 52 a competência do Senado Federal para julgar por crimes de responsabilidade algumas autoridades pertecentes ao poder executivo ou ao poder judiciário, a exemplo dessas autoridades encontram-se o próprio Presidente e o Vice-Presidente da República, bem como os Ministros de Estado quando praticam crimes em conjunto com estas autoridades, ou ainda, os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, foi tão somente com a aprovação do *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), fato ocorrido em 13 de fevereiro de 1689, que o absolutismo foi efetivamente rechaçado da Inglaterra. Aliás, tal diploma legal foi aprovado no Estado inglês logo após a Revolução de 1988, notóriamente conhecida como Revolução Gloriosa, a qual levou à entrega do trono a Guilherme de Orange e Maria Stuart, na única duarquia havida na história britânica. Neste contexto cumpre destacar que tais eventos *"marcaram o triunfo definitivo da monarquia constitucional sobre a monarquia absoluta"* (PIÇARRA, 1989, p. 65) na Inglaterra. Aliás, nesta duarquia, colocou-se em prática as idéias de Jonh Locke, expostas Segundo tratado do Governo Civil, de que o poder repousa no consentimento do povo e e que existe direito de revolução.

Ainda, cumpre destacar que dentre aqueles que apoiaram a Revolução Gloriosa, bem como a entrega do trono a Guilherme de Orange e Maria Stuart, encontrava-se John Locke, que por sua vez, foi, conforme expõe Dalmo de Abreu Dallari, quem realizou "*uma primeira sistematização da doutrinária da separação dos poderes"* (2013, p. 216). De modo que, Locke tratou sobre o sistema da separação de poderes espelhando-se exatamente na situação da Ingleterra à época, sendo que para este pensador haviam quatro funções básicas do Estado, basicamente divididos entre dois órgãos.

Neste sentido para Locke, a função legislativa, estaria a encargo do Parlamento, sendo que o poder legislativo, representado pelo Parlamento, na concepção de John Locke:

> "é o poder supremo; o que deve dar leis a outrem deve necessariamente ser-lhe superior; e desde que o legislativo não o é de outra qualquer maneira senão pelo

> direito que tem de fazer leis para todas as partes e para qualquer membro da sociedade, prescrevendo-lhes regras às ações, e concedendo poder de execução quando as transgridem, o legislativo necessariamente terá de ser supremo, e todos os outros poderes em membros ou partes quaisquer da sociedade dele derivados ou a ele subordinados." (LOCKE, 1978, p. 93)

Interessante, destarte, notar a importância que John Locke atribui ao Poder Legislativo, visto que tal poder ao criar leis impõe comportamentos a serem seguidos por todos os cidadãos da sociedade. Aliás, neste plano cumpre traçar um paralelo com o próprio cenário brasileiro atual, no qual o poder legislativo, que por sua vez deveria gozar de grande importância, em virtude de ser o representante do povo, bem como aquele que dita as regras da vida em sociedade, encontra-se extremamente desacreditado e ineficaz, situação que, por sua vez, consiste na principal razão pela qual tem-se notado uma atuação cada vez ativa do Poder Judiciário.

Contudo, além do poder legislativo, John Locke aponta para a necessidade existência de um outro poder que, por sua vez, coloque em prática as leis elaboradas pelo primeiro, explanando:

> Todavia, como as leis elaboradas imediatamente e em prazo curto têm força constante e duradoura, precisando para isso de perpétua execução e assistência, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os poderes legislativo e executivo ficam freqüentemente separados.

Desta feita, tem-se que para John Locke, além do poder legislativo, deveria haver um segundo poder, qual seja, o poder executivo. Aliás, no que toca à função executiva, esta era, na sistematica proposta por John Locke, atribuída ao rei, representante do poder executivo, o qual, por sua vez, conforme aclara Dalmo de Abreu Dallari (2013, p. 216), também ficaria encarregado do exercício da função federativa, consistindo esta em um dedobramento da função executiva, porém voltado às relações externas daquela sociedade, ou seja, o poder federativo na visão de Locke contém o "*poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade"* (LOCKE, 1978, p. 91). Observa-se, neste sentido, Locke aponta categoricamente para a necessidade de estas duas funções estarem concentradas nas mãos da mesma pessoas, explanando:

> Embora, conforme disse, os poderes executivo e federativo de qualquer comunidade sejam realmente distintos em si, dificilmente podem separar-se e

> colocar-se ao mesmo tempo em mãos de pessoas distintas; visto como ambos exigindo a força da sociedade para seu exercício, é quase impraticável colocar-se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas, em virtude do que a força do público ficaria sob comandos diferentes, o que poderia ocasionar, em qualquer ocasião, desordem e ruína.

Ademais, além destas duas funções apresentadas, John Locke atribuía ainda ao rei, representante do poder executivo, "*o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras"* (DALLARI, 2013, p. 216). Sendo que, cumpre observar que esta última função, abre margem à arbitrariedades.

Contudo, muito embora, conforme já destacado, a primeira sistematização da teoria da separação dos poderes tenha sido feita por John Locke, esta teoria consagrou-se a partir da sistematização feita por Montesquieu, no século XVIII, mais especificadamente em 1748, na sua obra denominada O Espírito da Leis, sendo que esta, conforme expõe Sahid Maluf (2010, p. 226), "*alcançou 22 edições em 18 meses"*.

Insta, neste ponto, destacar que Montequieu, em sua obra, esclarece a importância do princípio da separação dos poderes no que se refere à manutenção da liberdade política do indivíduo, sendo que o pensador esclarece que tal liberdade não consiste naquela que permite ao cidadão fazer tudo o que quer, visto que neste caso não haveria real liberdade, mas sim o que ele chama de independência, uma vez que seria dado a todos os cidadãos fazerem o que bem quisessem, de modo que estes mesmos acabariam violando a liberdade uns dos outros. Assim, a liberdade política, de que trata o pensador, consiste naquela que permite ao cidadão fazer tudo o que a lei não proíbe e ser obrigado a fazer tão somente aquilo que a lei determina. Desta feita, esclarece o Charles Louis Montesquieu (2004, p. 169) que a *"liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança"*. Aliás, neste contexto, frise-se que tal ideia de liberdade política trazida por Montesquieu encontra-se consagrada na Constituição Federal pátria, mais especificadamente no inciso I do próprio artigo 5º desta, que, por sua vez trata do chamado "princípio da legalidade".

Neste sentido, Montesquieu estabelece, em sua obra, a separação dos poderes como forma de garantia da liberdade política, isto pois, segundo o mesmo, todo aquele que detém o poder é levado a abusar deste, sendo, para se evitar tal abuso, que "*pela disposição das coisas, o poder freie o poder"* (MONTESQUIEU, 2004, p. 167). De modo que, segundo ele, em todo Estado há três tipos de poderes, "*o Legislativo, o Executivo das coisas que dependem do Direito*

das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil" (MONTESQUIEU, 2004, p. 169), sendo que o Legislativo consistiria no poder de elaborar as leis, bem como corrigi-las ou revoga-las, já o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes, seria o poder por meio do qual o governante "*faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões"* (MONTESQUIEU, 2004, p. 169) e o Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, por sua vez, seria aquele por meio do qual o Estado pune os crimes ou julga as querelas particulares. Aliás, alerta o autor para os perigos da concentração destes poderes nas mãos da mesma pessoa ou órgão, esclarecendo:

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.
> Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário; pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.
> Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares." (MONTESQUIEU, 2004, p. 169/170)

Nota-se, destarte, que Montesquieu elaborou uma divisão tripartida do poder, razão pela qual sua teoria é comumente denominada "tripartição de poderes", de modo que deveriam as três funções estatais primordiais serem distribuidas entre três poderes, sendo que esta, na concepção do autor, seria uma forma de evitar abusos do poder, visto que um poder acabaria por freiar o outro, contudo, tais poderes seriam independentes entre si.

Interessante, aliás, neste contexto notar que Montesquieu, tal como John Locke, também alerta no sentido de que a função executiva seria melhor exercida caso atribuida a uma só pessoa, isto pois tal função muitas vezes exige a tomada de decisões instantâneas, o que é difícil ocorrer quando há duas ou mais pessoas incumbidas de tomarem uma determinada decisão. Noutro giro, para o pensador, o exercício da função legislativa da-se-ia de melhor forma caso este fosse conferido a um colegiado (MONTESQUIEU, 2004, p. 176/177). Nota-se, assim, que, muito embora a preocupação primordial de Montesquieu ao estabelecer o sistema da tripatição de poderes haja sido salvaguardar a liberdade dos indivíduos, pode-se também constatar em sua obra a preocupação com a eficácia no exercício das funções estatais, o que fica demonstrado

através desta preocupação do pensador sobre qual a quantidade de indivíduos melhor atenderia determinada função estatal.

Conforme já destacado neste trabalho, tal sistema de separação de poderes exposto por Montesquieu na obra "O Espírito das Leis", consagrou-se rapidamente em âmbito mundial, tanto que acabou por se tornar um dos dogmas do do Estado Democrático de Direito. Curiosamente, contudo, muito embora o sistema da tripartição de poderes haja nascido na França com a obra de Montesquieu, a Constituição escrita que primeiramente a adotou foi a Declaração de Direitos da Virginia, elaborada em 1776 (MALUF, 2010, p. 226), neste sentido, versou Thomas Jeffeson em seu projeto da Constituição de Virgínia que os "*cargos do Legislativo, Executivo e Judiciário devem ser sempre mantidos separados e nenhuma pessoa que exerça um dêles possa ser normeada para exercer os outros ou qualquer dêles*" (1964, p. 11). A Constituição da Virgínia, por sua vez, foi seguida na adoção da teoria da tripartição de poderes pelas Constituições de Massachussetts, Maryland, New Hampshite e, posteriormente, pela Constituição Federaldo Estados Unidos da América de 1787. Sendo que daí deu-se a adoção constitucional da teoria da tripartição de poderes em diversos países, consagrando-se tal princípio em âmbito mundial.

Aliás, neste sentido, cumpre frisar que também nos Estados Unidos da América surgiu o sistema de freios e contrapesos, sendo que no livro o Federalista, Alexandre Hamilton, James Madison e John Jay, falaram sobre a necessidade de haver uma interligação entre as funções estatais, de modo que uma pudesse controlar a outra. Desta forma, o sistema de freios e contrapesos permite que qualquer um dos poderes exerça funções inerentes a outro poder, ou seja, exerça funções que lhe são atípicas (ACQUAVIVA, 2010, 46), sendo que esta separação dos poderes não é absoluta.

Nota-se, que o sistema de freios e contrapesos também visa a manutenção do sistema democrático, isto pois, ao permitir que quaisquer dos poderes exerça funções que são inerentes a outro poder, tem-se o controle de um poder estatal pelo outro, de modo que não hajam abusos.

Noutro giro, no Brasil, conforme indica Sahid Maluf, a tripartição de poderes foi adotada deste a Constituição Imperial de 1824, visto que o constitucionalismo em âmbito nacional deu-se concomitantemente à independência (2010, p. 227).

DAS CRÍTICAS AO SISTEMA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Por fim, destaca-se que muito embora o princípio da separação de poderes seja atualmente amplamente adotado em âmbito mundial, há severas críticas doutrinárias a esta

teoria.

Neste sentido, Dalmo de Abreu Dallari expõe três críticas acerca do sistema da separação de poderes, sendo a primeira delas a de que nunca houve efetivamente uma separação entre os poderes, sendo que o que se teria é uma separação meramente formalista, isto pois, sempre se observa uma interpenetração de um poder no outro, seja pois um poder pratica atos que a princípio deveriam ser praticados por outro ou pois por questões extralegais um poder predomina sobre os outros. Noutro giro, outra crítica posta pelo doutrinador é no sentido de que o sistema da separação dos poderes não serviria à garantir a liberdade dos indivíduos e o sistema democrático (2013, p. 218/219), visto que:

> "A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam *de fato* com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema da separação de poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo." (Dallari, 2013, p. 219)

Por fim, coloca Dalmo de Abreu Dallari que o sistema da separação de poderes não mais conseguiria suprir as necessidades do cenário social atual, isto pois tal sistema foi implementado em uma época na qual era necessária a limitação do poder estatal, noutro giro, atualmente há cada vez mais a necessidade de condutas ativas por parte do Estado, de modo que seria necessária uma legislação mais numerosa e técnica, incompatível com a separação de poderes, visto que o legislativo para elaborar tais leis precisaria ter conhecimento do que já está sendo feito pelo executivo, bem como das condições deste para executar aquela determinada lei, noutro giro, o poder executivo no cenário atual não pode depender do lento processo legislativo para que possa agir (DALLARI, 2013, p. 219).

Contudo, respeitado o posicionamento do doutrinador, destaca-se que sobre a óptica do presente trabalho o sistema da separação de poderes é extremamente necessário ainda nos tempos atuais para a manutenção da democracia e das liberdades individuais. Isto pois, primeiramente, ressalta-se que, conforme observado no subtópico anterior, é natural que haja uma interligação entre as funções estatais, decorrendo esta do próprio sistema de freios e contrapesos e sendo, inclusive, necessária à manutenção da democracia, visto que permite que

um poder controle o outro, contudo, tal interligação não invalida a separação dos poderes, tornando-a "meramente formalista", muito pelo contrário, tal interligação entre as funções fortalece a proteção que o sistema da separação de poderes garante ao Estado Democratico, uma vez que permite um controle entre os próprios poderes.

Ainda, conforme observa-se pela evolução do Estado de Direito, de fato o sistema da separação de poderes consagrou-se sob a égide de um Estado Liberal de Direito, o qual impunha ao Estado uma conduta negativa para a proteção de liberdades individuais. Neste sentido, nota-se que o princípio da separação dos poderes desde sua implementação serviu ao fim ao qual se destinava, qual seja, a proteção do cidadão dos atos praticados pelo Estado, claro que percebeu-se ao longo do tempo que tal proteção somente não era suficiente para assegurar a liberdade do indivíduo, razão pela qual o modelo liberal encontra-se superado. Assim, quando se analisa o sistema da separação de poderes sob a égide do Estado Democrático de Direito, este por si só não assegura plenamente as liberdades individuais, contudo, trata-se de um dos instrumentos importantes à promoção destas liberdades, visto que ao impedir que todas as funções estatais concentrem-se nas mãos de um só órgão ou uma só pessoa, impede-se consequentemente o exercício arbitrário do poder, protegendo-se o cidadão.

Aliás, neste diapasão, também não se pode concordar com a argumentação do doutrinador de que o sistema da separação de poderes não serviria à manutenção do sistema democrático. Ora, a própria história demonstra os riscos de se permitir que o poder concentre-se nas mãos de um só órgão ou uma só pessoa, situação em que poderia haver arbitrariedade e o consequente prejuízo da Democracia. Neste sentido, muito embora o sistema da separação de poderes possua inúmeras falhas, este permite, com a limitação das funções estatais, que o poder continue sendo do povo. Ademais, as razões apontadas pelo doutrinador ao argumentar que o sistema da separação de poderes não serve à salvaguarda do sistema democratico, demonstram-se como problemas locais a serem enfrentados através da implementação de medidas que aperfeiçoem a própria democracia participativa, de modo que, por exemplo, quando o doutrinador aponta para o fato de que por vezes o poder legislativo não possui a mínima representatividade, tal problema poderia ser solucionado através da promoção da educação política da população, fator que levaria a uma escolha mais consciente por parte desta de seus representantes.

Sendo assim, nítido que a separação de poderes como encontra-se implementada possui diversas falhas. Contudo, esta mostra-se ainda como um dos instrumentos essenciais à

manutenção do sistema democratico e das liberdades individuais, visto que é um poderoso instrumento de limitação do poder estatal, evitando assim um exercício arbitrário do poder. De modo que, deve-se pensar em formas de aperfeiçoamento deste sistema para que suas falhas sejam corrigidas e este possa melhor atender as necessidades sociais atuais, mas em absoluto na sua remoção, dado ao fato de que este mostra-se como um dos pilares essenciais de sustentação do Estado Democratico de Direito.

CONCLUSÃO

Destarte, nota-se que, muito embora haja o sistema da separação de poderes a consagração mundial do sistema da separação de poderes haja ocorrido concomitantemente à implementação do Estado Liberal de Direito, sendo que tal sistema representava um dos pilares que suportavam este modelo estatal, tal sistema de separação das funções estatais manteve-se como um dógma das formas estatais posteriores, revelando-se fundamental à manutenção da modelo estatal atual, qual seja, o Estado Democratico de Direito. Isto pois, o sistema da separação de poderes é um instrumento voltado à limitação do poder estatal, ainda, no que toca à roupagem atual deste sistema, estando este vinculado ao sistema de freios e contrapesos, no qual um poder controla o outro, tal limitação do poder estatal encontra-se ainda mais acentuada, visto que tal sistema de fiscalizações recíprocas dificulta a prática de condutas arbitrárias por parte de um órgão ou pessoa integrante de um destes poderes.

Portanto, pode-se perceber, dada a importância deste sistema ainda na atualidade, não só no que toca à proteção do próprio indivíduo, visto que caso seja o sistema democratico colocado em risco, coloca-se-á, consequentemente, em risco os direitos fundamentais do cidadão, que faz-se mister a manutenção deste sistema no ordenamento jurídico.

Não se ignora, contudo, as críticas doutrinárias apontadas à aplicação do sistema da separação dos poderes na atualidade, contudo, deve-se fazer uma análise destas críticas no sentido de formular soluções aos problemas apresentados, sendo que muitos destes podem ser aperfeiçoados por meio de medidas voltadas à educação política da população no sentido de aperfeiçoar-se a própria democracia participativa, visto que uma população melhor educada politicamente tende à escolher seus representantes de forma mais criterioza, o que permitiria a formação de um corpo legislativo que melhor atendesse as necessidades atuais.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado.** 3. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010. 372 p.

LEROY-BEAULIEU, Paul. **The modern state in relation to society and the individual.** London: S. Sonnenschein & co., 1891. 233 p. (Book from the collections of Harvard University)

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 306p.

JEFFERSON, Thomas; PAINE, Thomas; HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John; TOCQUEVILLE, Alexis de. **Escritos Políticos.** São Paulo: IBRASA, 1964, 198 p. (Clássicos da democracia; 22)

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância;** Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 344 p. (Os pensadores)

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 407 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo I.** 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. 260 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis.** 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, 540p.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional:** um contributo para o estuda das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. 281p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 211 p.

TEMER, Michel.**Elementos de direito constitucional.** 22 ed. São Paulo:Malheiros, 2008, 225 p.

FUNCIONALISMO SISTÊMICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Marcos Vinícius Massaiti AKAMINE[31]

RESUMO
Direito penal, em razão das mudanças que acontecem na sociedade, acaba por se transformar e evoluir de tempos em tempos. Nos últimos anos, destacou-se uma certa teoria de regulação do Direito positivo que aparenta ser diferente do Direito penal geral, em virtude de suas características peculiares de classificar alguém como inimigo, excluindo-o. Este conceito, que tem como expoente atual o jusfilósofo Günther Jakobs, ganhou mais destaque, principalmente após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, data dos ataques ao World Trade Center, em Nova Iorque. Este pensamento culmina na produção de normas jurídico-penais em que não vigoram princípios e garantias, nem regras de imputação ou postulados como elementos irrenunciáveis num Estado de Direito aos infratores caracterizados como inimigos. Todavia, quando se explora a História da sociedade, num olhar jusfilosófico e teórico-político, vê-se que este modo de tratamento penal diferente aos "inimigos", é uma constante histórica e que influencia - direta ou indiretamente - a ideia do filósofo alemão. O artigo dedica-se a examinar a teoria do Direito penal do inimigo, seus conceitos, influências, aplicabilidade e justificativas, como a de que os tempos atuais não são de normalidade, mas de consolidação do estado de exceção. Será utilizado o método de pesquisa hipotético-dedutivo no trabalho objeto deste artigo e o meio utilizado é o de pesquisa bibliográfica de livros e artigos científicos. E, ao final, depois de descrever - brevemente - as influências filosóficas, analisar o funcionalismo sistêmico e sua perspectiva em relação ao Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE:direito penal do inimigo; günther jakobs; estado de direito

ABSTRACTY
The criminal law, because of the changes taking place in society, eventually mutates and evolves from time to time. In recent years, the highlight was a certain theory of regulation of positive law that appears to be different from the general criminal law by virtue of its peculiar characteristics of classifying someone as an enemy and excluding him. This concept, which the current exponent is the jurist Günther Jakobs, gained more prominence, especially after the events of September 11, 2001, date of the attacks on the World Trade Center in New York. This thought culminates in the production of legal and criminal laws where principles, guarantees, allocation rules or postulates as indispensable elements in a rule of law to offenders, are ineffective to individuals characterized as enemies. However, when exploring the history of society with theoretical-political look, we see that this different penal treatment to the "enemy" is a historical constant and influences - directly or indirectly - the idea of the German philosopher . The article is dedicated to examine the theory of criminal law of the enemy, its concepts, influences, applicability and justifications, such as that the times are not normal, but a consolidation of a state of emergency is happening. The method of hypothetical-deductive research will be used on the subject of this article throught books and scientific articles. At the end, after describing - briefly - the philosophical influences, this work analyzes the systemic functionalism and its perspective on the democratic rule of law.

KEYWORDS: criminal law of the enemy; günther jakobs; rule of law

INTRODUÇÃO

O Direito penal, com a evolução histórica e o surgimento de garantias e deveres constitucionais, foi moldando-se a partir de princípios que regem o Direito em busca de um

Estado Democrático, culminando no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Todavia, com o aumento do índice de criminalidade nas sociedades atuais, surge um sentimento generalizado de insegurança, que cobra das instituições estatais uma solução imediata para essa incômoda crescente. No entanto, faz-se concretizar teorias que, a princípio, colidem com as bases do Estado de Direito.

Nos últimos anos, se destaca a teoria do Direito penal do inimigo, que tem como expoente atual o alemão Günther Jakobs, onde – resumidamente – se divide a matéria em estudo em duas: O Direito penal do cidadão e o Direito penal do inimigo. Aquele é o ordenamento jurídico-penal que é conhecido, em que se incluem os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos perante o poder estatal. Já, este é um Direito penal alternativo em que o indivíduo não é mais reconhecido como pessoa, assim, não tem como proteção o Direito do cidadão, mas, um ordenamento próprio em que é considerado um inimigo.

Neste Direito penal do inimigo, que tem uma roupagem moderna, mas influências históricas antigas (em autores como Kant), a pena não é a contradição do fato cometido, mas, de eliminação de um perigo. Aonde, quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal e é combatido como inimigo. Para esta teoria a "guerra ao terror" tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança.

Entre os princípios acolhidos na Constituição, o da legalidade é o reitor do Direito penal, já que foi o marco através do qual surgiu o modelo liberal que reagiu à tirania do Estado absolutista, sendo utilizada como termômetro para a qualidade de um Estado totalitário ou democrático juntamente com o da intervenção mínima, que demonstra o quanto um Estado reprime sua população.

Seria um Direito penal do inimigo, claramente delimitado, menos perigoso que entrelaçar todo o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo?

Günther Jakobs sustenta que, na verdade, o Direito penal do inimigo já existe nos ordenamentos jurídicos de vários países, quando se encontra penas desproporcionais à ação delituosa praticada, à antecipação do cumprimento de pena, entre outros fatores. Exemplificando, a legislação norte-americana chamada *three strikes* pode ser um dos principais, além da, no âmbito brasileiro, lei de drogas.

---

[31] Estudante de Pós-graduação – UNIVEM.

É nítido que o Direito penal está sofrendo transformações, tanto em relação à percepção social da relevância do delito e do ordenamento penal, como sua utilização nos processos políticos. Principalmente após os ataques de 11 de setembro de 2011, em Nova Iorque, observa-se o surgimento de setores de regulação direcionados ao combate ao "crime organizado" e, sobretudo, ao terrorismo, nos quais estas alterações político-criminais confirmam o chamado Direito penal do inimigo: normas jurídicos-penais**,** nas quais já não vigoram princípios de garantia e nem regras de imputação, postulados como irrenunciáveis em um Estado de Direito aos infratores de preceitos penais.

O presente artigo tem como objetivo analisar brevemente esta teoria denominada Direito penal do inimigo, suas influências e embasamentos e de estudos jusfilosóficos.

Será utilizado o método hipotético-dedutivo e como meio de pesquisa o recurso bibliográfico, de livros, artigos científicos, entre outros.

Portanto, se pretende visualizar a atual situação do Direito penal na sociedade atual, bem como os limites referentes à intervenção dos princípios no intuito de proteger a dignidade humana e o Estado de Direito.

A *PRIMA RATIO* DO DIREITO PENAL

A Constituição Federal apresenta em seu rol direitos e garantias fundamentais, tendo sempre como princípio macro o da dignidade humana, auxiliado por outros como o da intervenção mínima que "é a dimensão de respeito ao ser humano. O Direito penal está pensado em termos do homem e atua sob a forma de um mal que é imposto a esse mesmo homem. O castigo, em nenhum caso, pode ultrapassar os limites da dignidade humana." (BUSATO, 2013, p. 67-68).

Com isso, se embasa o atual sistema penal, todavia, com o advento de ataques terroristas, aumento da criminalidade nos estados, sensação de insegurança generalizada. Esta posição de um Direito penal mínimo anda em xeque e teorias que flexibilizam o papel da norma estão adquirindo vários seguidores.

A partir de uma problemática que decorre das estruturas públicas que estão ameaçadas ou em dissolução, o que leva à ruína os limites existentes, como o princípio da subsidiariedade, em que querem tornar o Direito penal a solução para todos os males.

As sociedades evoluem, têm mudanças significativas em seus conceitos e teses, porém, seria este o momento de se adotar a violência - o que o Direito penal essencialmente significa -

como solução para uma pacificação generalizada?

Houve uma passagem em toda a matéria penal, onde se pode dividir em dois grandes períodos, o período do terror e o período liberal:

> O período do terror é aquele onde não existe preocupação com a humanização da repressão penal, há nele o emprego de violência desmedida e ilimitada, não se oferecendo nenhuma garantia ao ser humano em face do direito de punir do Estado. O segundo período, o período liberal, inaugura a fase científica do Direito Penal, ele começa com a formulação do Princípio da Legalidade e, portanto, começa tardiamente. Pode-se afirmar, dessarte, que o Direito Penal científico é pós-iluminista. Ele é chamado liberal porque põe como centro a pessoa humana, preocupando-se com o fundamento do direito de punir e com a legitimidade da pena. (BRANDÃO, 2010, p. 23.)

Seria a adoção do Direito penal do inimigo uma violação ao princípio da dignidade humana e do Estado de Direito?

Este, além de outros questionamentos serão o alvo da pesquisa que busca um esclarecimento por meio de sua breve pesquisa bibliográfica.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A DIGNIDADE HUMANA

Para Canotilho, (1999, p. 4) o "Estado de Direito" é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. Ainda, faz referência ao "Estado de não-Direito" que será, o inverso, o poder político que se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder, protegida pelo direito. E, leciona também, que o "Estado de Direito" é capaz de "transportar princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz" (p. 7).

Parte de um Estado de Direito e, quiçá, o núcleo basilar deste modelo, o princípio da dignidade humana é algo que irradia em todas as áreas do direito, sem nenhum receio de apregoar as suas influências. No ordenamento pátrio, é através da lei fundamental brasileira que a definição, ou o que melhor se pode conceituar sobre este principio, aparece. Como apresenta Oscar Vilhena Vieira em sua obra Direitos Fundamentais, escreve que:

> A Constituição Brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República, por intermédio de seu art. 1º, III. A expressão não volta mais a aparecer no texto como um direito subjetivo

> expressamente reconhecido. Talvez essa tenha sido uma posição sábia de nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais - estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988. (2006, p. 63.).

Ainda que se tente definir algum conceito mais específico sobre o conteúdo da dignidade humana, não há como contestar que um significado mais claro se revela algo difícil de ser obtido. Isso decorre da circunstância de que se cuida de contornos vagos e imprecisos. Mesmo assim, não resta dúvida que a dignidade existe, já que não se ter dificuldade em identificar várias situações em que é agredida. (SARLET, 2002, p. 38-39).

E a dignidade é tateável até mesmo na *ultima ratio* do Direito: o âmbito penal. O Código Penal e a sua disciplina segue, atualmente, a tese de que a sua intervenção tem de ser mínima, somente utilizada como algo excepcional. Faz, sim, parte de um controle social que dá segurança a toda a ordem jurídica, todavia, não se pode banalizá-lo ou se confrontaria diretamente o princípio da dignidade humana.

O prof. Paulo César Busato ensina que o Direito penal atua como:

> o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social. É necessário reconhecer que sua intervenção constitui, por si só, uma violência. Com efeito, o ato de impor uma pena sempre consistirá em uma forma de agredir, independentemente dos objetivos que sejam projetados com essa agressão (prevenção, retribuição, etc.), ao final, a intervenção penal sempre é um mal. Contudo, trata-se de uma violência institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita. Isso deriva do fato de que o Direito penal é um mecanismo de *controle social*. A referida gravidade cobra que miremos as manifestações do Direito penal com redobrados cuidados e reservas. Os limites resulta necessários. (BUSATO, 2013, p. 3)

Porém, conforme aventa, ainda, nós "estamos vivendo um momento de orientação global ao recrudescimento da repressão, um daqueles referidos 'soluços histórico'." (2014, p. 5).

Com isso, surgiu uma nova tendência de controle social: a expansão do direito penal que, conforme continua o referido professor:

> O discurso que aparece então é o da necessidade absoluta de segurança, que faz justificar um tratamento diferenciado e recrudescente ao delinqüente, **convertendo o modelo de controle social do intolerável em um modelo intolerável de controle social**, transformando-se de um Direito penal do risco

em um Direito penal do inimigo. (BUSATO, 2014, p. 7).

E, com isso, principalmente nos últimos anos, toma força uma teoria - que será bastante discutida no trabalho em que este artigo se debruça - desenvolvida pelo alemão Günther Jakobs: o Direito penal do inimigo. A diferenciação substancial é a pena: no Direito penal do cidadão ela tem uma função de contradição, já no Direito penal do inimigo a função da pena é a eliminação de um perigo. (JAKOBS, 2012, p. 47).

E, ainda define o jusfilósofo alemão:

> Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

Na verdade, para esta teoria a sua missão principal é a busca do reconhecimento da necessidade de estabilização normativa. Jakobs aponta como sua teoria de base, a teoria dos sistemas, cujo principal artífice no âmbito das ciências sociais foi Niklas Luhmann. Todavia, como aponta Busato,

> Em realidade, a teoria dos sistemas tem origem no âmbito das ciências naturais, mais precisamente nos trabalhos de Humberto Maturana e Francisco Varela. Esses autores, estudando a organização do vivo, o identificam como *sistema autopoiético*. Um sistema autopoiético produz continuamente a si mesmo, através de interações (*input* e *outputs*) com o seu meio, procurando a preservação de sua congruência interna, em permanente busca de estabilidade. (BUSATO, 2015, p. 242).

Para Günther Jakobs o Direito Penal deve ser utilizado e, eventualmente, com a autorização de sua ampliação coercitiva (leia-se: supressão de direitos e garantias processuais fundamentais) frente a alguma situações em que podem surgir.

Assim, manifesta acerca da utilização do Direito penal do inimigo:

> Portanto, se o Estado, em caso de extrema necessidade, inclusive frente a seus cidadãos que são responsáveis por ela, não conhece tabu algum, mas sim faz o necessário, menos ainda poderão ser impostos tabus no âmbito das medidas para se evitar essa extrema necessidade dirigida contra terroristas. Em outras palavras, contra aqueles que geram a situação de necessidade, ao menos dentro do necessário: esta é a força sistemática explosiva do preceito. (JAKOBS;

MELIÁ, 2012, p. 66)

A teoria da necessidade utilizada não é outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual que em um caso particular, em um situação extrema, torne sem efeito à obrigação da observância da lei. Quer dizer, a necessidade não é fonte de lei e tampouco suspense, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma. (AGAMBEN, 2004, p. 41)

Para Jakobs, toda sociedade tem "o direito a manter sua identidade e um mínimo de segurança que o jusfilósofo chama de "segurança cognitiva", e, para isso, afirma, inevitável que se utilize outra classe de Direito Penal, em casos de grave perigo para essa identidade." (MUÑOZ CONDE, 2009, p. 25).

Ante todo o apresentado, o principal questionamento que se faz perante o Direito penal do inimigo é se realmente existem inimigos, e se acaso existam, o ponto nevrálgico é a delicada e perigosa questão da determinação, tanto de quem poderia ser enquadrado com esse *status*, como quem teria competência para definir semelhante determinação. (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 02: 5).

A ideia sobre a estigmatização de um sujeito como inimigo não é algo inovador na história dos pensadores, ou uma criação do próprio Günther Jakobs, há estudos em cima de pessoas que não são consideradas como cidadãos, ou até mesmo como não-pessoas. Se fará no capítulo seguinte uma breve análise sobre alguns filósofos que trouxeram algo que acrescenta a análise deste objeto de estudo.

BREVE ANÁLISE JUSFILOSÓFICA

A categorização de inimigo a certo número de pessoas não é algo inovador na história do Direito, ou seja, principalmente no desenvolvimento de obras de alguns filósofos em que trabalham com o contratualismo, em que se entende que aquele que o infringe não mais poderia gozar dos benefícios advindos dele, não sendo visto como dentro da relação jurídica entre os indivíduos que compactuam-se no ideal de Estado.

Jakobs cita a obra de Jean-Jacques Rousseau, O Contrato Social, que define que todo malfeitor

> "atacando o direito social, torna-se por seus crimes rebelde e traidor da pátria, deixa de ser um de seus membros ao violar suas leis e até lhe faz a guerra.

> Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua, sendo necessário que um deles pereça, e, quando se faz morrer o culpado, é menos como cidadão que como inimigo. Os processos e o julgamento são as provas e a declaração de que ele rompeu o tratado social e, por conseguinte, de que já não é membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos por sua residência, deve ser afastado pelo exílio como infrator do pacto, ou pela morte como inimigo público; pois tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito de guerra é o de matar o vencido. (ROUSSEAU, 1999, p. 44)

Também como o filósofo alemão Johann Gottlieb Fichte que diz que aquele que abandona o contrato por imprudência ou por sua vontade, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e se encontrará em um estado de completa ausência de direitos, ainda, que a execução de um criminoso não é uma pena, mas só instrumento de segurança. (Fitche *apud* JAKOBS, 2012, p. 25). E, assim, demonstra-se que a ideia de se perder o *status* de cidadão não é algo que não foi idealizado anteriormente, na História da humanidade.

Günther Jakobs esclarece não querer seguir esta concepção, por acreditar ser demasiadamente radical, de afastar o delinquente de modo totalmente a excluí-lo, pelos seguintes motivos, "por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito." e, continua, "por outro lado, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade. (JAKOBS, 2012, p. 25).

Ainda, outros dois pensadores são colocados como garantes da viabilidade do conceito jurídico de inimigo ou *hostis* no Estado de Direito, são eles: Kant e Hobbes. Como já citado, Rousseau e Fitche são colocados de um lado com suas posições radicais (de acordo com Jakobs), onde todos os delinquentes seriam vistos como inimigos e, com posição moderada, aqueles.

Para Hobbes, o inimigo é ao menos o réu de alta traição, já Kant se utiliza do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação o poder do Estado, e situa o problema na passagem fictícia do estado de natureza ao estado estatal. Ou seja, para Kant toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã. E, com isto, quem não participa na vida em um estado comunitário-legal deve se retirar, sendo expelido e não pode ser tratado como uma pessoa, mas, poderá ser tratado como um inimigo. (JAKOBS, 2012, p. 26).

Todavia, esta posição não é apoiada por todos, a exemplo de Zaffaroni que se manifesta

> as posições de Rousseau e de Fitche não são tão radicais, pois de seus textos não

> surge nenhuma evidência de que eles tenham pretendido considerar inimigos todos os delinquentes, ao menos sem matizes tão importantes que neutralizes, em grande medida, a primeira afirmação. (2014, p. 121).

Assim, continuava sua argumentação de que Fitche, em verdade, deixava de fora do contrato os "assassinos, os incorrigíveis e os traidores". Nisto, a pena de morte era restrita para essa categoria de excluídos do contrato social, porém, sem nenhum fundamento talional - a que designava como uma teoria teocrática - então, tomava como uma medida de segurança administrativa e que, o Estado como mero administrador, devia executar. (ZAFFARONI, 2014, p. 123).

E conclui sua alegação

> Em síntese, a confrontação de Rousseau e Fitche com Hobbes e Kant não é apenas completamente original, como tampouco é correto que Rousseau e Fitche pretendessem excluir todos os infratores do contrato ou considerá-los como *hostis* ou inimigos. Na verdade, eles praticamente reduziam essa categoria aos assassinos e traidores e, ainda assim, com matizes consideráveis. (ZAFFARONI, 2014, p. 124).

Mas, prosseguindo com a posição de Günther Jakobs, este acredita que Kant em sua obra não considera como pessoa quem não se deixa obrigar a entrar em um estado de cidadão. E, continua, que de maneira similar, Hobbes também despersonaliza o réu que é acusado de alta traição por haver a "rescisão" do contrato existente, que seria a constituição do Estado. Com esta linha de raciocínio, chega a conclusão de que Hobbes e Kant conhecem o Direito penal do cidadão - para aqueles pessoas que não são delinquentes (ou seja, os que não são perigosos e que não persistem no crime) - e o Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Ou seja, este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa. (2012, p. 28).

Dentre os filósofos recentes, está Carl Schmitt, que em sua obra de 1927 "O conceito do Político", define a essência do que é político como o enfrentamento entre o amigo e o inimigo. Explana que "a diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo* e *inimigo*." (SCHMITT, 2009, p.27).

É de inquestionável importância o conceito amigo-inimigo para Schmitt e continua:

> A diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar o extremo grau de intensidade de uma união ou separação, de uma associação ou desassociação, podendo existir na teoria e na prática, sem que, simultaneamente,

> tenham que ser empregadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, econômicas ou outras." (SCHMITT, 2009, p. 28).

Assim, Zaffaroni faz uma análise do conceito do político de Carl Schmitt relatando que existe um guerra permanente, diferente da guerra extraordinária ou da guerra propriamente dita, da guerra como fim, e que a função essencial da política não seria outra a não ser ela. Ademais, a guerra e política se sobrepõem, porque a guerra é necessária para criar e manter a paz interna, em outras palavras, exige-se que todos se unam frente ao *inimigo* e não lutem entre si. Portanto, a teoria da política de Schmitt não se ocupa do amigo nem da amizade, sendo praticamente uma teoria do inimigo. A amizade seria só um resultado da união frente ao inimigo. (ZAFFARONI, 2014, p. 139).

Jakobs cita estes filósofos, e num breve esboço histórico neste artigo, comenta-se as influências da teoria do Direito penal do inimigo, onde este - incluindo as medidas de segurança - combate o perigo e que existe o Direito penal do cidadão que mantém a vigência da norma. E frisa que a ideia de inimigo não é nova, e, portanto, tem precursores filosóficos destacados. Este é o Direito penal do inimigo que também é conhecido como modelo do funcionalismo sistêmico penal.

O FUNCIONALISMO SISTÊMICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ciência social que é, o Direito faz parte do cotidiano e da evolução da espécie humana, torna-se a cada dia mais complexa, necessitando ter alguns postulados para se embasar: os princípios.

Assim sendo, o Direito é influenciado por princípios que fundamentam a matéria, sendo proposições abstratas, porém, que regem, embasam o ordenamento jurídico.

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são "núcleos condensadores" nos quais confluem valores e bens constitucionais. (SILVA, 2009, p. 92).

O sistema penal compõe o controle social que é institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo. Mas, a intervenção do Direito penal em um Estado Social e Democrático de Direito se produz de forma subsidiária, ou seja, "em situações de emergência, de alta danosidade social, identificadas como os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para a vida do indivíduo em sociedade." (BUSATO; HUAPAYA, 2003, p. 80).

O Direito penal, assim, protege os bens jurídicos mais importantes para a vida do cidadão. Mas, o que seriam bens jurídicos? Para Claus Roxin, o conceito de bem jurídico é:

> Eu parto de que as fronteiras de autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetam em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então de uma fundamentação teórica mais ampla. (ROXIN, 2009, p. 16-17).

Então, em um Estado democrático de Direito, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma boa convivência a todos os cidadãos, por isso, o Estado deve garantir não somente as condições individuais necessárias - a proteção da vida e do corpo, da liberdade, da propriedade, entre outros -, mas também as instituições estatais adequadas para ente fim, como por exemplo uma administração de justiça eficiente, administração livre de corrupção, etc. (ROXIN, 2009, p. 17-18).

Com isso, dentre os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito e sua viga mestra de sustentação, se encontra o da dignidade humana. Do ponto de vista histórico, é a partir do cristianismo que tem lugar o conceito de pessoa como categoria espiritual, um ser de fins absolutos, possuidor de direitos fundamentais e, portanto de dignidade. (PRADO, 2014, p. 110).

Assim, por exemplo, “uma transgressão aos princípios da legalidade ou da culpabilidade implicará também, em última instância, uma lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana." (PRADO; 2014, p. 111).

Condizente com o princípio ora analisado, está o Estado Social Democrático de Direito, que anda juntamente com a dignidade humana. Não se pode desassociar estas duas colunas basilares que sustentam as sociedades atuais. Nelas repousam a segurança de que um sistema totalitário não retorne ao nosso cotidiano, regimes como o fascista, o nazista, o franquismo, entre outros. Pode-se definir:

> O *Estado de Direito* está associado ao princípio da legalidade; o *Estado social* está associado à necessidade social da intervenção penal e, como tal, justificado pelo princípio da intervenção mínima, vale dizer, pelo condicionamento de

> intervir somente onde é necessário; e o *Estado democrático* se identifica com o princípio da culpabilidade, porquanto a ideia de pôr o Estado a serviço da defesa dos interesses do cidadão significa respeitá-lo individualmente e limitar a intervenção Estatal à efetiva atuação culpável do sujeito. (BUSATO, 2013, p. 23).

Com o clamor da sociedade, influenciada pela mídia, para que haja uma flexibilização do Direito penal e/ou a sua expansão, com penas desproporcionalmente maiores e antecipação da pena, há uma adoção - mesmo que implícita - do Direito penal do inimigo, teoria que tem como ícone o jusfilósofo Günther Jakobs.

Para outro pensador, Jesús-María Silva Sánchez, que segue uma linha semelhante a de Jakobs, diz que aquele não desejado é considerado inimigo, portanto, pode ser excluído em razão de sua condição despersonalizada:

> Mientras que el concebido deseado obtiene plena protección jurídica, el no deseado el tildado de enemigo, aunque paradójicamente no nos encontremos en una sociedade de escasez, sino precisamente de bienestar. El concebido no deseado, en tanto que enemigo del bienestar, es objeto de una pretensión de exclusión. Es un "competidor" en el espacio de los derechos; una fuente indeseada de deberes sociales; un "obstáculo que puede ser removido en el caso de que entorpezca" el despliegue de la actividad del sujeto autónomo. Pero para que esa exclusión sea llevada a cabo, un paso previo que simplifica las cosas es su despersonalización. La desprotección jurídica, que se pretende derivar 'naturalmente' de una hipotética condición de no-persona, procede, en realidad, de la percepción del concebido como enemigo. El enemigo es objeto de una pretensión de exclusión: La privación del *status personae* es únicamente el eslabón intermedio del proceso, pues conlleva la condición de sujeto de derechos (y, en particular, del derecho a la vida), a partir de la que es fácil "excluir". (SÍLVA SANCHEZ, 2007).

Ato contínuo, pode-se fazer um paralelo do Direito penal do inimigo com a teoria do biopoder explicitada por Michel Foucault em que, esse biopoder é um aperfeiçoamento do poder disciplinar, onde o biológico reflete o jurídico, mas que toma a vida acima da ameaça da morte (vida do ser vivente). Há uma estatização do biológico, as características biológicas passam a interessar ao poder, à política. Em verdade, já no poder disciplinar pode-se falar em biopoder, uma vez que a vida já era seu objeto, mas de forma particular, individual, com sujeição dos corpos, como forma de indicar que o caminho seguinte envolveria a população, um aspecto mais amplo, geral, em seus diversos fenômenos desde a natalidade à mortalidade. E que pode inserir o Direito penal máximo neste âmbito, onde os inimigos seriam aqueles que se afastaram de modo

mais duradouro da sociedade, não aceitando regras, e que por tal motivo, não merecem ser tratados da mesma maneira que os demais, uma vez que são contra o Estado, ou seja, a população.

Acerca do tema, se manifesta Giacóia Junior:

> durante a segunda metade do século XVIII, eu creio que se vê aparecer algo de novo, que é uma outra tecnologia de poder, não disciplinar desta feita. Uma tecnologia de poder que não exclui a técnica disciplinar, mas que a embute, que a integra, que a modifica parcialmente e que, sobretudo, vai utilizá-la implantando-se de certo modo nela, e incrustando-se efetivamente graças a essa técnica disciplinar prévia. Essa técnica não suprime a técnica disciplinar simplesmente porque é de outro nível, está em outra escala, tem outra superfície de suporte e é auxiliada por instrumentos totalmente diferentes.
> Dizer que o poder, no século XIX, incumbiu-se da vida, é dizer que ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra. Portanto, estamos num poder que se incumbiu tanto do corpo quanto da vida, ou que se incumbiu, se vocês preferirem, da vida em geral, com o pólo do corpo e o pólo da população. Biopoder, por conseguinte, do qual logo poderemos localizar os paradoxos que aparecem no próprio limite do exercício. (2005, p. 620).

Assim, o controle do biopoder se faz de forma disciplinar, com o homem tratado individualmente, mas também coletivamente. Elas não estão no mesmo nível, por isto podem conviver juntas, Foucault ressalta que

> temos, pois, duas séries: a série do corpo - organismo - disciplina - instituições; e a série população - processos biológicos - mecanismos regulamentadores - Estado. Um conjunto orgânico institucional: a ordem organo-disciplina da instituição, se vocês quiserem, e, de outro lado, um conjunto biológico e estatal: a bio-regulamentação do Estado.

E seria nesta regulamentação do Estado que haveria a modificação feita pelo Direito penal do inimigo, na maneira de sua utilização, onde se considerará alguns como não-pessoas para que haja a disciplina no ramo individual e, ao mesmo tempo, coletivo. Ou seja, a identificação de grupos inteiros serão identificados como inimigos da ordem social e que devem sofrer neutralização, uma vez que se admita a insuficiência do Estado no controle criminal e social.

Com todo o apresentado, seria compatível um Direito penal máximo com um Estado de Direito?

Diante de toda a construção científica que há sobre o princípio da dignidade humana, a desconsideração de alguns indivíduos como pessoas, em razão de seu histórico ou personalidade, seria o melhor meio para termos uma sociedade segura?

O Direito penal do inimigo é uma teoria cativante, onde o Jakobs sabe argumentar e embasar o seu pensamento, em que recorre a filósofos antigos como também a dados atuais, em que articula a existência não-declarada de sua tese nos ordenamentos jurídicos, em que falta somente o reconhecimento formal e a aceitação da separação que sugere de Direito penal do cidadão e do inimigo.

Se, como alguns pensadores sugerem, a sociedade está em um Estado de necessidade (ou de exceção, como vários adotam) seria suficiente agir conforme a atual noção de Estado de Direito ou a adoção de outros modelos como, por exemplo, de Günther Jakobs ou Jesús-María Silva Sánchez?

O sistema do Direito penal do inimigo tem uma ligação intrínseca com à ideia de um Estado autoritário, de expansão da atuação do Direito Penal, com principal incidência nos últimos anos, principalmente após os ataques ocorridos após o 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, sendo uma forma que se mostrou como uma solução viável contra o aumento da criminalidade, e apresentado com o argumento de que "quando um esquema normativo, por mais justificado que esteja, não dirige a conduta das pessoas, carece de realidade social", ou seja, deve ser modificado. (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012, p. 9).

A sociedade atual clama por uma resposta, mas seria o enrijecimento nos ordenamentos jurídico-penais a solução ideal?

E a noção de Estado Democrático de Direito, que se construiu ao longo dos anos e permitiu o reconhecimento e a proteção da dignidade humana e todos os seus direitos conquistados, estaria ameaçada por este novo sistema penal?

Ainda, estaríamos retornando a um totalitarismo ao adotar a teoria do Direito penal do inimigo?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, se para Carl Schmitt a essência do político se encontrava na distinção entre amigos e inimigos, o funcionalismo sistêmico - chamado radical -, faz sua inquietante contribuição, tentando das um fundamento e sistematização a um espaço punitivo denominado Direito penal do inimigo. Günther Jakobs divide os indivíduos que participam da sociedade em

dois grupos: os que colaboram com o funcionamento da ordem jurídica (os cidadãos) e os sujeitos que se denigrem, em que não existe expectativas para que cumpram os deveres na sociedade e são, portanto, perigosos. Estes sujeitos não colaboram com a ordem jurídica por diversos motivos, exemplificando nos terroristas, delinquentes profissionais ou habituais. Todos os citados são denominados inimigos da sociedade, em "não-pessoas", porque colocam em perigo a vigência do ordenamento jurídico. A teoria em questão propõe para estes sujeitos um tratamento jurídico distinto, em termos mais rígidos, submetendo-os a uma perda substancial de garantias penais e processuais. Então, suas condutas devem ser combatidas mediante medidas especialmente securitárias.

Como citado, o respeito a dignidade humana é fundamental para que se diga que um Estado é Democrático de Direito, e com a supressão de direitos, mesmo que processuais, ou uma diferenciação de Direito penal do inimigo e do cidadão fere diretamente este princípio que é macro e basilar para uma nação que se diz um Estado Democrático de Direito.

Portanto, ao se apoiar um Direito em que exclui alguns sujeitos, denominando-os inimigos ou com outra designação, diferenciando-os uns dos outros, cai-se em um antagonismo a um Estado de Direito, e parte-se para um Estado de Exceção, onde aqueles menos favorecidos serão os principais alvos dessa repressão, o que se pode chegar a uma *guerra ao terror* onde se determina certo tipo de pessoa (características étnicas, religiosa ou outras) para que presuma ser o inimigo da nação, sujeitando-o a procedimentos degradantes, uma antecipação da pena, e até eliminando-o.

Após o breve contexto histórico que influenciou o Direito penal do inimigo, vê-se que mesmo com a existência da figura do inimigo, de acordo com a evolução dos preceitos, principalmente do princípio da dignidade humana, a adoção e apoio a um Direito penal do inimigo é algo a ser descartado se o Estado tem o ideal de ser Democrático e de Direito. O argumento que hoje, a sociedade vive em um estado de extrema necessidade, e em razão disso tem-se de tomar medidas drásticas não pode ser louvável, pois, tal postura pode transformar em totalitário um Estado que antes não o era, como historicamente pode ser observado - e com exemplos recentes.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iracy D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Lisboa - Portugal: Almedina, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Direitos humanos e bio-poder. *In*: XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional de CONPEDI, 2006, Marília/SP. **Anais do XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional de CONPEDI**: A construção do saber jurídico no século XXI. Florianópolis: Boiteux, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2005, núm. 07-02, p. 02:1 -02:43.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural. 2004.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. 2 reimp. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.62-63.

MATURANA. Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos**. 3. ed. Trad. de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **As** origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n.2, jul./dez. 2009, p. 7-32.

ROUSSAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Trad. de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Dignidade da**

pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**: teoria do *partisan*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Los indeseados como enemigos**:** la exclusión de seres humanos del status personae. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, RECPC 09-01-2007. p. 01:1-01:18.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.

JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PRINCÍPIO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Manuella de Oliveira SOARES[32]

André Murilo Parente NOGUEIRA[33]

RESUMO

O presente estudo busca apresentar uma abordagem justificada ao direito fundamental à razoável duração do processo, esculpida na Constituição da República. Ao buscar uma justificação para o direito à duração razoável do processo, pode-se afirmar que o mesmo encontra justificativa tanto na teoria procedimentalista como na substancialista. O procedimentalismo faz parte da própria evolução do Estado, que se preocupa com que seus direitos fundamentais, na medida que garante que os mesmos sejam escolhidos por um procedimento democrático, onde todos que vão a eles se submeter possam se manifestar e eleger quais são as condições mínimas de convivência que o Estado deve lhes oferecer. Entretanto, o direito à duração razoável do processo guarda também forte componente substancialista, eis que sua compreensão com status de fundamentalidade reflete um valor ansiado pela sociedade brasileira que clama por uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

PALAVRAS-CHAVES: Principio da duração razoável processo; Procedimentalismo; Substancialismo.

ABSTRACT

This study aims to present a justified approach to the fundamental right to reasonable length of proceedings, carved in the Constitution. In seeking a justification for the right to reasonable length of proceedings, it can be said that it is justified both in theory: proceduralist and substantialist. Proceduralism is part of the evolution of the state, who cares about their fundamental rights, since it ensures that they are chosen by a democratic procedure where all going to them to undergo can manifest and elect what are the conditions minimum living that the state should offer them. However, the right to reasonable duration of the process also strong guard substantialist component, behold, your understanding with fundamentality status reflects a longed value by Brazilian society that calls for a faster and more effective adjudication.

KEYWORDS: Principle of reasonable length process; Proceduralism; Substantialism.

INTRODUÇÃO

A busca por uma justificação filosófica dos direitos fundamentais é tema que, não obstante seja constantemente debatido pela doutrina, encontra-se longe de encontrar um

[32] Estudante de Pós-graduação - Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul.

[33] Estudante de Pós-graduação - Instituição Toledo de Ensino – Bauru.

consenso, existindo uma vasta gama de pensamentos acerca da matéria e, sem a pretensão de esgotá-la, o presente estudo busca apresentar uma abordagem justificado ao direito fundamental à razoável duração do processo, esculpida no texto da Constituição da República, no art. 5º, inciso LXXVIII, por conta da redação advinda com a Emenda Constitucional nº 45/04.

A doutrina, via de regra, ao buscar justificação para direitos fundamentais, circunda entre elementos de uma teoria procedimentalista, assim compreendida, em resumo, como aquela pautada na legitimidade democrática advinda do sistema político representativo e, noutra banda, substancialista, pautada, principalmente, na concepção da proteção axiológica de determinados preceitos indispensáveis à convivência social e à preservação de condições mínimas ao ser humano.

O estudo desenvolvido, mesmo demonstrando que o direito fundamental à duração razoável do processo encontra respaldo procedimentalista em sua justificação, na medida em que fora inserido no texto constitucional a partir de um processo democrático que fortaleceu uma nova perspectiva da função jurisdicional do Estado, guarda forte componente substancialista, eis que sua compreensão com status de fundamentalidade, a bem da verdade, reflete um valor ansiado pela sociedade brasileira que clama por uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

Para tanto, o trabalho iniciará explicando o que se pode, modernamente, compreender como função jurisdicional do Estado, para, na sequencia, seja evidenciado que tal função, verdadeiro direito fundamental de segunda dimensão, deve ser exercida em tempo razoável, assegurando-se duração compatível com a expectativa social de solução do conflito, concluindo-se pela demonstração de que o direito fundamental à duração razoável do processo pode ser justificado procedimentalmente sem deixar de carregar consigo relevante conteúdo substancial.

O ESTADO E A TUTELA JURISDICIONAL

É clássica a lição de que o Estado chamou para si o exercício, de forma monopolizada, da prestação jurisdicional, vedando, em regra, a autotutela, sendo cediço que

> as sociedades estatais modernas conferem ao Estado, ... o dever de gerir os meios necessários e suficientes para obter a cessão da conduta contrária a uma norma, por parte de um membro da sociedade (sujeito público ou privado), e dar lugar, diretamente ou mediante sub-rogação, a uma conduta lato sensu restituidora da ordem jurídica (função jurisdicional). (DUARTE, 2004, p. 28-29)

É certo, outrossim, que a ocorrência de conflitos de interesses é inerente a convivência humana em sociedade, de tal modo que

> Indivíduos e grupos de indivíduos envolvem-se em conflitos com outros, relativamente a bens materiais ou situações desejadas ou indesejadas, nem sempre chegando a uma solução negociada. Às vezes são pretensões que encontram a resistência da pessoa que poderia satisfazê-la e não as satisfaz, sendo vedada a autotutela... o único caminho civilizado e permitido para tentar satisfação será o processo (DINAMARCO, 2009, p. 37-38).

O Estado-juiz, exercendo sua função jurisdicional, por meio do processo, assume a postura de decidir imperativamente os conflitos de interesse, sendo dotado de poderes aptos a assegurar que tais decisões substituam a vontade das partes beligerantes, com vistas a entregar tutela àquele detentor do direito subjetivo e, por via de consequência, pacificar o meio social e garantir condições mínimas de convivência harmônica.

O processo, pois, tem se mostrado como componente imprescindível para consecução desses objetivos do Estado, cuidando-se, a tutela jurisdicional obtida por meio do manejo desse instrumento, de atuação estatal tendente a assegurar direitos lesados ou ameaçados, nas palavras de Dinamarco (2009, p. 107) a "*tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo...receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição"*.

Note-se que a entrega de proteção pelo Estado, em favor do indivíduo que se sente lesado ou ameaçado de lesão, se mostra como corolário lógico de qualquer organização social que tenha dentre seus objetivos a construção de uma sociedade harmoniosa e pacífica, restando evidente que a ausência estatal, nesse particular, incitaria condições insustentáveis à sua própria mantença, como exercício de autotutela, justiça com as próprias mãos, exercício arbitrário das próprias razões, violações aos direitos mais comezinhos, como vida, propriedade e liberdades das mais variadas espécies, enfim, um caos social.

Necessário, pois, que o Estado-juiz, através do processo, prestando a pertinente tutela jurisdicional, tenha condições de decidir e impor suas decisões coercitivamente, para, como afirma Chiovenda, "*... entregar aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*" (CHIOVENDA, 2009, p. 67), o que mais tarde convencionou-se denominar de instrumentalidade

do processo.

Muito poderia se desenvolver acerca da evolução da forma pela qual a prestação da tutela jurisdicional vem se desenhando ao longo da história de formação do Estado e, até mesmo do constitucionalismo, intimamente ligado ao tema, na medida em que os textos constitucionais se mostram como campos férteis para regulações formais concernentes ao Judiciário e ao modelo de acesso à justiça. Entrementes, certamente, tal abordagem implicaria num distanciamento exacerbado quanto ao objeto e finalidade desse estudo, de maneira que o mesmo terá que se ater a expor, unicamente, o que for imprescindível à compreensão do direito fundamental à duração razoável do processo e sua justificação filosófica.

Neste trilhar, indubitável que a concepção de processo no período oitocentista é muito distinta daquela percebida hodiernamente, a bem da verdade, a não se reconhecia, sequer, autonomia científica ao processo, o qual era tratado como mero adjetivo do direito material violado, fase reconhecida como imanentista do processo, o que muito se confunde com a postura do Estado em face do indivíduo à época, marcado pelo início do movimento constitucional de formação de um Estado liberal-burguês.

Nesse período, notadamente, ao final do século XVIII, quando na França revolucionária, em 26 de agosto de 1789, editou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tem-se nítida postura abstencionista ou negativista do Estado, momento histórico onde podemos identificar o desenvolvimento da primeira dimensão dos direitos fundamentais, marco inicial de importância assaz considerável.

Nesse cenário, onde a burguesia detentora do poder econômico houvera acabado de se desvencilhar dos grilhões da monarquia absolutista, como não seria diferente, os direitos, de cunho eminentemente individualista, ligados à não-intervenção estatal na esfera privada, foram aqueles erigidos à fundamentalidade, com propósito de formação de um Estado Mínimo. Essa organização estatal traz marcas importantes para dentro do processo que acabou sendo tratado por séculos como mero adendo do direito material.

Pois bem, a referida abstenção estatal consagrada como direito fundamental de primeira dimensão, com o passar dos tempos, não obstante os avanços percebidos, acaba por acarretar graves distúrbios sociais, em especial, em face da concentração das riquezas. Esse mal-estar social é destacado por Ingo Wolfgang Sarlet (1999, p. 55), que assim reconhece:

> O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que

> acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava garantia de seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

Denota-se que o abstencionismo estatal não mais se mostra suficiente para assegurar a liberdade das pessoas. Assim, a ausência do Estado acabou por gerar acúmulo de riquezas, com concentração de poder econômico na mão de poucos em total detrimento da maior parte do povo, agravando as desigualdades sociais e fazendo eclodir uma série de conflitos sociais. A sociedade passa a exigir alteração no comportamento do Estado, a fim de que este ofereça mecanismos que rompam a ingerência de maneira a assegurar o cumprimento de direitos sociais, econômicos e culturais ao indivíduo.

Passou-se então do antigo Estado Mínimo, do liberalismo clássico, para o início da formação do Estado do Bem-Estar (*Welfare State*) ou Estado Social que tem como principal característica o alto intervencionismo estatal, momento histórico em que começa-se a desenvolver os direitos fundamentais de segunda geração; são verdadeiras prestações do Estado, de cunho positivo e prestacional.

Tal movimento ganhou corpo com a Constituição do México e a Constituição de Weimar, respectivamente, datadas de 1917 e 1919, obtendo especial destaque após a Segunda Guerra Mundial, onde, verdadeiramente, a comunidade internacional se deparou com a necessidade de modificação do viés da Ciência do Direito.

Versando acerca dos direitos fundamentais de segunda dimensão, pode-se trazer à colação José Martínez Pisón (2001, p.214), que assim abordou o tema:

> Por derechos sociales a que entender principalmente los derechos de prestación, como el derecho a la salud, a la educación, a la Seguridad Social, a la protección social, económica y jurídica de la familia, vivienda digna, derechos de los trabajadores y, en general, todos aquellos que promuevem un igual bienestar económico y social de los individuos, y, por ello, son derechos que encarnan un ideal de libertad desde la igualdad y son un eficaz instrumento de cohesión social, de solidaridad [...] de la cual se deriva el compromiso moral de su satisfacción, tanto en el ámbito local, regional, nacional como internacional, al objeto de evitar pobreza y miseria, privaciones y daños físicos y psíquicos a los personas [...]. Los derechos sociales implican obligaciones de hacer por parte de las autoridades estatales. Obliga a que los poderes públicos creen y organicen sistemas de prestaciones sociales y planifiquen políticas de bienestar para todos los individuos.

Com o processo não seria diferente: a insuficiência no modelo de prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, assim como o avanço dos estudos acerca da relação jurídica processual, como algo apartado ao direito material, faz ganhar força a figura do processo autônomo, a fase evolutiva denominada doutrinariamente como autonomista, científica ou conceitual, uma vez que nela foram criados os principais institutos científicos do direito processual, forma pela qual procurava-se melhorar as formas do Estado-juiz atuar em relação aos novos conflitos havidos na sociedade que encontrava-se em franca transformação, buscando maneiras de atenuar as graves diferenças sociais decorrentes do modelo abstencionista.

Apenas nessa segunda fase metodológica entendeu-se que o objeto do processo não é efetivamente os bens da vida disputados em juízo, os quais são objetos de estudo do direito material, mas sim os próprios fenômenos que ocorrem na vida do processo. A propósito, foi esse modelo que inspirou a redação do Código de Processo Civil de 1973, no Brasil, marcado pelas formas do processo e pelo rigor técnico do direito processual, como meio de garantir igualdade formal entre as partes do processo.

Não obstante os inúmeros avanços percebidos, em especial pelo vasto material científico produzido por força dos estudos do direito processual, o referido modelo encontrou relevantes obstáculos na garantia da efetividade da tutela jurisdicional, restando evidente que o Estado apresentava sérias dificuldades em cumprir com seu mister de garantir pacificação social, em especial, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O advento da atual Constituição da República faz com que o processo seja analisado em perspectiva distinta, a partir de uma hermenêutica pautada pelos pilares estabelecidos na construção constitucional, com grande aspiração social e com vistas a assegurar um Estado mais justo e igualitário, quer-se dizer, o processo em si mesmo passa a ceder espaço ao processo-instrumento, ferramenta do indivíduo apta a assegurar tutela, por muitos chamada de fase instrumentalista do ou teleológica do processo.

A prestação da tutela jurisdicional pelo Estado deixa de ser mero adendo decorrendo do monopólio do Estado-juiz, senão, passa a ser visto como verdadeiro direito fundamental de segunda dimensão, cujo titular, o jurisdicionado, tem o direito de receber do Estado uma prestação jurisdicional efetiva, eficaz e tempestiva. O processo sai da perspectiva puramente de dever estatal e, fundamentalmente, é visto na linha de seus destinatários ou consumidores do serviço jurisdicional.

Como sintetiza Lopes (2009, p. 20):

> As exigências da vida moderna tornaram patente a necessidade de conferir ao processo, a par da certeza e da segurança jurídica, função social mais ambiciosa, qual seja a pacificação com justiça. Expressões como 'acesso à ordem jurídica justa', 'instrumentalidade substancial', 'efetividade do processo', etc., resumem os escopos dessa moderna corrente processual que repele a ideia de processo como mero instrumento técnico.

A evolução das estruturas do Estado e dos direitos fundamentais no que tange a instituição de uma série de novas proteções materiais acaba por refletir no processo que, esgotado num modelo puramente individualista, passa a ser considerado em sua função de entregar efetiva proteção pelo Estado em favor dos sujeitos que buscam amparo na esfera jurisdicional, o que culminou em diversas reformas em nosso sistema processual, também denominadas de ondas renovatórias, em relação as quais não nos aprofundaremos para não nos distanciar do objeto do presente.

O que se pretende dizer, partindo dessa evolução dos direitos fundamentais e do processo, é demonstrar que o Estado, no exercício de seu monopólio jurisdicional, passa a ser devedor da prestação positiva de assegurar todos os meios para que a tutela, pela via processual, seja efetiva e substancial e não meramente formal, garantindo "máximo de proveito, utilidade, quanto à obtenção de seus resultados efetitividade do processo" (Teixeira, 2008, p. 34).

Assim, no Estado Social, o indivíduo, além de ser titular de uma série de direitos fundamentais sociais, os direitos fundamentais de segunda dimensão, como saúde, educação, previdência social, direitos trabalhistas, deve ser considerado como portador do direito fundamental de acesso substancial à justiça.

Nesse paralelo, cita-se as palavras de Luciana Camponez Pereira Moralles (2006, p. 4-5):

> Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos.... O "acesso" não é apenas um direito social fundamental,

> crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

A tutela jurisdicional prestada de maneira efetiva, não puramente formal, numa leitura simplista do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que gera verdadeira crise de legitimidade social do Estado-juiz, deve ser encarada como dever do Estado e essa necessidade de construção de um processo apto a gerar resultados fora destacado, como ventila Dinamarco (2009, p. 111):

> ideia do processo civil de resultados, Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença em estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste.

Fácil constatar que, não obstante o fenômeno processual tenha ocupado espaço relevante no Texto Constitucional, ainda assim, a doutrina continuou se manifestando fortemente pela necessidade de que o acesso à justiça fosse materializado, não bastante a formalidade de garantir o acesso sem qualquer resultado prático apto a efetivamente pacificar o meio social, quer pela demora na prestação jurisdicional, quer pela ausência de efetividade dos provimentos jurisdicionais.

Neste diapasão, compreendida a tutela jurisdicional como direito fundamental de segunda dimensão, assim como reconhecida a crise de efetividade e legitimidade social do processo em entregar tal tutela de forma tempestiva, surgira a denominada Reforma do Judiciário que, dentre tantos outros aspectos alheios a esse estudo, por conta da Emenda Constitucional nº 45/04, acresceu o inciso LXXVIII, ao art. 5º, da Constituição de 1988, instituindo a *razoável duração do processo*, assumindo figura de direito fundamental do jurisdicionado.

Tal formatação é descrita por Luciana Camponez Pereira Moralles (2006, p.50-52)da seguinte maneira:

> A reforma do Poder Judiciário e os direitos humanos fundamentais são temas intimamente ligados, já que, a partir do momento em que foi retirada dos cidadãos a possibilidade de se fazer justiça com as próprias mãos, o Estado assumiu a tarefa de fazer o ordenamento jurídico, assim como o

> restabelecimento da paz social, mediante o pode jurisdicional... É fato que o Poder Judiciário, como muitas outrora instituições do Estado, viu sua estrutura tornar-se inadequada, diante dos diversos avanços da sociedade moderna, sem o correspondente acompanhamento, tanto nos campos da tecnologia como da própria administração e dos padrões de comportamento...
> A Reforma do Judiciário, trazida com a Emenda Constitucional 45, procurou, em linhas bem gerais, trazer mais agilidade e eficiência na tramitação dos processos, ou seja, ao meio de efetivação dos direitos materiais, com a criação de condições reais para que o Poder Judiciário se fortaleça e seja capaz de atender à demanda da sociedade por mais melhores serviços jurisdicionais.

No exercício da prestação da tutela jurisdicional o Judiciário passa a ser visto como *"um prestador de serviço moroso e inepto. A busca da efetividade do processo, que se dá através da onda do acesso à justiça, deve ser analisada sob o ângulo da capacidade do Estado exercer o poder que lhe foi conferido pela sociedade" (*MORALLES, 2006, p. 36).

É neste viés que se pretende desenvolver esse estudo, considerando a tutela jurisdicional como algo maior que mero direito de acesso formal à justiça, mas sim, como um dever do Estado em garantir o acesso substancial à justiça e, a partir de então, analisar o direito fundamental de segunda dimensão de razoável duração do processo, apontando uma justificação democrática a tão relevante primado constitucional. Antes, porém, necessário se enfatizar os principais aspectos atinentes ao direito fundamental estatuído pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Ao tratar da tutela jurisdicional, Canotilho destaca que *"o sentido nuclear da proteção judicial dos direitos é ... a garantia dos direitos fundamentais.... Do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito.... pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo."* (2003, p. 273-274).

Nessa perspectiva, ao tratar do acesso à justiça, nosso texto constitucional elenca dois principais vetores da prestação jurisdicional, quais sejam, a inafastabilidade prevista no art. 5º, XXXV (*"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*) e a razoável duração do processo esculpida no art. 5º, inciso LXXVIII (*"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"*); porque não dizer que essa é corolário lógico daquela, na medida

em que não se pode sustentar o acesso puramente formal à justiça, mas sim, um acesso substancial pautado na entrega de tutela em tempo hábil e com de modo efetivo e apto a satisfazer o direito e pacificar o grupo social.

É de se notar, outrossim que tanto um quanto outro foram consagradas dentro do rol de direitos e garantias fundamentais e devem ser interpretadas sistematicamente, a fim de que se garanta a universalização do acesso à justiça e que tal acesso implique numa prestação jurisdicional efetiva e tempestiva. O abundante tratamento constitucional das regras e princípios que conformam o processo civil teve, notadamente, o objetivo de estabelecer um processo que assegure paz e harmonia social, permitindo que todos tenham acesso à prestação jurisdicional enquanto atividade indubitável para a mantença da estabilidade de um Estado Democrático de Direito.

Interessante notar a alocação topográfica do primado da "razoável duração do processo", posto dentre os direitos fundamentais que balizam a atividade jurisdicional do Estado e, acima disso, evidencia a essencialidade dessa disposição constitucional, estabelecendo obrigação de prestações positivas do Estado, tendentes a cumprir a missão institucional de entregar tutela em tempo hábil, assim como, noutra banda, o direito do indivíduo em exigir tal comportamento do Estado-juiz.

Vale trazer à colação os ensinamentos de Paulo Hoffman (2005, p.324-325), que, no tocante a duração razoável do processo, aduz:

> Não se pode mais permitir a elaboração de leis que causem uma maior lentidão na solução de processos, sob pena de serem inconstitucionais. Igualmente, se da lei posta se der uma interpretação que leve a caminhos mais tortuosos e burocráticos, com certeza, essa corrente estará agindo em desconformidade com a novel garantia constitucional. Sem dúvida, há muito se busca um processo mais célere e mais efetivo, porém ,a partir da Emenda Constitucional 45, necessariamente as medidas a serem tomadas deixam de ter um caráter único de boa vontade e passam a ser mero cumprimento de um dever.

Neste mesmo viés temos Marinoni (2007, p. 28), reconhecendo a fundamentalidade da duração razoável do processo, ao sustentar que:

> O Estado é parte devedora do direito fundamental à duração razoável. Porém, este último direito não apenas tem no Estado como seu devedor, mas ainda incide, nos moldes de qualquer direito fundamental, sobre o Executivo,

> Legislativo e o Judiciário. O Estado tem o dever, como poder voltado a dar tutela aos direitos, de prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável.

Nota-se que é imprescindível que o Estado, no exercício de suas mais diversas funções, tem o dever de entregar tutela em tempo apto a efetivar direitos, compreendendo a mora, como negativa de prestação de tutela e, por consequência, violação a um verdadeiro direito fundamental de segunda dimensão; tem-se que, ao editar normas processuais (Legislativo), ao efetivar repasses orçamentários (Executivo) ou ao processar e julgar (Judiciário), o Estado está obrigado à observância da duração razoável do processo como ferramenta voltada não somente aos interesses do jurisdicionado envolvido naquele feito, mas também e, principalmente, à manutenção das estruturas do Estado Democrático de Direito. Imprescindível a adoção de normas, técnicas, procedimentos e decisões que efetivem o preceito constitucional estatuído pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

Corrobora-se, pois, com as palavras de Samuel Miranda Arruda (2006, p. 61-62), para quem:

> Afigura-se indiscutível que um dos alicerces do Estado hodierno é a existência de um poder independente, autônomo e forte, com atribuição para interpretar e fazer cumprir as leis, dando aos cidadãos a garantia de que seus direitos serão resguardados e a confiança de que o primado da justiça haverá sempre de prevalecer. Seja como meio de resolução de conflitos sociais, como intérprete e guardião da lei e da Constituição, ou ainda como contraponto regulador das investidas ousadas do Parlamento e do Executivo, o Judiciário e a jurisdição seguem sendo imprescindíveis. As imperfeições da Justiça custam caro à sociedade, e isto, por si só, expressa e justifica as expectativas que gravitam em torno da atuação deste Poder.
>
> É de se concluir, por tudo isso, que o direito à jurisdição, compreendido em seu sentido mais amplo, é uma derivação imediata de um princípio constitucional fundamental e universalmente reconhecido – o do Estado de direito – e consiste ´no direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional. De nossa parte incluiríamos em uma tal definição a adequação temporal dessa atividade pois já na sua mais abstrata concepção está pressuposto que a proteção judicial deve ser assegurada em tempo hábil.

A transformação na forma como se pensa o processo civil precisa ser trazida para o modo como se atua no processo, rompendo dogmas e paradigmas construídos em outra realidade socioeconômica e cultural, superando os formalismos exacerbados e o modelo como se apreciam os feitos levados ao Judiciário, quer-se dizer, é imprescindível que o processo seja visto como

instrumento, meio de consecução da tutela dos direitos e não como um fim em si mesmo. Ao tecer comentários sobre a qualidade, a tempestividade e a efetividade dos serviços jurisdicionais, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p.117) afirma:

> Um eficiente trabalho de aprimoramento deve pautar-se por esse trinômio, não bastando que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, porém injusta. Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2006, p. 8) sustenta que a resposta judiciária de qualidade deve ser justa (equânime e plausível), jurídica (tecnicamente fundamentada e consistente), tempestiva (vedação à excessiva duração do processo - art. 5º, LXXVIII) e razoavelmente previsível (a jurisprudência dominante e suas súmulas vinculantes, persuasivas e impeditivas de recurso). Resta cediço que o reconhecimento do direito à razoável duração do processo por meio da inclusão do inciso LXXVIII, no art. 5º, da Constituição Federal está atrelado a uma pretensa vocação do Estado em garantir aos jurisdicionados uma tutela de direitos efetiva e em tempo apto a assegurar tal efetividade. O Estado inclina-se para reconhecer que, para mantença de suas estruturas e de seus mote democrático, mostra-se imprescindível que sua função jurisdicional cumpra o mister de entregar tutela em tempo razoável.

Pode-se, pois, nos valendo das palavras de Luciana Camponez Pereira, afirmar que (2006, p. 62-77):

> É lícito concluir que a efetividade do processo será alcançada quando a tutela jurisdicional obtida através dele produzir resultados justos (decisões com conteúdo democrático e justo), úteis e em tempo oportuno. Há a denegação de acesso à justiça tanto para aqueles que não conseguem ouvir em juízo quanto para aqueles que recebem uma justiça tardia... A questão do tempo na sociedade moderna se coloca implacavelmente no nosso modo de vida, pois nos Estados que adotam sistemas capitalistas há a atribuição de valor econômico ao tempo valorização dada ao tempo pela sociedade moderna reflete-se na prestação da tutela jurisdicional, que não consegue manter igual ritmo temporal, causando um choque entre as expectativas das partes.

Fácil perceber a opção do Estado em adotar, na seara do Direito Constitucional

Processual, um direito fundamental de acesso material à justiça, estampado na figura de uma prestação jurisdicional célere e efetiva, garantindo condições institucionais de resolução dos conflitos e de pacificação social, evidenciando uma preocupação política e sociológica com a tutela dos direitos. Existe notória percepção do contexto social do Direito, quer na sua produção (quando da edição da Emenda Constitucional nº 45/04), quer na aplicação do preceito fundamental estudado.

O direito fundamental posto trata-se do reconhecimento da necessidade de adoção de uma postura institucional de formação de um processo judicial que assuma feição democrática, quer-se dizer, que satisfaça o anseio social de obtenção de justiça, ou seja, não obstante a necessária observância procedimental na construção desse direito ou do devido processo legal judicial, denota-se que importante carga valorativa acompanha o direito fundamental de razoável duração do processo, guardando fundamento republicano para construção democrática de um Estado onde a prestação jurisdicional é efetiva e tempestivamente distribuída aos jurisdicionados, encarando as expectativas do pluralismo axiológico e cultural, como melhor será esclarecido nas linhas que seguem.

O PROCEDIMENTALISMO FRENTE AO DIREITO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O que se percebe atualmente é que a estrutura normativa do direito brasileiro está ineficaz perante a sociedade, que cada vez está mais dinâmica e complexa. Assim, a democracia contemporânea tem o desafio de solucionar essas crises.

Nessa seara, surge a preocupação cada vez maior do Estado garantir a todos os indivíduos a efetivação dos direitos fundamentais.

Uma das principais problemáticas dos Direitos Fundamentais é a busca de um fundamento absoluto sobre o qual respaldá-los, de modo a garantir seu correto cumprimento ou até mesmo como meio de coação para sua observância de maneira universal.

O seu fundamento serve como respaldo para garantir a sua efetividade. Isto demonstra porque os Direitos Fundamentais transformaram-se em uma preocupação filosófica, sociológica e política, e não apenas jurídica.

Nesse diapasão, é que se defende que a justificativa procedimentalista dos direitos fundamentais seria a participação efetiva dos cidadãos nos processos de validação discursiva. Essa participação está em conformidade com a noção de Estado Democrático de Direito, pois

autoriza a tomada de decisões considerando todos os interesses envolvidos.

Rothenburg (2014, p. 49) preleciona que

> a principal preocupação dos direitos fundamentais não estaria em assegurar valores substantivos (“decisões”), mas em garantir as condições (meios e modos, regras do jogo) de convivência, expressão e participação dos sujeitos. Estes, reconhecidos e respeitados em sua dignidade de participantes livres e iguais, tomariam então as deliberações conforme as circunstancias, pautados na racionalidade.

No mesmo sentido é o posicionamento de John Hart Ely quando fala da Constituição Estadounidense que trata de questões estruturais e procedimentais e não de identificar e preservar valores substantivos e estruturais (2010, p. 122).

De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes. (TAVARES, 2007, p. 338-339)

A teoria discursiva de Habermans também pretende concretizar procedimentalmente os direitos fundamentais através de “um paradigma de racionalidade do entendimento que leve ao cumprimento das condições de reconhecimento intersubjetivo da validez normativa, a qual consiste e possibilita a aceitabilidade racional”. (DUARTE, 2004, p.250).

E nos dizeres de Habermas (1991, p. 128):

> A idéia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos. A história de teoria é um componente necessário, um reflexo da tensão entre facticidade e validade, entre positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, latentes no próprio direito.

Nessa esteira, pode-se falar que o direito na era pós-moderna, além de enfrentar questões complexas, deve garantir um melhor relacionamento do homem com o mundo e com seus pares, a fim de que seja conferido ao sistema normativo legitimidade, assegurando a todos os direitos fundamentais.

Só haverá legitimidade num sistema jurídico se nele estiverem positivados os direitos fundamentais. Uma sociedade só será verdadeiramente democrática se houver liberdade de

discurso com garantia de direitos fundamentais.

Neste diapasão, Habermas leciona que "o poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais" (HABERMAS, 2003, p.171).

Ressalte-se, ainda, que quando os direitos fundamentais são assegurados em uma Constituição através de um procedimento democrático-deliberativo, eles passam a ser normas de caráter obrigatório e não estão sujeitos a relações de preferência, como os valores.

Ely (2010) também acaba por defender esse posicionamento indiretamente quando na obra Democracia e Desconfiança faz uma abordagem procedimentalista com base na autoridade da Constituição. Afirma que a Constituição se preocupa basicamente com questões de processo, relacionados com direitos de acesso e de igualdade (não exclusivamente) e não com imposição de valores ou princípios fundamentais afirmados por uma determinada sociedade em uma determinada época.

Assim, o que deve sustentar os direitos fundamentais na ótica procedimentalista é a obrigatoriedade de que sejam escolhidos por um procedimento democrático, onde todos que vão a eles se submeter possam se manifestar e eleger quais são as condições mínimas de convivência que o Estado deve lhes oferecer, independentemente da preocupação em se assegurar determinados valores. Somente dessa maneira teriam legitimidade para serem obrigatórios e cumpridos.

Nessa seara é que se pode afirmar que o direito a razoável duração do processo foi uma opção procedimentalista do legislador já que garante a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos que buscam a tutela jurisdicional, notadamente, no cenário em que fora instituído, cercado por um forte clamor reformista na atuação do Estado-juiz, tendo, inclusive, sido nomeado por muitos como novo Pacto Republicano do Judiciário.

Esse principio tem a dura missão de equilibrar de um lado a satisfação do direito material e de outro uma prestação jurisdicional célere.

> Na tentativa de alcançar esse ideal de justiça procedimental perfeita, oprimeiro problema é conceber um procedimento justo. Para isso, é preciso que as liberdades da cidadania igual sejam integradas à constituição e por ela protegidas. Essas liberdades incluem a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual e a igualdade de direitos piliticos. O sistema politico, que presumo ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não incluísse essas liberdades. (RAWLS, p. 242).

Nesse diapasão, embora se possa defender uma justificativa procedimentalista para o principio da razoável duração do processo, é inegável que o mesmo envolve aspectos substanciais, no sentido da consagração do valor da justiça social mediante a entrega da tutela jurisdicional em tempo razoavelmente curto.

A Constituição Federal Brasileira traz o termo justiça expressamente em várias situações. Logo no preâmbulo, o termo justiça aparece como sendo um dos valores supremos da sociedade, tal qual a harmonia social e a liberdade. O preâmbulo, embora seja destituído de grande concretude, é um norte interpretativo de todo o texto constitucional. (GEBRAN NETO, 2002, p. 134).

Além do preâmbulo, o valor justiça também está expresso em vários artigos da Constituição. Nesses casos o referido valor está sempre associado à ideia de Justiça social.

Segundo Paula (2002, p. 39), a justiça social tem o seu significado jurídico indicado no art. 3º da Constituição, que estabelece que a construção de uma sociedade justa é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Ao circunscrever a justiça ao espaço da sociedade, o texto legal refere, em síntese, que a promoção da justiça na sociedade é um fim do Estado brasileiro. Semanticamente, isso equivale a dizer que se constitui em meta da República Federativa do Brasil a promoção da justiça social. (JUNKES, 2005).

Nesse cenário, pode-se afirmar que o Estado atualmente não tem função apenas de administrar e legislar a respeito de direitos individuais e coletivos a certa gama populacional, mas sim de promover o bem comum. Assim, incumbe-lhe a obrigação de criar as condições materiais, institucionais, culturais e morais necessárias para garantir a todos a efetivação dos direitos fundamentais.

Porém, muitas vezes esta concepção não consegue se sobrepor à falência dos órgãos públicos e das políticas públicas. A noção de Estado e Justiça se desenvolveu com o passar do tempo, os conflitos também, cabendo ao Estado a dinâmica de acompanhar a evolução social e dar solução aos problemas.

Como ressalta Thiago Ribas Filho (2008, p. 128):

> O desafio representado pela tarefa de suprimir o trágico distanciamento entre a promessa de direitos, posta solenemente nas Constituições e nas leis, e a realidade de sua efetivação prática em um mundo cada vez mais situado em contextos globalizados, não permite mais perda de tempo, exigindo uma visão abrangente ? por isso mesmo, multidisciplinar - e permeada pelo humanismo como fonte inesgotável de inspiração a serviço de uma vida melhor e com

maiores possibilidades a todos.

Hodiernamente, no ordenamento jurídico, observa-se que estão insculpidos direitos fundamentais de cunho principiológico a aplicação da justiça social.

> A ideia de Democracia embasa o conceito de acesso à justiça, uma vez que este método processual busca a construção de uma sociedade livre, justo e solidária e a diminuição das desigualdades sociais, bem como a efetiva participação do cidadão nos centro de poder, fins almejados pelo Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição de 1988.(...) Partindo-se da visão de que o processo está a serviço da concretização de valores do Estado, fica inevitável a conclusão de que a ciência processual não é neutra, pelo contrário, está influenciada pelos valores apreendidos por esse modelo de Estado.(...) Assim, hoje é perfeitamente aceita pelos processualistas moderno a penetração de uma carga axiológica na ciência processual..., que entende que este [processo] reflete as bases do regimento democrático, estando a serviço da ordem social, econômica e política proclamada na nossa Constituição Federal, bem como da efetiva realização dos direitos (MORALLES, 2006, p.60-61).

Portanto, o Estado, preocupado com a efetivação da justiça social e dos direitos fundamentais de todos que vive sob sua égide, tratou de incluir no rol dos direitos fundamentais a razoável duração do processo.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a teoria substancialista defende a presença do Judiciário como ferramenta para garantir que grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, criem uma oportunidade para consecução de suas expectativas e direitos em um processo judicial (STRECK, 2004, p. 161).

Uma das principais críticas feitas ao procedimentalismo, pelos defensores do substancialismo, é que o processo democrático somente pode ser observado em relação à participação ao sistema, sendo necessário o caráter substantivista para completar a teoria dos direitos e valores, não se podendo apenas falar em procedimento.

De tal modo, pode-se afirmar que além da fundamentação procedimentalista do principio à duração razoável do processo, que é próprio da evolução do Estado, que se preocupa com que seus direitos fundamentais sejam escolhidos por um procedimento democrático, onde todos que vão a eles se submeter possam se manifestar e eleger quais são as condições mínimas de convivência que o Estado deve lhes oferecer, também se assenta numa fundamentação substancialista. A bem da verdade, pertinente uma verdadeira mitigação desses institutos, não se sustentando uma posição puramente procedimentalista, assim como exclusivamente

substancialista. É certo que a fixação de extremos entre tais concorrentes pode consistir em notório equívoco, havendo necessidade de percepção procedimental moderada, de modo a buscar legitimidade democrática nas instituições representativas do poder na criação e efetivação do Direito, sem, contudo, deixar de notar a existência de carga valorativa na eleição dos fatores fundantes das estruturas do Estado. Nesse último caso, o direito fundamental à razoável duração do processo está ligado intensamente com efetivação da justiça social, que é um dos objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil, assim como com a preservação da paz social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvida de que o direito à razoável duração do processo está intimamente ligado ao acesso à justiça, na medida em que não se pode sustentar o acesso puramente formal à justiça, mas sim, deve ser garantido um acesso substancial, pautado na entrega de tutela em tempo hábil e com de modo efetivo e apto a satisfazer o direito e pacificar o grupo social.

Ao buscar uma justificação para o direito a duração razoável do processo, que é um direito de segunda geração, pode-se afirmar que o mesmo encontra justificativa tanto na teoria procedimentalista como na substancialista.

Sempre que a doutrina busca justificação para os direitos fundamentais, circunda entre elementos de uma teoria procedimentalista, que é a pautada na legitimidade democrática advinda do sistema político representativo e, noutra banda, entre os elementos de uma teoria substancialista, que se baseia na concepção da proteção axiológica de determinados preceitos indispensáveis à convivência social e à preservação de condições mínimas ao ser humano.

Ao buscar justificação para o direito fundamental à duração razoável do processo, pode-se afirmar que sua concepção procedimentalista está baseada no fato que fora inserido no texto constitucional a partir de um processo democrático que fortaleceu uma nova perspectiva da função jurisdicional do Estado.

O procedimentalismo faz parte da própria evolução do Estado, que se preocupa com que seus direitos fundamentais, na medida que garante que os mesmos sejam escolhidos por um procedimento democrático, onde todos que vão a eles se submeter possam se manifestar e eleger quais são as condições mínimas de convivência que o Estado deve lhes oferecer.

Entretanto, o direito à duração razoável do processo guarda também forte componente substancialista, eis que sua compreensão com status de fundamentalidade reflete um valor ansiado pela sociedade brasileira que clama por uma prestação jurisdicional mais célere e

efetiva.

O direito fundamental à razoável duração do processo está ligado intensamente com efetivação da justiça social, que é um dos objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil. Assim, não há dúvida de que a ciência processual carrega uma ampla carga axiológica, refletindo as bases do regime democrático no qual estamos inseridos, estando a serviço da ordem social, econômica e política proclamada na nossa Constituição Federal, para a efetiva concretização de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da lei de imprensa. In**: Revista trimestral de direito civil**, vol. XVI. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed.. Campinas: Bookseller, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE, Ècio Oto Ramos Duarte. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle Judicial de Constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas, Bookseller, 2006.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Comentários à Ética do Discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. **Direito e Democracia entre facticidade e validade I.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003.

JUNKES, Sergio Luiz. **Defensoria Pública e o Princípio da Justiça social.** RESENHA ELEITORAL - Nova Série, v. 12, n. 1 (jan./jun. 2005) Jurua: Curitiba.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2012.

_____. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Comentário ao artigo 5º, incio XXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 357-368.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José. ***Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales***. Madrid: Tecnos, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 93. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1319-1326.

MIRANDA, Samuel Arruda. Comentário ao artigo 5º, inciso LXXVIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 507-512.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no Processo Civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social –**

revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002

RIBAS FILHO, Thiago. Juizados especiais e democracia. In Associação dos Magistrados Brasileiros. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros: Cidadania e Justiça.** V. 5, Rio de Janeiros, 1998: 127-132.

ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, V.5.

ROTHENBURG,Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgand. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? In: **Revista brasileira de direito constitucional.** n. 09 – jan./jun. 2007.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros; PINTO, Alexandre Moreira. **Direito Processual Civil:** institutos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2008.

O CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Osmar Ferreira SANTIAGO JUNIOR[34]

RESUMO
A evolução científica certamente atingiu a área médica, trazendo solução a um de seus antigos problemas: a infertilidade. No entanto, a inseminação artificial heteróloga, um dos inovadores procedimentos para a fertilidade por meio de doação anônima de gametas, trouxe um grande impasse ao mundo jurídico, ainda desprovido de norma regulamentar acerca do tema. Afinal, é possível ou não a identificação do doador anônimo de material genético? O presente trabalho tem por objetivo analisar tal factibilidade. Para tanto, examina-se a existência de regulamentação e julgados acerca do tema, bem como o posicionamento jurídico. Dessa maneira, tomando por fundamento esse conjunto de elementos, permite-se, ao final, chegar à conclusão acerca da viabilidade de deferimento ao conhecimento da origem biológica em tal técnica de reprodução humana artificial.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução assistida. Inseminação artificial heteróloga. Conhecimento da origem biológica.

ABSTRACT
The scientific developments certainly reached the medical area, bringing solution to one of their old problems: infertility. However, heterologous artificial insemination, one of innovative procedures for fertility by means of anonymous donation of gametes, brought a great impasse the legal world, still devoid of regulatory standard on the subject. After all, it is possible or not to identification of anonymous donor of genetic material? The present work aims to analyze such feasibility. To this end, it examines the existence of regulations and judged about the theme, as well as the legal position. In this way, taking as a basis the set of elements, it is, in the end, reach the same conclusion about the feasibility of granting the knowledge of biological origin in such technique of assisted human reproduction.

KEYWORDS: Assisted reproduction. Heterologous artificial insemination. Knowledge of biological origin.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, houve uma surpreendente evolução na ciência e na tecnologia. Os mais diversos setores foram atingidos por esse extraordinário avanço, trazendo soluções para diversos problemas antigos: as distâncias encurtaram-se com o desenvolvimento da aviação; a

[34] Estudante de Graduação - Faculdades Integradas de Itararé – FAFIT.

comunicação foi reinventada com as inovações da informática e da telefonia; diversas doenças foram amenizadas ou, até mesmo, extirpadas mediante o progresso na medicina; entre outros.

Dentre essas obsoletas dificuldades solucionadas pelos avanço científico e tecnológico está a infertilidade. Há infertilidade quando algum distúrbio, comumente nos órgãos reprodutores e nos gametas, está relacionado ao resultado negativo de gravidez no prazo de um ano de vida sexual ativa sem o uso de material contraceptivo.

No Brasil, mais de 278 mil casais em idade fértil tem dificuldade para gerar uma criança, havendo outros estudos indicativos de que entre 8% e 15% dos casais têm algum problema de infertilidade (PORTAL BRASIL, 2015). Como visto, esse impedimento à fecundidade é uma objeção que atinge significativa parcela da sociedade e que muito remotamente existiu, mas sem solução, é claro.

No entanto, como para vários problemas, em prol dos quais há tempos não houve recurso, a tecnologia contribuiu em muito aos casais inférteis, proporcionando-lhes a possibilidade de gerar filhos. É a chamada reprodução humana assistida, um notável avanço tecnológico em favor da família (considerado extensivamente o seu sentido), conceituada como o conjunto de técnicas laboratoriais de fertilização, baseadas na manipulação de gametas, que viabilizam a fecundação humana, sendo que a mais comum é a fertilização *in vitro*. Trata-se, portanto, de uma assistência laboratorial para a ocorrência da fecundação, haja vista a impossibilidade desta ocorrer naturalmente.

A reprodução assistida, denominação de gênero, possui várias espécies de técnicas, todas voltadas para a concretização da fecundação. Em um primeiro plano, classifica-se tal reprodução quanto ao local de fecundação dos gametas, da seguinte forma:

> a) Inseminação artificial, entendida como a fecundação realizada dentro do corpo da mulher, mediante a coleta do sêmen do homem e a respectiva inserção no útero da mulher;
>
> b) Fertilização *in vitro*, definida como a fecundação realizada fora do corpo da mulher, por meio de coleta do sêmen do homem e do óvulo da mulher e consequente fertilização, cujo embrião resultante é introduzido no útero da mulher.

Além disso, a técnica de inseminação artificial subdivide-se, ainda, quanto à origem dos gametas utilizados, da seguinte forma:

> a.1) Inseminação artificial homóloga: utilização de gametas do casal, inclusive após a morte do marido (*post mortem*);

a.2) Inseminação artificial heteróloga: utilização de gametas estranhos aos do casal, por meio de doador anônimo.

Diante dessa explanação inicial, chegamos à base de estudo do presente trabalho: a inseminação artificial heteróloga. Em uma conceituação mais aprofundada, o jurista Sílvio de Salvo Venosa aduz que a

> (...) inseminação heteróloga é aquela cujo sêmen é de um doador que não o marido. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido etc. (VENOSA, 2013, p. 243-244)

Diante da especificação e conceituação do tema em discussão, passa-se, então, ao desenvolvimento específico: a possibilidade de se conhecer a origem biológica na inseminação artificial heteróloga. Num primeiro momento, a análise recairá sobre a regulamentação existente acerca do tema, inclusive regramento infralegal. Em sequência, discutir-se-á o posicionamento jurídico dominante sobre a problemática, no meio doutrinário. E, por fim, aprecia-se, com base no quanto discutido, a factibilidade de se autorizar a identificação da procedência biológica na modalidade específica de reprodução humana em estudo.

REGULAMENTAÇÃO

Como se sabe, o objetivo primordial do Direito é a harmonia social, mediante a regulamentação das situações conflituosas na sociedade. Então, pode-se afirmar que o Direito pressupõe o conflito social, regulando-o sob pena de sanção. Desse modo, à medida que novas divergências sociais surgem, o legislador deve produzir regramento para o seu devido controle.

Na matéria em exame, há um conflito: de um lado, tem-se a pretensão da criança (ou até mesmo do indivíduo adulto) em conhecer sua origem biológica, em identificar o homem que anonimamente permitiu o seu nascimento; de outro, tem-se a resistência desse doador anônimo em ter a sua identidade revelada.

Desse modo, constatado o conflito, necessário se torna haver uma lei disciplinadora do procedimento de inseminação artificial heteróloga.

LEGISLAÇÃO

Apesar de a reprodução assistida, considerada não somente em relação ao específico

método em análise (inseminação artificial heteróloga), ser um dos grandes avanços da ciência médica das últimas décadas, não há uma legislação no ordenamento pátrio que normatize a sua utilização, de modo que a manipulação desregulamentada dessa técnica da medicina torna em um verdadeiro problema o que se pode denominar como "a solução para a infertilidade".

Nessa toada, inúmeras dúvidas relevantes não possuem respostas, como a possibilidade de se utilizar as práticas eugênicas (seleção embrionária), o destino dos embriões excedentários e os efeitos da gestação por substituição ("barriga de aluguel"). Os efeitos da lacuna legislativa atingem inclusive a questão em desenvolvimento: a divergência referente a concebido *versus* doador anônimo não possui resposta.

Discutindo o tema, William Artur Pussi afirma que os procedimentos de reprodução assistida

> [...] trazem consigo uma grande carga de problemas éticos para os quais o nosso ordenamento jurídico ainda não oferece soluções adequadas. Alguns chegam a afirmar que o progresso científico e técnico no campo da procriação humana pode se traduzir na revolução mais profunda que o direito já sofreu até hoje. Isso porque institutos e conceitos jurídicos como a paternidade, a maternidade e a personalidade serão relativizados, assim como a própria concepção de família. (PUSSI, 2007, p. 279-280)

Para eliminar esses conflitos, incertezas, divergências, capaz seria somente uma específica produção legislativa acerca do tema, uma vez que autorizaria ou proibiria, expandiria ou restringiria as práticas reprodutoras hoje existentes.

Outra imprecisão, também de grande importância, sem amparo legislativo, que ameaça as técnicas de reprodução assistida é a configuração da filiação biológica nos casos de inseminação artificial heteróloga. Por filiação biológica entende-se a relação genética e natural existente entre pai e filho. Teme-se, dessa maneira, que a possibilidade de conhecimento do doador anônimo enseje a configuração de filiação biológica e produção de seus efeitos.

Não obstante a ausência de regulamentação específica acerca do tema, a Constituição Federal consagrou o direito ao planejamento familiar no § 7° do seu art. 226:

> Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou

> privadas. (BRASIL, 1988)

Portanto, consagrado constitucionalmente está o direito ao planejamento familiar, bem como o dever estatal em possibilitar o respectivo exercício. À vista disso, a utilização das técnicas de reprodução assistida, incluindo a inseminação artificial heteróloga, como meio de viabilização da reprodução humana, em especial aos casais inférteis, é assegurada em nosso Estado de Direito, haja vista a previsão na Carta Magna da República Federativa do Brasil.

O Código ‘Civil, por sua vez, faz apenas referência às técnicas de inseminação artificial, sem fim regulamentador, para fins de presunção de paternidade. Assim dispõe o art. 1.597, caput, III, IV e V, do Código civilista:

> Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
> (...)
> 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. (BRASIL, 2002)

De um modo geral, esse dispositivo civilista simplesmente discorre sobre as hipóteses de presunção de filiação na vigência do casamento, de modo que, obviamente, também não se trata de uma regulamentação particular das técnicas de reprodução humana artificial.

A respeito do inciso V desse dispositivo civilista, Venosa discorre sobre o consentimento do marido quanto à inseminação heteróloga, aduzindo que se trata de um ato pretérito e irretroativo:

> Se a inseminação deu-se com seu consentimento, há que se entender que não poderá impugnar a paternidade e que a assumiu. Nesse sentido se coloca o inciso V, do art. 1.597, do atual Código. A lei brasileira passa a resolver expressamente essa questão. A lei não esclarece ainda, porém, de que forma deve ser dada essa autorização. Por outro lado, a nova lei civil fala em "autorização prévia", dando a entender que o ato não pode ser aceito ou ratificado posteriormente pelo marido, o que não se afigura verdadeiro. (VENOSA, 2013, p. 244)

O mesmo autor comenta, ainda, acerca da incerteza proveniente da utilização das técnicas reprodutoras sem amparo legislativo e dos dispositivos civilistas nesse contexto:

> (…) hoje enfrentamos outra problemática, a exigir normas atualizadas. A inseminação artificial permite fecundar uma mulher fora da relação sexual. O sêmen é recolhido e mantido ou não por tempo mais ou menos longo, o qual, sendo introduzido no órgão sexual da mulher, a fecunda. A questão da paternidade nessa hipótese é de sensível importância. O sêmen pode ser do marido ou companheiro da mulher ou de terceiro, conhecido ou desconhecido. Pode não ter havido concordância do marido ou do terceiro. Cuida-se de problemática à espera de soluções, uma vez que os dispositivos do vigente Código apenas apontam um início legislativo. (VENOSA, 2013, p. 240)

Por outro lado, apesar de não sanar as dúvidas existentes sobre os métodos de reprodução artificial, o artigo do Código Civil supracitado confirma claramente a validade jurídica das técnicas de reprodução em comento.

Da mesma maneira, a Lei de Biossegurança (Lei n° 11.105/05) também não disciplina a matéria, mas, em seu art. 5°, permitiu a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, obtidos por intermédio de fertilização *in vitro*.

Neste cenário, percebe-se que a inseminação artificial heteróloga, assim como todos os demais formatos de reprodução humana artificial, embora sem um diploma legal para normatizar as suas peculiaridades, não constituem procedimentos proibidos no ordenamento jurídico. Não restam dúvidas, portanto, acerca de seu reconhecimento de validade na ordem jurídica.

REGRAMENTO INFRALEGAL

Neste cenário de plena utilização das técnicas de reprodução humana artificial, incluindo o método de reprodução em análise neste estudo, de um lado, e de inércia do Poder Legislativo quanto á regulamentação da matéria, de outro, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 2.013, publicada no Diário Oficial da União em 9 de maio de 2013, com o fim de adotar "as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida", conforme dispõe sua ementa.

Preliminarmente, ressalta-se que o Conselho Federal de Medicina é uma autarquia, assim definida no art. 1° da Lei 3.268/1957:

> O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. (BRASIL, 1957)

Verifica-se, portanto, que tal entidade é uma autarquia profissional, com o fim único de exercer o controle e a fiscalização sobre a profissão médica. Aliás, cabe ressaltar que autarquia são pessoas jurídicas pertencentes à Administração Pública Indireta. Desse modo, suas normatizações deveriam estar relacionadas tão somente à atividade médica, pois não possuem legitimidade para regulamentar situações que versam sobre pessoas externas à atividade profissional específica. Aliás, essa função regulamentadora geral, tecnicamente denominada função legislativa, pertence essencialmente ao Poder Legislativo, uma das funções estatais.

Neste ponto, é notável a distinção entre a função legislativa exercida pelo Poder Legislativo, único legitimado a editar regras de caráter geral, impessoal, de cunho obrigatório e sob pena de sanção, e a função de normatização estritamente interna, que possuem os órgãos as entidades públicas, nelas incluindo o Conselho Federal de Medicina. Tal distribuição normatiza é conferida pela própria Constituição Federal de 1988. Então, qualquer regramento proferido pelos entes administrativos que exceda esse âmbito interno é claramente inconstitucional.

Retornado à análise da supramencionada Resolução, é evidente que tal diploma vai além de fixar "normas éticas" ao exercício médico profissional na área em discussão, tendo em vista que, em relação aos procedimentos de reprodução assistida, a título exemplificativo, estabelece idade máxima das candidatas à gestação (50 anos) e o limite de idade para a doação de gametas para a mulher (35 anos) e para o homem (50 anos), bem como dispõe não ser devido o conhecimento da identidade dos doadores pelos receptores e vice-versa, sendo obrigatório o sigilo de tais informações, salvo para médicos, caso em que a identidade civil do doador será preservada.

Como visto, a Resolução mencionada vai além de editar regras éticas ao bom exercício médico profissional. Ética provém do grego *éthos*, significando modo de ser, caráter. Assim, ao disciplinar as normas éticas da profissão em relação à reprodução assistida, a Resolução 2.013/2013 deveria restringir sua regulamentação apenas ao âmbito médico, dispondo o modo de proceder do profissional de medicina. De modo extravagante, a Resolução, além de fixar preceitos destinados ao profissional da área médica, também estabeleceu mandamentos aos sujeitos envolvidos na reprodução humana assistida, quer sejam a futura gestante e o futuro pai, nas técnicas de inseminação artificial homóloga ou fertilização *in vitro*, quer sejam a futura gestante e o doador anônimo, na técnica de inseminação artificial heteróloga.

Claramente, pois, observa-se o excesso dessa normatização quando a Resolução do CFM fixa a idade máxima para a paciente que queira utilizar-se do procedimento para engravidar.

Assim, uma mulher de 51 anos, em plenas condições físicas, sem problemas de saúde, e com hábitos saudáveis, não poderá se submeter aos métodos de reprodução artificial apenas por que existe uma Resolução do Conselho Federal de Medicina que a proíbe? A impossibilidade persiste mesmo que um médico, em minucioso exame, autorize-a a submeter a tais técnicas?

Como visto, a Resolução em discussão claramente não respeita, ao menos, o seu âmbito de atuação. Além disso, constitui um regramento que afronta com evidência a Constituição Federal, pois, de um lado, dispõe regras que excedem a competência regulatória profissional do Conselho Federal de Medicina, uma vez que pertence ao Poder Legislativo tal atribuição, e, de outro, afronta o direito ao planejamento familiar, constitucionalmente assegurado, e ao fundamento de dignidade da pessoa humana, sobre o qual se funda a República Federativa do Brasil.

Além do mais, a Resolução 2.013/2013 do CFM foi contrária, inclusive ao entendimento do Conselho Nacional de Justiça, segundo o qual "limitar a idade afronta o direito à liberdade de planejamento familiar" (COLLUCCI, 2014), sendo tal regra inconstitucional.

Outrossim, o Conselho Federal de Medicina também extrapola o seu limite normativo ao considerar obrigatório o sigilo da identidade dos doadores e receptores na técnica de inseminação artificial heteróloga. De um modo geral, a Resolução mencionada "aboliu" a possibilidade de se conhecer a identidade dos titulares e dos destinatários dos gametas. Porém, tal regra não se restringe apenas ao âmbito profissional médico, uma vez que atinge diretamente os envolvidos na referida técnica de reprodução artificial. E, extrapolando a esfera profissional, a situação respectiva deve ser unicamente regulamentada pelo Poder Legislativo, pelo que a Resolução é notadamente inconstitucional. Vale dizer que a inação legislativa não outorga a entidade ou órgão algum a legitimidade de regular a matéria.

Conclui-se, então, que, apesar de claramente válida, a técnica de inseminação artificial heteróloga, assim como os demais modelos de reprodução humana artificial, não possuem regulamentação atualmente. A Resolução do Conselho Federal de Medicina, por extrapolar o seu âmbito de incidência, é evidentemente inconstitucional, sendo suas regras inaplicáveis ao caso em análise. Dessa forma, inexiste regramento acerca da possibilidade de conhecimento da proveniência biológica nos casos de utilização de gametas doados anonimamente.

POSICIONAMENTO ATUAL ACERCA DO TEMA

Após a apuração de inexistência de regulamentação específica acerca da possibilidade de

conhecimento da origem biológica na inseminação artificial heteróloga, passa-se ao exame do posicionamento jurídico, inclusive do direito comparado, a respeito do tema.

A doutrina, de um modo geral, não reconhece a possibilidade de o filho havido por inseminação artificial heteróloga buscar a identificação de sua proveniência biológica. Alguns afirmam sequer existir paternidade biológica, neste caso.

Nesse sentido é o entendimento de Sílvio Venosa, que confirma a manutenção do anonimato quanto aos doadores de gametas ao expor que, "com frequência, recorre-se aos chamados bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser conhecidos". (VENOSA, 2013, p. 243-244)

O jurista Caio Mário da Silva Pereira, em igual percepção, confirma o pensamento de Fabíola Santos, no sentido não haver paternidade biológica na modalidade de reprodução assistida em discussão:

> A paternidade decorrente de técnica de reprodução assistida heteróloga demarca uma situação curiosa, pois haverá uma coincidência entre a paternidade jurídica (presunções de filiação) e a socioafetiva. A paternidade biológica não tem nenhuma repercussão nessa hipótese. (PEREIRA, 2013, p. 404)

No trecho supracitado, o doutrinador inicia aduzindo acerca da paternidade relativa ao marido que consentiu expressamente e previamente acerca da realização do procedimento em sua esposa. E finaliza afirmando estar desvinculado do doador anônimo a paternidade biológica.

O mesmo doutrinador, ainda, cita a reflexão de Rolf Madaleno:

> O mesmo autor, em outro trabalho doutrinário, afirma, ainda, que a filiação consanguínea só existe com o vínculo afetivo, com o qual se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica, sem ser afetiva, esta externada quando o filho é acolhido pelos pais, que assumem plenamente suas funções do poder familiar, previstas pelos arts. 1.634 e 1.690 do Código Civil. (PEREIRA, 2013, p. 403)

Como visto, aduz-se que a filiação biológica pressupõe a afetividade entre pai e filho, de modo a negar veementemente a vinculação biológica entre o doador anônimo e o concebido por não haver o mútuo conhecimento entre eles, tampouco o afeto.

Assim, de um ou de outro modo, os doutrinadores majoritariamente negam a possibilidade de identificação do doador anônimo ao concebido por inseminação heteróloga. No tocante à jurisprudência, por se tratar de uma situação recente, não há julgados consideráveis.

No âmbito internacional, em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, *Bundesgerichtshof* (BGH), no dia 28 de janeiro de 2015, reconheceu o direito à identificação de um doador de sêmen. Transcreve-se, a seguir, parte da notícia veiculada no Consultor Jurídico, importante portal eletrônico de notícias jurídicas, que relata a mencionada decisão:

> Em decisão proferida no dia 28 de janeiro, o 12a Senado Cível do conceituado tribunal, nos autos de processo oriundo do Tribunal de Hannover, reconheceu, em tese, a possibilidade do indivíduo concebido por reprodução heteróloga, na qual o material genético não provém – total ou parcialmente – dos pais, mas de terceiro doador anônimo, conhecer a identidade civil (não apenas genética) de seu genitor.
> No caso, duas crianças, nascidas em 1997 e 2002, representadas por seus pais legais, processaram a clínica de reprodução assistida onde a mãe realizou a inseminação, questionando a identidade do pai biológico. A clínica recusou-se a fornecer a informação, alegando o direito ao anonimato do doador do sêmen e também que seus pais renunciaram expressamente, em declaração registrada em cartório, à revelação posterior da identidade do doador. Aduziu ainda que a identificação do pai representaria a falência do sistema de reprodução heteróloga, pois ninguém doaria sêmen diante do risco de responder pela filiação biológica no futuro em decorrência da revelação da identidade do doador.
> Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente ao argumento de que menores só podem exercer esse direito ao conhecimento de sua ancestralidade após 16 anos, quando têm mais maturidade para avaliar as consequências desse importante passo. O Tribunal de Hannover aplicou por analogia a regra do § 63 I da Personenstandsgesetz (PStG), a lei sobre a origem pessoal, válida para os casos de adoção.
> Os menores, então, recorreram ao BGH por meio da Revision e o tribunal afirmou que o direito ao conhecimento da própria origem consiste em um dos direitos fundamentais da personalidade, decorrência imediata da dignidade humana e, portanto, protegido pelos arts. 1º e 2º da Lei Fundamental (Grundgesetz). E esse direito, por vezes, mostra-se essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade. Aqui, deve-se observar que o BGH não se refere apenas ao conhecimento das informações genéticas do doador, mas de sua identidade civil. Por isso, a criança tem, independente da idade, uma pretensão juridicamente tutelada contra a clínica de reprodução assistida, onde a inseminação artificial fora realizada, para saber a identidade do doador do sêmen.
> Esse direito não é absoluto, segundo o BGH, afinal existem muitos interesses em jogo, daí a necessidade de se ponderar no caso concreto todos os interesses legítimos envolvidos. O maior deles é, na sequência, o direito ao anonimato do doador de sêmen, que decorre de outro maior, o direito à autodeterminação – na expressão do tribunal, direito à autodeterminação informativa (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) – também de status constitucional, que lhe confere o poder de planejar e regular sua vida particular, o que inclui evidentemente o planejamento familiar.
> É evidente que o doador de espermatozoides ou óvulos, ao disponibilizar seu material genético aos bancos, não deseja assumir como filho a criança gerada. Ele doa – ou vende, como na Alemanha e nos EUA – seu material genético para

> que outros possam ter filhos e, dessa forma, realizar um projeto de vida. E fazem confiados no anonimato e na certeza de que não serão responsáveis por essa(s) criança(s). A quebra do anonimato, decorrente do reconhecimento do direito de conhecer a identidade do pai/mãe biológico, inviabiliza o sistema de inseminação heteróloga, pois poucos se arriscarão a doar sabendo que no futuro alguém pode bater em sua porta pedindo o reconhecimento da paternidade e todos os direitos daí decorrentes, como alimentos e herança.
> Isso se torna ainda mais problemático na Alemanha, onde a descoberta da paternidade biológica permite ao filho requerer a desconstituição da paternidade do pai afetivo (legal) e a consequente constituição da paternidade biológica. Por isso, ressalta o BGH que também precisam ser considerados os impactos dessa informação na vida do doador.
> O mesmo se diga em relação aos interesses dos pais legais que, na maioria das vezes, ainda quando não escondam a origem biológica do filho, não querem dividi-lo e muito menos perdê-lo para terceiro estranho. Afinal, a criança é fruto de um projeto parental baseado no afeto, que transcende os laços da consanguinidade. Disso se percebe o quanto a descoberta da origem biológica pode gerar sérias complicações para os núcleos familiares envolvidos. Deve-se, por fim, ainda levar em conta os interesses da clínica de reprodução, especialmente o dever de sigilo profissional, garantido na Lei Fundamental, que aqui merece tutela sempre quando exercido para proteção de terceiro (doador ou pais legais).
> O BGH fez questão de ressaltar que o que menos conta no caso são interesses meramente patrimoniais, seja de que parte for. Por isso, considera necessária a demonstração da real necessidade (Bedürfnis) ou interesse da criança em ter acesso à informação almejada, donde se conclui, a contrario, que essa informação poderá ser negada quando da análise geral do contexto fático resultar inequivocamente que a pretensão foi movida por fins meramente financeiros, desde que não merecedores de proteção. Há, portanto, uma complexa constelação de sensíveis interesses a serem ponderados no caso concreto, tarefa da qual não se desincumbiu o tribunal a quo, justificando a devolução dos autos para nova apreciação. (FRITZ, 2015)

Tal decisão internacional demonstra, com base em direito fundamental relacionado à dignidade humana, ser possível tal deferimento quando há demonstração do real intento por parte do postulante e que esse não seja meramente patrimonial.

Dessarte, apenas de uma ou outra exceção, o entendimento majoritário é o não ser possível a identificação do doador anônimo de sêmen.

POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA

Traçado o entendimento predominante a respeito do tema, passamos ao exame da existência de possibilidade, ao menos mínima, de conhecimento da ascendência biológica.

Apesar da opinião jurídica predominante, a afirmação categórica de impossibilidade não parece ser a mais correta e justa, analisando-se profundamente os valores jurídicos envolvidos, e

baseando-se no atual cenário de omissão legislativa acerca do tema.

O conhecimento da origem biológica torna-se possível tendo por base, mormente, o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1°, III, da CF). Tal princípio indica um valor norteador de todo o ordenamento jurídico, consubstanciado na elevação atribuída ao ser humano. Então, com base na relação intrínseca entre o ser humano e sua própria origem, a impossibilidade plena de informação acerca da proveniência biológica fere frontalmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Corrobora tal perspectiva o fato de que a identificação da origem constitui direito personalíssimo do indivíduo concebido por meio da inseminação artificial heteróloga. Isso porque o direito da personalidade é, em simples concepção, o direito do indivíduo sobre o próprio indivíduo, constituindo, portanto, um direito subjetivo. Assim sendo, há irrefutável correlação entre o direito em conhecer sua procedência biológica e o direito de sua personalidade: a origem humana está intimamente relacionada à personalidade.

Dessa forma, baseando-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e por constituir direito personalíssimo, é possível a identificação do doador anônimo de sêmen. Para tal resultado, o indivíduo concebido deve se valer das vias judiciais para o deferimento de tal possibilidade, haja vista o regramento infralegal proibitivo, que, embora flagrantemente inconstitucional, é amplamente acatado. Obviamente que tal conhecimento não é apto a gerar efeito algum na esfera particular de algum dos envolvidos: a ação, similar à da investigação de paternidade (sem os efeitos desta, inegavelmente), tende a apenas identificar a origem natural e não a buscar a satisfação de interesses patrimoniais, por exemplo.

Destaca-se que a motivação para a postulação nesse sentido pode ser as mais variadas possíveis, desde que dentro dos parâmetros da razoabilidade. Não poderá, obviamente, o concebido buscar a identificação do doador simplesmente por interesse patrimonial. Como já ressaltado, a ação de identificação da origem biológica, para ser adequada e viável, deve ter unicamente o resultado do conhecimento, não possibilitando a geração de efeitos próprios da ação de investigação de paternidade, por exemplo, uma vez que naquela não se busca a constituição de paternidade (uma vez que já está estabelecida com o pai socioafetivo). O motivo, assim, pode residir tão somente em conhecer a proveniência genética, por exemplo, ou até mesmo para buscar a cura de uma doença extirpada somente com a doação de componentes corporais facilmente encontrados em pessoas com cargas genéticas semelhantes (medula óssea,

por exemplo).

Dessa forma, a ação postulatória do direito em questão assemelha em muito à ação de investigação de paternidade, também direito personalíssimo, com exceção da divergência de seus resultados.

Pois bem, em conceito do próprio jurista Sílvio de Salvo Venosa, tem-se que a ação de investigação de paternidade é a ação:

> (…) que cabe aos filhos contra os pais ou seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento da filiação. Ação de estado por definição é inalienável, imprescritível e irrenunciável. O art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estatui que o reconhecimento do estado de filiação pode ser exercitado contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer restrição. (VENOSA, 2013, p. 269)

Nestes termos, a ação de conhecimento em comento, com a devida observância de que se trata apenas de conhecimento da origem genética e não de reconhecimento da filiação biológica, não há restrição para o seu exercício. Com base no trecho doutrinário, fundado no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, preliminarmente aduz-se que não deveria haver obstáculo ao conhecimento do doador anônimo de gameta por seu filho biológico.

O doutrinador embasa, ainda, o direito de ação na Constituição da República Federativa do Brasil, na seguinte passagem:

> Nos termos do art. 227, § 6º, da Constituição de 1988, os filhos têm ação contra os pais ou seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento da filiação. Trata-se, como vimos, de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. A investigação de paternidade é imprescritível; prescrevem, porém, as pretensões de cunho material que podem acrescentar-se a ela, como a petição de herança. Desse modo, ainda que prescrita a ação de petição de herança, o filho poderá sempre propor a investigação de paternidade, mas não terá direito à herança. A tendência atual é entender que também a impugnação do estado de paternidade é direito imprescritível, matéria que gera inúmeras conseqüências. (VENOSA, 2013, p. 270)

A ação de identificação paterna, como visto, assim como deve ser a de identificação do doador anônimo, é um direito da personalidade, constituindo, por conseguinte, um direito inato ao ser humano. Sendo um direito personalíssimo, o direito de ação em questão possui todas as características relativas aos demais direitos da personalidade. Vejamos os mais importantes à presente problemática.

O direito de ação de identificação da proveniência genética é absoluto, com oponibilidade *erga omnes*, ou seja, impõe-se à coletividade o dever de respeitá-lo. É, também, geral, no sentido de a sua outorga abarcar todas as pessoas, simplesmente pelo fato de existirem. É, ainda, indisponível, sendo impossível a modificação subjetiva, a título gratuito ou oneroso, e o reconhecimento jurídico de abandono do direito.

Em relação ao assunto em discussão, o direito de ação para a identificação do doador de sêmen não pode sofrer empecilho em seu exercício, pois é inerente ao ser humano e não se extingue pela vontade de seu detentor ou de terceiros. Dessa forma, o direito postulatório não pode sofrer qualquer limitação, haja vista não haver regulamentação legal apta a moderar tal direito (ressaltando que o regramento infralegal por parte do Conselho Federal de Medicina é flagrantemente inconstitucional).

Tratando-se de direito da personalidade, sendo, portanto, indisponível, o direito de ação de investigação de paternidade não pode ser objeto de renúncia nos negócios jurídicos firmados entre as clínicas de reprodução assistida e a futura mãe. Aliás, por se tratar de direito indisponível, observando inclusive a sua nomenclatura, não há que se falar em disposição, abandono. Cuida-se de negócio inválido, haja vista a ilicitude da cláusula, sem fundamento no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é o pensamento do jurista Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar acerca da disposição da investigação parental:

> O direito de investigar a parentalidade é indisponível. O filho não pode celebrar negócio jurídico com o pai ou com a mãe, sujeitos à investigação da paternidade ou maternidade de modo a abrir mão do reconhecimento da filiação, em troca de vantagens econômicas. O negócio é ilícito por ter objeto ilícito, não produzindo qualquer efeito jurídico. (PEREIRA, 2013, p. 400)

Conforme o entendimento transcrito, é impossível juridicamente renunciar o direito de investigação parental e, por conseguinte, do doador anônimo. E qualquer negócio jurídico nesse sentido é plenamente inválido. Assim, não resta qualquer validade às pactuações feitas no sentido de impedir o filho concebido por inseminação artificial heteróloga em conhecer sua origem biológica.

Vale dizer que vivemos em um consagrado Estado Democrático de Direito, que assegura constitucionalmente a inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5°, *caput*, da CF). Assim, é direito fundamental da pessoa humana a liberdade de escolha, independentemente da aspiração

de outrem, sujeitando-se tão somente à lei. Esse é o princípio fundamental da legalidade, destacado constitucionalmente no art. 5°, II, ressaltando que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". (BRASIL, 1988)

Tal regramento evidencia a plenitude da liberdade humana, que pode ser restringida apenas pela lei. Não havendo lei, ninguém será compelido a fazer algo, podendo simplesmente não fazer. Não havendo lei, do mesmo modo, ninguém será compelido a não fazer algo, podendo simplesmente fazer.

Como não há lei que regulamente as técnicas de reprodução assistida, não há que se falar em impedimento ao direito de postulação investigatória de origem biológica por inseminação artificial heteróloga, meramente porque somente a lei pode obrigar a "deixar de fazer alguma coisa". Inclusive já se discutiu anteriormente que a Resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina, dado o seu caráter infralegal e a incompetência do órgão regulamentador, não é apta para permitir ou proibir algo, como a identificação da origem biológica. Por fim, considerando a lacuna legislativa e a invalidade das regras da Resolução, as clínicas de reprodução humana, por ordem judicial, tem o dever de informar os dados de identificação do doador anônimo de sêmen.

Os doutrinadores, como visto anteriormente, negam a possibilidade de se identificar os doadores anônimos de sêmen. Essencialmente, o fundamento é o de inexistir filiação biológica desconjugada da afetiva. O que se acredita ser razoável e viável não é o reconhecimento da filiação biológica entre o doador anônimo e o concebido, mas exclusivamente o conhecimento recíproco, sem gerar efeito jurídico algum, independentemente da motivação disso.

A possibilidade de identificação da origem biológica não está atrelada ao reconhecimento do pai biológico e o deferimento de seus efeitos corolários. Não, isso poderia ser imensamente caótico aos doadores de gametas voluntários, às estruturas de reprodução humana assistida existentes, às famílias e à ordem jurídica, como um todo.

Portanto, o que aqui se acredita ser plausível é a possibilidade de conhecimento da origem biológica, tão somente, como um direito personalíssimo e fundado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Conhecimento unicamente para se saber sua derivação biológica, não impedindo que disso resulte em desenvolvimento de afetuosidade entre a criança e o doador anônimo.

Por outro lado, não se cogita aqui, em hipótese alguma, a extensão dos efeitos próprios da ação de investigação procedente, como os hereditários e alimentícios, com previsão no art.

1.616 do CPC, segundo o qual a "sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento (...)". (BRASIL, 1973)

Dessa forma, a possibilidade de conhecimento, e não de reconhecimento, da origem biológica deverá estar atrelada à mitigação da tutela prevista no citado artigo civilista.

No presente embate, notadamente têm-se valores jurídicos envolvidos. De um lado, tem-se o direito à intimidade e à privacidade do doador anônimo. De outro, o direito personalíssimo ao conhecimento da origem biológica, já amplamente analisado.

Entretanto, os direitos fundamentais amplamente consagrados no texto constitucional não constituem privilégios absolutos, a serem exercidos irrestritamente. Antes, sofrem limitação sempre que outro direito fundamental, de maior abrangência, esteja em conflito. Dessa maneira, no embate entre valores jurídicos incompatíveis entre si, o operador do direito deve "pesá-los" para concluir pela aplicação de qual deles. Como visto, no presente caso, o direito ao conhecimento biológico encontra óbice no direito à intimidade e privacidade do doador, que, por sinal, na Resolução n° 2.013/2013 do CFM, tem prioridade em relação àquele.

O direito à intimidade e à privacidade diz respeito tão somente ao indivíduo doador, que o preservaria de ser identificado pelos clientes das clínicas de reprodução. Já o direito de investigação da origem biológica diz respeito a direito da personalidade, em estrita relação com o princípio da dignidade humana, em grau, portanto, mais elevado que o direito ao anonimato.

Conclui-se, então, que o direito à identificação do doador prevalece sobre o direito ao anonimato deste, quando em conflito tais valores, corroborando a possibilidade de ação de conhecimento da origem biológica.

Ressalta-se, por outro lado, que a possibilidade de conhecimento aqui amplamente defendida, por se tratar tão somente de um direito de identificação sem maiores efeitos, absolutamente não tem o condão de revogar a paternidade socioafetiva já constituída e/ou constituir a paternidade biológica em relação ao doador anônimo.

Além de tudo, ainda que não se reconheça a existência paternidade biológica entre concebido e doador anônimo (de fato, não deve ser reconhecida), é indubitável que o vínculo biológico é naturalmente irrompível. Uma vez havida a fecundação do óvulo pelo esperma doado anonimamente, não se pode voltar ao *status quo ante*. A herança genética obtida do doador anônimo estará presente no concebido por toda a sua vida, refletindo, inclusive, em suas gerações. Por conseguinte, é plenamente desarrazoado afirmar que não há vínculo algum entre tais sujeitos, pelo que a ordem jurídica deve se ajustar para permitir o exercício desse direito

cognitivo, por constituir, essencialmente, situação atávica à personalidade do indivíduo e a sua dignidade.

Tratando do assunto, a jurista Maria Berenice Dias afirma, de início, não ser possível contestar a paternidade na hipótese de fecundação em questão:

> (…) Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois não há possibilidade de a filiação ser impugnada. Trata-se de presunção absoluta de paternidade socioafetiva.
> A paternidade constitui-se desde a concepção, no início da gravidez, configurando hipótese de paternidade responsável. Quem consente não pode impugnar a filiação . Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen. Assim, de nada serve a prova da inexistência do vínculo biológico , e sequer precisa ser realizado o exame. (DIAS, 2015, p. 403)

Não obstante a constatação de impossibilidade de contraposição à filiação oriunda da inseminação artificial heteróloga, a autora, embora em tese minoritária frente à doutrina nacional, ratifica a solução apresentada neste trabalho como a mais adequada quanto ao anonimato do doador de material genético:

> O só fato ele o doador elo material genético ser conhecido não impede que ocorra o registro em nome de quem consentiu com o procedimento ele inseminação. Muito tem se questionado sobre a exigência elo anonimato elo doador, o que subtrai do filho o direito de conhecer sua ascendência genética. Assim, não há como negar a possibilidade de o fruto de reprodução assistida heteróloga propor ação investigatória de paternidade para a identificação da identidade genética, ainda que o acolhimento ela ação não tenha efeitos registrais. (DIAS, 2015, p. 403)

Arremata-se, desta feita, a possibilidade de haver a constatação da origem genética em reproduções por inseminação heteróloga.

CONCLUSÃO

Como visto, há divergência, por vir desacompanhada de legislação, quanto à possibilidade de se conhecer o doador anônimo na técnica de inseminação artificial heteróloga. A dissensão, ainda basicamente doutrinária, haja vista a hodiernidade da técnica reprodutiva, está prestes a alcançar os assentos dos tribunais e inquietar os julgadores.

A doutrina, em sua grande maioria, tende a negar a possibilidade de conhecimento da

origem biológica, com o temor de se haver uma grave desordem jurídica e social. O legislador, por sua vez, parece recear entabular uma regulamentação, haja vista a enorme lacuna legislativa acerca do tema. E a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, com sua constitucionalidade discutida, é a única regra editada para reger a situação. Consequentemente, é a regra que norteia toda a atividade médica no tocante à reprodução assistida, sendo defendida ferrenhamente por grande parte dos operadores do Direito.

Desta feita, a princípio, os bancos de sêmen mantêm o sigilo dos doadores de sêmen, com base em tal Resolução do CFM. No mesmo sentido, a doutrina defende preponderantemente tal anonimato.

No entanto, considerada a sua extrapolação regulatória, além da órbita profissional médica, a norma infraconstitucional especificada é diploma manifestamente inconstitucional, haja vista ter por objeto também a regulamentação dos procedimentos de reprodução humana assistida. Uma vez sem aparato constitucional, a Resolução do CFM não possui eficácia além da seara profissional, devendo ser declarada sua inconstitucionalidade. A questão em discussão, dessarte, não possui qualquer regulamentação válida.

Com relação ao doador anônimo, embora incontroversa a inexistência de paternidade com o fruto do procedimento reprodutor, visto presumidamente não possuir a intenção de constituir filiação, é irrefutável a existência vínculo biológico. Outrossim, sendo situação atávica a sua própria pessoa, o direito do sujeito concebido ao conhecimento de sua proveniência biológica assume o caráter de direito personalíssimo, com fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Na lição registrada pelo professor Miguel Reale:

> (...) o Direito tem como destino, realizar a Justiça, não em si e por si, mas como condição de realização ordenada dos demais valores, o que nos levou, certa feita, a apontá-lo como o "valor franciscano", cuja valia consiste em permitir que os demais valores jurídicos valham, com base no valor da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores. (REALE, 2002, p. 712-713).

Com base em tal preleção, aduz-se que é supremo o valor da pessoa humana, devendo todos os demais valores estar a ele correlacionados. É o fundamento que deve nortear toda a ordem jurídica. Neste valor humano está firmado a República Federativa do Brasil, no princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Em uma controvérsia de valores, o operador do Direito deve se basear nos bens jurídicos

em destaque para optar pela proteção do valor mais importante ao ser humano, destinatário final de todo o regramento jurídico. Evidentemente que, muitas das vezes, o operador do Direito estará defronte a conflito de valores aparentemente de importância idêntica. Contudo, a obtenção da realização da Justiça e a maior proteção da pessoa humana são propiciadas pela análise profunda dos bens em disputa e a opção pelo mais essencial deles.

In casu, negar o conhecimento da origem biológica, à genealogia genética, ainda que em uma relação formalmente sigilosa de doação de material genético, é negar a própria aplicação do princípio da dignidade humana, no qual se funda o Estado Democrático de Direito. Negar a tal conhecimento é lesar um valor superior (direito personalíssimo à identificação da proveniência genética) para se preservar um valor inferior (direito à intimidade e à privacidade).

Isto posto, com semelhança à ação de investigação de paternidade, constata-se ser possível a identificação do doador anônimo de sêmen, pelo sujeito concebido, dentro dos parâmetros apontados, com larga minoração dos efeitos derivados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 de mai. de 2015.

BRASIL. **Lei n° 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 21 de mai. de 2015.

BRASIL. **Lei n° 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 21 de mai. de 2015.

BRASIL. **Lei n° 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 21 de mai. de 2015.

COLLUCCI, Cláudia. **Para juízes, limite de idade para fertilização é inconstitucional**, 2014. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2014/08/1494776-para-juizes-limite-de-idade-para-engravidar-e-inconstitucional.shtml> Acesso em: 21 de mai. de 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2011.

FRITZ, Karina Nunes. **Tribunal alemão reconhece direito à identificação do doador de sêmen**, 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-16/direito-civil-atual-tribunal-alemao-reconhece-identificacao-doador-semen> Acesso em: 21 de mai. de 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 5. 21ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PORTAL BRASIL. **Planejamento familiar**. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acesso em: 21 de mai. de 2015.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1ª ed. (ano 2005), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 6. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

O DEVER DE PROTEÇÃO PENAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Daniela Aparecida RODRIGUEIRO[35]

Marina Rodrigueiro Peres FONSECA[36]

RESUMO

A "normatividade" adquirida pelas Constituições no decorrer dos últimos séculos, fez com que passassem de meros documentos políticos a instrumentos reguladores da vida em sociedade. Nesse contexto histórico, os direitos fundamentais assumem importância vital na proteção da liberdade e da igualdade. Além disso, o Direito Penal se volta à proteção direta desses direitos, algumas vezes obedecendo ao próprio texto constitucional. O objetivo deste trabalho é estudar, por intermédio de pesquisa bibliográfica, e mediante a utilização do método dedutivo, os usos do Direito Penal como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, especialmente a partir dos chamados "mandados constitucionais de criminalização". O estudo é justificável, tendo em vista, a utilização cada vez mais constante desses conceitos pelos juristas, bem como pela necessidade de se estudar a possibilidade de proteção penal dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Direito penal. Mandados Constitucionais de Criminalização.

ABSTRACT

The "normativity" acquired by the Constitutions over the last centuries, made them pass from mere political documents to regulatory instruments of society. In that historical context, fundamental rights are vital to protect the liberty and equality. In addition, the Criminal Law shall be back directed to protect those rights, sometimes even obeying the constitutional text. The objective of this work is to study, through literature research, and by using the deductive method, the uses of Criminal Law as a protection mechanism for the fundamental rights, especially from the so-called "constitutional mandates of criminalization". The study is justifiable in view of the constantly increasing use of those concepts by lawyers as well as by the need to study the possibility of criminal protection of fundamental rights.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Criminal Law. Constitutional Mandates of Criminalization.

INTRODUÇÃO

No decorrer dos últimos séculos, as Constituições se converteram em mecanismos institucionais voltados a possibilitar a convivência em sociedade. Mais do que documentos

[35] INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO.

[36] Graduanda em Direito pela UENP-CCSA/CJ.

políticos, pautas jurídicas ou conjuntos de promessas emancipadoras, as Cartas passaram a regular o comportamento das pessoas dentro dos grupos nos quais se encontram inseridas, subsumindo sob suas normas os mais diversos fenômenos sociais.

O paradigma liberal-individualista que provocou o surgimento das teorias ditas "contratuais", mais do que meramente destruir o "estado de natureza" e a concentração do poderio comunitário em um único indivíduo, procurou reconhecer todos os seres humanos como "livres e iguais" e reduzir a intervenção estatal nas vidas das pessoas a um patamar mínimo, correspondente ao mínimo indispensável à preservação da mesma convivência pacífica que buscou instituir.

Todos os "signatários" do contrato social assumem um compromisso de zelar pela "liberdade igual" enquanto o Estado assume o dever de cuidar da continuidade da convivência, inclusive por intermédio da violência, da qual passa a ser o único titular legítimo.

Nessas circunstâncias, o Direito Penal ressurge como um formato de intervenção estatal voltado à proteção da liberdade e da igualdade e à garantia das cláusulas estatuídas pelo contrato social a todos os componentes de uma sociedade.

O paradigma constitucional evoluiu para além da necessidade de intervenção estatal mínima. A partir da década de 1940, com a superveniência dos direitos humanos, e a posterior inclusão nas Constituições nacionais no período posterior à Segunda Guerra, como direitos fundamentais, as liberdades passaram a ser reguladas por direitos subjetivos de *status* superior àqueles garantidos pelas disposições legais.

Mais do que isso, a liberdade garantida de maneira "negativa" pelo Estado demonstrou-se insuficiente para assegurar a igualdade demandada pelas teorias contratuais. Surgiu a necessidade de expansão do catálogo de direitos fundamentais, que passou a compreender direitos à intervenção do Estado nas vidas das pessoas, por intermédio de "prestações", muitas vezes consistentes em serviços públicos.

Com a evolução desses direitos e, em especial, das demandas comunitárias por mais e mais prerrogativas, o Direito Penal também foi expandido, ainda na mesma esperança de proteção a esses novos direitos.

A importância desses direitos, especialmente a partir das doutrinas americana e alemã, cresceu vertiginosamente. Para além de simples direitos individuais ou direitos à prestação, os direitos fundamentais tornam-se pautas inescapáveis para a interpretação do Direito como um todo, bem como passaram a ser reconhecidas como "deveres de tutela", de modo a vincular o

Estado não somente a não agir, mas em agir no sentido de proteção efetiva[37] dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições modernas.

Diante de todos esses fatores, o objetivo do presente trabalho é, por intermédio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, estudar a aplicação do Direito Penal na proteção dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal, a partir de sua "tríplice configuração" atual (direitos subjetivos, parâmetros objetivos e deveres de proteção), bem como a partir do conceito de "Constituição Dirigente Penal".

Em seguida, serão estudados os chamados "mandados expressos de criminalização" e a sua relação com os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

O estudo ora proposto é plenamente justificável, tendo em conta a necessidade de estudar a proteção penal dos direitos fundamentais e a sua obrigatoriedade a partir Texto Constitucional brasileiro de 1988.

A (TRÍPLICE) VISÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITOS SUBJETIVOS, PARÂMETROS OBJETIVOS E DEVERES DE PROTEÇÃO

De conformidade com Giuseppe Bettiol, a sistematização de opiniões e afirmações populares foram primeiramente sistematizadas ao entorno da idéia de "contrato social", que constrói "a alma" das Constituições modernas trazendo uma "forma de associação", que defende e protege com todas as pessoas e todos os bens de cada "associado" (mesmo que pela força) e em que cada um, por estar unido a todos os outros, ainda pode obedecer apenas a si mesmo e permanecer tão livre quanto anteriormente. (BETTIOL, 1995, p. 57-58)

Nas Constituições pós Segunda Guerra, contudo, os direitos fundamentais (produtos da superveniência dos direitos humanos no âmbito do Direito Internacional) passaram a compor a parcela "jurídica" mais relevante das Cartas. Como produto direto do conceito de "imperativo categórico", extraído do Direito Natural, esses direitos passaram a compor um catálogo de prerrogativas indispensáveis à vida em sociedade. Não é exagero afirmar que os direitos fundamentais assumem, agora, uma nova roupagem, são novas "cláusulas" para um "novo contrato social".

---

[37] A proteção "efetiva" acima referida é aquela bem definida por Luiz Roberto Barroso, no seguinte sentido: "Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social". (BARROSO, 2005, p. 71) Desse modo, proteção "efetiva" significa uma aproximação "na maior medida possível" entre o texto normativo e a realidade à qual a norma deverá ser aplicada.

É justamente nesse sentido que José Carlos Vieira de Andrade afirma que os direitos fundamentais são "pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna" para o indivíduo e para a comunidade na qual está inserido. Dessa afirmação emerge uma "tautologia": o indivíduo só é livre e digno em uma comunidade legal e a comunidade só é livre quando composta de indivíduos livres e dignos. É por isso que os direitos fundamentais demonstram uma "dupla dimensão" e de "dupla função": subjetiva e objetiva. (ANDRADE, 2012, p. 104)

A passagem dos direitos fundamentais de direitos a abstenções estatais a garantias de atuação do Estado, não fez com que deixassem as funções iniciais no passado, mas, sim, produziu um "acúmulo" de funções, muito bem descrito por José Joaquim Gomes Canotilho.

O autor identifica várias funções para os direitos fundamentais: uma função de defesa ou de liberdade, na qual os direitos fundamentais estabelecem "normas de competência negativa para os poderes públicos" e, ao mesmo tempo, o poder que os cidadãos têm de exercer positivamente seus direitos e de exigir omissões dos poderes públicos; uma função de prestação social, na qual os particulares têm o direito de obter alguma coisa do Estado; uma função de proteção perante terceiros, que protege os direitos fundamentais de agressões de qualquer tipo; e uma função de "não discriminação". (CANOTILHO, 2002, p. 407)

Essas variadas funções dos direitos fundamentais em um sistema jurídico regido por uma Constituição permitem afirmar que se trata de direitos "subjetivos" que podem ser opostos a deveres estatais tanto voltados a omissões quanto a ações, impõe, portanto, o *facere* e o *non facere*. Ocorre que, além dessa função de "prerrogativa", os direitos fundamentais passaram a "contagiar" os ordenamentos jurídicos nacionais como um todo, em todos os "níveis".

O próprio Gomes Canotilho afirmou que a vinculação "negativa" aos direitos fundamentais é baseada em sua dimensão "subjetiva" (esfera individual livre de ingerência estatal); já a vinculação "positiva" funda-se na dimensão "objetiva" dos direitos fundamentais, que obriga o legislador a agir no sentido de que sejam garantidas a vigência e a eficácia ótima (efetividade) desses direitos. (CANOTILHO, 2002, p. 407)

Assim, para Wilson Antônio Steinmetz, por um lado, os direitos fundamentais são direitos subjetivos do particular que garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito da vida. Ocorre que, além disso, por outro lado, são elementos fundamentais de uma ordem *objetiva* da coletividade. Diante disso, os direitos fundamentais apresentam uma "dupla dimensão" que leva a reconhece que não somente contém ou garantem direitos individuais. Outros efeitos resultam da inserção de um catálogo de direitos fundamentais da Constituição. (STENMETZ, 2001, p. 38)

Os direitos fundamentais irradiam efeitos "hermenêuticos" a todo o ordenamento jurídico, além de garantirem ações ou omissões estatais. Essa dimensão "objetiva" não faz com que a dimensão "subjetiva" desapareça, de modo que é necessário estudar todo o dimensionamento desses direitos dentro de uma ordem constitucional.

DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS

Os direitos fundamentais foram inicialmente reconhecidos como direitos "subjetivos" de todos aqueles que se encontram sob a égide de Constituições que garantam tais direitos. Essa conceituação, no entanto, faz referência a um conceito doutrinário muito mais antigo do que o conceito de direitos humanos, originário dos mais básicos fundamentos do Direito Privado.

Jorge González afirma que o conceito de "direito público subjetivo" tem origem no Direito Privado. Essa "noção" de "direito subjetivo" foi introduzida no campo "público" em decorrência das relações entre o Estado e seus súditos e ao fato de terem passado a ser entendidas como relações jurídicas. Ainda de conformidade com González, foi Jellinek quem encontrou neles a base fundamental do Direito Público moderno, afirmando que todo o Direito é um conjunto de relações entre sujeitos de Direito. (GONZÁLEZ, 2011, p. 20-21)

A passagem do conceito de "direito subjetivo" do Direito Privado para o Direito Público tem relação direta com o surgimento dos direitos fundamentais e com a possibilidade de sua oposição ao Estado. Trata-se de uma das formas de definir esse instituto.

Diante dessa afirmação, Ferrajoli define que os direitos fundamentais são os direitos subjetivos que correspondem a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, cidadão ou "pessoas com capacidade de agir". (FERRAJOLI, 2001, p. 19)

Nesse mesmo sentido, em sua dimensão "subjetiva", os direitos fundamentais são posições jurídicas universais, permanentes e "gerais", não privilégios de alguns. São atribuídos a todas as pessoas simplesmente por sua condição humana. (ANDRADE, 2012, p. 126-127)

Já para que Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas) contidos em dispositivos constitucionais que têm *caráter normativo supremo* dentro de um Estado e que têm a finalidade de limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 47)

O "caráter normativo supremo" atribuído aos direitos fundamentais e bem referido por Dimoulis e Martins determina que esses direitos não estão confinados à sua dimensão

"subjetiva". Ao contrário, os direitos fundamentais representam "pautas hermenêuticas" inescapáveis a qualquer intérprete da Constituição.

É nessa "normatividade suprema" que consiste, basicamente, a chamada dimensão "objetiva" dos direitos fundamentais.

DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETROS DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: A DIMENSÃO OBJETIVA

Para além de sua "subjetividade", os direitos fundamentais, enquanto bases para a efetividade de um ordenamento jurídico constitucional funcionam como pautas hermenêuticas que simplesmente não podem ser ignoradas pelos intérpretes do Direito. Os direitos fundamentais "contaminam" todo o ordenamento jurídico de um país sob a égide de uma Constituição. Essa dimensão deriva justamente de sua origem "jusnaturalista", já que é algo como uma "versão moderna" dos chamados "imperativos categóricos" trabalhados pelo Direito Natural séculos antes de seu surgimento.

É nesse sentido que Daniel Sarmento afirma que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais demonstra o reconhecimento de que esses direitos consagram os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo as bases da ordem jurídica da coletividade. Assim, valem também do ponto de vista da comunidade, enquanto valores ou fins que esta se propõe a perseguir. (SARMENTO, 2003, p. 254)

Por se traduzir nas atuais "cláusulas" do "moderno contrato social", os direitos fundamentais assumem o papel dos "bens" que a Constituição elegeu como objetos últimos de sua proteção. Somente mediante sua observação é possível manter a "liberdade igual" desejada pelos contratualistas nas origens dessa teoria.

A dimensão "objetiva" dos direitos fundamentais foi inicialmente reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) por ocasião do julgamento do notório caso Lüth. Nesse caso, o alemão Veit Harlan, produtor de cinema dirigiu, nos anos 50, um filme chamado "Amada Imortal". Ocorre que Harlan, durante o regime nazista, dirigiu filmes que divulgavam ideias nazistas. A história de Harlan com o regime opressor fez com que, anteriormente à "Amada Imortal", vários judeus influentes promovessem um "boicote" à película, apesar de em nada se relacionar com o nazismo.

O líder do boicote era um judeu por nome Eric Lüth, presidente do Clube da Imprensa, que escreveu manifesto ofensivo em relação a Harlan e convocou todos os "alemães decentes" a

não comparecerem ao cinema para prestigiar a obra cinematográfica. Esse manifesto fez com que o filme fosse um fracasso de público, ocasionando grande prejuízo a Harlan, o que fez com que ingressasse, juntamente com seus patrocinadores, em uma batalha judicial contra Lüth, alegando que sua conduta violava o Código Civil da Alemanha (*Bürgerliches Gesetzbuch*) e demandavam reparação por seus danos. Os demandantes venceram em todas as instâncias. Luth, no entanto, recorreu ao *Bundesverfassungsgericht*. O julgamento dessa causa foi a origem jurisprudencial da chamada "dimensão objetiva" dos direitos fundamentais, reconhecendo sua eficácia "irradiante" a todo o ordenamento constitucional e mesmo diante de ações praticadas por particulares (eficácia "horizontal" dos direitos fundamentais). (SCHWABE, 2005, P. 381-392)

Apesar de ter se originado, fundamentalmente, no Direito Privado, é justamente a dimensão "objetiva" dos direitos fundamentais que provoca o efeito irradiador desses direitos aos sujeitos privados, não o contrário. É por isso que essa dimensão faz com que seja necessário reconhecer os direitos fundamentais como "pautas hermenêuticas" vinculantes em relação a todos os intérpretes de ordenamento jurídico que se encontre sob a égide de uma Constituição.

As origens "privatistas" do reconhecimento dessa dimensão aos direitos fundamentais foram claramente subjugadas por sua "expansão" ao Direito Público. Para além da "eficácia horizontal", o "efeito irradiador" alcança até mesmo a interpretação que deve ser feita pelos órgãos estatais (enquanto intérpretes "legítimos" da Constituição).

E certo, todavia, conforme esclarece Walter Claudius Rothenburg, que a leitura dos direitos fundamentais sob o prisma das relações privadas, não possui o mesmo "poder", não é tão "enérgica" como a leitura nas relações com o Poder Público. Entretanto, fato é que cada vez mais os direitos fundamentais se impõem às relações jurídico privadas. E exemplifica essa crescente identificando a intolerância da dignidade humana às violências perpetradas na intimidade do lar, restando comprovado que "a eficácia irradiante dos direitos fundamentais contamina a esfera do particular". (ROTHENBURG, 2014, p. 31)[38]Ocorre que essa dimensão "objetiva" dos direitos fundamentais tem efeitos ainda mais específicos do que essa "vinculação hermenêutica".

Diante dessa realidade, mais do que direitos "subjetivos", os Direitos Fundamentais, nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade passam a construir uma "estrutura produtora de efeitos jurídicos" e retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem às posições

jurídicas subjetivas que reconhecem. A dimensão objetiva reforça a imperatividade dos direitos individuais e alarga a influência normativa no ordenamento jurídico e na vida da sociedade e tem vários efeitos: "garantias institucionais", "eficácia horizontal", "efeito de irradiação" e "deveres de proteção". (ANDRADE, 2012, p. 109)

A existência desses "deveres de proteção" (enquanto efeito "prático" da dimensão objetiva dos direitos fundamentais) modifica completamente a própria forma como deve ser entendida a "vinculação" dos órgãos estatais a esses direitos.

Ainda de acordo com Vieira de Andrade, apesar da dimensão objetiva ter visado, inicialmente, a eficácia irradiadora dos direitos fundamentais entre particulares, recentemente surgiu a idéia de "irradiação objetiva" vinculante aos poderes públicos (mais especificamente aos legisladores e aos juízes). O "Estado-prestador" passou a ser um "Estado-amigo" dos direitos fundamentais, responsável pela sua garantia. É nesse sentido que muitas normas de direito penal passam a ser vistas da perspectiva do cumprimento de um "dever de proteção", no contexto de um processo de efetivação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais. (ANDRADE, 2012, p. 134-139)

Os "deveres de proteção", trazidos pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais produzem, inclusive, a necessidade de normas voltadas à criminalização de condutas atentatórias a esses direitos.

Isso porque a consagração dos direitos fundamentais passa a impor ao legislador um dever de criminalização de certas condutas, uma intervenção pública nas relações privadas e nas atividades dos particulares. O Estado passa a ser responsável pela definição exaustiva das atividades ilícitas, até porque o Estado deve produzir todas as normas necessárias (penal, administrativa, civil etc.) para organizar e realizar todas as atuações administrativas e velar pelo funcionamento adequado dos tribunais, assegurando uma proteção efetiva dos direitos fundamentais. (ANDRADE, 2012, p. 139)

A "criminalização compulsória" das condutas violadoras de direitos fundamentais enquanto efeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem sido justificada pela doutrina constitucional e penal por intermédio dos chamados "imperativos de tutela".

---

[38] O autor elenca outros exemplos da interferência dos direitos fundamentais nas relações privadas como quanto à isonomia ditando as regras da equiparação dos direitos trabalhistas (ROTHENBURG, 2014, p.32)

DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DEVERES DE PROTEÇÃO: OS "IMPERATIVOS DE TUTELA"

A "irradiação" de efeitos dos direitos fundamentais ao ordenamento jurídico como um todo, mais do que promover sua "eficácia horizontal" (entre particulares), vincula os poderes públicos à sua proteção por intermédio de todas as "fórmulas normativas" necessárias para tanto. Caso a criminalização das condutas atentatórias aos direitos fundamentais se demonstre necessária, não restará opção ao legislador infraconstitucional que não a produção de normas voltadas a esse fim.

Não se trata de vincular todos os direitos fundamentais a estes imperativos de tutela. Todavia, diante da não eficácia das demais "fórmulas normativas" a criminalização das condutas atentatórias se impõe.

Assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não faz com que sua dimensão "subjetiva" seja relegada a um segundo plano. As "dimensões" dos direitos fundamentais convivem em harmonia e até mesmo se complementam. De acordo com Jorge Reis Novais, os deveres de proteção são, ao mesmo tempo, a "outra face" de um direito subjetivo dos indivíduos à proteção ou à segurança e a "consequência jurídica" dos conteúdos objetivos dos direitos fundamentais. (NOVAIS, 2003, p. 86)

Esses "deveres de proteção", originados com o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, foram reconhecidos pela doutrina como "imperativos de tutela", de cuja efetivação os Poderes Públicos não podem "escapar".

Os "imperativos de tutela" surgiram especialmente da necessidade de "asseguramento" dos direitos fundamentais. Para Dieter Grimm, os deveres de proteção alcançam uma concepção de segurança (*safety-guaranteeing*) e são convertidos em uma obrigação constitucional específica (GRIMM, 2005, p. 145). Essa obrigação é especialmente verdadeira e, em especial, vinculante, no contexto constitucional brasileiro, cuja Carta Maior garante especificamente um direito fundamental à "segurança".[39] De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, o reconhecimento dos "deveres de proteção" do Estado determina o dever de zelar (preventiva e repressivamente) pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos também contra agressões provindas de particulares. O Estado passa a ter de adotar "medidas positivas" da mais diversa natureza

[39] "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ". (BRASIL, 1988, n.p.).

(inclusive penais) para proteger efetivamente o exercício dos direitos fundamentais. (SARLET, 2000, p. 125)

Essa proteção efetiva dos direitos fundamentais deve ocorrer dentro de qualquer contexto normativo, mesmo que essa proteção demande a produção de leis criminalizadoras das violações a esses direitos ou o recrudescimento das normas penais já existentes.

Por esse motivo, Luciano Feldes argumenta que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais acentua o "dever de proteção" a esses direitos. Essa situação constrói uma outra ideia, que vem sendo chamada pela doutrina de "imperativos de tutela". (FELDENS, 2005, p. 152). Esses "imperativos de tutela" existem como consequência lógica dos deveres de proteção que, por sua vez, resultam do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Para Claus-Wilhelm Canaris, a partir dessa ideia passa a ser necessária uma "consideração inicial": é preciso identificar a situação de se um direito fundamental detém um "dever de proteção" e se da incorporação constitucional desse direito fundamental resultaria um dever de protegê-lo. Superada essa etapa, é necessário discutir o "modo" como essa proteção deve ser exercida. (CANARIS, 2003, p. 65). Obedecer essas etapas é necessário porque, para cumprir a função de imperativo de tutela, é necessário o auxílio do Direito infraconstitucional, que deverá disponibilizar os meios para a proteção, que podem ser penais, administrativas, tributárias, sociais etc. (CANARIS, 2003, p. 115-116)

É sabido, no entanto, que a tutela penal deve ser "subsidiária", ou seja, deve ser a *ultima ratio*, somente podendo ser efetivada caso todas as outras modalidades de tutela se demonstrem (abstrata ou concretamente) insuficientes para proteger o direito fundamental visado pelo imperativo de tutela. É necessário que o legislador proceda à chamada "prognose".

De acordo com o que leciona Lenio Streck, para que se possa determinar a necessidade de uma intervenção "penal" é necessário ter em consideração três fatores: o *Verbotspflicht* ("o dever de se proibir uma determinada conduta"); o *Sicherheitspflicht* (o dever de proteger o cidadão contra-ataques provenientes de terceiros e de tomar as medidas de defesa); e o *Risikopflicht* (o dever de evitar riscos para o indivíduo). O legislador ordinário não pode optar por meios "alternativos" de punição de crimes ou até mesmo pelo "afrouxamento" da persecução criminal sem maiores explicações. A *exigência dessas "prognoses" significa que "[...] as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis". (STRECK, 2008, p. 163-165)*

É que algumas Constituições, expressamente determinam a criminalização dos atentados a determinados bens jurídicos. Aliás, essas mesmas cartas "dirigem" a ação dos poderes públicos, em especial do legislador infraconstitucional. Essas Constituições vêm sendo chamadas de "dirigentes".

O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais têm várias funções e várias dimensões. São, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e parâmetros objetivos de interpretação. Porém, para além disso, impõem deveres de proteção aos poderes públicos, inclusive a criminalização de condutas atentatórias a seus preceitos, por intermédio dos chamados "imperativos de tutela". Essa vinculação do legislador ordinário aos direitos fundamentais agrava-se ainda mais sob a égide das chamadas Constituições "dirigentes", que vinculam completamente a atuação dos poderes públicos, especialmente as atividades legislativas.

A partir da década de 1960 a doutrina constitucionalista enfrentou um novo paradigma que rompia com uma estrutura sólida da relação entre Poderes Constituídos e a Constituição. Passou-se a questionar se o Poder Legislativo continuava a ser um poder "livre" diante do estágio do Estado Social e Democrático de Direito ou se seria possível o desenvolvimento de uma doutrina "dos limites da liberdade de conformação ou, até, de uma doutrina da discricionariedade legislativa". (CANOTILHO, 2001, p. XII)

A ideia de Constituição Dirigente foi difundida na doutrina a partir da famosa obra de José Joaquim Gomes Canotilho intitulada "Constituição Dirigente e vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas". Nessa obra, o autor afirma, em síntese, que a Constituição vincula a ação do Legislativo de forma inevitável. (CANOTILHO, 2001, p. XII)

Canotilho, anos após a publicação da primeira edição de sua prestigiada obra, chegou a declarar a "morte" da Constituição Dirigente, afirmando a necessidade de o Estado passar de "dirigido" a "dirigente". Suas ideias iniciais, contudo, permanecem ainda bem arraigadas na doutrina nacional e justificam a existência dos chamados "mandados de criminalização" na Constituição Federal de 1988.

AS CONSTITUIÇÕES DIRIGENTES

O “dirigismo constitucional” determina que o legislador ordinário atue sempre no sentido de efetivar as disposições de uma Lei Magna. A Constituição Federal de 1988 enquadra-se no conceito de Constituição Dirigente. De acordo com Gomes Canotilho, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em Estado Social e Democrático de Direitos e rompeu um antigo e sólido paradigma relacionado à separação de poderes, ou seja, “[...] aos limites da liberdade de conformação ou, até, de uma doutrina da discricionariedade legislativa”. (CANOTILHO, 2001, p. XII)

O reconhecimento de uma generosa “carta de direitos” operado pela chegada da Constituição de 1988 reduziu radicalmente a “margem de decisão” do Poder Legislativo, que passou a ter o dever de guiar-se por suas disposições expressas e implícitas.

Nem mesmo o “rompimento” de Gomes Canotilho com a teoria da Constituição Dirigente fez com que esse paradigma fosse eliminado da doutrina brasileira. De acordo com Lenio Streck, a Constituição dirigente e compromissária não pode ser relegada a um plano secundário, pois, no Brasil, as promessas da modernidade (explicitadas no texto constitucional de 1988) não foram efetivadas. É necessário superar alguns dos problemas que fizeram com que a expressiva parcela dos dispositivos da Constituição não obtivesse efetivação. (STRECK, 2003, p. 682)

Ainda para Streck, a impossibilidade de “rompimento” com o “dirigismo constitucional” é justificável, pois a caminhada rumo a igualdade substancial e a preservação da dignidade da pessoa humana são posturas que dão ao Direito Constitucional conotação mais ativa e importância ímpar na consecução de reformas no seio social. (STRECK, 2003, p. 691)

A Constituição “dirigente” brasileira impõe claramente o dever de criminalizar condutas contrárias à fruição de vários direitos fundamentais. Para Enrique Bacigalupo, esse conjunto de bens e valores deriva do dever do Estado de proteger os Direitos Fundamentais por meio do Direito Penal, pois o reconhecimento de direitos fundamentais implica na obrigação do Estado de penalizar as infrações cometidas em seu desfavor. (BACIGALUPO, 2005, p. 124)

A indicação da proteção penal, junto ao catálogo de direitos fundamentais de uma Constituição, produz uma “especificação” dos preceitos da doutrina Constituição Dirigente: surge então e, a partir desta expressão, o conceito de “dirigismo constitucional” e, com ele, o conceito de “mandados constitucionais de criminalização”.

O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL PENAL E OS “MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO”

A Constituição Dirigente guia a atuação do Poder Legislativo sob sua égide. Essa vinculação é ainda mais direta no que concerne à proteção dos direitos fundamentais. Ainda resta nebuloso, no entanto, os critérios jurídicos que devem ser utilizados na determinação de quais direitos fundamentais merecem ou não a proteção outorgada pelo Direito Penal. Não se trata de um problema de resolução simples. Ainda de acordo com Enrique Bacigalupo, o Direito é uma "realidade constitucional". O problema dogmático atual é delimitar um "âmbito legítimo" de aplicação racional do direito no Estado democrático. (BACIGALUPO, 2005, p. 31)

É nesse sentido que surgem os chamados "mandados constitucionais de criminalização" que, para Antônio Carlos da Ponte, indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem "faculdade de legislar", mas a obrigatoriedade de proteger bens ou interesses de forma adequada e integral. (PONTE, 2008, p. 152) De acordo com Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, os mandados constitucionais de criminalização se justificam em um regime de normalidade institucional e democrática própria dos Estados Democráticos de Direito, nos quais há distinção entre normas constitucionais e leis ordinárias e entre aqueles que exercem os Poderes Legislativo e Executivo. (GONÇALVES, 2007, p. 154)

É claro que o Direito Penal é uma realidade constitucional no Brasil. A Constituição determina (expressa e implicitamente) a proteção penal de vários direitos fundamentais. Apesar disso, a mesma Constituição de 1988 determina "subsidiariedade" a "fragmentariedade" do Direito Penal, especialmente em decorrência da gravidade das consequências da tutela penal no regime das "liberdades individuais" previstas pela Lei Maior. Esse equilíbrio entre a tutela penal dos direitos fundamentais e a proteção das liberdades garantidas pelos mesmos direitos fundamentais é difícil, porém, necessária: é preciso compatibilizar a dimensão "subjetiva" (liberdades individuais) com a dimensão "objetiva" (que resulta nos mandados de criminalização) dos direitos fundamentais.

Ainda de conformidade com Bacigalupo, é possível afirmar que o direito penal é uma limitação do direito fundamental de liberdade de ação e pode ser entendido como um "direito constitucional aplicado". A validade dos textos e das interpretações dos direitos dependerá de sua contabilidade com os princípios superiores. Assim, a interpretação da lei penal depende da interpretação da Constituição. Reconhece-se aos direitos fundamentais um efeito irradiante sob o direito ordinário. O Código Penal e as Leis Especiais (de conteúdo penal) devem ser interpretados de acordo com a Constituição. Essa técnica interpretativa tem sido desenvolvida no

direito constitucional moderno e tem a função instrumental de garantir a supremacia da Constituição. (GONÇALVES, 2007, p. 104-117)

É possível, nesse sentido, afirmar que a Constituição determina a criminalização de um mínimo de direitos fundamentais indispensáveis à convivência em sociedade. Esse "nível mínimo" de proteção penal não é novidade no mundo. De acordo com Luciano Feldens, a Constituição da Europa admite a existência de regras mínimas em relação à "criminalidade particularmente grave". Esse "dirigismo penal constitucional" está muito relacionado à fórmula política do Estado. (FELDENS, 2005, p. 72-73). Essa "nova configuração" do "dirigismo constitucional" determina uma significativa "mudança de paradigma": não é mais possível afirmar que o Direito Penal é apenas um "limite ao poder punitivo do Estado". A criminalização assume uma posição de "garantidora" da fruição dos direitos fundamentais.

De acordo com Alessandro Baratta, o Direito Penal Constitucional hoje vive a mesma condição que o Direito Penal do iluminismo: o dever de limitar e regular a pena. Todavia, para que a Constituição não tenha o mesmo destino do Direito Penal liberal, é necessário reencontrar uma dimensão política forte e autêntica, que somente será possível se incorporar em uma política integral de proteção aos direitos fundamentais. Ampliar a perspectiva do Direito Penal Constitucional na perspectiva de uma política integral de proteção dos direitos significa definir o garantismo não somente em sentido "negativo" (como limite do sistema punitivo), mas como um garantismo "positivo" (como resposta às necessidades de segurança de todos os direitos contra agressões de outras pessoas). (BARATTA, 2004, p. 190-192)

O instituto do garantismo "positivo" não é apenas um argumento retórico em defesa do "punitivismo". Baratta faz referência a essa "positividade" não apenas no sentido da criminalização, mas relembrando a necessidade de efetivação de benesses sociais e mecanismos de inclusão. O Direito Penal é somente um dos vários institutos por meio dos quais o Estado deve atuar na proteção da segurança das pessoas.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, com os mandados constitucionais de criminalização, a perspectiva objetiva dos Direitos Fundamentais encontra uma perspectiva objetiva na dignidade da pessoa humana, pois os imperativos de tutela assumem um lugar de destaque, "inclusive no que diz com sua repercussão na esfera jurídico-penal". (SARLET, 2008, p. 44)

Diante disso, a criminalização "compulsória" dos atentados aos direitos fundamentais representa uma das várias formas de proteção a esses direitos, sem (ao menos à primeira vista) restringir a dimensão "subjetiva" dos direitos fundamentais. A dogmática penal, no entanto,

apresenta alguns paradigmas basilares, que devem ser analisados sob o paradigma do "dirigismo penal constitucional". O mais importante desses paradigmas é o chamado "bem jurídico penal".

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E O CONCEITO DE "BEM JURÍDICO PENAL"

Um dos mais basilares conceitos da dogmática penal na atualidade é o chamado "bem jurídico penal", que representa a especificação do "objeto" da proteção penal. Por se tratar de um conceito "clássico", é necessário realizar sua "filtragem" por meio de pautas constitucionais relacionadas especificamente aos direitos fundamentais.

Para Jesus-Maria Silva Sanches, o "bem jurídico" é um "instrumento de mediação" entre a ordem constitucional de valores e a dogmática da teoria do delito na doutrina dos fins do Direito Penal, sustentado por concepções teleológicas do sistema do fato punível. A influência dos princípios constitucionais no âmbito dos fins do Direito Penal é perceptível com facilidade, ainda que não seja possível formular uma doutrina unívoca que exclua toda a polêmica. (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 114-115)

A doutrina do "bem jurídico" surgiu em decorrência da doutrina dos "princípios gerais do Direito", nascida no Direito Natural. Com o surgimento das Constituições e o posterior reconhecimento de sua "normatividade suprema", os "princípios gerais de Direito" perderam importância enquanto "pautas interpretativas". Isso porque, se a Constituição possibilita a existência de todas as normas de um ordenamento jurídico, não é mais necessário recorrer às "racionalizações" jus-naturalistas para "intuir" os bens cuja proteção penal é necessária; basta interpretar a Constituição e dela extrair esses bens.

Apesar de nebulosa quanto à sua extensão, a relação entre os "bens jurídicos" e os "direitos fundamentais" é clara. Ainda de acordo com Silva Sanches, mesmo que certas "realidades" não tenham sido expressas ou implicitamente postas na Constituição, devem ser "fechadas" pela proteção penal, adquirindo uma qualidade de "penalmente protegidas". A Constituição não estabelece qual deva ser o mecanismo protetor das realidades que valora positivamente; mas, se foi constitucionalmente consagrada, é preciso prosseguir com o trabalho de concretizar as características dos objetos passíveis de proteção penal, para o qual será necessário ter presentes os princípios político-criminais que devam inspirar o exercício do *ius puniendi* do Estado. (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 274-275)

Diversos teóricos "abolicionistas" passaram a pregar, durante o Século XX, uma mensagem de "desnecessidade" do Direito Penal, inclusive alegando que ocasionaria mais danos

do que benesses e afirmando sua irracionalidade e, em especial, sua desnecessidade no contexto do Estado Democrático de Direito. Acontece que, no contexto do Estado Constitucional, é impossível abolir o Direito Penal, especialmente se a Lei Maior expressamente determinar a proteção penal dos direitos fundamentais.

Mesmo Winfried Hassemer (que defende fervorosamente o "garantismo penal negativo") afirma que faz pouco tempo que a ciência do Direito Penal descobriu que os Direitos Fundamentais são "armas jurídicas" para defender o Estado, elemento necessário para ressuscitar as antigas e enriquecedoras elaborações de corte jurídico penal. A demanda por suprimir o Direito Penal de nenhuma forma é uma opção agradável para os seres humanos e muito menos para os direitos humanos. Ocorre que, com essa "supressão", somente se conseguiria que o controle social seguisse regendo nossas vidas, eliminando os limites das ingerências e abrindo caminho para que poderosos interesses sociais imponham sanções. (HASSEMER, 2003, p. 33-37)

No Brasil, a eleição de bens jurídicos penais pela própria Constituição de 1988 afasta por completo a possibilidade de "abolição" do Direito Penal. A tutela penal é indispensável, inafastável e irrenunciável nos termos da Lei Maior. A "identidade" do Estado foi definida pela Constituição e parte dela é justamente o fato de que é necessário criminalizar as condutas atentatórias aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a criminalização é essencial. Para Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci, essa necessidade decorre do "caráter historicamente condicionado da Constituição", que também se manifesta no "não silenciar" a bens cuja importância tenha sido realçada pela coletividade como reflexo das transformações econômico-sociais que multiplicaram as agressões a este mesmo bem e estimularam o aumento do conhecimento de repercussões danosas dessas agressões (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 169). Essas "transformações sociais" e a imperatividade de sua tutela penal somente corroboram a necessidade de manutenção do paradigma da Constituição Dirigente em países de "modernidade periférica", a exemplo do Brasil.

Mesmo na temática do bem jurídico, a compatibilização entre a dimensão "subjetiva" e a dimensão "objetiva" dos direitos fundamentais é indispensável. Todavia, persiste a "subsidiariedade" do Direito Penal. Para Juarez Cirino dos Santos, o bem jurídico é um critério de criminalização que constitui "objeto de proteção penal" retirado de um "núcleo duro" de bens jurídicos individuais (como a vida, a liberdade e a sexualidade humanas) que dependem de

proteção penal. Admitir a proteção de bens jurídicos pela criminalização não exclui a necessidade de relevância do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal, nem implica incluir todos os bens jurídicos como objeto de proteção penal. (SANTOS, 2006, p. 15-16)

Diante disso, apenas os bens constitucionais mais relevantes poderão ser tutelados criminalmente. Essa dimensão "subsidiária" do Direito Penal Constitucional preserva a dimensão "subjetiva" dos direitos fundamentais ao mesmo tempo em que garante os deveres de proteção, preserva os imperativos de tutela e efetiva os mandados constitucionais de criminalização.

Nesse contexto de "dirigismo constitucional penal", a Constituição passa a ser a única fonte legítima de bens "tuteláveis". Somente dela podem ser extraídos os bens jurídico-penais. Jorge de Figueiredo Dias afirma, no mesmo sentido, que um bem jurídico somente pode ser criminalmente tutelado caso se encontre refletido num valor constitucionalmente reconhecido, que se pode afirmar "preexiste" ao ordenamento jurídico penal. Entre a ordem constitucional e a ordem penal legal dos bens jurídicos existe uma "relação de mútua referência". (DIAS, 2001, p. 47-48)

Assim, a Constituição estende sua atuação para além da política e da própria garantia: torna-se um programa de política criminal e estabelece quais bens devem ser tutelados pelo Direito Penal.

Vicenzo Militello constata a necessidade de conjugar a superação do formalismo com as exigências de contenção do âmbito do que é penalmente relevante, encontrando-se um ponto de equilíbrio. O texto constitucional se transforma em um programa político-criminal: os bens jurídicos constitucionais passam a delimitar a matéria penal. A perspectiva constitucional representa um terreno fértil para abrir a dogmática penal a um contraste comparado. Isso porque no plano das normas fundamentais é mais fácil encontrar correspondências significativas. (MILITELLO, 2003, p. 49-51)[40] Portanto, para além de singelas pautas políticas ou mesmo jurídicas, os princípios constitucionais demonstram ter um valor "moral" significativo: são "valores" dos quais os poderes públicos não podem escapar. Nessa ordem, os mandados constitucionais de criminalização guiam a intepretação de todo o ordenamento jurídico e a atuação do Poder Legislativo e ditam um "dever de legislar" no sentido da criminalização das infrações praticadas em desfavor de alguns direitos fundamentais.

[40] É necessário informar, porém, que o autor não enxerga o fenômeno da "constitucionalização do Direito Penal" com bons olhos, apresentando severas restrições à sua utilização.

É por isso que Santiago Mir Puig determina que a "constitucionalização" do Direito Penal é irreversível. A consagração dos princípios na Constituição valorou-os a ponto de orientar toda a elaboração dogmática do Direito Penal (MIR PUIG, 2003, p. 10). Os bens jurídicos devem estar na "ordem de valores da Constituição" (MIR PUIG, 2003, p. 116). Sua missão é precisar definitivamente o alcance próprio das fórmulas legais. (MIR PUIG, 2003, p. 270)

O "dirigismo penal constitucional" determina que os bens jurídico-penais devem ser extraídos exclusivamente dos catálogos de direitos fundamentais consagrados pelas Cartas. Somente por intermédio da interpretação desses direito é possível compatibilizar suas dimensões "subjetiva" e "objetiva" Nesse aspecto, a Constituição de 1988, enquanto "Constituição Dirigente", prevê (expressa e implicitamente) diversos "mandados de criminalização".

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO (EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS) NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inegavelmente, a Constituição "Dirigente" de 1988 expressou sua "vontade constituinte" no sentido da consagração dos mandados de criminalização. Alguns desses mandados são expressamente determinados, enquanto outros devem ser extraídos da interpretação do sistema constitucional.

De acordo com Luiz Luisi, o Direito Penal encontra nas Constituições os bens que lhe cabe proteger. È a Constituição o "repositório" dos bens passíveis de criminalização, além de conter princípios que modelam a vida da comunidade. A presença destas cláusulas marca os limites que o legislador ordinário não pode transpor (negativa e positivamente). As Constituições são, portanto, a base e o limite desta experiência. Estão à mercê da tutela penal os bens "primários", indispensáveis à própria existência da sociedade (a vida, a integridade corporal, a exemplo) e outros que constituem as bases da estrutura jurídica moldada pelo perfil ideológico que fundamenta tais Constituições (como a liberdade, a propriedade). (LUISI, 2008, p. 110-114)

A dimensão penal do "dirigismo constitucional" apenas confirma o dever que os Poderes Públicos têm de dar efetividade integral ao texto da Constituição. Em alguns casos, o "formato" infraconstitucional dessa efetivação fica a cargo da discricionariedade do legislador. No caso dos mandados constitucionais de criminalização, porém, a atividade legislativa é "vinculada", de modo que a efetivação de alguns princípios deve ocorrer *exclusivamente* por intermédio da tutela penal.

Humberto Nogueira Alcalá afirma que a obrigação do Estado de garantir os direitos exige assegurar a eficácia prática dos direitos fundamentais por todos os meios ao seu alcance e estabelecer instituições e procedimentos normativos e jurisdicionais que permitam superar as ameaças, perturbações ou privações ao exercício desses direitos, inclusive por meio de sanções penais (NOGUEIRA ALCALA, 2003, p. 140). A dignidade da pessoa é afetada cada vez que a pessoa é tratada como um meio ou objeto. E esses atentados, muitas vezes, demandam a utilização da proteção mediada pela sanção penal. (NOGUEIRA ALCALA, 2003, p. 178)

Os mandados de criminalização podem ser tanto expressos quanto implícitos no texto constitucional. Luciano Feldens novamente afirma que os mandados constitucionais explícitos de criminalização não constituem exclusividade brasileira, encontrando-se tais espécies normativas em diversas constituições de países europeus. "Um imperativo de tutela depende não apenas da espécie do bem jurídico afetado, mas, essencialmente, da espécie de intervenção contra ela propiciada". (FELDENS, 2005, p. 85-102)

A Constituição brasileira afirma expressamente a necessidade de criminalização de infrações a vários direitos constantes de seu catálogo fundamental. Maria da Conceição Ferreira da Cunha, referindo-se à Constituição de 1988, leciona que os Direitos Fundamentais passaram a ser como princípios objetivos e direitos de defesa em face de ataques de particulares. A Constituição promete proteção à vida, à integridade física, à liberdade, por exemplo. Estas ordens expressas podem ser sinalizadas pelas inscrições nos incisos XLI, XLII, XLIII, XLIV do Art. 5º ou no §4º do Art. 227 da Carta (CUNHA, 1995, p. 125). De acordo com Lenio Streck, em todos esses casos, *a Constituição é clara em determinar a criminalização* e a determinar a vedação de favores legais aos violadores. (STRECK, 2003, p. 165)

Diante disso, não pode o Legislador infraconstitucional deixar de criminalizar essas condutas, de conformidade com a Lei Maior, sob pena de incorrer em clara e gravíssima omissão.

CONCLUSÃO

Nas Constituições surgidas após a Segunda Guerra, os direitos fundamentais assumiram uma importância jurídica única e por que não dizer, inédita. Em decorrência disso, além de sua clássica dimensão "subjetiva", os direitos fundamentais passaram a irradiar efeitos "hermenêuticos" a todo o ordenamento jurídico, fazendo com que se tornem "pautas

hermenêuticas" inescapáveis aos hermeneutas constitucionais. Essa "normatividade suprema" é a chamada dimensão "objetiva".

Nesse sentido, a "criminalização compulsória" das condutas violadoras de direitos fundamentais é um efeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e tem sido estudada pela doutrina constitucional e penal por intermédio do conceito denominado: "imperativo de tutela".

A "normatividade" das Constituições modernas faz com que algumas delas tragam comandos específicos aos Poderes estatais, de modo que "dirigem" as ações do Estado, inclusive determinando a criminalização dos atentados a determinados bens jurídicos, a exemplo dessas Constituições "dirigentes". A partir desse "dirigismo penal" é que surge o conceito e "mandados constitucionais de criminalização".

Isso porque o "dirigismo penal constitucional" faz com que a Constituição determine quais bens jurídico-penais devem ser criminalmente protegidos pelos ordenamentos jurídicos. É nesse sentido que a Constituição de 1988 (enquanto "Constituição Dirigente") prevê (expressa e implicitamente) vários "mandados de criminalização".

Em decorrência da importância evidente dos direitos fundamentais é que não pode o Legislador infraconstitucional deixar de tipificar as condutas atentatórias a tais direitos, sob pena de restar constatada uma omissão constitucional.

REFERÊNCIA

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán. (Org.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo:** el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal y el Estado de Derecho.** Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2005.

BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In: BELLOQUI, Laura; ELBERT, Carlos Alberto. (Org.). **Criminología y sistema penal:** compilación *in memoriam*. Buenos Aires: IBDF, 2004, p. 168-198.

_____; _____. (Org.). **Criminología y sistema penal:** compilación *in memoriam*. Buenos Aires: IB de F, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. A doutrina brasileira de efetividade. In: _____. (Org.). **Temas de Direito Constitucional.** t. 3. Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 61-77.

_____. (Org.). **Temas de Direito Constitucional.** t. 3. Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal.** Buenos Aires: Hamurabi, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: <www.presidenciadarepublica.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Diretos fundamentais e Direito Privado.** Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. ***Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime:** uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 4, n. 2, p. 151-198, abr.-jun., 1994.

FELDENS, Luciano. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta. 2001.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Evolución y negación del derecho subjetivo. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, n. 5, p. 9-42, jan. -jun. 2011.

GRIMM, Dieter. The protective function of the state. In: NOLTE, Georg. (Org.). **European and US constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 137-153.

HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el derecho penal.** México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KLEVENHUSEN, Renata Braga. (Org.). **Direito Público e evolução social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2008.

LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista do Centro de Estudo Judiciário**, v. 4, p. 103-108, 1998.

MILITELLO, Vincenzo. Dogmática penal y política criminal desde una perspectiva europea. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán. (Org.). **Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo:** el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 41-68.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal:** concepto y método 2. ed. Buenos Aires: EB de F, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

NOLTE, Georg. (Org.). **European and US constitutionalism.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PONTE, Antônio Carlos da. ***Crimes eleitorais*.** São Paulo: Saraiva, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais.** São Paulo: Método, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

*SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.*

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **A Constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. (Org.). **A Constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 86-107.

_____. Direitos fundamentais e direito penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a

necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos. **Revista da ESMESC**, v. 15, n. 21, p. 37-74, 2008.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Barcelona: Bosch, 1992.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e concretização da Constituição. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1. p. 681-712, 2003.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma análise da Lei de Tóxicos a partir do Dever de Proteção do Estado (*Schutzpflicht*). In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Org.). **Direito público e evolução social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2008, p. 157-188.

REVISTA ÍNTIMA VEXATÓRIA NO SISTEMA PRISIONAL: INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO A GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Karoline Rodrigues XAVIER[41]
Roberto da Freiria ESTEVÃO[42]

RESUMO
Trata-se de trabalho fruto de pesquisa relacionada às políticas públicas no sistema prisional em geral, notadamente no que se refere à efetivação da dignidade humana de familiares de pessoas detidas, que, quando das visitas feitas nos estabelecimentos, sofrem terrível e extremada humilhação nos procedimentos de revista íntima. Este trabalho enfoca a importância das políticas públicas, a respeito do que se faz rápida abordagem histórica, para, na sequência, trabalhar o aspecto primordial da pesquisa, qual seja, o relacionado às revistas íntimas de familiares de presos. Observa-se, no particular, que, em junho de 2014, a CCJ do Senado Federal aprovou o Projeto de Lei nº. 480/2013, que visa a proibir tais revistas vexatórias. E, no Estado de São Paulo, em 12 de agosto de 2014, o Sr. Governador do Estado, Geraldo Alckimin, sancionou o Projeto de Lei n°.797/2013, que havia sido aprovado pela Assembleia Legislativa em 03 de julho do mesmo ano.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Prisional. Revista íntima. Dignidade humana.

ABSTRACT
It´s about a work resulted from research related to the public policies in the prisonal system in general, notably as regards to the effectiveness of human dignity of prisoner´s relatives, who, when visiting in the establishments, suffer terrible and extreme humiliation in the procedures of intimate inspection. This work focuses the importance of public policies, about what makes fast historical approach, in order to, in the sequence, work the primordial aspect of the research, which is, the one related to the intimate inspection of prisoner´s relatives. It´s observed, in particular, that on June 2014, the CCJ from the Federal Senate approved the Law Project nº 480/2013, which aims to prohibit such vexatious inspections. Besides, in the State of São Paulo, on August 12 2014, the Governor, Geraldo Alckimin, sanctioned the Law Project nº 797/2013, which had been approved by the Legislative Assembly on July 03 of the same year.

KEYWORDS: Prisonal System. Intimate Inspection. Human Dignity.

INTRODUÇÃO

Desde 1990, vem crescendo, dia a dia, o interesse pela temática relacionada às políticas

[41] Estudante de Graduação - Centro Universitário Eurípides de Marília.

públicas, que, num primeiro momento, são de atribuição da administração pública, em especial do poder executivo, mas, por omissão deste, o judiciário tem sido chamado à prolatar decisões a respeito.

Há manifesta relação entre políticas públicas e os direitos humanos-fundamentais, pois estes são implementados também por meio daquelas.

A propósito, a Constituição Federal do Brasil elenca vários princípios e garantias individuais, também relacionados ao Processo Penal, aplicáveis desde as iniciais investigações, inclusive no inquérito policial, além da obrigação de serem observados no curso da ação penal condenatória e na execução penal. Não há que se falar em qualquer procedimento criminal válido sem que ele se efetive à luz da Constituição.

Mas, como todos sabem, vários direitos e garantias que encontram proteção constitucional são violados, até mesmo durante a execução penal, que é o enfoque deste artigo.

Até por isto, muito se fala em políticas públicas no que concerne ao sistema prisional, preocupação que norteia o presente trabalho, mais precisamente, no tocante ao sério problema das revistas íntimas vexatórias às pessoas que visitam os presos nos estabelecimentos penitenciários.

Recentemente, no início de junho de 2014, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal aprovou o Projeto de Lei nº. 480/2013, que visa a proibir tais revistas vexatórias.

No Estado de São Paulo, em 03 de julho de 2014, a Assembleia Legislativa aprovou o Projeto de Lei nº. 797/2013, com o mesmo fim, ou seja, a proibição das revistas íntimas vexatórias nos presídios estaduais, que foi sancionado pelo Sr. Governador Geraldo Alckimin no dia 12 de agosto de 2014.

Esta é a preocupação dos autores do presente trabalho, que aborda as políticas públicas na história, o seu conceito, sua relação com os direitos humanos-fundamentais, o problema da judicialização das políticas públicas, e, por fim, a tormentosa questão da revista íntima vexatória nos presídios brasileiros, com a análise do projeto de Lei 797/2013, recentemente sancionado pelo Sr. Governador.

POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS HUMANOS-FUNDAMENTAIS

42 UNIVEM - Centro Universitário Euripídes de Marília.

Como asseverado alhures, ao se abordar políticas públicas fala-se, necessariamente, em direitos humanos-fundamentais, uma vez que aquelas são instrumentos para a efetivação destes, notadamente os direitos sociais (BUCCI, 2006, p. 3). Destarte, pode-se dizer, sem maiores pretensões, que políticas públicas correspondem ao conjunto de ações do Estado visando à concretização de direitos humanos e fundamentais, seja por atos administrativos (serviços públicos) ou por atos normativos (disposições constitucionais, infraconstitucionais, ou infralegais - decretos, resoluções, portarias, etc).

Todavia, muitas vezes o Estado é omisso, como se dá entre nós, de maneira que se torna indispensável que todos os setores da sociedade e órgãos públicos exerçam efetivo controle das políticas públicas, já que muitas são as demandas, nem sempre atendidas a contento, até por força da alegada falta de recursos públicos suficientes para todas elas. Esse controle poderá levar à mais equânime e justa distribuição dos recursos existentes.

De fato, quando se fala em políticas públicas há necessária referência à não observância da igualdade, vale dizer, as situações de inferioridade.

E, não obstante o homem tenha irrompido igual, quer se adote uma ou outra teoria a respeito de sua origem, todos reconhecem que nós, seres humanos, criamos muitas situações de inferioridade, de modo que, ao longo da história, sempre se verificou a existência de pessoas pobres (esmagadora maioria) e ricas (poucas), superiores (poucas) e inferiores (muitas), opressoras (poucas) e oprimidas (muitas), dominantes (poucas) e dominadas (muitas), etc. Não sem razão, houve a necessidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, proclamada em dezembro de 1948, que em seu art. 1º reconhece que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todavia, essa proclamada igualdade em dignidade e direitos é constantemente ignorada, inclusive pelo Poder Público.

Entre nós, não obstante o agasalho legal, a igualdade também tem sido violada ao longo da história. Com efeito, em nossas Constituições sempre houve a expressa previsão ao mencionado direito fundamental, à exceção da Carta de 1824, que falava em equidade, até porque, à época, havia no Brasil a escravatura e o escravo sequer era considerado pessoa. Mas, desde 1891, temos a garantia constitucional do direito à igualdade de todos perante a lei.

O Min. Marco Aurélio Mendes de Faria Mello (2006) lembra que, a partir de 1891, no Brasil, nas Cartas Magnas, "eliminaram-se privilégios decorrentes do nascimento; desconheceram-se foros de nobreza, extinguiram-se as ordens honoríficas e todas as prerrogativas a elas inerentes, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho", e, ainda, tratamentos

diferenciados por motivo de “sexo, raça, profissões, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”. Mas, claramente, continuou-se com a igualdade meramente formal, de maneira que, na Constituição de 1988, o legislador entendeu ser necessário inserir o art. 3º, que contempla a igualdade eficaz, positiva e dinâmica, além de corresponder a verdadeira ação afirmativa com o fito de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “garantir o desenvolvimento nacional” (inciso II), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III), “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). Os fins previstos no dispositivo impõem políticas públicas para serem atingidos, mas estas, muitas vezes, não são implementadas.

Assim, à luz da Constituição Federal de 1988, tem-se “que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica”, pois os verbos insertos no mencionado artigo 3º (construir, garantir, erradicar e promover) “implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar ‘ação’” (idem).

Cumpre lembrar, ainda, que no Séc. XX, até os anos 80, em razão das diferentes ditaduras vividas no Brasil, houve um viés autoritário nas políticas públicas, que tinham muito mais um caráter de políticas econômicas voltadas ao atendimento de pretensões de grupos dominantes e dos frequentes *lobbies* de poderosos nos gabinetes governamentais, e o objetivo era, notadamente, a promoção de um projeto industrial.

Consideradas as constantes situações de inferioridades verificadas no curso de nossa história, sempre houve necessidade da adoção de políticas públicas. Não obstante, constata-se nessa mesma história, contínua e preocupante omissão do poder executivo, do que surge a necessidade de intervenção do judiciário, que, chamado, é obrigado a determinar a observância de direitos humanos e fundamentais não atendidos pelo Poder Executivo, em especial por omissão no implemento de políticas públicas. Neste sentido, há, entre nós, um sem número de decisões judiciais obrigando o poder executivo à efetivar direitos civis em muitas áreas, notadamente na da saúde, de gênero, da educação, do acesso à justiça, do acesso à prédios - aos portadores de deficiências físicas -, dentre tantas outras, como é do conhecimento de todos.

Conforme expõe Dalmo de Abreu Dallari (2004, p. 46), não basta “afirmar que todos são iguais perante a lei; é indispensável que sejam assegurados a todos, na prática, um mínimo de dignidade e igualdade de oportunidades”. Na mesma senda: Robert Alexy (1993, pp. 381 e sgts).

POLÍTICAS PÚBLICAS NO SISTEMA PRISIONAL

Consoante o ensino do mesmo autor atrás lembrado, só é possível a restrição se, concretamente, um dos princípios opostos tiver peso maior no arcabouço jusfundamental.

Quando se fala em sistema prisional a referência é à fase processual da execução da pena imposta numa ação penal. Dito de outra forma, a execução penal integra o todo do processo penal.

E é inegável que, em meio aos direitos fundamentais individuais, estão previstos os princípios básicos e garantias relativas ao direito processual penal, normatizados na Constituição.

O saudoso processualista e Professor José Frederico Marques (2000, pp. 78-79) proclamou a respeito das garantias e princípios tradicionalmente reconhecidos em nossas Constituições:

> As garantias que reconhece e proclama, solenemente em seu texto, reproduzem os clássicos princípios que, desde a Magna Carta, e sobretudo a partir do humanismo de Beccaria e da Revolução Francesa, tornaram-se imanentes à própria estrutura do Estado de Direito e do regime democrático. [...] Para isso, não basta o exame isolado de textos em que se definem as garantias individuais. Necessário se torna que a Constituição seja examinada como um todo, a fim de que a dedução dos princípios e regras fundamentais traga em si uma perfeita harmonia com valores supremos da Lei Maior.

A eminente Procuradora do Estado - *hoje aposentada* - e Professora Ada Pellegrini Grinover, nos "Cadernos Apamagis - vol. 6", observou sobre os direitos e garantias individuais "que o Brasil foi o país que teve a primazia, através da constituição imperial de 1824, no mundo todo, de dar concreção jurídica efetiva aos direitos do homem, acompanhando-as também das respectivas garantias" (GRINOVER, 1987, p. 123).

Há, pois, uma ordem jurídico-constitucional que norteia o processo criminal e que jamais pode ser ignorada ou violada. Assim, os princípios processuais penais devem ser observados para que se obtenha uma boa aplicação dos preceitos legais, pois compõem o rol dos direitos fundamentais. Isto, evidentemente, tem plena aplicação à execução penal, que, como já afirmado, integra o processo penal, como uma de suas fases.

No tocante ao sistema prisional é manifesta a necessidade de se enfrentar a questão de restrição a direitos jusfundamentais.

Conforme assevera Robert Alexy, na relação entre o direito e sua restrição a norma fundamental prevê, em primeiro lugar, o direito em si, sem restrição. Só então sobrevém o

acréscimo da eventual restrição (ALEXY, 1993, p. 268).

Todavia, observa-se que, já há muito tempo, no sistema prisional, tem ocorrido confusão prática entre restrição de direito fundamental com sua violação, ainda que, teoricamente, sejam situações absolutamente inconfundíveis.

Em outras palavras, busca-se evitar que os direitos fundamentais fiquem inteiramente à mercê do legislador infraconstitucional ou do aplicador da Lei, havendo necessidade de proteção ao núcleo essencial do direito fundamental.

A respeito do núcleo essencial ou da definição de seu conteúdo, duas teorias existem: uma objetiva e outra subjetiva - *aqui não analisadas porque não são o ponto fundamental deste pequeno trabalho* -, lembrando-se que, para Alexy, os direitos fundamentais constituem posição primaria do indivíduo, e o caráter individual de que são revestidos possibilitam, ao menos, que a teoria subjetiva apareça ao lado da teoria objetiva.

Ademais, constata-se uma tendência doutrinária, no sentido de considerar compatíveis entre si as teorias objetiva e subjetiva.

Em seu "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", o eminente Professor José Joaquim Gomes Canotilho pondera que a escolha entre as teorias objetiva e subjetiva não pode conduzir a alternativas radicais, argumentando que a comunidade é confrontada diariamente com a necessidade de limitar os direitos fundamentais, sendo, pois, irrealista uma teoria subjetiva que ignore a realidade objetiva. Outrossim, continua aquele constitucionalista, a garantia do núcleo essencial não pode descuidar da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e, consequentemente, deve-se evitar restrições que eliminem totalmente um direito subjetivo fundamental (CANOTILHO, 1998, p. 419).

Para Alexy (1993, p. 291), a garantia do núcleo essencial equivale ao respeito da máxima da proporcionalidade. Vale dizer, a restrição de um direito fundamental só será legítima quando for o meio necessário à realização de outro direito ou bem constitucionalmente protegido, e apenas na proporção que essa exigência imponha ao jusfundamental.

Este posicionamento tem plena aplicação no direito processual penal, em relação aos seus princípios constitucionalmente previstos, verdadeiras garantias e direitos individuais.

Consoante o magistério do Professor Frederico Marques (2000, p. 82), o processo penal, em sua estruturação, é um procedimento de partes com interesses diferentes, contrapostos e, pois, em conflito:

> De conceituar a nossa Lei Magna, ao Direito Processual, unitariamente, dimana,

> como corolário, a estruturação do processo penal como um procedimento de partes, visto que é um traço indefectível do processo o ter por conteúdo uma lide, o que significa a existência de interesses contrapostos e em conflito.

Assim, também no processo penal, se em determinada situação concreta existir contraposição entre dois princípios constitucionais, será necessária a adoção da máxima da proporcionalidade para restrição, com as seguintes exigências: a) que a medida restritiva seja apta à obtenção do fim proposto; b) que não haja outro meio menos gravoso para se obter o mesmo fim; c) que o sacrifício ao jusfundamental esteja em relação proporcional com a importância do bem a ser salvaguardado. Em resumo, busca-se saber se a restrição jusfundamental é necessária, adequada e justificada pelo valor ou importância do bem protegido.

Aqui surge um questionamento: será que tem existido a preocupação de correta adoção da máxima da proporcionalidade quando se fala em restrição de direitos fundamentais no âmbito da execução penal? Ou, no sistema prisional, verifica-se não a simples e admissível restrição (da liberdade, v. g.), mas verdadeiras violações jusfundamentais, que não podem ser admitidas?

É possível, rapidamente e sem a pretensão de esgotar as hipóteses, não aprofundadas neste trabalho, apontar várias violações induvidosas a direitos fundamentais na esfera da execução penal:

- superpopulação carcerária, com a colocação de impressionante e elevado número de presos num único xadrez (ou cela), o que leva, até mesmo, à necessidade de verdadeiro "rodizio" para que todos tenham a oportunidade de algumas horas de sono na posição horizontal, e não na vertical, por vezes, amarrados nas grades;
- falta de respeito ao mínimo de higiene, salubridade, ventilação, do que resulta a disseminação de doenças infectocontagiosas;
- não concessão de oportunidade de trabalho a todos os presos, o que implica, muitas vezes, em revolta nas unidades, além da impossibilidade de se conferir o direito à remição da pena;
- ausência de efetiva assistência jurídica, de modo que os direitos que os detidos têm não são efetivados e, até mesmo, presos que já cumpriram totalmente a pena imposta continuam detidos;
- falta de concreta assistência à saúde, na prevenção e no tratamento de doenças;
- não observância da necessidade de atividades culturais, educacionais, sociais, etc, nas unidades prisionais;

 e, além de outras violações, com maior interesse a este artigo, a revista íntima vexatória realizada naqueles que visitam os detentos, tema que a seguir é abordado.

Dada a relevância e o reflexo em relação a outros direitos fundamentais das pessoas presas, é de se registrar que, a respeito da superlotação nos presídios, em junho de 2014 o Conselho Nacional de Justiça - CNJ - divulgou o "Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil" (Brasil - CNJ, 2014), indicando que tínhamos, à época, 567.655 presos num sistema carcerário com 357.219 vagas, do que se constata, como resultado, 210.436 mil presos além do número de vagas. Não bastasse, há outras 147.937 pessoas detidas no sistema de prisão domiciliar, por ausência de vagas em estabelecimento próprio para o cumprimento da pena no regime aberto. Aliás, a soma total de pessoas presas, considerando-se as que estão em estabelecimentos prisionais e as que se acham no regime aberto, em prisão domiciliar, atinge a impressionante marca de 715.592 presos, com o que o Brasil passou a ser a terceira maior população carcerária do mundo, atrás somente dos EUA e da China, um posto a frente da Rússia, que tem um total de 676.400 presos.

Esse dado bem demonstra o total descaso do poder público, no Brasil, para com o mínimo quando se fala em direitos fundamentais das pessoas presas: o número de vagas. Ora, considerando-se os dados apresentados pelo CNJ, tem-se mais de 210 mil presos além do número de vagas. Diante desse quadro é impossível falar-se em salubridade, em observância de regras básicas relativas à saúde, de modo que há, como é de conhecimento público, disseminação de doenças infectocontagiosas nos presídios, sem falar-se na falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de camas para todos, etc. Por isto, como já afirmado atrás, em algumas unidades os detentos precisam fazer rodizio para terem algumas horas de sono na posição horizontal, não sendo incomum presos se amarrarem às grades para dormirem, mesmo na posição vertical.

Também por força do número elevadíssimo de presos, além da ausência de políticas públicas, tem-se outras violações. O poder público não consegue dar assistência jurídica a todos e reconhecer os direitos que ele próprio estabelece na Lei 7.210 (Lei de Execução Penal), inclusive aqueles previstos em seu artigo 41.

Destarte, constata-se que o sistema prisional tem sido, no Brasil, manancial de impressionantes e constantes violações a direitos fundamentais, sem que o poder público, até mesmo o judiciário, tome as medidas necessárias para que aquilo que se exige de todo e qualquer cidadão, ou seja, o cumprimento e observância das leis, também se exija do Estado, no tocante à

execução penal. Com efeito, não é razoável que aquele que processa, pune e prende o cidadão que viola a lei continue, impunemente, a violar sua própria Lei de Execução Penal e a desrespeitar os direitos dos presos, além de outras violações no sistema prisional.

Há, no particular, evidente falta de políticas públicas, consoante afirmam, inclusive, o CNJ e o CNMP. De fato, quando de mutirão carcerário efetivado em Rondônia, integrantes do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público "detectaram que o grande entrave do sistema prisional no Estado é a falta de políticas públicas e ações concretas por parte dos órgãos do Poder Executivo", e o Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Rondônia, Desembargador Daniel Ribeiro Lagos, asseverou que "o trabalho do Judiciário e MP deve ser suplementado por políticas públicas de governo, alinhadas com a finalidade da pena, que é a preparação do condenado para o convívio social, caso contrário, os presídios não passarão de 'caixas de guardar gente'" (CNJ/CNMP, 2014).

A propósito, não sem razão, Leonardo Sarmento sustenta:

> A realidade carcerária é, talvez, a mais grave questão de direitos humanos pendente no Brasil de hoje. As mazelas do sistema prisional brasileiro comprometem também a segurança da sociedade, afinal, as condições degradantes em que são cumpridas as penas privativas de liberdade e a "mistura" entre presos com graus discrepantes de periculosidade, tornam uma fábula a perspectiva de ressocialização dos detentos, como percebemos por nossas elevadíssimas taxas de reincidência (SARMENTO, 2015).

Ocorre que essas graves violações a direitos e garantias fundamentais não se limitam à parte interna dos estabelecimentos prisionais, pois, como na sequência se verá, atingem também pessoas não presas, a saber, familiares e amigos quando das visitas aos que estão detidos.

POLÍTICAS PÚBLICAS E AS REVISTAS ÍNTIMAS NAS VISITAS AOS PRESOS

Entende-se que a revista corporal efetivada nas pessoas que visitam presos, nos estabelecimentos prisionais, é preventiva, em tese, uma vez que, num primeiro momento, tem por fim impedir o ingresso clandestino de objetos não permitidos, como drogas, aparelhos de telefonia celular, armas, etc, que eventualmente coloquem em risco a segurança da unidade prisional ou a vida e a integridade física dos presos e dos agentes públicos.

Não há base legal para as denominadas revistas íntimas que, simplesmente, são efetivadas. Em 2006, por meio da Resolução nº. 09, o Conselho Nacional de Política Criminal e

Penitenciária (CNPCP), que, evidentemente, não é órgão integrante do poder legislativo, autorizou, no sistema penitenciário, a realização da revista íntima direta - que atinge o corpo da pessoa -, com base em "fundada suspeita", buscando, assim, afastar a subjetividade da medida, consoante o artigo 2º. da mencionada resolução, que reza: "A revista manual só se efetuará em caráter excepcional, ou seja, quando houver fundada suspeita de que o revistando é portador de objeto ou substâncias proibidos legalmente e/ou que venha a por em risco a segurança do estabelecimento."

Observa-se, da mencionada resolução, que o Conselho não estabeleceu expressos limites para a revista íntima direta e não afastou a subjetividade do funcionário que tem o poder de realiza-la, o que possibilita os conhecidos excessos e constantes desrespeitos a direitos fundamentais daqueles que visitam os detidos.

Assim, tais revistas íntimas transformaram-se em instrumentos de contínuas ofensas à dignidade da pessoa, e, no período abordado no primeiro item, vale dizer, desde 1891, nada se fez, seja por iniciativa do Executivo ou em decorrência de provocação do judiciário, para se evitar tais violações às pessoas que visitam os presos nos estabelecimentos prisionais, sejam cadeias públicas, penitenciárias, centros de detenção provisória ou estabelecimentos da Fundação Casa.

A propósito, Carlos Roberto Mariath, Coordenador de Elaboração e Consolidação de Atos Normativos - Departamento Penitenciário Nacional, indaga: que infração penal cometeu a pessoa que visita o preso - normalmente familiar -, para se tornar presumivelmente suspeita de trazer para introdução na unidade prisional objeto, produto ou substância proibida? E, entende que o só fato de ser ela familiar de alguém que recebeu uma condenação e cumpre pena, a transforma "em inimiga do Estado", suspeita "de tentar introduzir algo no estabelecimento penal que coloca em risco a segurança e a disciplina interna" (MARIATH, 2008).

No mesmo trabalho, referido autor lembra das palavras proferidas diante da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, pela Professora Cristina Rauter, do Departamento de Psicologia da Universidade Federal Fluminense e membro da equipe clínica do Grupo Tortura Nunca Mais. De acordo com ela, as pessoas submetidas à constantes revistas íntimas sofrem efeitos psicológicos equiparados aos dos torturados:

> Acrescente-se a isso o já mencionado procedimento da **revista íntima**, outra situação que pode ser equiparada à tortura - e assim é vivida por quem passa

> pela experiência. Estou atendendo **uma mãe de ex-preso que foi durante anos submetida a esse procedimento e que exibe hoje efeitos psicológicos semelhantes aos dos torturados, de pessoas torturadas na época da ditadura militar** etc. (negritos nossos).

Como se vê, extremamente marcante e triste a experiência de uma pessoa submetida à revista íntima direta vexatória, o que as normas infralegais existentes não impedem.

No Estado de São Paulo, há normas da Secretaria da Administração Penitenciária (SAP) que dispõem a respeito da revista pessoal, por ocasião das visitas feitas a detidos nos estabelecimentos prisionais. Conforme o disposto na resolução 144, de 29 de junho de 2010, da SAP, em seu art. 148, a revista deve ser manual, mecânica ou íntima corporal, está última somente quando necessária. Mais adiante, seu art. 156, define que referido exame íntimo corporal consiste no desnudamento parcial dos detentos e seus visitantes, com a observância do disposto no artigo seguinte, ou seja, "em local reservado, por pessoa do mesmo sexo, preservadas a honra e a dignidade do revistado".

Contudo, é grande e terrível a humilhação que sofrem os familiares de pessoas detidas quando das visitas. Como é de conhecimento público, lhes é imposta a obrigação de ficarem nus, de se agacharem na frente de espelhos e escancararem seus órgãos genitais aos agentes públicos responsáveis pela revista, procedimentos que se aplicam à mães, idosas avós, crianças - inclusive pequenos infantes -, adolescentes e jovens, de ambos os sexos.

A propósito, o autor, quando de orientação prestada em nome do UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília -, à Central de Atenção ao Egresso e Família, no CRAS Santa Antonieta, na cidade do mesmo nome, em 16 de outubro de 2013, ouviu impressionantes relatos, dos quais dois são aqui mencionados: a) uma idosa mãe de um detido, que fazia visitas com seu neto, um adolescente, filho do preso, narrou que ambos eram revistados num mesmo ambiente e concomitantemente, de forma que ela e o neto eram obrigados a ficar nus, um na frente do outro; b) uma jovem senhora fazia visitas ao seu esposo, acompanhada do filho, menino de 3 anos, e ambos eram examinados, até mesmo nos órgãos genitais, inclusive o infante, o que levava a genitora a fingir que estavam participando de uma brincadeira de se agacharem no momento em que o horrível exame era procedido.

Essa empírica constatação confirma o registro feito por Heidi Cerneka, Sônia Drigo e Raquel da Cruz Lima (2014, p. 10), que asseveram as dificuldades por que passam familiares de presos, que se submetem a várias adequações para que possam efetivar as visitas. E registram que, "sem dúvida, a mais severa dessas regras é a revista íntima pessoal, vexatória, humilhante,

realizada nos familiares, companheiros e cônjuges na entrada da maioria dos estabelecimentos penais do país, sob o pretexto de impedir a entrada de produtos ilícitos e armas". E, na sequência, lembram que o procedimento de revista íntima é efetivado de forma coletiva, sendo que "um grupo de pessoas desconhecidas, inclusive na presença de crianças, é obrigado a desnudar-se totalmente, a fazer uma série de agachamentos sobre um espelho, a abrir a genitália com as mãos, a soltar os esfíncteres, de modo a facilitar a visualização das cavidades corporais e a manipulação dos genitais por agentes penitenciários".

É de se ressaltar que tais revistas íntimas violam inclusive o princípio constitucional ressalvado no inciso XLV do art. 5° da nossa Constituição, que estabelece a intranscendência da pena, garantia que conta com unânime reconhecimento doutrinário (Luiz Luisi, 2003, p. 51, Alberto Jorge C. de Barros Lima, 2012, p. 219, além de muitos outros), bem como são ofensivas ao direito à integridade pessoal inerente à toda pessoa e que abrange a integridade física, psíquica e moral, além da inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, da CF), consoante, ainda, o disposto no artigo 5° do Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) -, do qual o Brasil é signatário.

Além das violações aos princípios supramencionados, as referidas vistorias íntimas ouvidas pelo autor estão em desacordo também com o artigo 157, *caput*, já mencionado acima, e § 1° da Resolução n° 144/10 da SAP, segundo o qual "a revista íntima corporal deve ser efetuada em local reservado, por pessoa do mesmo sexo, preservadas a honra e a dignidade do revistado. § 1º - É proibida a revista interna, visual ou tátil do corpo do indivíduo".

Ademais, em recentes informações, decorrentes de relatos referentes às revistas vexatórias realizadas em visitantes nas 159 unidades penitenciárias do Estado de São Paulo, enviadas em ofício pela Defensoria Pública, por meio de seu Núcleo Especializado de Situação Carcerária e da Ouvidoria-Geral ao senhor governador estadual, e tendo como finalidade precípua colaborar para a sanção do PL. n° 797/2013, restou comprovada a inefetividade de tais exames humilhantes. Os supramencionados dados foram fornecidos pela Administração Penitenciária Paulista e demonstram o número de apreensões de objetos ilícitos nas unidades prisionais no que concerne aos anos de 2012 e 2013, sendo que nesse último ano tais apreensões foram computadas do mês de janeiro ao mês de setembro. Numa análise dos dados relativos aos objetos não permitidos apreendidos, infere-se que, no ano de 2012, ocorreram 3.407.926 visitas e foram apreendidos 11.992 celulares; destes, apenas 493 foram encontrados com visitantes. No mesmo ano, o número de ocorrências relativas a drogas apreendidas foi de 4.417, das quais

somente 354 pertinentes às revistas íntimas.

Ainda acerca das apreensões ilícitas no âmbito prisional, no ano de 2013, nos meses de janeiro a setembro, o número de visitas foi equivalente a 2.233.769, das quais tão-somente 208 portavam celulares e 166 foram encontradas com drogas, sendo necessário ressaltar que o número total de celulares apreendidos em tais meses foi de 6.657 e quanto as drogas encontradas houve 2014 ocorrências.

Destarte, a Defensoria Pública e seus órgãos acima mencionados concluíram que, no ano de 2012, as revistas vexatórias, objeto de nosso trabalho, lograram êxito na busca por objetos ilícitos aproximadamente duas vezes a cada 10.000 revistados. E quanto ao ano de 2013, nos meses em que as apreensões foram registradas, referido procedimento obteve resultado satisfatório no tocante às objetivadas buscas cerca de uma vez a cada 10.000 revistas íntimas realizadas. Esses dados, publicados em 14 de julho de 2014, evidenciam que os objetos ilícitos apreendidos nas unidades prisionais são, em sua quase totalidade, fruto de outras relações estabelecidas pelos detentos em áreas externas, com agentes da Secretaria da Administração Penitenciária (SAP), e no interior das celas, entre outras, demonstrando consequentemente que a efetividade dos procedimentos invasivos de revista não tem sido atingida.

Outrossim, vê-se que as revistas íntimas violam ainda o disposto no princípio XXI dos "Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas" - documento aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 13 de março de 2008, pela resolução 1/08 em seu 131º período ordinário de sessões -, que prima pela obediência "aos critérios de necessidade, razoabilidade e proporcionalidade" na realização dos exames corporais. O princípio em análise estabelece simultaneamente que "os Estados membros utilizarão meios alternativos que levem em consideração procedimentos e equipamento tecnológico ou outros métodos apropriados" para que as revistas corporais sejam "compatíveis com a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais" e estabelece legalmente defesos os exames intrusivos anais e vaginais.

Cumpre ainda evidenciar que, as revistas vexatórias, tais como tem se instituído, violam também os artigos 15 a 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990), que tratam do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, bem como o Estatuto do Idoso (Lei n° 10.741 de 1° de outubro de 2003), que em seu décimo artigo possui os mesmos preceitos de respeito à dignidade.

Conforme as supramencionadas violações a direitos fundamentais demonstram, a prática

da revista vexatória tornou-se regra e não exceção, o que, segundo Agamben (2004, p. 13), pode se apresentar "como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo".

Só nos últimos tempos é que o poder público, por meio do legislativo, tomou iniciativa e apresentou projetos de leis buscando a proibição da execução destas inspeções corporais vexatórias, de modo a possibilitar, assim, maior garantia do direito do condenado de receber visitas de seus familiares e amigos, assegurado no inciso X do artigo 41 da Lei n° 7210/1984 (Lei de Execução Penal), e que visa a facilitar a reinserção do preso na sociedade – o que constitui uma das funções da pena privativa de liberdade, e que deve, portanto, ser lhe garantido. Neste sentindo, Rodrigues (1982, p. 29) afirma que deve existir um processo de ressocialização que "visa integrar o indivíduo no mundo dos seus concidadãos, sobretudo nas coletividades sociais básicas como, por exemplo, a família, a escola ou o trabalho, proporcionando o auxílio necessário que o faça ultrapassar a situação de defasamento social em que se encontra".

No Estado de São Paulo, recentemente, em 03 de julho de 2014, a Assembleia Legislativa aprovou o PL nº 797/2013, que proíbe os estabelecimentos prisionais em geral (inclusive os de internação de menores, manicômios judiciários e qualquer outro destinado à prisão provisória, cumprimento de pena ou de medida de segurança - como estabelece o art. 2º) - de "realizar revista íntima nos visitantes", e impõe, no procedimento, o "respeito à dignidade humana" (art. 1º). A revista deve ser efetivada por qualquer dos meios mecânicos estabelecidos no art. 3º. Referido projeto foi sancionado pelo Sr. Governador do Estado, Geraldo Alckimin, no dia 12 de agosto do mesmo ano de sua aprovação, na Assembleia Legislativa, o que ocorreu, contudo, com alguns vetos.

De acordo com a nova lei, em seu artigo 3°, a revista mecânica deverá ser realizada por meio de "scanners corporais" (inciso I), "detectores de metais" (inciso II), "aparelhos de raio X" (inciso III), ou ainda mediante "outras tecnologias que preservem a integridade física, psicológica e moral do visitante revistado" (inciso IV).

Contudo, no ato de sancionar (Lei n° 15.552/2014), o Sr. Governador do Estado vetou o inciso I do artigo 2° do projeto, que abrangia, dentro do conceito de estabelecimento prisional, "as unidades de reclusão, detenção, internação de menores, encarceramento provisório, manicômios judiciais ou qualquer estabelecimento destinado à internação de pessoas em cumprimento de pena ou medida de segurança", de modo que se aplica apenas aos presídios destinados aos adultos.

Foi concomitante vetado do projeto o parágrafo único do art. 3°, segundo o qual a

administração penitenciária deveria permitir o ingresso de gestantes e pessoas portadoras de marca-passo sem a realização de revista mecânica, e sendo-lhes ainda inexigível cumprimento de qualquer outra obrigação alternativa.

Cabe, ademais, expor que, conforme o disposto em seu art. 5°, referida lei deverá ser regulamentada pelo poder executivo, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da data de sua publicação (12/08/2014), o que, até agora, não ocorreu.

No âmbito federal, com o mesmo fim, há o trâmite, no Senado Federal, do PLS 480/2013 que, em junho de 2014, foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), e tem o objetivo de acrescer artigos à Lei de Execução Penal.

Em detrimento de relatos referentes aos exames íntimos, a Conectas - uma organização não governamental internacional - lançou, em abril de 2014, uma campanha com o fito de mobilizar o Congresso Nacional à aprovação do Projeto de Lei do Senado 480/2013. E, a respeito dos objetos ilícitos que ingressam nas unidades prisionais mencionados acima, a advogada da organização, Vivian Calderoni, afirma que "não há uma relação direta entre os objetos ilícitos que entram nos presídios e as revistas íntimas. O que acontece é que muitas vezes os familiares deixam de visitar os presos e isso é péssimo para a ressocialização".

Considerando-se a habitual postura do poder público de não respeitar a dignidade humana, em especial de pessoas mais fragilizadas, como presos e seus familiares, referidas medidas se apresentam como necessárias e configuram políticas públicas que buscam eliminar a situação de inferioridade e de tratamento indigno a que tais seres humanos são submetidos no Brasil.

Não bastasse, como bem expõe Daniel Sarmento (2002, pp. 59-60), "o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico", e, assim, "pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano - razão última do Direito e do Estado".

Ainda na seara da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) a define como "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade", o que implica em "um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável", além de, ainda, "propiciar e promover sua

participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos."

Evidentemente, a revista pessoal íntima, como hoje é efetivada nas pessoas que visitam os presos no sistema carcerário pátrio, é extremamente ofensiva à dignidade humana - ausência de consideração por parte do Estado, que lhes impõe tratamento degradante e desumano -, à integridade física e moral e à intimidade - com a efetivação de exames humilhantes -, à intranscendência da pena - uma vez que, na situação objeto do presente estudo, as revistas íntimas e vexatórias funcionam como verdadeiras penas impostas a familiares dos condenados -, além de outras violações, como antes observado neste trabalho.

Tais direitos fundamentais são inegociáveis, como bem pontuou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que entendeu ser absolutamente nula a busca pessoal que resulte em apreensão de drogas, por ser vexatória, degradante, violadora do direito à intimidade e da dignidade a revista íntima com a exigência de a pessoa "despir-se completamente, abaixar-se, abrir as pernas, fazer força, pular", consoante a adequada lembrança de Carlos Roberto Mariath, no mesmo trabalho já mencionado (2008).

> **ENTORPECENTES.** TRÁFICO. ESTABELECIMENTO PENAL (ART.12. C/C ART. 18, IV, LEI 6368/76). **REVISTA PESSOAL ÍNTIMA.** VIOLAÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INTIMIDADE (ART. 5º, X, C.F). DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, C.F.) TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE (ART. 5º, III C.F.). PROVA ILÍCITA (ART. 5º LVI, C.F). **ABSOLVIÇÃO**. Constatou-se que a apelante, ao submeter-se a **revista intima** no Presídio Muniz Sodré, Complexo Penitenciário de Bangu - onde visitaria um preso -, trazia consigo, dentro da vagina, **317g. de maconha**. **O modo como se fez a apreensão do entorpecente, no interior da vagina, constitui prova obtida por meios ilícitos, inadmissíveis no processo** (art. 5º, LVI, Constituição Federal). **Essa revista pessoal - obrigada a visitante a despir-se completamente, abaixar-se, abrir as pernas, fazer força, pular - é vexatória, degradante, violenta o direito à intimidade (art. 5º, X, C.F.) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, C.F.), nenhum valor processual tendo a prova assim obtida**. O Processo Penal Democrático não pode permitir a realização de busca manual nas entranhas da mulher, no interior da sua vagina. **Não se pode relativizar a garantia constitucional, porque não se pode relativizar a própria dignidade humana. "Inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória**." (José Frederico Marques). Recurso provido. (TJRJ - Quinta Câmara Criminal, Processos nº 2004.050.01657 e 2004.050.02080 - Julgamento em 06/09/2005 - grifamos) Fonte: http://www.tj.rj.gov.br. Acesso em 28.nov.2007.

Como se vê, é inquestionável que a revista íntima direta, por ser vexatória, degradante e violadora de vários direitos constitucionalmente assegurados, não é admissível num Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa retratada no presente trabalho bem revela a importância das políticas públicas, sejam as implementadas espontaneamente pelo Poder Público, sejam as efetivadas por determinação do judiciário.

No campo da dignidade humana das pessoas que, a qualquer título, estão privadas de liberdade, e de seus familiares, tem-se a sanção do Projeto de Lei 797/2013 pelo Sr. Governador do Estado de São Paulo, com o fito de que a nova Lei n° 15.552 seja instrumento que reduza o desrespeito à dignidade dos que visitam os detidos, iniciativa salutar e que, a bem da verdade, muito demorou para ser tomada.

No âmbito federal, com o mesmo objetivo, tem-se em curso o PLS 480/2013, que, aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados em 2 de julho de 2014, espera-se, seja logo aprovado.

Importante, por fim, ressaltar que ainda não foi atingido o ideal relativo à plena observância de tais direitos fundamentais e de cidadania, dado que, mesmo com a regulamentação supramencionada, a Justiça do Estado de São Paulo proferiu, no mês de junho de 2015, decisão que proíbe a revista íntima em duas penitenciárias do Estado. Posto isto, conclui-se que a lei e os direitos humanos retromencionados continuam sendo violados.

Aguarda-se que as medidas acima lembradas redundem em maior respeito às pessoas por elas atingidas, notadamente os familiares de detidos a qualquer título.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci d. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionais, 1993.

BRASIL. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília: Conselho Nacional da Justiça - CNJ. 2014.

BRASIL. CNJ E CNMP. **CNJ e CNMP apontam que sistema prisional é carente de políticas públicas e ações concretas de governo.** *In* <http://www.tudorondonia.com.br/noticias/cnj-e-cnmp-apontam-que-sistema-prisional-e-carente-

de-politicas-publicas-e-acoes-concretas-de-governo-,42712.shtml>. Acesso em 16.06.2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho**. Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1.998.

CERNEKA, Heidi; DRIGO, Sônia; LIMA, Raquel da Cruz. **Luta por direitos: a longa mobilização pelo fim da revista vexatória no Brasil.** São Paulo: IBCCrim. Boletim do IBCCrim, ano 22, n. 261, agosto-2014, p. 10.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2ª ed. reform. - São Paulo: Moderna, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direitos e garantias individuais**. Cadernos Apamagis, São Paulo: Editora RT, v. 6, pp 123-130, 1987.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional – a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARIATH, Carlos Roberto. **Limites da revista corporal no âmbito do sistema penitenciário**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1761, 27 abr. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11205>. Acesso em: 09 jan. 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium Editora, 2000.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. **Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano 1, nº. I, abril de 2006. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2006, pp. 82-91.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Reinserção Social: Uma definição do Conceito. In: **Revista do Direito Penal e Criminologia**. Vol. 34, Rio de Janeiro: Forense, junho/dezembro, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição -segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Leonardo. **Nosso putrefato sistema prisional: o Estado, a sociedade e a Carta Republicana de 1988.** *In* <*http://leonardosarmento.jusbrasil.com.br/artigos/159678480/nosso-putrefato-sistema-prisional*

-o-estado-a-sociedade-e-a-carta-republicana-de-1988>. *A*cesso 09 de janeiro de 2015.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SEUS ANTECEDENTES

Bruno Henrique da Rocha de FARES[43]

RESUMO
O presente trabalho analisa o desenvolvimento histórico da comunidade internacional, abordando seus principais conflitos, seu fortalecimento e amadurecimento. As tendências atuais do direito internacional visam à proteção dos indivíduos e a punição dos agentes que praticam crimes contra seus semelhantes. O Tribunal Penal Internacional foi um grande avanço para a justiça internacional, tendo como antecedentes os Tribunais Penais militares de Nuremberg e Tóquio bem como os tribunais "Ad Hoc" da Ex-Iugoslávia e de Ruanda. No passado, vigorava o pensamento de que apenas estados poderiam ser punidos por organismos internacionais, todavia, esse pensamento evoluiu e atualmente tanto os estados, quanto seus indivíduos podem ser julgados e condenados pela justiça penal internacional, essa mudança ocorreu devido ao histórico de conflitos e guerras vivenciados pela humanidade desde seus primórdios, mostrando ao mundo como são instáveis as relações entre as nações, e ainda a necessidade de uma justiça soberana, capaz de punir todos os estados, ou seus indivíduos, tendo jurisdição acima da soberania de cada estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Comunidade Internacional. Justiça Penal. Tribunal Penal Internacional. Convenções Internacionais.

INTRODUÇÃO

Esse artigo é divido em seis tópicos distintos, sendo o primeiro a introdução ao tema. Convém ressaltar que se trata de uma pesquisa bibliográfica que usou vários métodos científicos. No capítulo inicial foram usados os métodos dedutivo e histórico, buscou-se demonstrar os antecedentes que no século XX ensejaram a criação do Tribunal Penal Internacional.

O segundo capítulo relatou a história da comunidade internacional, que é importante para delimitação de conceitos e do recorte desejado. Dentro dos antecedentes, constou a jurisprudência e como a comunidade internacional alcançou o Tribunal Penal Militar de Nuremberg, que cuidou dos julgamentos dos crimes de guerra cometidos pelos nazistas durante a Segunda Guerra. O quarto tópico abrangeu o Tribunal penal Militar de Tóquio, enquanto que o

[43] Estudante de Graduação - Centro Universitário Dr. Antônio Eufrásio de Toledo.

quinto tópico foi destinado ao tribunal “Ad Hoc” da Ex-Iugoslávia e o sexto tópico para o tribunal “Ad Hoc” de Ruanda. Esses tribunais de exceção ensejaram a criação do Tribunal Penal Internacional por meio do estatuto de Roma, esse tribunal tem caráter permanente e definitivo, sendo competente para julgar os crimes de guerra, agressão, crimes contra a humanidade e genocídio.

Os diversos conflitos ocorridos entre as nações no século XX, e o esforço de toda a comunidade internacional para julgar e condenar os responsáveis pelos crimes praticados durante esses embates motivaram a criação das Nações Unidas em 1945, o surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 e o surgimento do Tribunal Penal Internacional. Os tribunais militares de Nuremberg e Tóquio mostraram ao mundo o esforço das Nações Unidas para estabelecer uma justiça penal permanente, já com os tribunais “ad hoc” ocorreram violações ao princípio do juiz natural, pois eram tribunais de exceção. Viu-se a necessidade de criar um tribunal permanente capaz de julgar todos os indivíduos e assim evitar a ocorrência de novas infrações e barbarias, mas sem tribunais “ad hoc”. No último capítulo estão às conclusões.

FATORES HISTÓRICOS DA COMUNIDADE INTERNACIONAL

Os conflitos existentes entre os povos desde os primórdios da humanidade motivaram a criação de uma justiça internacional soberana e universal, para punir quem cometesse crimes contra seus semelhantes e ainda para de alguma forma tentar coibir atos de degradação dos direitos humanos. No entanto, isso só correu após a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, pela Carta da ONU.

Essa organização é responsável por “promover a paz, a segurança internacional e a cooperação entre os povos para resolver os problemas da humanidade, como a proteção dos direitos humanos, que a partir daí adquire caráter de tema prioritário” (Portela, 2009, p. 641).

Essa entidade supranacional que substituiu a Liga das Nações – após esta última fracassar na busca pela paz e na preservação dos direitos humanos – “tendo 51 países como membros fundadores, dentre eles o Brasil. Atualmente as Nações Unidas contam com 193 países-membros” (http://www.onu.org.br/).

Outro marco da justiça internacional é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, resultado de inúmeras tratativas sobre direitos humanos, cuja função é ser parâmetro para todas as constituições, indicando os direitos mínimos inerentes aos indivíduos.

Já a criação do Tribunal Penal Internacional ocorreu por meio do Estatuto de Roma,

assinado em 1998, mas que só começou a funcionar no ano de 2003, quando ocorreram 66 ratificações, pois 120 países haviam assinado o extrato da Conferência realizada na capital italiana.

Durante muito tempo, predominou a ideia de que as normas do direito internacional só poderiam ser violadas pelos estados. Em decorrência desse pensamento, os atos cometidos por seus membros não eram punidos individualmente. Aos indivíduos só eram aplicadas as normas de direito internacional em casos de crimes de pirataria, escravidão e algumas violações aos regulamentos internacionais.

Com o crescimento das relações e conflitos internacionais, esse pensamento foi desaparecendo, passando a vigorar a ideia de um direito internacional humanitário. Como reflexo, passou-se a punir não só os estados, mas também seus membros que cometessem atos que violem as normas de convívio internacional. O desenvolvimento histórico do direito internacional, segundo Valério Mazzuoli, ocorreu em fases denominadas "as tendências do direito internacional". Tais fases levaram a justiça internacional aos parâmetros atuais de proteção aos direitos humanos, consolidando sua eficácia e jurisdição.

> "O Direito Internacional Público moderno é fruto de um desenvolvimento histórico que abrange atualmente algumas tendências, umas positivas e outras já nem tanto. Tais tendências podem ser agrupadas segundo JORGE MIRANDA (em que fundamentamos, com ligeiros acréscimos), em oito momentos distintos: a universalização; a regionalização; a institucionalização; a funcionalização; a humanização; a objetivação; a codificação; e, finalmente, a jurisdição". (MAZZUOLI. 2008. p. 18).

Hoje o que se costuma chamar de Direito Penal Internacional, é nada mais que o resultado da cooperação entre os estados para a aplicação de normas penais aos indivíduos que colocam em risco a ordem jurídica internacional.

A ideia de um direito penal internacional já vigorava na antiguidade, desde o Egito antigo, "as primeiras práticas de direito penal internacional remontam à extradição praticada no antigo Egito, desde o ano de 1280 a.C., quando Ramsés II firmou um tratado de paz com o rei Hattusili III, dos Hititas, que continha uma disposição sobre a extradição recíproca dos fugitivos" (GEMAQUE. 2011, p. 27).

Todavia, o grande marco histórico é o julgado criminal de Peter Von Hagenbach na Alemanha em 1474.

> "Vários autores, na esteira de BASSIOUNI, apontam como primeiro julgamento criminal de cunho efetivamente internacional aquele de Peter Von Hagenbach, na Alemanha, em 1474. O acusado foi responsabilizado, diante da corte internacional composta por diversos juízes do Sacro Império Romano-Germânico, por atrocidades cometidas contra a população de Breisach, na Áustria, para que se submetessem ao poder que representava". (DISSENHA. 2013, p.110)

O século XX foi cenário das maiores atrocidades cometidas pelo homem contra seus semelhantes, e, nesse sentido, é correto afirmar que as duas grandes guerras mundiais foram o marco histórico do fortalecimento da proteção dos direitos humanos com a criação das cortes e organismos internacionais. No entanto, a proteção acabou se estabelecendo após milhares de vidas serem perdidas nos campos de batalha e campos de concentração, bem como outras formas de violações como desparecimentos forçados, sequestros, estupros e outros crimes contra a humanidade.

Com a criação da Organização das Nações Unidas, no entanto, surge um documento intitulado "Carta da ONU", que traz o funcionamento da entidade e também alguns princípios para o respeito aos direitos humanos. O chamado "Bill of Rigths" veio em 1948 com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi reforçada pelos Pactos de Nova York, com direitos civis, políticos e culturais. A sociedade internacional, dessa maneira, busca evitar novas tragédias como ocorridas em especial pelas mãos dos nazistas, elaborando documentos positivados para a defesa de direitos. Ao mesmo tempo, as criações dos Tribunais Militares de Tóquio e Nuremberg deixam uma advertência aos governantes, que as violações por eles cometidas seriam passíveis de punições mesmo que cometidas dentro dos Estados com apoio dos governos.

Nesse sentido:

> "[...] A primeira referência à responsabilidade penal individual por violação ao direito internacional humanitário está na declaração de 18.05.1915 durante a Primeira Guerra Mundial, publicada pelos governos da França, Grã-Bretanha e da Rússia, incriminando os massacres cometidos pela Turquia contra os armênicos." (SILVA, RT 896/445. Jun./2010, p. 782).

Com os acontecimentos da Primeira Guerra Mundial a comunidade internacional percebeu que as punições aplicadas aos indivíduos que cometeram crimes de guerra não eram

eficazes, em especial pela ineficácia do Tribunal de Leipzig e a não punição dos turcos pelas atrocidades cometidas contra o povo armênio.

Com o termino da guerra foi celebrado o armistício por meio do Tratado de Versalhes celebrado em 1919, que permitiu que os países vencedores do conflito levassem perante um tribunal internacional militar o imperador alemão e demais indivíduos responsáveis pelos crimes de guerra e violações aos direitos humanos cometidos durante o combate. Todavia, nenhum tribunal internacional foi criado para julgar os acusados com base na responsabilização a eles impostas pelo tratado, sendo os julgamentos realizados perante o tribunal nacional alemão. O kaiser Guilherme II e outros membros importantes da família real pediram asilo político na Holanda e nunca foram entregues para julgamento. Além disso, o tribunal aplicou penas brandas, pois os vencedores estavam preocupados com as questões financeiras. (DA SILVA. 2000, p.784-785; MAZZUOLI, 2012).

O Tratado de Versalhes contribuiu para o desenvolvimento da justiça internacional, seus artigos 227 ao 230 são utilizados como precedentes de jurisdição criminal internacional. "Portanto, cumpre reconhecer que esse tratado lançou as bases da jurisdição penal internacional que foi estabelecida de forma permanente [...]". (MAZZUOLI, 2012. p. 785.). Posteriormente com o termino da Segunda Guerra Mundial, houve por meio do Acordo de Londres em 08.08.1945 a criação do Tribunal Penal Militar de Nuremberg.

Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é conhecida como o código de ética dos direitos humanos, responsável pela criação de diversos tratados e convenções internacionais, dois outros documentos foram muito importantes para a comunidade internacional, sendo eles, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem em 1950 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) em 1969.

O direito internacional vai além da soberania dos estados, podendo-se dizer que ele amplia a jurisdição de um estado, bem como coordena as soberanias estatais no que diz respeito à matéria penal.

> "O direito internacional penal (ligado ao direito internacional público) tem como principal atribuição o estudo da tipificação internacional de delitos por via de tratados e o estabelecimento da jurisdição penal internacional (cortes internacionais de justiça penal). O direito penal internacional (ligado ao direito internacional privado) determina o âmbito de validade da lei penal de cada estado e a competência de seus tribunais penais." (ZAFFARONI; PIERANGELI. 2012. p 33).

No mesmo sentido Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que “Neste Momento Histórico pelo qual passa à humanidade, presencia-se cada vez mais a formação de regras internacionais livres e independentes dos estados – desde a positivação da norma pacta sunt servanda pela convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 -, justificando a existência e validade de inúmeros tratados internacionais de proteção aos direitos humanos presentes na atualidade [...] A vontade dos estados tem cada vez menos importância perante a função objetiva das normas do moderno Direito Internacional” (2008, p. 21-22).

Essa é a essência do atual pensamento da sociedade, reflexo de um fortalecimento da justiça internacional, a despeito dessa afirmativa é bem verdade que o Tribunal Penal Internacional (TPI) constituiu uma nova etapa para o julgamento de crimes praticados contra a humanidade. A finalidade era não deixar criminosos sem punição e a proteção dos direitos humanos.

Todavia, com a criação do Tribunal algumas dificuldades começaram a surgir, e varias delas ainda não foram solucionadas, conforme veremos a seguir:

> [...] Precisamente uma das questões mais problemáticas de todo o sistema é que com o estatuto se regula um sistema de julgamento penal internacional – do qual só existem alguns controvertidos antecedentes, como se assinalou -, distanciando-se do tradicional entendimento do ius puniendi, até agora de competência e excludente pelos estados. O fato, contudo, de que a CPI seja precisamente um órgão de caráter internacional, pré-instituído e permanente cuja instalação foi levada a cabo através de um instrumento convencional internacional e que vai exercer o uis puniendi quanto a um rol taxativo de ilícitos penais, dificulta a determinação dos critérios de atribuição de jurisprudência e competência, sobretudo porque, ao contrário do que ocorre nos ordenamentos jurídicos-penais internos, a atribuição do poder punitivo desse órgão jurisdicional não é feita com caráter exclusivo, mas sim compartilhado e subsidiário [...] (HERMIDA. 2006, RCP 5/50; MAZZUOLI e BAPTISTA, 2012, p 616-617).

O TPI é competente para julgar os crimes mais graves contra a humanidade, como consta no Estatuto de Roma, que prevê a competência e jurisdição do tribunal e atribui que conforme o caso sua jurisdição pode ser automática subsidiária do estado membro ou “Ad Hoc”. Isso porque a simples prática de um dos crimes previstos no rol de sua competência não é suficiente para justificar a jurisdição da corte, salvo se concorrer com um dos dois princípios norteadores da jurisdição.

De acordo com o artigo 12º do estatuto, sua competência ocorrerá de acordo com a necessidade do estado, quando ele se julgar incompetente para julgar determinado ato, ou devido a sua inatividade jurisdicional, ou seja, a punição estabelecida é desproporcional ao crime praticado. Podem existir ainda casos em que o tribunal pode ser chamado a julgar crimes específicos praticados em estados que não aceitaram sua jurisdição, nesses casos, os respectivos estados devem se submeter à jurisdição do tribunal naquele determinado caso.

> Art. 12º - Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição
> 1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º.
> 2. Nos casos referidos nos parágrafos *a*) ou *c)* do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º:
> a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;
> b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.
> 3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX. (Estatuto de Roma).

O artigo diz expressamente que para os estados que fazem parte do TPI, ou seja, assinaram e ratificaram o tratado, a jurisdição do tribunal é automática. Todavia, em determinados casos da corte pode atuar de forma “ad hoc”, isso quer dizer que em casos específicos quando solicitado por um estado que não faz parte de sua jurisdição o tribunal pode exercer sua competência em relação aos indivíduos.

> Em suma, “O TPI somente exercerá a jurisdição em caso de manifesta incapacidade ou falta de disposição de um sistema judicial primário para exercer sua jurisdição primária” (MAIA. 2001, p. 28/29).

Trata-se do princípio da complementariedade, que será aplicado quando ocorrer alguma das seguintes hipóteses: *(i)* ausência de Justiça local; *(ii)* julgamento simulado visando à absolvição do réu; *(iii)* demora sem justificativa no processo. Por esse principio a jurisdição do

tribunal é complementar às jurisdições dos estados, *"Assim o tribunal destina-se a intervir somente nas situações mais graves, em que se verifique a incapacidade ou falta de disposição dos Estados-parte de processar os responsáveis pelos crimes previstos pelo Estatuto de Roma." (MARIELLE. 2011, p.78).*

Ao adotar esse princípio, o TPI foi alvo de várias críticas. Discutiu-se muito a questão da limitação imposta a ele, tal discussão foi desencadeada por estados que pleiteavam um poder de intervenção significativo para a corte. Ou seja, que o Tribunal decidisse o momento de intervir em algum estado, não precisando de provocação para tanto.

Por sua vez, outros países membros insistiam na limitação de competência da corte, e com isso o Tribunal só atuaria em casos excepcionais. Para resolver tal celeuma, chegou-se a seguinte conclusão:

> "Assim, percebe-se a preocupação das delegações, ao estabelecer o caráter complementar do TPI, de não esvaziar a competência do Tribunal, atribuindo-lhe a decisão sobre a admissibilidade de um caso, quando verificado se existe demora injustificada em um processo ou ausência de independência ou imparcialidade das autoridades judiciais domésticas. (MARIELLE, p. 79. 2001).

Através desse principio é possível verifica-se até onde existe a disposição do estado-membro para punir os infratores dos crimes previstos no estatuto, possibilitando a intervenção da corte, nos casos de indisposição ou falta de interesse do estado. Tal intervenção não fere sua soberania, vez que, com a ratificação de um tratado, ocorre uma ampliação dessa soberania, visando à proteção dos direitos humanos. O artigo 17º do Estatuto de Roma deixa claro que cabe ao tribunal decidir sobre o critério de admissibilidade de um crime, para a realização do julgamento, ou seja, traz as hipóteses de admissibilidades do TPI.

Com a consolidação do estado moderno no final do século XVI, nasceu o termo "soberania", indicando assim a independência e jurisdição dos estados, esse sistema surgiu com a Paz de Westfália (conjunto de tratados que encerraram a guerra dos trinta anos), defendeu-se nesse período que o estado era o único detentor de direitos e deveres no direito internacional.

Seguindo o pensando desse período os únicos legítimos para exercer a jurisdição sobre seu território e população eram seus respectivos estados.

> "Tal modelo de estado vigorou até 1945, em suma, podendo ser entendido como

> uma ordem internacional composta de estados soberanos que "resolvem suas diferenças privadamente" e "frequentemente com recurso à força." (MAIA. 2011, p. 32).

"O modelo de Westfália apresentava as seguintes características: (i) O mundo era composto por Estados Soberanos, que não reconhecem autoridade superior; (ii) O processo legislativo de solução de contendas e de aplicação da lei concentram-se nas mãos dos Estados Individualmente; (iii) O direito internacional volta-se para o estabelecimento de regras mínimas de coexistência; (iv) A responsabilidade sobre atos cometidos no interior das fronteiras é assunto privado do estado envolvido; (v) Todos os estados são vistos como iguais perante a lei e regras jurídicas não levam em consideração assimetrias do poder; (vi) As diferenças entre os estados são, em última instância, resolvidas à força; (vii) A minimização dos impedimentos à liberdade do Estado é prioridade coletiva" (PEIXOTO. 1997, p. 32).

Com o decorrer da história o Estado passou de absoluto para estado de direito, e, além dessa mudança houve a ampliação dos instrumentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos, econômico, Sociais e Culturais, ambos em 1966, consolidaram a proteção internacional dos direitos humanos. Como já bem mencionado, esse modelo de estado perdurou até 1945, após a Segunda Guerra Mundial, quando houve a reconstrução do direito Internacional voltada diretamente a proteção dos direitos humanos.

Hoje existem diversos instrumentos legais internacionais, que protegem os direitos humanos. Essa proteção surge por conta das barbáries contra a humanidade ocorridas do passado, e não apenas na Segunda Guerra Mundial. Feitas essas considerações, vamos aos tribunais antecessores do Tribunal Penal Internacional, que serviram como base para que os crimes contra a humanidade não ficassem impunes.

TRIBUNAL PENAL MILITAR DE NUREMBERG

É bem verdade que sempre existiram crimes de guerras. Pesquisas históricas registram massacres desde os tempos dos romanos, gregos e judeus, estes com relatos na Bíblia Sagrada. Porém, a partir da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) tais crimes ganharam relevância e repudio da comunidade internacional, inclusive com a tentativa de criação de um tribunal por parte dos países vencedores do conflito.

"*A busca pela efetivação de direitos humanos surgiu nas conferências realizadas em 1943*

em Teerã e em Moscou (1945), bem como nas conferências de Yalta e Potsdam. Estados Unidos da América do Norte, França. Grã-Bretanha e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas fizeram um acordo para que os responsáveis pelos crimes ocorridos durante a Segunda Guerra fossem julgados e punidos tanto na Europa como na Ásia. No dia 8 de agosto de 1945, em Londres, cria-se o Tribunal Militar Internacional, num acordo entre as potencias vencedoras, pois França se juntou a eles". (Bazelaire e Cretin , 2004 p. 20 e seguintes; KREB et al, 2004, p. 19., citando JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Lehrbuch dês strafrechts. P. 95).

"A fundamentação jurídica para os processos julgados em Nuremberg foram estabelecidos pelo Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg que se constituiu em parte essencial do acordo de Londres (Art. 2 da londoner Viermächte-Abkommen). Trata-se do conteúdo previsto na Carta de Londres, que produziu um documento detalhado se comparado ao Tratado de Versalhes e o que foi disposto em seu artigo 227, embora pareça um documento sumário se for levado em conta os atuais estatutos dos tribunais ad hoc. (KREB et al, 2004, p. 19)".

Os tratados de paz estabelecidos pelos aliados após o conflito criaram uma comissão com o objetivo de estudar a responsabilidade dos autores dos crimes cometidos durante o combate, sendo importante frisar que o objetivo principal dessa comissão era criar um tribunal de guerra para julgar os responsáveis pelos atos cometidos.

> "Finalmente, cogitou-se a criação de um Tribunal para julgar os criminosos de guerra, identificados por listas fornecidas pelos aliados. Essa lista, chamada pelos alemães de 'o Livro do Ódio', compreendia inicialmente cerca de noventa nomes. Após uma onda de protestos por toda a Alemanha reduziu-se a lista a 45 nomes. A reação Alemã fez com que, dois anos após Versalhes, ainda não se tivesse avançado um passo quanto a essa parte do tratado".
> (GONÇALVES, 1945-1946 - 2001. p. 35-36 – GORAIEB, Elizabeth. 2012, p. 43.)

A criação do referido tribunal só ocorreu com o término da Segunda Guerra Mundial, período em que o direito internacional tradicional passou por um processo de institucionalização, socialização e humanização.

A Segunda Guerra é marcada pelas violações as garantias fundamentais da pessoa humana. Durante o combate, em outubro de 1943, realizou-se a terceira conferência de Moscou, onde o presidente Franklin D. Roosevelt dos EUA, e o primeiro ministro do Reino Unido

juntamente com o Premier Josef Stalin da União Soviética assinaram uma declaração, que previa que os agentes que praticassem crimes de guerra deveriam ser entregues para julgamentos nos países onde praticaram os delitos, sendo aplicado a eles as normas daquela nação. A declaração previa ainda que os denominados "grandes criminosos", ou seja, os mandantes dos atos, cujos crimes não se limitaram a uma área especifica, seriam punidos mediante decisões conjuntas dos governos aliados.

A conferência de Teerã também em 1943, e posteriormente, as conferencias de Yalta e de Potsdam, em 1945, trazem acordos feitos pelos aliados para julgar e punir os criminosos de guerra.

Com o término da guerra, os aliados (EUA, Grã-Bretanha e União Soviética) juntamente com a França, através do acordo de Londres em 08 de agosto de 1945, criaram o Tribunal Penal Militar de Nuremberg, por meio da Carta de Londres.

O procurador Robert Jackson no discurso de abertura do tribunal, deixou claro o nascimento da proteção aos direitos humanos, *"A maneira como um governo trata seu próprio povo não é, normalmente, assunto de outros governos nem de outros povos. Mas, os maus-tratos infligidos ao povo alemão, pelos nazistas, ultrapassaram a barbárie e a crueldade de tudo o que se poderia imaginar. A civilização moderna não pode tolerar tal estado de coisas. Se as outras nações se calassem, seriam cúmplices desses crimes, porque o silencia significa consentimento". (Le procès de Nuremberg: esposés introductifs. Paris: Editions Tristan MAGE, 1992, p. 21. V. 1, t.1 – GORAIEB. 2012, p. 36.).*

O tribunal era composto por quatro membros efetivos (juízes) e quatro suplentes, representando cada um dos países aliados. As decisões eram tomadas pelo voto da maioria dos juízes e nos casos de empate ficava a cargo do presidente do tribunal o desempate. A presidência do tribunal pertencia às quatro potências, sucessivamente, e a escolha do presidente ocorria por acordos internos, ou por votação entre membros titulares.

O artigo 6º do estatuto definia a competência material do tribunal, a saber: *(i)* crimes contra a paz; *(ii)* crimes de guerra e *(iii)* crimes contra a humanidade. Os julgamentos eram realizados na sede permanente do tribunal, localizada cidade de Berlim. O estatuto que regulamentava o tribunal era composto por 30 artigos, esse destacando-se historicamente pelo fato de ser o primeiro a definir em um tratado os crimes contra a humanidade, além de trazer penas para o respectivo ato.

O artigo 6º, além de definir a competência matéria do tribunal, trouxe pela primeira vez a

descrição de uma conduta criminosa perante o cenário internacional. É possível ainda, extrair de Nuremberg as seguintes ideias:

> "Decorrentes de Nuremberg, três ideias foram de suma importância para o futuro do Direito Internacional: a colocação dos indivíduos também como sujeitos de direitos e deveres no cenário mundial; o acréscimo das condutas de crime de agressão e o crime de lesa-humanidade ao que se considerava como delito internacional e crime de guerra; e o assentamento das bases de um Direito Penal Internacional destinado a proteger o ser humano contra desatinos e atrocidades". (RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofia del Derecho, p. 176 e 177 – BRITO. RT 840/75. P.637).

O artigo 8º do estatuto também inovou, criou pela primeira vez a hipótese de condenação dos indivíduos que alegassem ter cometido atos contra a humanidade por questões de obediência hierárquica, ou seja, sobre ordens de seus superiores ou governos, e independente das alegações, não eximiam sua responsabilidade criminal perante o tribunal.

> "Artículo 8 - El hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige." http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf).

"Houve aqui uma grande inovação, vez que tradicionalmente sempre predominou o 'principio da obediência hierárquica', que o nazista Adolf Eichmann, em 1960, alegou no seu julgamento no tribunal do Distrito de Jerusalém, chamou de obediência de cadáver" (GORAIEB. 2012, p. 74).

O julgamento de Eichmann foi conturbado, os agentes do Serviço Secreto de Israel o sequestraram em Buenos Aires e o levaram para ser julgado pelos crimes de guerra.

Antes de Nuremberg já havia sido defendida essa tese prevista no artigo 8º, todavia sem êxito. Outra inovação trazida pelo tribunal foi à possibilidade de declarar uma organização como criminosa no âmbito internacional, exemplo, a Diretoria do Partido Nacional Socialista. Apesar das inovações trazidas, o tribunal foi alvo de muitas críticas, dentre elas, a prática de violações aos princípios da legalidade, reserva legal, e da irretroatividade da lei penal, questionamentos sobre o grau de imparcialidade dos juízes e promotores que participaram dos

julgamentos, e violações ao juiz natural, dentre outros.

O tribunal julgou cerca de vinte e quatro lideres nazistas, sendo que, ao final do processo, apenas três réus foram absolvidos, enquanto os demais receberam pena de prisão perpétua e alguns foram condenados à morte.

> "Os acusados, seguidos dos chefes de conjuração contra a paz mundial, de guerra de agressão, de infrações às leis e aos costumes da guerra e, enfim, de crimes contra a humanidade, escolhem todos se declarar inocentes. Os veredictos dados são doze condenações à morte, nove à prisão perpétua ou temporária, e três absolvições (ou cujas acusações não foram levadas adiante)" (BAZELAIRE e CRETIN, 2004, p. 24-31).

As sentenças condenatórias foram proferidas em 01 de outubro de 1946, sendo os réus condenados à morte, enforcados no Ginásio da prisão de Nuremberg em 16.10.1946, e os condenados a prisões transferidos para a prisão dos aliados em Berlim-Spandau. Ainda assim, apesar de todas as criticas feitas ao Tribunal Militar de Nuremberg, é fato que ele contribuiu para a internacionalização dos Direitos Humanos.

TRIBUNAL PENAL MILITAR DE TÓQUIO

Depois de término da Segunda Guerra Mundial, ficou patente a necessidade de se criar mecanismos para também cuidar das violações dos direitos humanos feitas pelos japoneses na Ásia, em especial contra Chineses, Filipinos e Coreanos.

Nos mesmos moldes de Nuremberg, em 1946, foi criado o Tribunal Penal Militar de Tóquio ou Julgamento de Tóquio, com a finalidade de julgar crimes diferentes, resultando no julgamento de 25 acusados, sendo encerrado depois de julgar os delitos praticados na Segunda Guerra Mundial (BAZELAIRE e CRETIN, 2004, p. 31).

O Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente foi criado para julgar os líderes do império japonês por três tipos de crimes divididos em classes: Os crimes de "Classe A" se traduziram nos crimes contra a paz, os crimes de "Classe B", os crimes de guerra, e os de "Classe C", contra a humanidade (BAZELAIRE e CRETIN, 2004, p. 28-29).

Em 03 de maio de 1946, em Tóquio, começou o julgamento dos processos de 28 acusados de crimes de guerra cometidos pelos japoneses, embora houvesse acusações contra 80 que estavam presos devido às várias violações dos direitos humanos durante o conflito armado. Os vencedores buscaram condenar os responsáveis.

A Conferência do Cairo que contou com a presença de China, Grã-Bretanha e Estados Unidos a partir de dezembro de 1943, resultou em uma declaração comum com o objetivo de punir as agressões aos civis e outras violações de direitos humanos, cometidas por parte dos japoneses.

Com Declaração de Potsdam, em julho de 1945, aliados participantes da Conferência do Cairo buscaram justiça contra todos os criminosos de guerra, em especial, os comandantes mais cruéis com os prisioneiros de guerra e os que atacaram população civil e buscaram coreanas para prostituição forçada (SILVA SOARES, 2008, p. 243).

Depois da rendição dos japoneses foram estipuladas as questões relativas à detenção e ao tratamento imposto aos criminosos de guerra. Isso ocorreu no dia 2 de setembro de 1945, simultaneamente à edição de uma recomendação por parte da Comissão de Crimes das Nações Unidas versando sobre a criação de um Tribunal Militar Internacional para os crimes cometidos pelo exército japonês. É adotado um instrumento que visa prender os criminosos de guerra do extremo oriente por parte do Departamento de Estado Norte-Americano que procede a notificação do Comando Supremo das Forças Aliadas. São chamados para participar e colaborar as oito nações que combateram os japoneses: Austrália, Países Baixos, Nova Zelândia, União Soviética, Canadá, China, Grã-Bretanha e França. Todos deviam identificar e denunciar as violações para o tribunal militar.

Os chamados de quatro grandes, China, Estados Unidos da América do Norte, Grã-Bretanha e União Soviética haviam participado da Conferencia de Moscou e também sancionaram para que o tribunal fosse sediado em Tóquio. Em janeiro de 1946 foi aprovado o texto da Carta do Tribunal, que começou em seguida as suas atividades.

O Tribunal Militar de Tóquio, segundo dados da Organização das Nações Unidas foi composto por juízes de 11 das nações aliadas: Austrália, Canadá, China, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Índia, Países Baixos Nova Zelândia, Filipinas e União Soviética. O presidente do Tribunal foi o australiano William F. Webb e procurador-chefe, o norte americano Joseph Keenan. Cada um dos outros países aliados nomeou um procurador-adjunto. (BAZELAIRE e CRETIN, 2004, p. 28.)

A Carta do Tribunal Militar de Tóquio contava com apenas 17 artigos frente aos 30 encontrados no Estatuto do Tribunal de Nuremberg. No entanto, os conteúdos eram semelhantes. O artigo 5º do Estatuto de Tóquio trouxe como de sua competência material os crimes contra a paz, contra as convenções de guerra e contra a humanidade com infrações e definições quase que

idênticas as do Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg. Já o artigo 9º do Tribunal de Tóquio regrou as organizações processuais legais concedendo aos acusados direitos fundamentais como o de assistência por um advogado e de acompanhar todas as fases do processo em seu idioma.

O artigo 16º da Carta versa sobre as penas sofridas que são: a pena capital ou qualquer outra pena que o Tribunal julgue útil. Não era previsto recurso no processo e, a chamada exoneração de responsabilidade – Alegação de cumprimento de ordens de governo ou de superior hierárquico – também não era aceita, constituindo, no máximo, uma causa atenuante de pena dependendo das circunstancias de cada caso. (CARTA DO TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA O EXTREMO ORIENTE, APROVADA EM 19 DE JANEIRO DE 1946 PELO COMANDANTE SUPREMO DAS FORÇAS ALIADAS NO EXTREMO ORIENTE, p.133 e seguintes).

Os julgamentos foram realizados no prédio onde era abrigado o Ministério de Guerra do Japão. A acusação arrolou cerca de 400 testemunhas e se produziu aproximadamente 800 testemunhos escritos e centenas de outros documentos segundo o que foi citado pelos autores Bazelaire e Cretin, 2004, p.29.

Ainda de acordo com Bazelaire e Cretin, os processos duraram até novembro de 1948, com o seguinte balanço: 25 militares e lideres políticos japoneses foram acusados de terem praticado os crimes de "Classe A", e mais de 5.700 nacionais japoneses foram acusados dos crimes de Classe "B e C", em sua grande maioria por parte dos abusos cometidos aos prisioneiros de guerra. Entre os acusados estavam nove civis e 19 militares.

A acusação dá início aos trabalhos imputando aos acusados a prática de crimes como a pilhagem de bens públicos e privados, destruição de cidades e vilarejos sem necessidades militares, além de assassinatos, estupros e crueldade em massa ocorridas em todos os territórios invadidos. (Silva Soares, 2008, p. 245 e seguintes.)

Dois acontecimentos demonstram a natureza jurídica dos fatos criminosos cometidos por essas pessoas sendo o primeiro, o chamado Massacre de Nanquim, ocorrido em dezembro de 1937 com 300 mil mortes contabilizadas e cerca de 20 mil mulheres estupradas coletivamente repetidas vezes. E o segundo fato foi ocorrido na cidade chinesa de Harbin, na chamada "Unidade 731" e diz respeito às experiências médicas feitas com prisioneiros de guerra chineses, norte-americanos e soviéticos, resultando na morte de nove mil pessoas em decorrência de contaminações voluntarias e inoculações de toda a espécie de germes e bactérias. (Bazelaire e Cretin, 2004, p.30 e seguinte.)

Entre os 18 criminosos de guerra acusados e julgados, dois (Yosuke Matsouka em 1946 e Osami Negarro em 1947) morreram de causas naturais durante o processo; um terceiro foi hospitalizado com graves problemas mentais desde os primeiros dias de julgamento e os outros 25 foram condenados nos seguintes termos segundo descrevem Bazelaire e Cretin (2004. p.31). Todos esses nomes de criminosos japoneses fizeram parte do primeiro grupo de criminosos de guerra classe A, que eram aqueles acusados de crimes contra a paz. Os dois outros grupos que eram compostos por homens de negócios e importantes industriais que foram postos em liberdade. Destes, alguns reapareceram rapidamente na cena política ou em seus bastidores como intermediários entre os mafiosos da Yakuza, os negócios legais e a esfera política.

Ligadas ao contexto político da época é que certamente se fundam as razões de libertação dos prisioneiros. Sabe-se que a guerra civil chinesa permite a subida de Mao Tsé-Tung ao poder em 1949 e o inicio da Guerra fria entre Estados Unidos e União Soviética congelaria o mundo em 40 quarenta anos. Todos os criminosos de guerra japoneses são contra as ideias do comunismo segundo descrevem BAZELAIRE e CRETIN (2004, p.36).

Em relação ao imperador japonês Hirohito, que não foi acusado por crime de agressão e crime de guerra, também não se imputou a ele a acusação pelo ataque a Pearl Harbor segundo descrevem BAZELAIRE e CRETIN (2004, p.36). Havia na verdade uma tentativa dos Estados Unidos em contar com o Japão como novo aliado, devido ao avanço do comunismo na China e por toda Ásia, como Coréia e Vietnan.

Por essas polêmicas (descritas no artigo de Wu Tianwei, “the falilure of the Tokyo Trial” citado por Bazelaire e Cretin, 2004, p.37.), a China denunciou o fracasso dos processos em Tóquio alegando, principalmente, o não julgamento do imperador japonês, que seria o primeiro entre os criminosos de guerra; a libertação de vários criminosos japoneses pelos americanos sem nenhum tipo de processo e que os médicos da “unidade 731” não tiveram nenhuma imputação jurídica e continuaram a viver no Japão como aposentados ou exercendo suas atividades profissionais.

De fato, nenhum dos médicos do campo de Pingfan ou mesmo seu comandante-chefe foram levados a julgamento e, esse fato é atribuído a um acordo firmado com o general Mac Arthur que dava a liberdade aos médicos em troca dos dados científicos obtidos através dos experimentos humanos realizados na “unidade 731”.

Por se tratarem os Estados Unidos dos maiores provedores de fundos para o Tribunal de Tóquio, eles quem efetivamente comandaram os julgamentos escolhendo inclusive os juízes,

dando poder ao General Mac Arthur para reduzir as penas pronunciadas, sem poder aumentá-las, entretanto. (Bazelaire e Cretin, 2004, p.37). Devido a esse poder exercido pelos EUA, o artigo 9º b da Carta do Tribunal indicava que os atos praticados e proferidos no processo e ainda todas as formalidades ligadas a ele, seriam realizados em inglês, ou em japonês (idioma oficial do país), diferenciando-se de Nuremberg onde os atos e formalidades processuais foram realizados em 4 idiomas distintos.

Outras diferenças distinguem os dois tribunais, dentre elas o quadro de magistrados que atuaram nos julgamentos, enquanto Nuremberg era composto por 04 juízes cada um com um suplente, ambos indicados pelos países vencedores do conflito na Alemanha, o Tribunal Militar de Tóquio era composto por 11 juízes representando os aliados. As sentenças que foram proferidas em Nuremberg têm caráter definitivo e são irrecorríveis, por sua vez as sentenças proferidas pelo Tribunal de Tóquio eram cabíveis de recursos, que deveriam ser enviados ao Comandante Supremo, podendo-se reduzir as penas.

Em Nuremberg, cada uma das potências contava com um procurador com igualdade de direitos, enquanto em Tóquio as potências aliadas figuraram apenas como assistentes do procurador Norte Americano. Em relação às pessoas que foram julgadas e as infrações a elas imputadas, os tribunais também diferem. Em Tóquio foram julgadas apenas pessoas físicas enquanto Nuremberg também acusou organizações como a Gestapo.

Os julgamentos no tribunal perduraram cerca de dois anos, e as condenações causaram divergências. O juiz presidente do Tribunal de Tóquio, manifestou-se sobre o caráter excessivo de algumas sanções e ainda a ausência do imperador japonês no banco dos réus; o juiz representante das Filipinas achou as penas imputadas, em geral, muito leves; O juiz que representou a França fez pesadas críticas ao processo em geral e às decisões decorrentes dele. O mais crítico, o representante da Índia, declarou que os acusados deviriam ter sido absolvidos inspirado por suas convicções pessoais de que a Ásia deveria pertencer apenas aos asiáticos.

Os resultados obtidos em Tóquio são considerados, em sua maior parte, insatisfatórios por parte dos historiadores. É fato que apenas alguns foram condenados diante das atrocidades cometidas pelo exército japonês e que o imperador foi sequer citado como réu. Estes fatos levam a acreditar que a política se sobrepôs à justiça e que a destruição cometida na Ásia afetada pelas invasões japonesas foi transferida para um segundo plano.

Decisões diversas continuaram a ser tomadas por outras organizações como as comissões militares norte-americanas em todo o pacifico. Tudo termina em 1951, com a impressão de que

os processos nem sempre seguiram as condições de lealdade e serenidade que deve ser associada ao conceito de justiça.

Conclui-se que o Tribunal de Tóquio, é um caso clássico de justiça do vencedor, ou seja, criou-se o órgão para que fosse atendida a sede de justiça dos países que venceram a guerra, muito embora os interesses destes mesmos aliados tanto no que diz respeito à política e a economia tenham influído no resultado final dos trabalhos do Tribunal.

TRIBUNAL PENAL "AD HOC" PARA A EX-IUGOSLÁVIA

Inicialmente a República Federal Socialista da Iugoslávia foi formada artificialmente por algumas repúblicas "eslavas", sendo seu território dividido por populações distintas dentre as quais, podemos destacar: Bósnios, Sérvios, Croatas, Macedônios, Eslovênos, Muçulmanos, Turcos, Hezergovinos, Montenegrinos e Macedônios, sob o comando de um herói da resistência o general socialista Josep Bros Tito.

O modelo federativo da Iugoslávia seguiu os moldes do modelo soviético, mantendo-se no regime nacionalista, e favorecendo a divisão de classes. Com a Segunda Guerra Mundial e as diversas perseguições a seus povos, a Iugoslávia viu boa parte de sua população dizimada pelos Nazistas (BAZELAIRE e CRETIN, p. 98).

Com o término da guerra, a Iugoslávia se fortaleceu durante a guerra fria, todavia com a queda do muro de Berlim, o Presidente Sérvio Slobodan Milosevic iniciou um processo de implementação de sua politica nacionalista. As relações conturbadas decorrentes desse processo iniciado por Slobodan Milosec levaram a Eslovênia e Croácia em 1991, a proclamarem suas respectivas independências, ato que motivou diversos ataques do Império Sérvio, perdurando por aproximadamente sete meses. Tão pouco tempo de confrontos resultaram em 10 mil mortes, e 700 mil desalojados.

No final de 1991, a Bósnia tentou se desvincular da Iugoslávia seguindo os exemplos da Croácia e Eslovênia para declarar sua independência. Com isso diversos ataques ocorreram no território Bósnio sendo responsáveis pela morte de milhares de muçulmanos.

> "[...] As forças do exercito nacional Iugoslavo promoveram o extermínio sistemático de muçulmanos, massacrando crianças e violentando mulheres, e deixando à inanição os prisioneiros dos campos de concentração." (BRITO. RT 840/475. p. 639).

O regime implantado por Milosevic na Sérvia foi responsável por uma série de conflitos regionais e de massacres, que levaram à morte de 800.000 mil pessoas, deixando cerca de três milhões de refugiados. Os ataques ocorreram primeiro na Croácia, e posteriormente na Bósnia-Herzegovina, causando o desmantelamento do território da Iugoslávia.

Em 18 de novembro de 1991, a cidade de VUKOVAR na Croácia, foi invadida pelo exército federal Sérvio, deixando um numero de mortos estimados entre três e cinco mil. (Rolli, 2010, p. 21). E ainda entre 1992 e 1995 diversos outros atos foram cometidos pelos Sérvios contra a Bósnia.

Esses atos são chamados de "Limpeza Étnica". Em 1993 o conselho de segurança da ONU, através da Carta das Nações Unidas, criou as resoluções 808 e 827 que instituíram um tribunal "Ad Hoc" para julgar os crimes cometidos no conflito da Ex-Iugoslávia.

"Não existe um número confirmado de mortes provocadas pela política de "limpeza étnica", implementada a partir de 1991 na ex-Iugoslávia, na região da Croácia, primeiramente, depois na Bósnia e, posteriormente, no Kosovo". (GORAIEB. 2012. p. 97).

Há relatos importantes dos crimes cometidos pelos militares sérvios:

> *"No ano de 1995, apesar das conversações sobre paz e partilha de território, forças servias invadem cidades decretadas "invioláveis", como Srebenica e Zepa, e são acusadas de praticar genocídio. O general Mládic é acusado de coordenar a execução de oito mil muçulmanos bósnios em obediência ao líder bósnio-sérvio Radovan Karadzic, ambos são indicados pelo ICTY e apostados como responsáveis por crimes de guerra".* (MAIA. 2001. p. 104).

O tribunal só entrou em funcionamento no ano de 1996, sendo instituída sua sede na cidade de Haia, localizada nos países baixos, ou seja, na Holanda, sob os auspícios das Nações Unidas. Segundo a documentação das Nações Unidas, a competência do tribunal é "ratione materiae", ou seja, apenas tendo competência para julgar determinados crimes, a saber, Violações a convenção de Genebra de 1949; Violações a leis e costumes de guerra; Crimes contra a humanidade e genocídios. A pena máxima que poderia ser instituída pelo tribunal era a prisão perpétua. O tribunal era composto por no máximo dezesseis juízes permanentes, sendo possível apenas o julgamento de pessoas físicas e nunca pessoas jurídicas.

Em seu artigo 1º o tribunal expõe os motivos de sua criação, sendo a ele atribuída a função de julgar os responsáveis pelas violações graves praticadas pela Iugoslávia, que feriram

o direito internacional humanitário. O tribunal só tem competência para julgar crimes cometidos a partir de 1991 (competência "ratione temporis") no território da Ex-Iugoslávia (competência "ratione loci"), ainda de acordo com as informações colhidas nos documentos das Nações Unidas.

"Em junho de 1999, além de 14 juízes, o procurador-chefe e o procurador-adjunto, o escrivão-chefe e o escrivão-adjunto o tribunal contava com 766 funcionários representando 65 nações". (BAZELAIRE. CRETIN. 2004. p. 54).

Os juízes nesse período eram, Gabrielle Kirk McDonald (EUA) – Presidente do Tribunal; Mohamed Shahabuddeen (Guiana) – Vice-Presidente; Florence Ndepele Mwachande Mumba (Zâmbia) – Juiz; Rafael Nieto Navia (Colômbia) – Juiz; Fouad Abdel-Moneim Riad (Egito) – Juiz; Almiro Simões Rodrigues (Portugal) – Juiz; Lal Chand Vohrah (Malásia) – Juiz; Tieya Wang (China) – Juiz; David Anthony Hunt (Autrália) – Juiz; Mohamed Bennouna (Marrocos) – Juiz e Patrick Lipton Robinson (Jamaica). No final do ano de 1999, Claude Jorda se tornou presidente do Tribunal.

Dentre as 27 acusações feitas ao tribunal, uma delas fora feita ao general Momir Talic, chefe do exercito sérvio-bósnio, preso em Viena no mês de agosto de 1999. Nesse mesmo ano o presidente da República Federal da Iugoslávia Slobodan Milosevic foi acusado por crimes contra a humanidade e demais crimes previstos na convenção de Genebra, como agressão e genocídio. O grande problema encontrado pelos Juízes do tribunal para a realização dos julgamentos, foi a obtenção de provas documentais, em decorrência dessa dificuldade, as provas testemunhais apresentadas nesse tribunal tiveram maior valor.

Apesar de toda a importância do TPII para a comunidade internacional ele foi alvo de críticas, dentre elas, o fato do tribunal ter sido criado por meio de uma resolução emitida pelo conselho de segurança da ONU, com aprovação decorrente de nove votos favoráveis, e não por um tratado internacional. Apesar das criticas, o tribunal penal da Ex-Iugoslávia, teve até 2007, 161 indicações, ocorrendo 57 condenações, 10 absolvições, 13 acusados tiveram seus processos transferidos para cortes locais, nos casos de jurisdição nacional, 16 pessoas faleceram antes de serem julgadas.

Nos dias atuais existem aproximadamente 45 casos em andamento no tribunal.

TRIBUNAL PENAL "AD HOC" PARA RUANDA

Ruanda é um país localizado na África Central, com uma população que era composta

por duas etnias os Hutus (80% da população) e Tutsis. O genocídio de Ruanda ocorreu como represália ao atentado corrido contra o presidente do país Juvénal Habyarimana, em 1994, quando o avião que o transportava juntamente com o presidente Borundi Cyprien Ntaryamira foi abatido sobre Kigali (capital de Ruanda). Devido ao atentado foram imediatamente instaladas barricadas nas ruas da capital, por influencia das milícias Hutus. Além desse fato, os conflitos existem no país motivam a pratica do genocídio (ROLLIi, 2010, p. 21). Os Hutus extremistas responsabilizaram os Tutsis e os Hutus modernos pelo atentado, sustentando que o atentado ocorreu como forma resposta a politica de agressão iniciada pelo governo em 1990.

O número de mortos no Genocídio de Ruanda oscila entre 500 mil e um milhão. Em 07 de abril de 1994, dez Belgas foram massacrados em Ruanda, ocasionando a retomada da guerra entre Ruandenses Patriotas e Tutsi de oposição.

Os conflitos entre as duas etnias que dividiam o território de Ruanda era antigo, em 1963 o governo Hutu matou mais de 10.000 Tutsis, posteriormente em 1972 ocorreram novos massacres, decorrentes do assassinato do presidente de Ruanda. Tal atentado provocou a chamada "revolta dos Hutus", ocasionando diversas represálias por todo o país. Devido a esse contexto conturbado do país, o ódio entre as duas etnias era fortalecido por meio de discursos proferidos pelo governo e pela mídia local.

"A Radio Libre des Mille Collines, fundada em Kigali, em 1993, por uma facção racista do partido em Ruanda, convoca os hutus a matarem os tutsis. A limpeza étnica atinge todas as províncias do país. Estima-se em torno de 100.000 as vítimas do massacre". (GORAIEB, 2012, p. 119).

O conflito entre os dois povos se tornou tão intenso que em dezembro de 1990, foi publicado "os dez mandamentos do Hutu".

> "O movimento começa, em dezembro de 1990, com a publicação no Jornal Kangura, de Hassan Ngeze, um breviário de ódio étnico: 'Os Dez Mandamentos do Hutu', um texto que denuncia os tutsis como 'sadentos de sangue e de poder' e chama os hutus a combate-los" (GORAIEB. 2012, p. 120).

Em suma, a população de Ruanda sofreu vários massacres ao longo da historia, ocorridos em 1959, 1963, 1973, 1990, 1991, 1992 e 1993 e 1994, e, todos os conflitos motivados por campanhas de mídias governamentais, alimentando o ódio étnico e a violência. As vítimas do genocídio, em sua grande maioria, foram atacadas por instrumentos como facas, machados,

barras de ferro e pedaços de madeira. Em muitos casos, testemunhas relataram que vários indivíduos imploravam aos carrascos para serem executadas a tiros e não torturadas por esses instrumentos.

Toda essa tensão existente no país levou o Conselho de Segurança da ONU, a estabelecer a Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda, que lá permaneceu por seis meses. Posteriormente, em 1994, a Resolução nº. 912 do conselho condenou a violência em Ruanda e os ataques praticados contra os integrantes da missão de assistência.

O acontecimento em Ruanda, *"[...] constituiu uma ameaça à paz e à segurança internacionais, manifesta sua decisão de pôr fim a esses crimes e a de tomar medidas eficazes para fazer comparecer perante a justiça os responsáveis". (GORAIEB. 2012, p. 124)*. Com isso decidiu-se pela criação o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, sediado em Arusha, na Tansânia.

O estatuto do tribunal é regido pela resolução nº. 955 do Conselho de Segurança. O artigo 26 do estatuto prevê que as prisões devem ser cumpridas em Ruanda ou em estados que se colocassem disponíveis para receber os prisioneiros.

> "O tribunal é composto de três órgãos: três Câmaras, duas de Primeira Instância, composta por três juízes e uma Câmara de Apelação, composta por cinco juízes. O art. 12, do estatuto, dispõe que os juízes que compõem a Câmara de Apelação do Tribunal para a ex-Iugoslávia componham, também, a câmara de Apelação do Tribunal para Ruanda". (GORAIEB. 2012, p. 124/125).

A competência do tribunal se aplicava aos crimes de genocídio dentro do território de Ruanda, nos termos do artigo 2º de seu estatuto, e seguindo o modelo do tribunal da ex-Iugoslávia, as infrações que ferissem a convenção de Genebra de 1949. Além disso, a competência do tribunal só era aplicada aos crimes cometidos entre 01 de janeiro e 31 de dezembro de 1994, no território de Ruanda e territórios vizinhos, porem contra Ruandeses. O tribunal começou suas atividades em 1995 e até 2009 setenta e nove pessoas foram acusadas sendo sessenta e três pessoas detidas.

O genocídio de Ruanda deixou cerca de dois milhões de refugiados, que buscaram abrigo nos países vizinhos, os indivíduos que retornaram para Ruanda, encontraram algumas dificuldades de integração com os tutsis sobreviventes, todavia com o decorrer do tempo o cenário de Ruanda vem mudando de forma, iniciou-se no país uma politica de reconciliação,

sendo a primeira medida adotada pelo governo foi abolir as carteiras étnicas de identidade, ou seja, em Ruanda não existem mais Tutsis ou Hutus, agora todos são cidadãos Ruandeses; O governo tem como objetivo a harmonia e reconciliação da população, com esse novo pensamento o país tenta se reerguer.

CONCLUSÕES

O Tribunal Penal Internacional foi instituído através do Estatuto de Roma, em 1998, depois da Conferência de Roma, onde foi aprovado por 120 Estados, com 07 votos em desfavor (China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Quatar), com sede em Haia, na Holanda. Nos termos do estatuto, o TPI possui jurisdição permanente, independente e com personalidade jurídica própria, podendo, dessa forma, exercer seus poderes e funções no território dos Estados que aderiram o tratado.

No período de 15 a 17 de julho de 1998, aconteceu a Conferência Diplomática de Superpotência das Nações Unidas, em Roma, onde o tema discutido foi "a criação de uma Corte Criminal Internacional, sendo que em 17 de julho a cessão plenária da conferencia adota o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional".

O Tribunal veio para concretizar e enriquecer a proteção dos direitos humanos realizada pela comunidade internacional. Quatro fatos marcantes ensejaram sua criação, sendo eles, os tribunais militares de Nuremberg e Tóquio, e os tribunais "ad hoc" da Ex-Iugoslávia e Ruanda. Além desses tribunais, temos os chamados Tribunais Penais Internacionais "mistos", ou ainda denominados de Cortes Penais Internacionalizadas, sendo eles, o tribunal do Camboja, Serra Leoa, Kosovo e Timor Leste.

O conselho de segurança se mostrou contrario a criação de tribunais semelhantes ao da ex-Iugoslávia e de Ruanda para julgar os atos cometidos nesses países, porem resolveu-se criar um modelo misto, foi o que ocorreu no caso do Camboja e Timor Leste, instituindo um tribunal de câmaras especiais de julgamento, já no caso de Serra Leoa criou-se cortes especiais.

São denominados tribunais mistos porque houve uma mistura da competência de juízes naturais e internacionais, os julgamentos eram feitos nos respectivos países e o custo do tribunal era bem inferior aos dos tribunais penais de exceção.

É bem verdade que guerras e conflitos sempre existiram e sempre vão existir, então para evitar a criação de diversos outros tribunais "ad hoc", criou-se o Tribunal Penal Internacional, com competência universal, podendo julgar os países que ratificaram o tratado e ainda em

determinados casos países que não aceitaram sua jurisdição.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, HILDEBRANDO. **Manual de Direito Internacional Público**. 12ª edição; São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

BALZELAIRE, JEAN-PAUL e CRETIN, THIERRY. **A Justiça Penal Internacional: Sua Evolução, Seu Futuro de Nuremberg a Haia***:* 1ª Edição; Barueri: Manole ltda, 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional. Direito Internacional dos Direitos Humanos: Temas Diversos.** 1ª Edição; Edição Especial. Revista dos Tribunais 100 anos, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS Kai. **Tribunal Penal Internacional**. 1ª Edição; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

COSTA, Alberto. **Tribunal Penal Internacional: Para o Fim da impunidade dos Poderosos**. 1ª Edição. São Paulo, Livraria dos Advogados Editora Ltda, 2002.

_____. **Vocabulário Jurídico**, 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma Política Criminal Universal: Uma critica aos Tribunais Penais Internacionais.** 2013. Dissertação (Doutorado em Direitos Humanos) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. 2013.

FRUCTUOZO, Ligia Maria Lario. **A Justiça Internacional Penal.** 2014. Monografia (Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal) – Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo", 2014.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **A Necessária Influência do Processo Penal Internacional no Processo Penal Brasileiro.** Série Monografias do CEJ. Editora Centro de Estudos Judiciários, 2011.

GOUREVITCH Philip. **Gostaríamos de Informá-los de que amanha seremos mortos com nossas famílias**; tradução José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

GORAIEB, Elizabeth. **Tribunal Penal Internacional.** 1ª Edição. Editora Letras Jurídicas, 2012.

HATZFELD, Jean. **Uma temporada de facões: Relatos do genocídio de Ruanda**; tradução Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HEGARTHY, ÂNGELA; LEONARD, SIOBHAN. **Direitos do Homem: Uma agenda para o século XXI**; João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HERNANDEZ, Leila Leite. **A África na sala de aula: visita à história contemporânea**. São Paulo: Selo Negro, 2008.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal.** Editora Saraiva, 2009.

KREB, Claus; WERLE, Gerhard; GEIGER, Hansjorg; SILVA, Pablo R. Alflen; NERLICH, Volker. **Tribunal Penal Internacional: Aspectos Fundamentais e o Novo Código Penal Internacional Alemã***:*. 1ª Edição. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: Aspectos Institucionais, Jurisdição e Princípio da Complementaridade***:* 1ª Edição. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos Humanos e conflitos armados**. Op. Cit., p.446.

MIRANDA, J. **A Incorporação ao Direito Interno de Instrumentos Jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Volume nº 11. Brasília. Revista CEJ. 2000.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14ª Edição. Editora Saraiva. 2013.

POWER, Samantha. **Genocídio: a retórica americana em questão**; tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado.** Editora JusPodivm, 2009.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 6ª Edição. São Paulo. Saraiva, 1996.

ROLLI, Marina Nunes. **O tribunal penal internacional e a soberania do Estado**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional, Humanismo e Globalidade**. 1ª Edição. São Paulo, Atlas S.A., 2008.