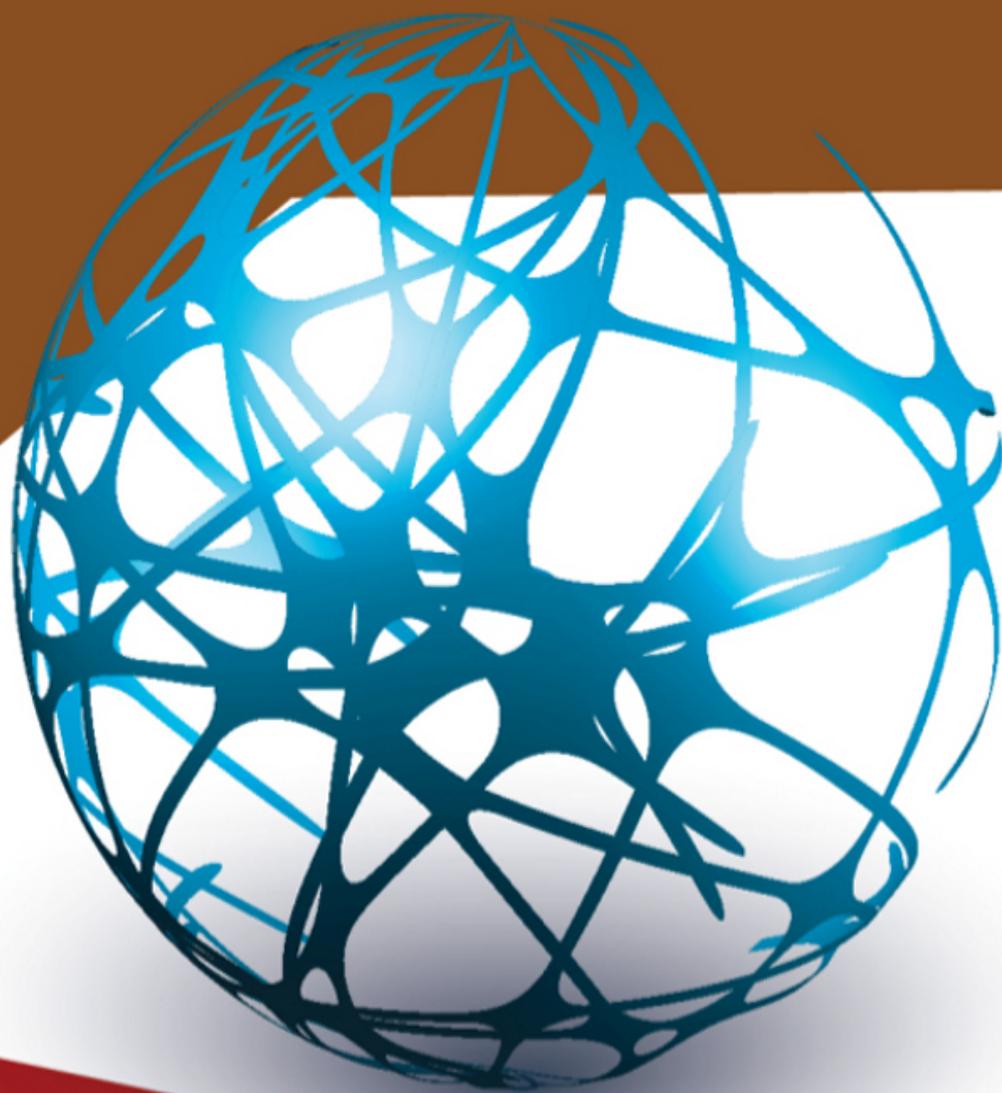


SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS II



VII
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR

LUIZ GUSTAVO BOIAM PANCOTTI

RAFAEL GOMIERO PITTA

©2017 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, Luiz Gustavo Boiam Pancotti & Rafael Gomiero Pitta
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

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

Comissão Científica do VII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)

Prof. Dr. Flavio Luiz de Oliveira (ITE/Bauru-SP)

Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)

Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)

Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema Constitucional de Garantia de Direitos II /
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, Luiz Gustavo Boiam
Pancotti & Rafael Gomiero Pitta, organizadores. - 1. ed.
- Jacarezinho, PR: UENP, 2017. (Anais do VII Simpósio
Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-55-5

1. Sistema Constitucional de Garantia de Direitos II /
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, Luiz Gustavo Boiam
Pancotti & Rafael Gomiero Pitta.

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 DIGNIDADE E A MORTE COM INTERVENÇÃO: A EUTANÁSIA COMO UM DIREITO A PERSONALIDADE	5
Vladimir BREGA FILHO Alana F. VALÉRIO	
CONTROLE SOCIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM FACE DO RECONHECIMENTO DE UMA EDUCAÇÃO ESPECIAL INCLUSIVA ESTÁTICA	24
Vivianne RIGOLDI	
(IN) SEGURANÇA JURÍDICA, PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E HC 126.292/SP DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	41
Marcos Paulo dos Santos Bahig MERHEB Matheus Arcangelo FEDATO	
JEAN MONNET, O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO E O PAPEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU NA GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA	55
Mauro Gonzaga ALVES JUNIOR	
JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA (ACCIÓN POPULAR Y PARTICIPACIÓN COLECTIVA)	69
Luis-Andrés CUCARELLA GALIANA Sérgio Tibiriçá AMARAL	
MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME SHARING) - DIREITO REAL OU CLÁUSULA RESTRITIVA QUE CONDICIONA O USO DA PROPRIEDADE PARA O ALCANCE DE SUA FUNÇÃO SOCIAL?	83
André Murilo Parente NOGUEIRA Diogo Francisco FELIPE	
O CASO “LÜTH” E A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	98
Fernando Navarro VINCE Daniela Menengoti RIBEIRO	
O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES	113
Murilo Muniz FUZETTO	
O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA	129
Fernando Batistuzo Gurgel MARTINS Milca Chiquitelli MACHADO	

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO DA SEGURIDADE SOCIAL	145
Cássia Fernanda da Silva BERNARDINO	
O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO VÍNCULO AFETIVO E DA MULTIPARENTALIDADE	170
Luma Gomes GÂNDARA Melissa Paião de CAMPOS	
PARTICIPAÇÃO POLÍTICA COMO DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL NA BUSCA PELA DEMOCRACIA	185
Mércia Miranda Vasconcellos CUNHA Danielle Augusto GOVERNO	
PROTEÇÃO DOS INFORMANTES DE ATOS DE CORRUPÇÃO: PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO EFICIENTE	204
Gustavo Carvalho KICHILESKI	
REGULAÇÃO DA TV ABERTA: CENSURA OU CONTRIBUIÇÃO PARA A DEMOCRACIA?	225
Tatiana STROPPA	
UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO À EDUCAÇÃO PERANTE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	249
Douglas Henrique de OLIVEIRA Luiz Henrique Batista de Oliveira PEDROZO	
UMA REFLEXÃO SOBRE A PENA DE MORTE E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	270
Bruno José Valentim da SILVEIRA Marina Calanca SERVO	

A DIGNIDADE E A MORTE COM INTERVENÇÃO: A EUTANÁSIA COMO UM DIREITO A PERSONALIDADE

Vladimir BREGA FILHO¹
Alana F. VALÉRIO²

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a aplicabilidade do princípio da dignidade humana no fim da vida, considerando a prática como um direito da personalidade, a partir da interpretação da Constituição Federal e do Código Civil Brasileiro. Para isso, foi utilizado como referencial teórico as ponderações acerca tema pelo filósofo Ronald Dworkin na obra “Domínio da Vida”, além de fazer uso do paradigma kantiano no que tange a concepção de dignidade. Para a realização deste artigo, foi utilizado o método analítico, a partir da consulta de obras acadêmicas interdisciplinares sobre o tema, além da análise de casos em outros países, em sede de direito comparado, pela ausência de regulamentação da Eutanásia no direito pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Eutanásia. Direitos da Personalidade. Princípio da Dignidade Humana. Morte com Dignidade.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the applicability of the principle of human dignity at the end of life, considering the practice as a personality right from the interpretation of the Federal Constitution and the Brazilian Civil Code. For that, the theoretical references were used as references to the theme by the philosopher Ronald Dworkin in the work "Dominion of Life", as well as making use of the Kantian paradigm regarding the concept of dignity. For the accomplishment of this article, the analytical method was used, from the consultation of interdisciplinary academic works on the subject, besides the analysis of cases in other countries, in comparative law, by the absence of Euthanasia regulation in the country law.

KEY-WORDS: Euthanasia. Rights of the Personality. Principle of Human Dignity. Death with Dignity.

1 INTRODUÇÃO

A Eutanásia é um dos temas mais polêmicos e controversos no campo da bioética e do biodireito, e isso se deve aos inúmeros desdobramentos que a prática deste instituto pode gerar seja nos campos médico e jurídico. A bioética é entendida como ciência transdisciplinar que tem por objeto o estudo e o debate das consequências advindas do desenvolvimento e evolução das ciências biomédicas e biotecnológicas para os indivíduos, sociedade e meio ambiente.

-
- 1 Pós Doutor pela Universidade de Lisboa (2013), Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (2001). Professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e Promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.
 - 2 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, campus Jacarezinho. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2015). Estagiária de Pós-Graduação no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

De acordo com Maria Helena Diniz, a Enciclopédia de Bioética traduz bioética como o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar (2007, p.21). O biodireito é a manifestação jurídica necessária diante da constante quebra de paradigmas provocada pela biomedicina, e conseqüentemente da bioética, através dos avanços tecnológicos, uma vez que se socorre da transdisciplinaridade e da multidisciplinaridade que tenham aderência ao estudo de cada caso concreto para sanar conflitos no âmbito jurídico que determinado caso pode gerar.

Assim como início da vida é amplamente debatido na esfera da bioética e do biodireito, a exemplo do uso de embriões e células tronco, o fim da vida também é objeto de profundas análises, desde os primórdios da história da humanidade. O termo eutanásia foi utilizado por Francis Bacon, em 1623, na sua obra *Historia vitae et mortis*, para referir-se à ação do médico, que ao ser procurado pelo doente, quando não havia mais esperança, dava-lhe uma morte doce e tranquila. Isso demonstra que a inquietação do ser humano a respeito do fim de sua existência e se é possível abreviar ou estender sua permanência na terra é uma questão que aflige muitas gerações.

O presente artigo será desenvolvido através do método analítico, que incide no esclarecimento de conceitos, especialmente sobre a eutanásia, na perspectiva de diversos autores, com destaque para Dworkin. Esse trabalho consiste, através de análise bibliográfica em artigos, revistas e julgados sobre do tema, em prestar esclarecimentos a respeito do instituto da eutanásia e sua relação com o princípio da dignidade humana. Serão apresentados aspectos doutrinários apresentados por autores como Kant e Bittar.

No primeiro capítulo, foi explicitado brevemente, sobre os fundamentos legais dos direitos da personalidade. Em seguida, foi trazido à baila os princípios da bioética e do biodireito que viabilizam uma melhor compreensão do tema. Após, foi tratado do princípio da dignidade humana e o fim da vida, e da questão do fim da vida com intervenção e suas modalidades. No item seguinte, o tema central do artigo, a Eutanásia, foi tema de estudo, onde foram abordados conceitos e classificações e por fim, no último capítulo, foram trazidos casos de repercussão internacional que versaram sobre a morte com dignidade.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A positivação, em âmbito constitucional, dos direitos da personalidade se encontra no artigo 5º, inciso X, onde aduz que:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Já no Código Civil, os direitos da personalidade estão garantidos no título um, primeiro e segundo capítulos, (artigos 1º ao artigo 21), destacando-se, para efeitos deste trabalho, os artigos a seguir:

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.

Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

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

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Como pode ser percebido, desde já, assim como a vida é tutelada como um direito da personalidade, a morte também o é. Os direitos da personalidade podem ser conceituados, para os positivistas, como direitos subjetivos que constituem "o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo, pois são “direitos essenciais, que formam a medula da personalidade” (BITTAR, 2008, p. 6). Já para os naturalistas “os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem. São direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição da pessoa humana” (BITTAR, 2008, p. 7).

Bittar classifica os direitos da personalidade em:

a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais; os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo) e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto) (BITTAR, 2008, p. 17).

O direito a morte digna como um direito da personalidade, pode ser enquadrado, de acordo com as noções trazidas por Bittar, como um direito moral, relativo aos direitos intrínsecos a personalidade da pessoa. Tal entendimento será melhor esclarecido em tópico específico. Neste momento, contudo, para que seja possível a compreensão do tema proposto, é preciso tratar de duas disciplinas que inseriram a Eutanásia no mundo jurídico: a bioética e o biodireito.

3 OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

A Bioética tem como princípios o princípio da autonomia, da beneficência, da justiça e o princípio da não-maleficência. O princípio da autonomia é pautado no respeito à pessoa do

outro, à sua liberdade de escolha e à sua dignidade humana, Kant (2003, p. 66) afirma que a autonomia é o “fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”, e no campo da bioética, significa o acolhimento dos desejos do paciente em receber ou não um determinado tratamento. A prática da eutanásia, quando autorizada, advém principalmente da autonomia do paciente, de seus desejos e anseios, e muito se deve, no campo da filosofia, da máxima kantiana da autonomia da vontade, como veremos mais detalhadamente em momento oportuno.

O princípio da justiça, conceituado por Drummond (2011, p. 35) está atrelado ao conceito de equidade, no sentido de oferecer a cada indivíduo o que lhe é devido de acordo com suas necessidades. Este conceito incorpora-se a ideia de que as pessoas são diferentes e que, portanto, também são diferentes as suas necessidades, e por isso, invoca-se este princípio, para que seja possível a conduta médica mais adequada diante do caso em concreto.

O princípio da beneficência impõe ao médico que se faça o bem, evitando o mal, ou seja, deve-se maximizar os benefícios e minimizar os riscos e prejuízos. Segundo Maria Helena Diniz (2007, p. 18), esse princípio expressa a justiça distributiva, exigindo uma relação de equidade entre os benefícios, riscos e encargos, assim proporcionados pelo serviço da saúde ao paciente, ou seja, requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina com prática médica pelos profissionais da saúde.

Já o princípio da não-maleficência é tema de muitos debates dentro da bioética, devido a sua complexidade ao defini-la. Há autores como Goldim e Lauand, autores que pesquisaram sobre o tema, que associam o princípio da não-maleficência ao exercício da prudência. Para Goldim (2004, s.p.), a maleficência é o princípio mais controverso, uma vez que pode ser considerado apenas uma orientação rudimentar para a ação mais correta ou como Lauand (2012, p.15) pontua, o princípio da maleficência consiste no não agir, e ainda considera a prudência uma espécie de “virtude negativa” em razão da omissão.

A observância desses princípios é indispensável para a prática de qualquer conduta que lide com a vida humana, seja em sua concepção, ou, no caso em questão, no fim da vida.

4 A DIGNIDADE HUMANA, O FIM DA VIDA COM INTERVENÇÃO

Para tratar da morte com intervenção, mais precisamente da hipótese de Eutanásia, é preciso também tecer algumas considerações a respeito da Dignidade e para isso, faremos uso do paradigma Kantiano. Isso porque a dignidade é a principal justificativa para que hajam interessados na prática da Eutanásia, onde é autorizada, e essa percepção de dignidade como conhecemos hoje decorre do conceito estabelecido por Kant.

Para Kant (2003, p 66), dignidade deve ser vista como “valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra respeito confere a expressão conveniente de estima que um ser racional lhe deve atribuir”. A Constituição Federal de 1988 prevê:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, Constituição Federal de 1988, s.p.).

A importância deste princípio é tamanha que sua previsão se encontra no artigo 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil, o que nos traduz que não há qualquer hipótese se não observância deste princípio em todas as relações normatizadas em nosso País.

Parafraseando Sarlet, (2001, p. 139), a dignidade da pessoa humana é o princípio mais suscitado em nosso ordenamento, pois impõe limites na aplicação das demais normas. Contudo, ante a dignidade da pessoa humana também é necessário que se imponha limites, como elucida Sarlet. A dignidade humana é condição intrínseca a existência do indivíduo e a não observância deste princípio acarreta consequências que podem causar danos de expansão incalculáveis. Porém, a aplicação desenfreada do princípio da dignidade humana como argumento para todo e qualquer direito pleiteado retira o peso e a importância deste princípio, por isso, foi criada a teoria alemã do limite dos limites, para que seja possível sua aplicação de forma proporcional.

O emprego do conceito de dignidade na concepção da vida é amplamente exercido, tendo como exemplo no caso dos direitos da personalidade, a hipótese de alimentos devidos ao nascituro. Ao nascituro é devido alimentos pois cria-se uma expectativa de vida, e que em razão disso, essa vida deve ser respeitada e a ela empregada o princípio da dignidade humana, mesmo que esta vida ainda não tenha sido concretizada.

Esta concepção de dignidade é amplamente aplicada quando tratamos do direito à vida, principalmente quando debatida no âmbito judicial, ante o conflito com outros direitos fundamentais, porém, se o direito à vida é visto sobre este prisma, o direito à morte também pode ser analisado sobre a mesma ótica.

O conceito de morte foi sendo modificado com o passar dos tempos. Na antiguidade, a morte era vinculada unicamente ao divino, sem a observância da ciência para o diagnóstico da causa mortis, contudo, com os avanços da tecnologia, fatores biológicos como a parada respiratória ou cardíaca, passaram a delimitar a cessação da vida (VILLAS-BOAS, 2005, p. 18).

Os avanços da tecnologia também permitiram que novos tratamentos fossem desenvolvidos, técnicas de reanimação, a criação das unidades de terapia intensiva, os

transplantes de órgãos, além de tantos outros tratamentos considerados modernos exigiram que a biomedicina encontrasse novos critérios de morte, pois o que até então era aceito a pela comunidade médica não poderia ser adequado para determinar o fim da vida.

Com isso, nasce a caracterização do fim da vida a partir da morte encefálica, conceituada pela cessação das funções do córtex, do cerebelo e do tronco encefálico, e que para ser caracterizada, dispõe o Conselho de Medicina, Resolução nº. 1.480/97, artigo 1º:

Art. 1º.: A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – Critérios para a caracterização da morte encefálica - Resolução n. 1.480, de 08 de agosto de 1997)

Quando se trata da hipótese de morte encefálica, não há o que discutir no plano jurídico, uma vez que a morte ocorreu e de maneira “natural” (sem a intervenção de terceiros, por exemplo) entretanto, o objeto deste trabalho circunda as questões atinentes as situações de morte aparente.

A morte aparente pode ser conceituada como:

Segundo Thoinot (1913) pode ser definida como um estado transitório em que as funções "aparentemente" estão abolidas, em consequência de uma doença ou entidade mórbida que simula a morte. Nestes casos que também podem ser provocados por acidentes ou pelo uso abusivo de substâncias depressoras do sistema nervoso central, a temperatura pode cair sensivelmente e ocorre um rebaixamento das funções cardiorrespiratórias de tal ordem que oferecem, ao simples exame clínico, a aparência de morte real. É incontestável que a vida continua, porém, seus sinais externos são imperceptíveis. Há perda de consciência, imobilidade, insensibilidade, ausência aparente de respiração, ausência de circulação, midríase paralítica. A duração deste estado aguçou a curiosidade dos pesquisadores, indo desde alguns minutos até dias. (THOINOT, L. apud: DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite.1997, p. 346).

É em razão das hipóteses de morte aparente que surge o debate a respeito da aplicação do princípio da dignidade humana, tão suscitada no início e decorrer da vida, também ao final dela. Roxana Cardoso Brasileiro Borges diz:

(...) a pessoa tem a proteção legal de sua dignidade e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir onde e como deseja morrer, devendo esta decisão ser respeitada. (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, 2001, p. 299)

A Ortotanásia, a Distanásia e Eutanásia, são institutos da bioética criados a partir das situações de morte aparente, onde passou-se a questionar a intervenção de terceiros na hora da morte. A Ortotanásia é:

Ortotanásia é a arte de morrer bem, humana e corretamente, sem ser vitimado pela mistanásia, por um lado, ou pela distanásia, por outro, e sem abreviar a vida, ou seja, recorrer à eutanásia. Tem como grande desafio o resgate da dignidade do ser humano em seu processo final, onde há um compromisso com a promoção do bem-estar da pessoa em fase termina. (PESSINI, Léo, 2003, p. 349)

A Distanásia, em contraposição, pode ser conceituada como:

Sinônimo de tratamento fútil ou inútil, sem benefícios para a pessoa em sua fase terminal. É o processo pelo qual se prolonga meramente o processo de morrer, e não a vida propriamente dita, tendo como consequência morte prolongada, lenta e, com frequência, acompanhada de sofrimento, dor e agonia. Quando há investimento à cura, diante de um caso de incurabilidade, trata-se de agressão à dignidade dessa pessoa (PESSINI, Leo, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, 2005, p. 372)

A Ortotanásia, difere-se de da Distanásia pois não há uma intervenção de fato. Em verdade, fica claro que o sujeito não possui dolo de atingir o bem jurídico vida, há uma omissão de toda intervenção que possa prolongar a vida de forma artificial (Farias, 2007, p. 35). Código de Ética Médica, a Resolução CFM 1.931/2009, em vigor desde abril de 2010, trata da ortotanásia da seguinte forma:

É vedado ao médico:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução nº 1.931/2009, Aprova o Código de Ética Médica, de 24 de setembro de 2009)

O Código de Ética Médica determina que em situações em que houver a interrupção do tratamento, deve o médico usar de cuidados paliativos para evitar o sofrimento do doente terminal. O elemento subjetivo que envolve a prática da ortotanásia é a preservação da dignidade humana de quem está sofrendo inutilmente e deseja abreviar a própria vida, mas mais uma vez, é preciso deixar claro que se distingue da eutanásia, objeto central deste trabalho, pois a conduta daquele que pratica é omissiva, e não ativa, como a eutanásia exige. Neste trabalho será dado especial ênfase à Eutanásia, em razão dos reflexos que este instituto gera em âmbito jurídico, como será visto no próximo capítulo.

5 EUTANÁSIA: CLASSIFICAÇÃO E PONDERAÇÕES

A Eutanásia é definida como a morte provocada em doente com doença incurável, em estado terminal e que passa por fortes sofrimentos, movida por compaixão ou piedade em relação ao doente (Borges, 2001, p. 286). A palavra-chave para distinguir a Eutanásia das outras modalidades já apresentadas está na palavra “provocada”, isso porque diferentemente das outras modalidades, para que haja a Eutanásia é necessário que haja a intervenção de terceiros para sua concretização.

A Eutanásia pode ser classificada como ativa, passiva ou de duplo efeito. De acordo com Villas-Boas (2005, p. 29-30) e Siqueira-Batista e Schramm (2005, p. 113), a eutanásia

ativa é planejada entre o paciente ou parente e o profissional de saúde. O ato se realiza por ação deliberada do médico.

Na eutanásia passiva, a morte acontece por omissão proposital de não iniciar a terapia médica de suporte vital ao paciente ou pela interrupção da terapêutica existente, mesmo quando se constata que há benefícios para o tratamento da doença ou cuidado dos sintomas. E a eutanásia de duplo efeito ocorre quando a morte é acelerada em decorrência de ação médica que não objetiva o efeito letal, mas sim o alívio do sofrimento.

Horta, ao tratar do tema, cita que:

Há autores que consideram a eutanásia de duplo efeito como forma de ortotanásia. Outros, rechaçam o uso do termo eutanásia para essa conduta, preferindo considerar que a morte dela resultante corresponde a um efeito indesejável de uma medicação necessária. Mantivemos a denominação de eutanásia de duplo efeito, por já ser tradicional e de entendimento corrente. Embora a consideremos efetivamente mais próxima da ortotanásia do que do homicídio piedoso em si, seguimos a corrente majoritária ao considerar a ortotanásia como consistente em condutas de não intervenção prolongadora, onde se situam as condutas médicas restritivas. (HORTA, Márcio Palis, 2009, p. 37)

No Ordenamento Jurídico Brasileiro não há a autorização para a prática da Eutanásia, sendo considerada crime e classificado como homicídio, artigo 121 do Código Penal. É válido distinguir, novamente, que não se confunde a escusa terapêutica, autorizada pelo Código Civil, artigo 15, com permissivo para a prática da Eutanásia.

O Código Civil autoriza a escusa terapêutica como um direito da personalidade, nas palavras de Villas-Boas (2009, p. 77) pois “não se trata de antecipar o tempo natural de vida, mas de vivê-lo até seu termo espontâneo”, diferentemente da Eutanásia. Cumpre destacar que no Brasil que há autorização apenas para a prática da Ortotanásia, por força da resolução 1.895/06 do Conselho Regional de Medicina, sendo vetada a prática da Eutanásia.

Nos casos que envolvem a Eutanásia, as decisões judiciais são divergentes, pois em alguns lugares do mundo, como será visto mais adiante, há a autorização legal para sua prática, enquanto em outros países, é completamente refutada a hipótese da prática, por razões éticas, religiosas e penais. Essa variação ocorre conforme a observação de um princípio fundamental ou outro, onde, a título de exemplo, a fundamentação será o respeito à liberdade da pessoa humana, que opta por uma morte com dignidade, antes do momento natural e, do lado oposto está o maior dos princípios, ou seja, o direito à proteção da vida, por ser esta intrinsecamente valiosa.

A questão central é: qual princípio deve preponderar sobre o outro quando falamos de Eutanásia?

Para tentar responder esta pergunta, neste momento, é imperioso o uso da teoria de

Dworkin, em sua obra “Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais” para tentarmos responder da maneira mais adequada, tendo como baliza os Direitos da Personalidade e a Dignidade Humana.

Dworkin, *a priori*, trata do instituto da eutanásia levando em consideração o resultado “morte”, bem como o hipotético benefício concedido ao paciente que é auxiliado pelo médico no ato de bem morrer e explana a questão da eutanásia sob três situações acerca do estado de saúde do paciente (2003, p. 299): a) quando consciente e tem capacidade física para pôr fim a sua vida; b) quando o paciente está consciente, porém, não tem mais condições de abreviar sua vida e; c) quando o paciente está totalmente inconsciente.

O modo como se morre e a ideia de uma “morte boa”, inclui a escolha de um “momento ideal” e, para tanto, a definição de morte boa e momento ideal consiste em um juízo individual (DWORKIN, 2003, p. 300). A nós resta apenas questionar qual seria a vontade da pessoa enferma, se este puder manifestá-la, ou então, buscar seus interesses por parentes próximos, a fim de ver preservada sua autonomia. Dworkin ainda aduz:

O fato de estar ou não entre os interesses fundamentais de uma pessoa ter um final de vida de um jeito ou de outro depende de tantas outras coisas que lhe são essenciais – a forma e o caráter de sua vida, seu senso de integridade e seus interesses críticos – que não se pode esperar que uma decisão coletiva uniforme sirva a todos da mesma maneira. É assim que alegamos razões de beneficência e de autonomia em nome das quais o Estado não deve impor uma concepção geral e única à guisa de lei soberana, mas deve antes, estimular as pessoas a tomarem as melhores providências possíveis tendo em vista o seu futuro. E, nos casos em que tais providências não foram tomadas, o governo deve permitir, na medida do possível, que as decisões fiquem a cargo de parentes ou outras pessoas mais próximas, pessoas cuja percepção dos interesses fundamentais dos doentes – formadas ao longo de um estreito conhecimento de tudo que constitui esses interesses – possa ser apurada que qualquer outro juízo universal, teórico e abstrato, nascido nos escalões do governo em que predominam os grupos de interesses e suas manobras políticas (DWORKIN, Ronald, 2003, p. 301)

No tocante a eutanásia, Dworkin observa três parâmetros: Autonomia do paciente, os interesses fundamentais do paciente e o valor intrínseco da vida. Para Dworkin (2003, 342-343) a solução da problemática da eutanásia está no respeito à autonomia do paciente que puder decidir livremente após ter recebido todas as informações sobre seu quadro clínico, e as eventuais consequências de sua decisão. Repousa na consciência plena de seu estado de saúde a solução para a questão de praticar a Eutanásia ou não.

Sobre os interesses fundamentais do paciente, Dworkin aduz, (2003, p. 344) em síntese, que se trata da vontade do paciente em si, ou seja, quais tratamentos deseja realizar, quando quer realizar, se quiser realizar. Na visão de Dworkin, a decisão de praticar a eutanásia é de responsabilidade do paciente, que escolhe como proceder no fim de sua vida.

Na hipótese de paciente inconsciente, estando impossibilitado de manifestar sua

vontade, fica a cargo de parentes mais próximos (pais, filhos, cônjuge), a decisão de praticar, desde que não se perca de vista os interesses do paciente, pois segundo Dworkin, o paciente é o mais capacitado para discernir o que lhe convém.

O valor intrínseco da vida é, de todos os aspectos elencados por Dworkin, o mais difícil de ser conceituado. Isso se deve ao fato de que há uma relação muito íntima entre o valor intrínseco da vida e a santidade da vida humana, ou valor sagrado da vida. Dworkin em sua obra defende tal posicionamento fazendo uso da lei judaica a respeito da morte, pois para a lei judaica “cada momento da vida humana é considerado intrinsecamente sagrado. Preservar a vida é algo que vai muito além de levar uma vida boa” (DWORKIN, 2003, p. 303). Por isso, é possível parafraseá-lo em uma única frase: o valor intrínseco da vida é o respeito a vida em si.

Entretanto, é cediço que há casos de pacientes que se encontram inconscientes e que nunca manifestaram seu posicionamento sobre a Eutanásia se caso se encontrassem em situação de “morte aparente”. Nestas situações, onde não há, por parte dos entes mais próximos, consciência da escolha do paciente e divergem entre si, qual é a decisão mais adequada?

Para Carlos Alberto Bittar, (2008, 78-79) o direito à vida reveste-se de características dos direitos da personalidade, com destaque à indisponibilidade, pois para Bittar, se trata do direito à vida e não, sobre a vida. E dessa forma, defende a proteção da vida, tendo como ineficaz qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento desse direito, conseqüentemente, se há o silêncio sobre o assunto, não está autorizada a prática da Eutanásia no paciente inconsciente.

Vale destacar aqui, o posicionamento de Barroso e Martel:

É precisamente no ambiente da morte com intervenção que cabe discutir a visão da dignidade que impõe ao indivíduo *a vida como um bem em si*. Como intuitivo, não se está aqui diante de uma situação banal, temporária ou reversível, na qual um indivíduo decide morrer e outros se omitem em evitar ou prestam-lhe auxílio. Justamente ao contrário, trata-se de pessoas que, em condições nada ordinárias, reclamam a possibilidade de renunciar a intervenções médicas de prolongamento da vida. Ou, em outros casos, de optar pela abreviação direta da vida, por ato próprio ou alheio, por estarem acometidos de doenças terminais extremamente dolorosas ou por enfermidades degenerativas que conduzem à perda paulatina da independência. Nessas situações extremas, aparecem outros direitos e interesses que competem com o direito à vida, impedindo que ele se transforme em um insuportável dever à vida. Se, em uma infinidade de situações, a dignidade é o fundamento da valorização da vida, na morte com intervenção as motivações se invertem. (BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. 2010, p. 13)

A prevalência da noção de dignidade como autonomia ou heteronomia determinará os desdobramentos atinentes a morte com intervenção. Logo, a concepção que prestigiar o

reconhecimento do indivíduo como um ser moral e capaz de escolher e assumir o ônus de suas opções será a mais adequada.

Como citam Barroso e Martel (2010, p. 34), há maneiras mais moderadas podem ser debatidas e aplicadas ao sistema de saúde para que a prevalência de morte digna prepondere e que estejam dentro dos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais existentes em nosso ordenamento jurídico. A Ortotanásia é apresentada ao meio jurídico como esta possibilidade. Esta seria uma opção moderada para que o princípio da dignidade humana prevalecesse em situações como as abordadas neste tópico.

A ortotanásia, pode ser conceituada como “morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia” (BARROSO e MARTEL, 2010, p. 06), e para sua efetivação, três medidas seriam necessárias para sua aplicabilidade: a limitação consentida de tratamento; o cuidado paliativo, o controle da dor e os Comitês Hospitalares de Bioética e a educação dos profissionais e a informação do público (BARROSO e MARTEL, 2010, p. 35).

É com este intuito que a prática da eutanásia é tão controversa e incita tantos debates. Aquele que realiza o procedimento de eutanásia, atua com intenção de beneficiar o paciente terminal, apressando o óbito por solidariedade, visando mitigar o seu sofrimento. É sob esta perspectiva que acreditamos que a prática da eutanásia deve ser autorizada.

Entende-se como eutanásia como uma forma de libertação do sofrimento acarretado por um longo período de doença. Independentemente da perspectiva que se adote, a Eutanásia é, entre os três meios de intervenção no fim da vida, o mais radical. Isso se deve ao fato de que, para que seja concretizada, é necessário que o paciente tenha deixado claro, enquanto consciente, que tem interesse na prática, ou que as pessoas mais próximas deliberem a respeito, em casos em que o agente está inconsciente.

Contudo o objetivo deste trabalho é abordar a Eutanásia exclusivamente, e refletir sobre as consequências éticas e jurídicas que este tema traz a comunidade. A seguir, abordaremos alguns casos apreciados pelo Judiciário, em nível internacional, e que fomentam as discussões sobre o tema aqui em nosso País, através do Direito Comparado.

6 A EUTANÁSIA E O JUDICIÁRIO: PRECEDENTES INTERNACIONAIS

A seguir, será analisado alguns casos apreciados pelo Judiciário em âmbito internacional a respeito do tema eutanásia e morte digna. Inicialmente, será abordado o precedente norte-americano, que vetou a prática de suicídio assistido no Estado de Nova York

e estabeleceu que não há um direito em à morte digna, na contramão de todo o alegado pela teoria de Dworkin, exposta neste trabalho até então.

Em seguida, será estudado o caso *Lambert versus França*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2015, que versou sobre o direito à Eutanásia passiva e a inexistência de manifestação de vontade anterior ao incidente que causou o estado do paciente, que gerou a discussão sobre a prática da eutanásia e se esta viola ou não Direitos Humanos. Por fim, em razão de sua similaridade com o direito pátrio, foi escolhido para exemplificação o caso de morte autorizada na Argentina, que em 2015 julgou caso semelhante ao de Lambert, mas que em razões de suas particularidades, merece especial atenção.

6.1 Caso *Vacco vs. Quill* – Suprema Corte dos Estados Unidos

Vacco v. Quill, (1997), é uma decisão histórica da Suprema Corte dos Estados Unidos, respeito do direito de morrer dignamente. Timothy Quill e outros médicos, que exerciam suas atividades em Nova York, ajuizaram a demanda contra o Estado em razão de uma lei que proibia a prática do suicídio assistido e da eutanásia passiva. It ruled 9-0 that a New York ban on physician-assisted suicide was constitutional, and preventing doctors from assisting their patients, even those terminally ill and/or in great pain, was a legitimate state interest that was well within the authority of the state to regulate. In brief, this decision established that, as a matter of law, there was no constitutional guarantee of a "right to die." O Estado de Nova York decretou uma proibição contra o suicídio assistido por médico, tornando-o um crime para um médico para administrar a medicação letal ou de outra forma consciente e intencionalmente acabar com a vida de um paciente, mesmo que terminal.

Vários médicos daquele estado, indignados com este decreto, reivindicaram perante a justiça do direito de morrer dos pacientes, alegando que o paciente possui o direito a dispor de sua vida, em casos de grande sofrimento, e que isso só seria possível com o auxílio dos profissionais da saúde que assistissem o paciente. Eles alegavam, em síntese, que a proibição da eutanásia violava a cláusula do devido processo legal e a garantia da igual proteção das leis protegida pela Emenda nº XIV da Constituição norte-americana.

Entretanto, com uma decisão unânime de 9 a 0, a Suprema Corte norte americana decidiu que na perspectiva de direito, não havia nenhuma garantia constitucional de um "direito de morrer" e que os Estados possuem um interesse legítimo em proibir o suicídio assistido uma vez que a "liberty" defined in the 14th Amendment does not include the right to kill oneself, or assistance in doing so. "Liberdade" definida na Emenda 14, não inclui o direito de matar a si mesmo, ou assistência em fazê-lo, podendo ser aplicada apenas a hipótese de

paciente que se recusa a realizar o tratamento, pois se consciente, tem o direito de aceitar ou não a submissão a qualquer tratamento médico.

6.2 Caso Lambert e outros vs. França – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O caso Lambert vs. França é emblemático e merece atenção quando tratamos de Eutanásia. Vincent Lambert, de 38 anos, sofreu um acidente de carro em 2008 e, desde então, se encontrava em estado vegetativo persistente (EVP), sendo mantido vivo exclusivamente por alimentação artificial. Sua família se encontrava dividida quanto à manutenção das medidas: enquanto os pais eram a favor, a esposa pedia o fim do sofrimento do paciente. Lambert não deixou registrado qualquer interesse de que seus aparelhos fossem desligados se ocasionalmente viesse a passar por tal dilema.

Em junho de 2014, a esposa conseguiu o direito de deixar seu marido morrer. Os pais do paciente, no entanto, entraram com recurso e levaram o caso a Corte Europeia. No entanto, em 05 de junho de 2015, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos autorizou que a França desligasse os aparelhos de Lambert. Dos 17 juízes da Corte, 12 decidiram a favor da eutanásia.

Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, a legislação francesa é suficientemente clara, e desligar os aparelhos de Lambert não viola a Convenção Europeia de Direitos Humanos afirmaram que:

The Court noted that while the direct victim was unable to express his wishes, several members of his close family wished to express themselves on his behalf, while defending diametrically opposed points of view. The Court was required to establish whether the situation was one in which an application could be lodged in the name and on behalf of of a vulnerable person. A review of its relevant case-law revealed the following two main criteria: the risk that the direct victim would be deprived of effective protection of his or her rights, and the absence of a conflict of interests between the victim and the applicant. In the present case the Court did not discern any risk that Vincent Lambert would be deprived of effective protection of his rights since, in accordance with its consistent case-law, it was open to the applicants, as Vincent Lambert's close relatives, to invoke before the Court on their own behalf the right to life protected by Article 2. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005, p. 04)³

Com este posicionamento a Corte Européia foi perscrutora ao tratar do tema em

3 O Tribunal observou que, embora a vítima diretamente não pudesse exprimir os seus desejos, vários membros da sua família mais próxima queriam manifestar-se em seu nome, defendendo simultaneamente pontos de vista diametralmente opostos. O Tribunal de Justiça foi obrigado a verificar se a situação era uma situação em que um pedido podia ser apresentado em nome e por conta de uma pessoa vulnerável. Uma análise da sua jurisprudência revelou dois critérios principais: o risco de privar a vítima direta de uma proteção efetiva dos seus direitos e a ausência de conflito de interesses entre a vítima e o requerente. No caso em apreço, o Tribunal de Justiça não discordou de qualquer risco de privação de proteção efetiva dos seus direitos por parte de Vincent Lambert, uma vez que, de acordo com a sua jurisprudência constante, os recorrentes podiam invocar, como familiares próximos de Vincent Lambert, antes em nome próprio, o direito à vida protegido pelo artigo 2.

âmbito de sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Não há qualquer precedente a respeito na Corte Africana e na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6.3 Caso M.A.D. vs. Argentina – Corte Suprema de Justiça da Argentina

Em 07 de Julho de 2015, a Suprema Corte Argentina julgou caso que tratou do tema Eutanásia como morte digna. A Corte confirmou a decisão de tribunais inferiores sobre o caso do paciente M.A.D., que se encontrava em estado vegetativo na província de Neuquén por causa de um acidente de automóvel desde 1995.

Na decisão, a Corte Suprema considerou que a Lei de Direitos do Paciente (Lei 26.529) contempla a situação dos que, como M.A.D., se encontram impossibilitados de expressar seu consentimento informado e autoriza seus parentes a dar testemunho da vontade do paciente a respeito dos tratamentos médicos que este quer ou não receber. No caso em questão, o Tribunal julgou o caso e reconheceu que:

Desde una perspectiva ética, religiosa y legal, esta tensión entre derechos ha hecho que fuera muy difícil para los operadores jurídicos involucrados la toma de decisiones en casos como el presente. Encontrándose en curso este proceso, se sancionó la Ley 26.742, que incorpora una modificación a la Ley 26.529 sobre “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, y, más recientemente, se dictó el Decreto reglamentario de éstas (Decreto N° 1089/12). La enmienda, se refiriere a procedimientos específicos que antes no se consignaban y que suscitaban dudas acerca de la viabilidad ética de rehusarlos o interrumpirlos como el de autos. La nueva normativa brinda un marco legal que ampara en la toma de decisiones a los médicos y los familiares de las personas que se encuentran en estado de salud irreversible. Se incorpora a nuestra legislación nacional la denominada “muerte digna”, que significa el derecho que tiene todo paciente que sobrelleva una enfermedad irreversible, incurable y se halle en estado terminal o haya sufrido un accidente, a manifestar su voluntad de rechazar por sí o a través de sus representantes (en caso de que no estuviera en condiciones de hacerlo personalmente) procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación y reanimación artificial, cuando los mismos sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y sufrimiento desmesurado. También se contempla el derecho del paciente a recibir información acerca de su enfermedad a fin de que pueda prestar un consentimiento informado, otorgándole la posibilidad de dejar directivas anticipadas; y, para aquellos que no se encuentren en condiciones de dar su consentimiento, la factibilidad de que un representante legal o familiar puede oponerse a los tratamientos médicos. El derecho a llevar adelante una vida con dignidad ha de conllevar también el derecho a morir con dignidad. Precisamente, se procura la posibilidad de poder dejarse de lado aquellos tratamientos médicos extraordinarios que sólo mantienen artificialmente la vida, pero que resultan *vanos* para lograr la cura de la enfermedad o la mejoría del paciente, y que sólo sirven para prolongar una agonía individual y familiar innecesaria. Asimismo, se trata de respetar al ser humano en su fase final, excluyendo el “ensañamiento terapéutico”.⁴ (CORTE SUPREMA ARGENTINA.

4 Do ponto de vista ético, religioso e jurídico, essa tensão entre direitos tornou muito difícil para os operadores jurídicos envolvidos tomada de decisão em casos como este. Encontrando processo contínuo, a Lei 26742, que incorpora uma emenda à Lei 26.529 sobre "Direitos do Paciente em sua relação com os profissionais e instituições de saúde" e, mais recentemente, o Decreto Regulamentar delas foi emitida foi passado (Decreto nº 1089/12). A alteração é trazida para afirmar procedimentos específicos anteriormente não foram refletidos e levantando dúvidas sobre a viabilidade ética de recusá-los ou interrompê-los como o carro. A nova

Cabe salientar que para a Corte, não se trata de hipótese de eutanásia ou suicídio assistido, pois a legislação argentina veda tais práticas, assim como no Brasil, e as classificam como homicídio.

Desde maio de 2012 está vigente a lei de "morte digna" (Lei 26.742) que garante o direito dos doentes terminais a rejeitar cirurgias, tratamentos médicos ou de reanimação para prolongar sua vida e autoriza toda pessoa a antecipar sua vontade, e por essa razão, como consta na sentença "a solicitação de cessação de suporte vital não se trata de uma prática de eutanásia vedada pela lei, mas constitui uma abstenção terapêutica que está permitida".

Esta lei muito se assemelha ao que dispõe o artigo 15 do Código Civil Brasileiro que dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (Código Civil de 2002), porém, com a redação da lei de “morte digna” há a possibilidade de relativizar esta prática aos pacientes terminais, dando-lhes mais autonomia e concretizando assim o princípio da dignidade humana na morte.

O posicionamento adotado neste trabalho consiste em aplicar o princípio da dignidade humana à morte, visto que a morte digna nada mais é que um direito de personalidade. Este posicionamento está em sintonia com as teses defendidas por Dworkin. A eutanásia é um meio de efetivar a dignidade humana em situações como as apontadas pelo jus filósofo em sua obra “O Domínio da Vida”.

Ao buscar na legislação brasileira, entre portarias e resoluções, a prática da eutanásia pode ser pautada no artigo 31, do Código de Ética Médico, que dispõe que é vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução nº 1.931/2009, Aprova o Código de Ética Médica, de 24 de setembro de 2009)

legislação prevê um quadro jurídico que protege na tomada de decisão de médicos e familiares de pessoas que estão em um estado de saúde irreversível. Ele está incorporado em nossa legislação nacional a chamada "morte com dignidade", o que significa o direito de cada paciente que carrega uma doença irreversível, incurável e está em estado terminal ou sofreu um acidente, para expressar a sua vontade de rejeitar si ou através seus representantes (se eles não foram capazes de fazê-lo pessoalmente) procedimentos cirúrgicos, hidratação, nutrição e reanimação artificial, quando eles são extraordinários ou desproporcionados em relação às perspectivas de melhoria e produzir dor excessiva e sofrimento. Direito do paciente é também contemplada para receber informações sobre a sua doença, para que possam dar seu consentimento informado, dando a possibilidade de deixar diretivas antecipadas; e, para aqueles que não são capazes de dar o seu consentimento, a viabilidade de um representante legal ou familiar pode opor-se ao tratamento médico. O direito de levar uma vida com dignidade também deve implicar o direito de morrer com dignidade. De fato, a possibilidade de ser posta de lado esses extraordinários tratamentos médicos que apenas artificialmente sustentam a vida é procurado, mas que são fúteis para alcançar a cura da doença ou melhora do paciente, e apenas servem para prolongar a agonia individual e familiar desnecessária. É também sobre o respeito do ser humano em sua fase final, excluindo o "tratamento médico agressivo".

Ademais, a vida, como bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio, ponderada em face de outros bens jurídicos básicos, como a dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), bem como a liberdade e a autodeterminação (artigo 5º da Constituição Federal), é homenageada quando interpretada em prol dos anseios daquele que se encontra interessado na prática da Eutanásia, visto que mesmo que artigo 5º da Constituição Federal assegure a inviolabilidade da vida, a dignidade deve prevalecer, seja na perspectiva do início da vida, seja ao fim dela, como um direito da personalidade.

6 CONCLUSÃO

É cediço que para tratar de assunto tão sensível como a eutanásia, poucas laudas não bastariam para esgotar o assunto. No entanto, é necessário que o meio jurídico-acadêmico debata cada vez mais sobre este tema que atinge de maneira incisiva o campo de direitos mais íntimos a nossa existência: os direitos da personalidade.

Cabe aos pesquisadores provocar e introduzir o debate sobre as novas perspectivas que as Cortes Judiciais mundo afora lançam e que, com toda a certeza, devem influenciar na construção de um conceito de morte digna que atinja os requisitos estipulados pelo referencial teórico utilizado neste trabalho exaustivamente, com destaque para a obra de Dworkin.

É fundamental compreender a morte como um direito, e conseqüentemente, que a morte com intervenção obedeça a autonomia do paciente e seu direito de decidir sobre o tratamento, além do respeito a outros princípios além da dignidade, como o princípio à justiça, beneficência e não maleficência que embasam a bioética e o biodireito, essenciais para alcançar o bem-estar humano.

Ademais, é preciso que se compreenda o conceito de dignidade humana como autonomia do indivíduo, para que sua vontade prevaleça, acima de imposições religiosas ou morais que não cabem a sociedade definir, e sim, ao titular do direito a que se atribui a dignidade: o próprio indivíduo.

A Eutanásia é apenas um meio, dentre tantos apresentados atualmente pela medicina moderna, para a efetivação da morte digna, devendo ser cada vez mais suscitado pelas pessoas, visto que com o avanço das ciências e das tecnologias, haverá grupos que se manifestarão a favor do prolongamento da vida por meios artificiais e em contraposição, grupos que não acreditarão que o sofrimento seja necessário, e por isso, adeptos a prática da eutanásia.

O objetivo deste trabalho é instigar o interesse do leitor sobre a possibilidade de aplicar a concepção de dignidade em um tema que provoca grande comoção e que é inevitável

a todo e qualquer ser humano, no caso, a morte. Perceber a morte como objeto de tutela do direito, mais especificamente do direito da personalidade, em razão do que dispõe a Constituição Federal e o Código Civil, revela o quão necessário é pensar o direito além do seu exercício em vida, mas também, para aqueles que anseiam abreviar seu sofrimento e que possam descansar em paz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. Ministerio Público Fiscal. AUTOS: “D.M.A. S/DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD”, (Expte. 178/2011) Disponível em: <<http://www.mpfneuquen.gob.ar/index.php/78-mpf-general/446-autos-d-m-a-s-declaracion-de-incapacidad-expte-178-2011>>. Acesso em 10 de maio de 2017.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida**, Revista da EMERJ, v. 13, p. 19-63, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

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

_____. **Lei nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de Morrer Dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado in Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Gisele Mendes. **Aspectos jurídico-penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 1931/2009**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm Acesso em 20 de abril de 2017.

_____. **Resolução CFM Nº 1.480/1997**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm Acesso em 14 de março de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Conceito médico-forense de morte**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 92, p. 341-380, 1997.

DRUMMOND, José Paulo. **Bioética, dor e sofrimento**. Ciência e Cultura. vol.63, n.2, Ano 2011, p. 32-37. Disponível em: <<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v63n2/a11v63n2.pdf>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EUROPEAN COURT HUMAN RIGHTS. **Lambert vs. France**. 2015. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-155352>> Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. **Vacco v. Quill**.

521 U.S. 793/1997. Vacco, Attorney General of New York, et al. v. Quill at al. Decisão majoritária do Juiz Rehnquist. Julgado em 26 de Junho de 1997. Disponível em: <<http://www.nationalcenter.org/Vacco.html>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

FARIAS, Gisela. **Muerte Voluntaria**. Buenos Aires: Astrea. 2007.

GOLDIM, José Roberto. **Bioética e Interdisciplinariedade**. Educação, Subjetividade & Poder, 1997; 4: 24-8. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/biosubj.htm>>. Acesso em 06 de janeiro de 2017.

HORTA, Márcio Palis. **Eutanásia - Problemas éticos da morte e do morrer**. Revista Bioética, v. 7, n. 1, 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/290>. Acesso em 19 de fevereiro de 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

LAUAND, Luiz Jean. **Tomás de Aquino: filosofia e a Pedagogia**. Periódico da Universidade Estadual de Maringá, *Acta Scientiarum*, v. 34, nº. 1, 2012. Disponível em: <periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciEduc/article/download/16083/9168>. Acesso em 09 de janeiro de 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira (org). **Grandes Temas de Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PESSINI Leo. **Questões éticas-chave no debate hodierno sobre a distanásia**. In: Pessini L, Garrafa V, organizadores. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola; 2003.

_____, BARCHIFONTAINE Christian de Paul de. **Eutanásia: Por que abreviar a vida?** In: *Problemas atuais de bioética*. 7ª ed. São Paulo: Loyola; 2005.

PENNA, MOIRA MAXWELL, et al. **Concepções sobre o princípio da não maleficência e suas relações com a prudência**. Rev. bioét.v 20. nº.1, 2012. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/717>. Acesso em 23 de fevereiro de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

SIQUEIRA-BATISTA Rodrigo, SCHRAMM Fermin Roland. **Conversações sobre a “boa morte”**: o debate bioético acerca da eutanásia. Cad Saúde Pública. 2005.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial**: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense; 2005.

_____. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro**. *Revista Bioética*, v. 16, n. 1, 2009.

CONTROLE SOCIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM FACE DO RECONHECIMENTO DE UMA EDUCAÇÃO ESPECIAL INCLUSIVA ESTÁTICA

Vivianne RIGOLDI⁵

RESUMO

O estudo do direito à educação das pessoas com deficiência, na perspectiva da política pública de inclusão escolar, desenvolve-se, doutrinariamente, com o objetivo de analisar as políticas públicas de educação inclusiva, considerando que a participação e aprendizagem dependem, sobretudo, de um sistema educacional de qualidade, não sobrepujado pelo paradigma da mera integração escolar. A presença de sujeitos não governamentais nas diferentes etapas das políticas públicas é indispensável na busca pela efetividade dos direitos fundamentais. A ausência de um sistema efetivo de participação e controle das políticas públicas obstaculiza a fiscalização social e as adequações necessárias durante o processo de execução da política, afastada sobremaneira dos interesses dos educandos com deficiência que não têm oportunizada a participação nos debates de formação e implementação das políticas inclusivas.

PALAVRAS-CHAVE: Educação Inclusiva. Pessoa com Deficiência. Políticas Públicas. Participação Social.

ABSTRACT

El estudio del derecho a la educación de las personas con discapacidad, en vista de la política pública de inclusión escolar, se desarrolla, doctrinalmente, con el fin de examinar las políticas públicas de educación inclusiva, juzgando que la participación y el aprendizaje dependen, sobre todo, de un sistema de educación de calidad, no sobrepujado por el paradigma de la mera integración escolar. La participación de los sujetos no gubernamentales en las diferentes etapas de las políticas públicas, es esencial en la búsqueda por la efectividad de los derechos fundamentales. La ausencia de un sistema eficaz de participación y control de las políticas públicas impide la vigilancia social y los ajustes necesarios durante el proceso de implementación de la política, particularmente los intereses de los estudiantes con discapacidades que no tienen oportunizada participación en las discusiones de la formación e implementación de las políticas de inclusión.

KEY-WORDS: Educación Inclusiva. Persona con Discapacidad. Políticas Públicas. Participación Social

5 Doutora em Direito área de concentração Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino ITE-Bauru. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2009). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP (2002). Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1999). Graduada em Direito (1994). Vice-coordenadora do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília. Docente titular da disciplina de Direito Constitucional. Membro do Conselho de Curso, do Núcleo Docente Estruturante da Graduação em Direito e do CEPE - Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão do UNIVEM. Editora Científica da Revista EM TEMPO (Qualis B1). Pesquisadora cadastrada no CNPq na área de Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. Tem experiência em gestão acadêmica e docência superior na área do Direito, atuando em Direito Constitucional, Sociologia do Direito, Direitos Humanos e Legislação da Educação.

1 INTRODUÇÃO

As políticas públicas são responsáveis pelo movimento de efetivação dos direitos sociais na perspectiva, inclusive, de visibilidade e concretude do Estado e, por isso, são tidas como o Estado em um programa de ação governamental. A construção de uma política educacional, que preserve a política cultural e de valores humanos e em harmonia com os princípios constitucionais fundados na dignidade humana, significa buscar o ideal de justiça social não apenas de maneira retórica, mas de forma que, de fato, impulsione a igualdade e a inclusão social de todos os grupos vulneráveis em situação de marginalização social.

Destarte, o presente artigo, a partir da premissa de participação e inclusão social das pessoas com deficiência em uma educação especial de plena e efetiva interação social, aborda a participação social dos sujeitos de direitos, com o reconhecimento de suas diferenças, assente o momento em que a igualdade formal abre espaço à defesa de todos os estudantes dividirem a mesma sala de aula, aprendendo e participando da vida escolar sem qualquer forma de discriminação que permita, *a priori*, a configuração de uma discriminação educacional que culmine na exclusão social.

Desta feita, indaga-se: o controle social da política pública de educação inclusiva confronta o produto final da ação governamental, ou, sobretudo, favorece a representatividade social em suas diferentes etapas a fim de exigir a concretização social das premissas constitucionais que servem de fundamento à referida política?

Por meio de um estudo bibliográfico e documental, de forma descritiva examinam-se as etapas que compõem as políticas públicas e suas variáveis, com o condão de ressaltar a participação popular e o controle social na construção e execução das políticas e, também, com o intuito de redimensionar a avaliação da efetividade e da qualidade do serviço prestado em conformidade com o interesse público em destaque.

2 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE

A educação é um direito fundamental social e, segundo leciona Vidal Serrano Nunes Junior (2009, p.77), não se pode descurar que os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, concorrendo para demarcar o perfil do Estado que os reconhece e protege. Além disso, destaca o doutrinador:

[...] pensando na importância ou mesmo na imanência de alguns desses direitos à dignidade humana, a Constituição brasileira lançou mão de mais de uma estratégia de positivação que, isolada ou conjuntamente, guardam o objetivo de conformar o conteúdo e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. De feito, de um lado, consagra programas e tarefas, de outro, preconiza direitos imediatamente realizáveis

e exigíveis, quando não fez uso, em relação a um mesmo direito, de mais de uma estratégia de proteção.

Segundo a Constituição brasileira de 1988, a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205), sendo a oferta pública organizada por meio de *regime de colaboração* entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 211) e o ensino livre à iniciativa privada (art. 209). O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é um direito público subjetivo sendo o Poder Público responsabilizado pelo não oferecimento ou pela oferta irregular (art. 208, inc. VII, § 1º).

Portanto, diante da grande preocupação do legislador constituinte com a efetividade do direito à educação, o positivou por meio de três estratégias distintas: a) consolidou a educação como um dever do Estado, revelando-se, portanto, um programa cometido ao Poder Público; b) clausulou a educação como um direito de todos, minudenciado no já tratado art. 208 da Constituição Federal, subscrevendo-a como um direito público subjetivo do cidadão; e, c) criou, por fim, uma garantia institucional pela vinculação de verbas orçamentárias a despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino (GOMES, 2011, p. 185), submetendo por meio do art. 212 da Constituição Federal todos os entes da federação à aplicação de percentuais mínimos da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (NUNES JUNIOR, 2009, p.77).

Acerca desta terceira estratégia constitucional, cumpre frisar que dentre os indicadores para execução das políticas públicas educacionais, o financiamento tem ocupado lugar de destaque e a demanda tem sido abastecida pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) criado pela Emenda Constitucional nº 53/06, regulamentado pela Lei nº 11.494/07 e pelo Decreto nº 6.253/07, em substituição ao antigo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) que vigeu entre 1998 e 2006.

Por força do art. 212 da Constituição Federal de 1988, o Fundeb constitui um fundo estadual especial, formado quase que em sua totalidade por recursos provenientes dos impostos e das transferências dos Estados, Distrito Federal e Municípios vinculados à educação. Em complementação, compõe também o Fundeb uma parcela de recursos federais, sempre que, no âmbito de cada estado, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. Em ambos os casos, os recursos do Fundeb serão integralmente redistribuídos na educação básica.

Frise-se, por oportuno, que qualquer limitação orçamentária que venha fundar a

teoria da reserva do possível e dificultar a efetivação do direito à educação, somente será considerado diante de certas condições e a primeira delas é a de que o mínimo vital esteja satisfeito, incluindo-se portanto, a garantia de acesso à educação básica e de qualidade.

Com efeito, em nenhum momento pensa-se na reserva do possível como instrumento de limitação do direito ao acesso à assistência à saúde ou à educação básica, mas sim como instrumento conformador de demandas sociais que, embora inerentes ao bem estar social e necessárias à realização da personalidade, não se situam nesse limiar mínimo (NUNES JUNIOR, 2009, p.176).

Notadamente, a Constituição brasileira ao lançar mão da positivação do direito à educação básica como direito subjetivo (art. 205 combinado com o art. 208) e criar uma garantia institucional pela vinculação de receitas para gastos com a educação (art. 212) protegeu-o da teoria da reserva do possível que como visto, tem o condão de limitar a realização de direitos sociais às previsões aportadas no orçamento de cada entidade pública. Ao menos em relação ao direito à educação básica, a positivação como direito subjetivo e a garantia institucional, parece razoável que a teoria em pauta, sob a perspectiva jurídico-positiva, seja absolutamente inaplicável.

Não foi em outro sentido que, tentando garantir os direitos mais prementes, especialmente aqueles voltados ao necessário exercício da cidadania e da participação social, como é o caso do direito à educação, o legislador constituinte buscou retirar a implementação de tais prerrogativas do “torvelinho dos litígios partidários, dos programas ideológicos e da disputa de interesses, comuns ao desempenho da atividade político-administrativa” (NUNES JUNIOR, 2009, p.176).

Denota-se, portanto, que a previsão constitucional do direito à educação especial das pessoas com deficiência é norma atributiva de direito público subjetivo e prescinde de lei infraconstitucional, estando além das discussões político-partidárias próprias de cada governo e, portanto, independe de quem esteja ocupando o Poder Político.

Com limpidez normativa o texto constitucional define a prerrogativa subjetiva das pessoas com deficiência, com objetiva indicação do Poder Público como sujeito do dever jurídico de prestá-lo, inclusive com a garantia de atendimento educacional especializado àqueles que dele dependerem para o pleno e efetivo alcance do direito à educação.

Posteriormente, coube às políticas educacionais, em destaque a Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva, esclarecer os objetivos de uma educação que se pretenda inclusiva e, neste sentido, promover: a) o acesso; b) a participação; e, c) a aprendizagem dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação nas escolas regulares.

O Plano Nacional de Educação 2014 também orienta os sistemas de ensino a promoverem respostas às necessidades educacionais das pessoas com deficiência, garantindo a transversalidade da educação especial desde a educação infantil até a educação superior; o atendimento educacional especializado; a continuidade da escolarização nos níveis mais elevados do ensino; a formação de professores para o Atendimento Educacional Especializado e demais profissionais da educação para a inclusão escolar; a participação da família e da comunidade; a acessibilidade em todos os níveis e, finalmente, a articulação intersetorial na implementação das políticas públicas.

Entretanto, as políticas públicas nacionais sofrem, na apreciação de Luciano Coelho Ávila (2016, p. 36), o agravamento de uma verdadeira epidemia nacional representada pela falta de coordenação, planejamento e eficiência dos gastos públicos, que tem como um de seus pilares estruturantes a ausência de entendimento entre os poderes para maior ajuste e responsabilidade com a formulação e a execução das políticas sociais.

Por estas razões, a análise das etapas que compõem a formação e o desenvolvimento de uma política pública e suas variáveis tem o condão de redimensionar a avaliação acerca da eficiência de uma determinada política pública que, desta forma, não se limitará a confrontar tão somente o produto final da ação governamental, mas atentar-se-á, sobretudo, às premissas constitucionais que serviram de fundamento à referida política.

3 METODOLOGIA DE ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DIVISÃO POR ETAPAS

A educação especial no Brasil não tem recebido a necessária atenção no campo das pesquisas jurídicas de sorte a empreender um estudo científico de seu desenvolvimento enquanto objeto de política nacional educacional. Por outro lado, no campo da educação, “a todo momento surge um ‘pioneiro’ com um discurso pretensamente novo ou inovador, ignorando toda a trajetória desta modalidade de ensino, quer no âmbito da sociedade civil, quer no da ação governamental” (MAZZOTTA, 2011, p.12).

No campo das políticas sociais, somente em meados do século XX puderam ser identificados elementos integrantes de reconhecimento de alguns direitos das pessoas com deficiência; antes disso, no século XIX, a organização de serviços destinados ao atendimento de pessoas cegas, surdas ou com deficiência física e mental caracterizava-se como iniciativas oficiais e particulares isoladas, refletindo o interesse pessoal de alguns poucos educadores na área do atendimento educacional das pessoas com deficiência.⁶

6 “Na primeira metade do século XX, portanto, até 1950, havia quarenta estabelecimentos de ensino regular

Da análise dos textos legais colacionados, denota-se que a partir da década de 90 do séc. XX começa a delinear-se uma nova perspectiva de inclusão das pessoas com deficiência na rede regular de ensino. A princípio, a Política Nacional de Educação Especial (1993-1994), numa visão reducionista, integra as pessoas com deficiência nas salas regulares sem, contudo, garantir-lhes o direito à diferença.

A partir do século XXI, a legislação e os planos nacionais começam a apresentar significativa mudança ao incluírem nas políticas sociais de educação regular alguns dispositivos relativos à educação de pessoas com deficiência, dinamizando a relação deficiência e ensino. Conforme visto nos capítulos anteriores, nos últimos anos da primeira década do século XXI, o MEC apontou uma tendência das ações governamentais federais de inclusão da educação especial no contexto da educação regular, diminuindo a centralização e ampliando a participação nas decisões políticas sobre educação especial.

Neste contexto, torna-se inevitável uma ação integrada de definição e execução de políticas de educação inclusiva fundamentada na intercomplementaridade das áreas diretamente ligadas às questões sociais, do que “transparece como indispensável à participação efetiva dos segmentos representativos da sociedade civil na elaboração de propostas básicas para construção de consistentes pilares de uma política de educação” (MAZZOTTA, 2011, p. 143) que se fortaleça de concretude, com clara identidade nos dispositivos constitucionais e no conjunto de políticas sociais nacionais.

Com efeito, destaca Luciano Coelho Ávila (2016, p. 23) que:

[...] aquele que detém a competência para [...] tutelar um direito fundamental – no caso, o direito fundamental implícito aos adequados planejamento e execução de políticas públicas eficazes e efetivas – deve se estruturar adequadamente para o exercício responsável de seu *munus* público, sob pena de, não o fazendo, vulnerar o princípio segundo o qual é vedada a proteção estatal insuficiente aos bens, valores e direitos especialmente eleitos pelo legislador constituinte como merecedores de tutela eficiente.

Tanto na seara do controle preventivo quanto no controle judicial das políticas públicas, a aferição dos mecanismos que compõem as etapas de criação, execução e monitoramento de resultados, deficiências e particularidades são imprescindíveis na busca pela efetividade dos direitos e garantias fundamentais, especialmente em temas multifacetados como os que envolvem as especificidades dos direitos das pessoas com deficiência.

mantidos pelo poder público, sendo um federal e os demais estaduais, que prestavam algum tipo de atendimento escolar especial a deficientes mentais. Ainda, catorze estabelecimentos de ensino regular, dos quais um federal, nove estaduais e quatro particulares, atendiam também alunos com outras deficiências. No mesmo período, três instituições especializadas (uma estadual e duas particulares) atendiam deficientes mentais e outras oito (três estaduais e cinco particulares) dedicavam-se à educação de outros deficientes”. Identificam-se assim, cinquenta e quatro estabelecimentos de ensino regular e onze instituições especializadas, segundo Marcos José da Silveira Mazzotta (2011, p. 27 e 31-32).

Salienta Maria Paula Dallari Bucci (2013, p.33) que, nos países em desenvolvimento, há uma maior exigência para com o Estado no sentido de que o governo deve ser coeso e ter condições de articular a ação governamental requerida para a modificação das estruturas que reproduzem desigualdade.

Sobre o governo recaem as funções de organizar a alocação dos meios públicos, dirigir e executar a Administração Pública e, mais importante, coordenar e planejar a ação coletiva, em diversos níveis e abrangências. A diferença do papel do governo, no contexto do desenvolvimento, reside exatamente na condição de planejamento e execução coordenada da ação.

De acordo com a doutrina de Ávila (2016, p. 47). , o ciclo político-administrativo de criação e execução de políticas públicas deve ser analisado a partir de cinco estágios distintos: a construção (ou montagem) da agenda; a formulação de políticas (instrumentos e *design*); a tomada de decisão política; a implementação de políticas; e a avaliação de políticas (*policy making* como aprendizagem).

Tratando-se de efetividade, a etapa da construção ou montagem da agenda deve ser entendida como um momento crítico do processo de construção das políticas públicas, sobretudo, por envolver diferentes atores e interesses sociais, muitas vezes antagônicos, sendo este estágio importante nas etapas subsequentes da política social, pois quanto maior a abertura para a participação democrática dos atores sociais, menor o risco de decisões equivocadas e ineficiência das políticas públicas.⁷

Evidentemente, a formulação de uma política pública que tenha como objeto a inclusão da pessoa com deficiência estará tanto menos sujeita à reprovação social, quanto mais conexa às demandas deste grupo social vulnerável estiver a identificação e a solução dos problemas prioritários na etapa da montagem da agenda formal oficial do governo.

Neste ponto, cumpre esclarecer que participação popular deve ocorrer no momento da tomada de decisões, antes ou concomitante à elaboração do ato da Administração. O controle social, por sua vez, é direito público subjetivo de o particular, individual ou

7 “A análise de políticas públicas tem como centro a ação do Poder Público. A articulação das ações privadas, parte necessariamente integrante de arranjos complexos e amplos, é vista sob o prisma da mediação estatal. As decisões relevantes ao olhar das políticas públicas acontecem no seio do poder governamental. O balanço entre a parcela da decisão que recai sobre o Executivo e o Legislativo depende de vários fatores, até mesmo do regime de governo. Nos regimes parlamentaristas, naturalmente o Parlamento têm grande influência sobre as linhas principais das políticas públicas adotadas pelo governo. Nos regimes presidencialistas, isso depende do vigor da representação política no Poder Legislativo. Quando mais o Parlamento corresponder ao espaço de representação das forças sociais, maior tende a ser o seu peso na escolha dos vetores das políticas públicas. Ao reverso, quanto mais débil ou mais artificial ou ainda mais segmentada em benefício de classes ou grupos sociais for a representação parlamentar, mais o embate entre interesses fundamentadores de políticas públicas tende a se deslocar para o interior do aparelho administrativo. Trata-se de ‘abrir a caixa preta’ do Estado, no que concerne aos processos jurídico-institucionais de construção e implementação das decisões governamentais” (BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas Sobre a Metodologia Jurídica de Análise de Políticas Públicas. In: **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Forum. 2008. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/43106561>>. Acesso em: 10 ago. 2016).

coletivamente, submeter o poder político estatal à fiscalização da execução ou aplicação das normas jurídicas ao caso concreto, a fim de verificar sua concretização na forma estabelecida (SIRAQUE, 2009, p.112).

Assim, com o objetivo de contribuir para a criação de fórmulas de organização e estruturação do Poder Público, capazes de tornar efetiva sua intervenção, acelerando o processo de modernização, de redução da desigualdade e de inclusão social, Maria Paula Dallari Bucci propõe uma construção teórica sistematizada da abordagem das políticas públicas de tal sorte a apontar pressupostos teóricos que subsidiem juridicamente tanto sua análise quanto sua formulação, considerando a ação governamental em escala ampla e criando canais e processos de organização e participação de forças sociais (BUCCI, 2013, p. 36-37 e ÁVILA, 2016, p. 101).

Partindo do conceito de política pública como programa de ação governamental cada um dos processos estruturantes de atuação do Poder Público deve ser analisado nos termos de uma relação jurídica processual. A organização interna da atividade administrativa (processo administrativo), a defesa judicial das demandas por realização e implementação de políticas públicas (processo judicial), a participação do governo na elaboração das normas (processo legislativo) e, finalmente, a alocação de meios para as políticas públicas (processos orçamentário e de planejamento) são as etapas dispostas numa vertente processual, com a finalidade de descrever como ocorrem conexões entre a política e o Direito, cujas tensões movem a formação e a implementação das políticas públicas.⁸

Uma metodologia jurídica neste sentido possibilita esclarecer as formas próprias de incidência dos controles, sejam judiciais ou não, sobre os elementos e as omissões presentes nas políticas públicas, o que contribui, ao final, para a efetivação dos direitos nelas dispostos.

4 ABERTURA PARTICIPATIVA NAS DIFERENTES ETAPAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Em ambas as doutrinas, tanto em Ávila como em Bucci, quanto mais qualificada, efetiva e setorizada a intervenção dos agentes sociais e de judicialização nas etapas, especialmente as iniciais, de planejamento das políticas públicas sociais, maior a tendência de direcionamento de eventual controle de forma pontual e não sobre a totalidade da ação, o que no mais das vezes acarreta desvios de interpretação dada a complexidade dos problemas que envolvem as premissas iniciais de formulação das políticas, como é o caso discutido da

8 Em outras palavras: “A proposta é aplicar a noção de relação processual como esquema analítico aos diversos processos conduzidos pelo Poder Público que levam à formação das políticas públicas” (BUCCI, 2013, p. 145).

complexa dicotomia educação especial/inclusão social das pessoas com deficiência.

A aplicação do modelo cognitivo do processo judicial ao processo administrativo leva Bucci a afirmar que o contraditório, enquanto noção jurídica que sintetiza a contraposição de interesses mediada pelo Direito, da qual resulta a decisão, ideia-síntese do conflito regrado e institucionalmente processado, representa, em sentido político, a abertura para o debate entre os interesses que fomentam as políticas públicas, sendo, por esta razão, na instauração e no desenvolvimento do contraditório, que se pode entender o processamento das tensões sociais no desenrolar da ação governamental.

Salienta, outrossim, que “as formas representativas podem eventualmente serem mais fiéis à presença da multiplicidade de interesses no cenário decisório do que a participação direta, que do ponto de vista prático, na sociedade em geral, é seletiva” (BUCCI, 2013, p.135 e 141), em virtude da assimetria de meios de participação efetiva como a ausência de recursos para deslocamento e participação em reuniões, contratação de especialistas para laudos técnicos, dentre outros impedimentos que podem obstaculizar a ampla participação nos debates.

Entretanto, não se pode desconsiderar que a participação cidadã tem entre suas finalidades atender aos fundamentos e princípios estabelecidos pela Constituição Federal, especialmente os prescritos pelos arts. 1º e 3º, que visam a promoção da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do pluralismo político, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da garantia do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais, da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (SIRAQUE, 2009, p.120).

Portanto, a magnitude da democracia está em se ampliar as alternativas institucionalizadas, não somente de representatividade, mas também de participação direta dos agentes sociais, de modo a alçar os modos de expressão dos interesses sociais que, não raras vezes, ultrapassam a representatividade tradicional.

4.1 Por uma efetiva participação popular na gestão dos serviços públicos: hora de superar o déficit de representatividade

Segundo a doutrina de Walter Claudius Rothenburg (2006, p. 137), aqueles que estejam comprometidos em fazer valer os direitos das pessoas com deficiência, incluindo elas próprias na medida de suas possibilidades, devem começar procurando os Conselhos que, em

diferentes áreas, representam a participação da comunidade na gestão de serviços públicos, especialmente o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (Lei nº 10.683/03). As entidades da sociedade, como as associações e organizações não governamentais, são outro espaço próximo e simples de articulação e reivindicação. Além destes, tem-se ainda os órgãos públicos, tanto os que têm o dever de prestar os serviços específicos (como secretarias, hospitais, escolas), quanto os que têm o dever de zelar pelo funcionamento adequado e reprimir o mau funcionamento (aqui incluídos o Ministério Público e a Justiça).

Desde a década de 70 a ideia de se reduzir a democracia para se garantir a governabilidade, uma vez que uma pretensa sobrecarga de democracia seria a responsável pela crise de governabilidade, fundamenta teorias elitistas da democracia, provocando um *déficit* democrático que somente começa a ser questionado a partir da década de 90 quando ocorre a abertura política para a adoção de um modelo democrático do regime político capaz de assegurar, além da participação formal, por meio de eleições periódicas, outros mecanismos de participação popular, como a constituição de Conselhos formados paritariamente por representantes do Poder Público e da comunidade, com competência para estabelecer, gerir e avaliar as políticas públicas (ALVES, 2013, p.233).

Entretanto, cumpre asseverar que, conquanto se afirme que “a deliberação das políticas públicas, pelos Conselhos acontece depois de amplos debates, através de fóruns, convenções, assembleias” (GOMES, 2011, p. 242), ressalva Fernando de Brito Alves (2013, p. 237) que:

Existe uma série de objeções levantadas à eficácia da atuação dos conselhos de políticas públicas quando se compreende eficácia como capacidade de deliberar, controlar e fazer cumprir suas decisões. Entre as objeções mais comuns, tem-se que a paridade normalmente se reduz à paridade numérica, legal ou normativa, sem que haja de fato igualdade material nas condições de acesso à informação, de capacidade técnico-política dos respectivos conselheiros, principalmente no que diz respeito à disponibilidade de tempo, recursos físicos, humanos e tecnológicos, o que faz com que os representantes governamentais tenham melhores condições nos processo de deliberação pública.⁹

Quanto à representatividade, destaca o autor, é difícil assegurar que a escolha dos conselheiros seja de fato democrática, sob a perspectiva da sociedade civil, uma vez que os representantes populares nos conselhos não são submetidos a qualquer procedimento de legitimação substantiva não sendo eleitos pelo voto universal e por isso não recebendo uma

9 Para exemplificar, analisando-se especificamente o Conselho Municipal de Saúde de Curitiba a respeito da iniciativa de debate, é possível constatar que os atores governamentais se fazem presentes em 60,2% dos casos (o segmento gestor em 31,6% e o apoio técnico estatal em 28,6%), situação que se repete no Conselho Municipal de Assistência Social de Curitiba, onde são gestores com 58,3% das iniciativas, seguidos pelos prestadores de serviços, com 12,5% das iniciativas (ALVES, 2013, p. 238).

delegação explícita como seria desejável em um regime democrático. Neste sentido, não se pode negar que a legitimidade dos conselheiros é meramente instrumental e decorre da relação que possuem com as entidades ou setores da sociedade os quais representam e com os quais devem manter um processo de interlocução permanente (ALVES, 2013, p.237).

Outros dois pontos importantes na apreciação do *déficit* de representatividade encontram-se no excesso de consenso dentro dos Conselhos,¹⁰ o que é evidentemente contrário às expectativas dos processos de deliberação pública, com tendência para a generalização do fenômeno nos diversos conselhos de políticas públicas e, em segundo, na falta de efetividade dos Conselhos pelo restrito envolvimento da sociedade civil em razão da carência de publicização das ações dos respectivos Conselhos, das agendas ou ainda de suas deliberações (ALVES, 2013, p. 238).

Portanto, pode-se denotar que, não obstante os Conselhos serem importantes espaços de negociação entre Estado e sociedade civil para diluição das tensões preexistentes à ação governamental, deve, para além destes, o Poder Público criar condições de participação direta dos interessados por meio da implementação de outros procedimentos, tais como consultas e audiências públicas¹¹ para coleta de proposições, postulações e críticas à ação governamental, a fim de ampliar as formas de participação direta, considerando-se inclusive que os segmentos vulneráveis da sociedade contam com organizações sociais próprias para o debate de interesses específicos.

CONCLUSÕES

Na atualidade, os Conselhos de políticas públicas representam um avanço da participação popular na gestão das políticas, pois superam a ideia original de que as políticas públicas representam uma ação sistemática e unilateral do Estado, que provocava um *déficit* de participação popular em todas as etapas das políticas públicas. Representam, assim, a principal técnica de interação entre integrantes de órgãos governamentais e não governamentais (Estado e sociedade civil), na gestão de políticas públicas ou programas,

10 “Novamente exemplificando, constatou-se que raramente as iniciativas de discussão de um assunto no Conselho Municipal de Assistência Social de Curitiba foram seguidas pela reação de outro ator [...] esse cenário se repete no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Curitiba, onde se constatou que ‘em pouquíssimas vezes aconteceu diálogo entre dois atores no interior da arena, o que aponta a possibilidade de uma reduzida incidência de conflito nesse espaço’” (ALVES, 2013, p. 239).

11 “Conceitualmente a audiência pública é uma espécie de participação funcional, coletiva e direta dos cidadãos nos processos de deliberação do poder público, em sentido lato. É funcional visto que consiste na atuação cidadã fora do aparato da administração pública, mas em atividade materialmente pública, que se desenvolve com o auxílio ou concordância da própria administração; é coletiva porque envolve a atuação de uma pluralidade, que se reúne para uma pauta específica, que, depois de esgotada, perde o objeto, e isso a distingue dos conselhos; é direta, visto que ordinariamente ela ocorre sem a intermediação de representantes eleitos” (ALVES, 2013, p. 213).

que se constituem como órgãos públicos de composição prioritariamente paritária entre a sociedade e o governo, criados por lei, nas hipóteses previstas na Constituição Federal, ou em outras, em que a transcendência e a relevância dos interesses públicos geridos demandam uma abertura democrática na gestão das políticas públicas.

Contudo, diante das deficiências apontadas nos mecanismos de formação e atuação dos Conselhos, e a partir da divisão das políticas públicas em etapas, inferiu-se que o controle social nas fases de construção e execução das políticas inclusivas não alcançou um nível ideal de representatividade democrática, sendo imprescindível o fortalecimento dos mecanismos de instrumentalização de uma participação popular mais ativa e direta, não somente necessária, mas legítima nas etapas iniciais das políticas públicas e, com mais razão, um controle social efetivo nas fases de execução em que os projetos saem do papel para transformar a realidade social.

Conforme demonstrado, inobstante os Conselhos representarem significativos espaços de articulação entre Estado e sociedade civil para diluição das tensões preexistentes à ação governamental, deve, para além destes, o Poder Público fortalecer a participação direta dos educandos com deficiência nas diferentes etapas das políticas públicas, por meio procedimentos singularmente efetivos, tais como consultas e audiências públicas para coleta de proposições, postulações e críticas à ação governamental, de tal sorte a ampliar e qualificar as formas de participação direta, especialmente porque vários segmentos vulneráveis da sociedade, como é o caso das pessoas com deficiência, contam com organizações sociais específicas legitimadas para o debate de seus interesses.

No mesmo sentido, deve o Poder Público criar condições de participação direta nas questões públicas relativas aos grupos vulneráveis por meio da garantia de informação organizada e adequada, imprescindível para o cumprimento do dever de prestação de contas das autoridades e gestores públicos, alcançando assim a necessária transparência das informações tanto para conhecimento público, quanto para abertura de diálogos e debates em potencial.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. A Proteção Jurídica dos Grupos Vulneráveis e das

Minorias. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 04, nº13, p. 01-13. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas Públicas de Prestação Social**: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014-a.

_____. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014-b.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. Brasília/DF: Coordenadoria Nacional Para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2011-a.

_____. **Barrados**: pessoa com deficiência sem acessibilidade – como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar. Rio de Janeiro: KBR, 2011-b.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10ª ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. **Entre o Passado e o Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2014.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa Portadora de Deficiência**: direitos e garantias. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BREGA FILHO, Vladimir. **Conteúdo Jurídico das Expressões Relativas aos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2001. 197 f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Pós-Graduação, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2001.

BRITO, Jaime Domingues. Minorias e Grupos Vulneráveis: aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das políticas públicas. *In: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*. Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas Sobre a Metodologia Jurídica de Análise de Políticas Públicas. *In: Políticas Públicas*: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Forum. 2008. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/43106561>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. **Fundamentos Para Uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARRARO, Atílio; GOBBI, Erica; GREGUOL, Márcia. Formação de Professores Para a Educação Especial: uma discussão sobre os modelos brasileiro e italiano. *In: Revista Brasileira de Educação Especial*, vol. 19, nº 03, p. 307-324. Marília, jul./set. 2013.

CARVALHO, Rosite Edler. **Educação Inclusiva: com os pingos nos “is”**. Porto Alegre: Mediação, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O Princípio da Igualdade e a Escola**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo – IEA/USP. 2014. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/artigos>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

DRAGO, Rogério. **Inclusão na Educação Infantil**. Rio de Janeiro: Waak, 2014.

FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Definição de Discriminação. *In: GUGEL, Maria Aparecida et al. Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

FONSECA-JANES, Cristiane Regina Xavier; OMOTE, Sadao. Os Cursos de Pedagogia da Universidade Estadual Paulista e a Educação Inclusiva. *In: Revista Brasileira de Educação Especial*, vol.19, nº 03, p. 325-342. Marília, jul./set. 2013.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Maria Tereza Uille. **Direito Humano à Educação e Políticas Públicas**. São Paulo: Juruá, 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa: princípio constitucional da igualdade**. São Paulo: Renovar, 2001.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. **Direito à Educação: judicialização, políticas públicas e efetividade do direito fundamental**. 2ª ed. São Paulo: Jurídica, 2016.

LAFER, Celso. Apresentação. *In: BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. *In: GUGEL, Maria Aparecida et al. Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica,

2007.

LUCAS, Javier de. *Solidaridad y Derechos Humanos*. In: ACOSTA, Juan José Tamayo. **10 Palabras Clave Sobre Derechos Humanos**. Madri: Verbo Divino, 2005.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial**: limites institucionais, democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos**: ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão Escolar**: o que é? por quê? como fazer? São Paulo: Summus Editorial, 2015.

MARIÑO, Fernando M. *Proteccion de las Minorias y Derecho Internacional*. In: GARCIA, Rafael de Lorenzo (coord.). **Coleccion Solidaridad**. Madrid: Civitas, 1994.

MARTINEZ PISÓN, José. **Tolerancia y Derechos Fundamentales en las Sociedades Multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001.

MAZZOTTA, Marcos José da Silveira. **Educação Especial no Brasil**: história e políticas públicas. São Paulo: Cortez, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORGADO, Fabiane Frota da Rocha *et al.* Facilitadores e Barreiras Percebidos por Pessoas com Cegueira Congênita Para a Prática de Atividade Física. In: **Revista Brasileira de Educação Especial**, vol.19, nº 03, p. 379-394. Marília, jul./set. 2013.

NEME, Eliana Franco. Dignidade, Igualdade e Vagas Reservadas. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (org.). **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição Federal de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

ONEESP. Observatório Nacional de Educação Especial. **Relatório Parcial 4 de Atividades do Programa Observatório da Educação Edital nº 038/2010/CAPES/INEP**. Projeto nº 39/2010. Ano Base 2014/2015. Disponível em: <<http://www.oneesp.ufscar.br/publicacao-do-oneesp>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitucion**. Madrid: Tecnos, 1984.

- _____. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitucion.** Madrid: Tecnos, 2003.
- PINHEIRO, Flavia de Campos. **As Associações Como Instrumentadoras dos Direitos das Pessoas com Deficiência.** 2016. 213 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2016.
- POZZOLI, Lafayette. Pessoa Portadora de Deficiência e Cidadania. *In:* ARAUJO, Luiz Alberto David (org.). **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. O Direito como Função Promocional da Pessoa Humana: inclusão da pessoa com deficiência – fraternidade. *In:* MACHADO, Edinilson Donisete; NAHAS, Thereza Cristina; PADILHA, Norma Sueli (orgs.). **Gramática dos Direitos Fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois.** São Paulo: Elsevier, 2009.
- _____. **Justiça Participativa.** São Paulo. 2009. Disponível em: <http://www.lafayette.pro.br/artigos_justica.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- RIGOLDI, Vivianne. Atendimento Educacional Especializado: do direito à educação especial à educação inclusiva. *In:* AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi. **Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais.** São Paulo: Boreal, 2011.
- RIGOLDI, Vivianne; SOARES, Andréa Antico. **O Direito ao Trabalho Digno na Perspectiva da Educação Especial Inclusiva.** João Pessoa: Conpedi, 2014.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *In:* **Revista Interesse Público**, ano 01, nº 04, p. 23-48. São Paulo, out./dez. 1999.
- _____. **Direito De Para Todos.** Belo Horizonte: Fórum, 2004-a.
- _____. Vida Digna: direito, ética e ciência – os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos. *In:* ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **O Direito à Vida Digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004-b.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais.** São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- _____. O Acesso ao Acesso: quem é competente para as questões de direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais? *In:* ARAUJO, Luiz Alberto David (org.). **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Direitos Fundamentais.** São Paulo: Método, 2014.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 15ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: estudos de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle Social da Função Administrativa do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SORIANO DÍAZ, Ramón L. *Los Derechos de las Minorías.* In: CABRERA, Carlos Alarcón; MOLINA, Juan Jesús Mora; SORIANO DÍAZ, Ramón L. **Diccionario Crítico de los Derechos Humanos.** Andalucía: Universidad Internacional de Andalucía, 2000.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Direito Educacional.** São Paulo: Verbatim, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais:** uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEYNE, Bruno Cunha. **O Princípio da Dignidade Humana:** reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

(IN) SEGURANÇA JURÍDICA, PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E HC 126.292/SP DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marcos Paulo dos Santos Bahig MERHEB¹²
Matheus Arcangelo FEDATO¹³

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a análise da importância da segurança jurídica, notadamente sob o viés da legalidade das normas jurídicas e sua relação com a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a não culpabilidade. O artigo se propõe a circular os aspectos da segurança jurídica dentro da problemática do respeito à legalidade pela decisão judicial em apreço no Estado Democrático de Direito, sendo necessário estabelecer critérios que não estejam conexos com um casuismo discricionário, a fim de dar-se estabilidade às relações sociais e previsibilidade de entendimento do judiciário. Imperativo, portanto, se discutir, realizar apontamentos e estabelecer limites às decisões judiciais, posto que o abuso do subjetivismo pode levar à instabilidade social. Justifica-se, então, o trabalho, pela importância da obediência a lei e à manutenção da ordem das instituições dentro de um Estado de Direito. O trabalho propõe-se a analisar os principais aspectos relacionados à segurança jurídica dentro de um Estado Democrático de Direito, buscando a obediência da legalidade pelas decisões judiciais, principalmente a proferida no HC 126.292 do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Jurídica. Legalidade. Estado Democrático. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study is to analyze the importance of legal certainty, particularly in the light of the legality of legal norms and their relation to the application of the decision of the Federal Supreme Court on non-culpability. The article proposes to circulate the aspects of legal certainty within the problematic of the respect to the legality by the judicial decision under examination in the Democratic State of Right, being necessary to establish criteria that are not related to a discretionary casuism, in order to give stability to the Social relations and predictability of the judiciary. It is therefore imperative to discuss, make notes and establish limits to judicial decisions, since the abuse of subjectivism can lead to social instability. Work, therefore, is justified by the importance of obeying the law and maintaining the order of institutions within the rule of law. The paper proposes to analyze the main aspects related to legal security within a Democratic State of Law, seeking the compliance of legality with judicial decisions, especially that given in HC 126.292 of the Federal Supreme Court.

KEY-WORDS: Legal certainty. Legality. Democratic State. Federal Court of Justice.

INTRODUÇÃO

12 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: marcosmerheb@hotmail.com.

13 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: matheus.fedato@outlook.com.

O presente trabalho tem como objeto a análise da importância da segurança jurídica, notadamente sob o viés da legalidade das normas jurídicas e sua relação com a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a não culpabilidade. O artigo se propõe a circular os aspectos da segurança jurídica dentro da problemática do respeito à legalidade pela decisão judicial em apreço no Estado Democrático de Direito, sendo necessário estabelecer critérios que não estejam conexos com um casuísmo discricionário, a fim de dar-se estabilidade às relações sociais e previsibilidade de entendimento do judiciário.

Desde há muito a humanidade tem se preocupado com a estabilidade das relações sociais, buscando segurança e previsibilidade para a convivência em sociedade. Nessa linha, o Direito tem papel importantíssimo na garantia da ordem por ele instaurada, de forma a impossibilitar que arbítrios sejam realizados pelos atores sociais. A segurança jurídica é pilar fundamental na manutenção das relações em sociedade, objetivando que se possam prever as consequências dos atos praticados.

Pela legalidade se instrumentaliza a busca pela segurança jurídica, pois promove a formalização das consequências de determinadas condutas, gerando um grau de observância geral para todos os componentes de um Estado, que deverão se ajustar as disposições legais para pautar suas atividades. Dentre esses estão os magistrados que, em suas decisões, deverão observar o prescrito em lei para poder proferir suas decisões, sendo que a desconsideração do colocado pela lei culmina em discricionariedade e violação da legalidade, gerando insegurança jurídica.

Imperativo, portanto, se discutir, realizar apontamentos e estabelecer limites às decisões judiciais, posto que o abuso do subjetivismo pode levar à instabilidade social. Justifica-se, então, o trabalho, pela importância da obediência a lei e à manutenção da ordem das instituições dentro de um Estado de Direito. O trabalho propõe-se a analisar os principais aspectos relacionados à segurança jurídica dentro de um Estado Democrático de Direito, buscando a obediência da legalidade pelas decisões judiciais, principalmente a proferida no HC 126.292 do Supremo Tribunal Federal.

1 A SEGURANÇA JURÍDICA DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A segurança nas relações entre indivíduos na sociedade sempre foi algo buscado, desde os primeiros homens, quando começaram a se reunir em grupos para proteção e comodidade, até aos dias atuais, em que a estabilidade das relações é muitas vezes posta em

cheque¹⁴. Fala-se muito na sociedade de risco¹⁵, na qual não seria possível prever os resultados das ações humanas devido à complexidade das relações sociais.

Ao Direito é dada a missão de regular as atividades dos atores sociais, sendo o instrumento criado para que se pudesse obter maior segurança nas interações entre os indivíduos. Dessa maneira, um dos objetivos outorgados ao Direito é o de garantir à segurança jurídica das relações por ele resguardadas, prevendo assim como se darão determinadas condutas humanas e as suas consequências.

A regulação das sociedades no decorrer da história sempre esteve ligada à observância de normas, sejam morais, sejam jurídicas. O jusnaturalismo, ou a crença no Direito natural, perdurou por um longo período de tempo, sendo substituída¹⁶ pelo positivismo jurídico, de viés iluminista e cientificista, que buscava a separação entre o ser e o dever-ser do Direito. A segurança social existente no jusnaturalismo estava baseada em leis morais, facilmente modificáveis, sendo o futuro de um caso decidido por regras baseadas em um senso comunitário de justiça.

O Jusnaturalismo perdurou até aproximadamente o final do século XVI e possuía como característica a crença em um direito imutável e universal, possuindo grande inspiração metafísica, baseando suas concepções em valores morais de justiça e na dignidade do ser humano. Foi posteriormente contraposto pelo ideal positivista, que surgiu primeiramente como filosofia, com Augusto Conte, cheio de inspirações iluministas. O positivismo filosófico entendia o conhecimento científico como a única forma possível de conhecimento, rejeitando concepções baseadas em crenças morais ou religiosas que não fossem comprovadas por meio de métodos.

Posteriormente teve início o chamado Positivismo Jurídico, chamado de Positivismo Exegético ou Paleopositivismo, que caracterizava-se pela aplicação da “letra fria” da lei, não sendo possível que o juiz julgasse um fato de maneira moral ou que alegasse lacuna ou obscuridade no texto legal. Teve sua afirmação histórica notadamente dada pelo Código Civil de Napoleão¹⁷, o qual proibia os juízes de alegarem impossibilidade de julgamento pela existência de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei¹⁸.

14 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 37.

15 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 69.

16 Evita-se aqui o uso do termo “superção histórica” posto que dá a entender que existe uma linha linear de progresso ao longo do tempo. Nessa linha: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à História do Direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

17 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 63.

18 Artigo 4º do Código Civil: “O juiz que se recusar a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou

A finalidade de tal linha de pensamento e de tal dispositivo era possibilitar que houvesse uma segurança jurídica dentro do Império Napoleônico, que havia dominado a Europa e se via obrigado a regular as mais diversas culturas e modelos jurídicos. Como solução criou-se um sistema considerado completo, sem contradições, lacunas ou obscuridades, capaz de reger as mais diversas situações sem correr o risco de que para cada situação semelhante exista uma resposta diferente.

O positivismo jurídico buscava o fundamento do Direito em leis postas e que deviam ser seguidas em conformidade estrita com os enunciados legais, promovendo, dessa forma, maior garantia de segurança jurídica para as relações sociais. As consequências para as condutas humanas deveriam ser reguladas pela lei e o julgamento destas também deveria pautar-se pela legalidade. O uso de argumentos morais ou que não encontrem abrigo na legislação devem ser repelidos, haja vista a incompatibilidade com o ordenamento vigente.

Nessa linha de pensamento, Kelsen, precursor do Positivismo Normativista, exaltou em sua obra “Teoria Pura do Direito” a imperatividade da existência de uma teoria que fosse capaz de separar a Moral do Direito. Assim, logo no prefácio da obra acima referida ele já anuncia seu objetivo, qual seja “desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto”¹⁹.

No Brasil o positivismo jurídico tem sido adotado, e encontra-se no sistema de *Civil Law*, pelo qual as decisões judiciais devem se basear em leis e não em precedentes, como é o caso do *Common Law*. O ordenamento jurídico para o positivismo possui pretensão de completude, coerência e segurança. Partindo-se de tal pressuposto, a análise da segurança jurídica direcionada à aplicação do Direito pelas decisões judiciais toma como necessária a observância da legalidade.

Pela legalidade, ou princípio da legalidade, como é comumente conhecida, tem-se que as condutas humanas, para serem juridicamente exigíveis devem estar devidamente colocadas em um diploma legal dotado de vigência. Em outras palavras, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme determinação do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. Constitui-se como princípio basilar do Estado de Direito, estando na essência de seu conceito a subordinação à Constituição e a fundamentação na legalidade democrática²⁰.

insuficiência da lei poderá ser punido como culpado por denegação de justiça”. PERELMAN, Chäim. *Lógica Jurídica*. Trad. Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 24.

19 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Prefácio à primeira edição. p. VII.

20 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25.ed. São Paulo:Malheiros Editores,

Portanto, a legalidade constitui uma garantia democrática conquistada durante a história, que visa possibilitar a liberdade dos indivíduos frente ao Poder Estatal, só podendo sofrer restrição se houver determinação legal que emane a observância ou não de determinada conduta. Dessa maneira, não devem ser toleradas leis de exceção, eleitas para cada caso de forma arbitrária, visando impor ações alheias aquelas previstas pelo ordenamento.

A legalidade visa proporcionar a igualdade entre os cidadãos, não importando a condição social do indivíduo, o qual só poderá sofrer alguma sanção ou somente terá que obedecer uma conduta se está estiver prevista por uma disposição legal emanada pelo Estado, respeitadas as formas legais de procedimento.

Importante aqui mencionar as distinções entre legalidade e reserva legal. Para José Afonso da Silva, “o primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo julgador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal”²¹.

Assim, por reserva legal deve entender-se aquela reserva estabelecida pela Constituição ao legislador para a edição de uma lei visando regulamentar determinada matéria. Difere-se da legalidade pois está ligada a uma determinação constitucional que implica um agir legislativo em determinada matéria. O legislador constitucional reserva ao legislador ordinário o poder de criar uma lei de matéria pré-determinada.

A legalidade tem a ver com um direito fundamental de liberdade, da impossibilidade de intromissão na vida individual que não seja por meio de lei, possuindo uma maior abrangência do que a reserva legal. Como exemplos da reserva legal tem-se o disposto pelo artigo 5º, XIII, que determina: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; e pelo artigo 9º, §1º, que diz: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, ambos da Constituição Federal.

Ainda, a influência da reserva da lei pode ser observada na legislação tributária, onde não se permite exigir ou aumentar tributo sem que lei estabeleça, conforme estabelece o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal. Reveste de garantia do contribuinte perante o Estado, não podendo vir a ser surpreendido por algum tributo não previsto em lei. Segundo José Afonso da Silva²², a legalidade tributária é composta por dois princípios, quais sejam o da reserva da lei e o da anterioridade da lei tributária (art. 150, III).

Em matéria penal, a legalidade se manifesta no artigo 5º, XXXIX, da Constituição

2005. p. 420.

21 Ibidem. p. 422.

22 Ibidem. p. 429.

Federal, que determina a inexistência de crime sem lei anterior que o defina, nem de pena sem prévia cominação legal. Que é a materialização do axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*. Dessa maneira, não pode haver nenhuma tipificação criminosa ou pena de qualquer natureza sem a existência de previsão legal. É uma grande garantia do direito de liberdade, impossibilitando uma sanção casuística e arbitrária, sendo a lei, assim, uma barreira de proteção contra ingerências na vida pessoal.

Outro ponto importante quanto a segurança jurídica está relacionado à aplicação do Direito pelos magistrados, que também estão adstritos à lei, e por isso, não devem fundamentar suas decisões baseadas em argumentos morais ou que não estejam positivados na lei. O uso da discricionariedade pelos juízes se mostra perigoso para a segurança jurídica.

O fundamento da legalidade é o de eliminar as possibilidades de sanções às condutas que não estejam previstas pela lei. É preciso muito cuidado quando se aplica o texto legal, pois nesse momento ainda vige a necessidade de obediência as previsões legislativas. O respeito pela separação entre o que o magistrado acha que deve ser e o que a lei prevê para o caso deve estar presente quando se for proferir decisões judiciais.

Tal preceito está ínsito no pensamento positivista, que é totalmente contra ao uso da moral para a decisão de casos jurídicos, posto que seria uma volta ao Direito Natural e ao senso de equidade. Pela segurança jurídica, o que o Direito é não deve ser confundido com o que o Direito deve-ser, pois não cabe ao magistrado, em sua decisão, determinar o que o Direito tem que ser.

Além disso, outro problema é a oscilação das decisões judiciais mesmo estando baseadas nos mesmos dispositivos legais. A mudança de interpretação e de posicionamento de magistrados em decisões gera danos à segurança jurídica, tendo em vista a expectativa de estabilidade do sistema. “Ao lado da certeza e estabilidade do ordenamento, a noção de segurança está fortemente ligada à ideia de previsibilidade, de proteção de expectativas”²³.

Claro que a interpretação do Direito pode mudar com o tempo, mas a oscilação em um tempo muito curto é algo complicado de se lidar. Ainda, a mudança de posicionamento sobre temas tão fundamentais e que deveriam ser ao menos constantes estão cada vez mais sofrendo com mudanças repentinas. Dependendo de onde o caso for julgado, uma decisão diferente poderá ser proferida, mesmo estando ambas baseadas pelo mesmo dispositivo legal.

2 (IN) SEGURANÇA JURÍDICA E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL

23 DACAL, Leoncio Ogando. *Limites procedimentas da positivação e realização da segurança jurídica*. São Paulo, 2013. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FEDERAL SOBRE O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

Atualmente, com a superação do positivismo normativista preconizado por Kelsen, fala-se muito em pós-positivismo e neoconstitucionalismo, onde haverá um afastamento da regra e do direito, quando a aplicação destes violarem princípios, direitos humanos ou direitos fundamentais.

Esse novo modo de pensar surgiu após a ocorrência de fatos históricos, principalmente durante o século XX, as quais demonstraram que a Lei muitas vezes pode ser utilizada com fins diversos para a qual foram criadas. Isso ocorreu com o holocausto na Segunda Grande Guerra, onde, sob o domínio e escudo da Lei, inúmeros direitos foram violados pelo Estado Alemão. Tal constatação ficou evidente com o julgamento de Nuremberg, onde o principal argumento de defesa dos Generais foi a de que estavam agindo conforme a Lei Alemã.

O neoconstitucionalismo, como corrente filosófica surgida pós segunda Guerra Mundial, trouxe para a sociedade contemporânea nova perspectiva sobre aplicação dos princípios e direitos fundamentais, com fins de limitar o uso do poder abusivo pelo Estado, pleito que foi e é buscado constantemente por todas as sociedades e em todos os tempos.

A interpretação do tudo ou nada com o uso das regras não mais é aceitável na sociedade pós Segunda Guerra, devendo, em determinados casos, ser aplicados aos fatos sociais os princípios constitucionais e garantir direitos fundamentais ao povo, a fim de evitar os abusos outrora ocorridos.

Para NETO, o neoconstitucionalismo possui as seguintes características:

- a) opõe-se energeticamente ao positivismo jurídico; b) apresenta proposta de hermenêutica constitucional com nova concepção de norma jurídica, do problema das fontes do direito e dos métodos de interpretação; c) defende a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social; d) entende o direito como instrumento de transformação da realidade física, em vez de se converter em simples reproduzidor dessa realidade.²⁴

Com o neoconstitucionalismo há maior aplicação principiológica do direito, conferindo carga normativa aos princípios, bem como há a constitucionalização dos direitos fundamentais, preocupando-se, a partir de então, com a efetividade de tais direitos previstos na Constituição Federal.

Por ser o neoconstitucionalismo um meio de interpretação do direito quando colidido com direitos fundamentais ou direitos humanos, um dos fios condutores de tal interpretação com validade na sociedade pertence ao Judiciário.

O Judiciário, como se observa na última década no Brasil, teve papel fundamental na

24 NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151.

sociedade, atuando fortemente contra a corrupção, garantindo direitos aos concursados, aos aposentados, ao preso, entre outros, singrando mares nunca dantes navegados.

Apesar da forte atuação do Judiciário, não são poucas as vezes que se tem notícias de decisões conflitantes ocorridas não somente em Tribunais diversos, mas muitas vezes no interior de um mesmo Tribunal.

Ainda, há situações consideradas graves em que não são apenas entendimentos divergentes sobre matéria fática, na qual em determinadas situações os magistrados tem discricionariedade em decidir de dada maneira, desde que fundamentada, mas sim há decisões que colidem frontalmente até mesmo com dispositivos constitucionais, colocando por “terra” a segurança jurídica que a Lei e a Constituição Federal conferem à sociedade.

A violação a segurança jurídica, sob o manto interpretativo de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais chegou ao Judiciário, logo ele, que deveria ser a “boca” da Lei e assegurar os direitos conquistados pelo Povo contra o Estado, direitos estes adquiridos após longos séculos e milênios de lutas sociais.

Atualmente, o principal exemplo violador das conquistas sociais foi fornecido pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, na qual esta Corte Constitucional fincou entendimento no HC 126.292/SP, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, autorizando a execução provisória da pena ao condenado em segunda instância.

Nesta hipótese, o Supremo Tribunal Federal entendeu que mesmo pendente recurso especial ou recurso extraordinário, pode ter início a execução provisória da pena, sob o argumento principal de que não se rediscute o mérito em instâncias extraordinárias, bem como de que tais recursos não gozam de efeito suspensivo.

Importante ressaltar que de não há muito tempo, o próprio Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento de que ninguém podia ser preso antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme esboçado no HC 84078-7, de relatoria do Ministro Eros Grau, no ano de 2009.

Frise-se que o julgado do HC 84078-7 estava em perfeita consonância com o direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LVII²⁵, da Constituição Federal e artigo 283²⁶ do Código de Processo Penal, garantido a não prisão até que se esgotassem todas as instâncias possíveis, salvo as prisões cautelares.

Porém, diversamente, com poucos anos de diferença, o Supremo Tribunal Federal

25 Art. 5º. LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

26 Art. 283 - Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

enfrentou novamente a matéria, e além de divergir de entendimento anteriormente consolidado, afrontou a face do dispositivo garantidor da não culpabilidade antes do trânsito em julgado previsto na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

A propósito, a presunção de inocência foi uma novidade da Carta Constitucional de 1988, pois no passado ela era extraída do princípio do contraditório e da ampla defesa.²⁷

Até o julgamento do HC 126.292/SP, não se poderia ter prisão antes do trânsito em julgado, salvo as cautelares permitidas em Lei, de modo que o réu tinha o direito de ostentar a qualidade de ser considerado inocente como regra até o último recurso por ele interposto.

A lógica extraída do princípio da não culpabilidade até o trânsito em julgado decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e, principalmente, do Estado Democrático de direito.²⁸

A partir do julgado no HC 126.292/SP, verifica-se que, embora seja considerado inocente, o réu pode ser recolhido a prisão, mesmo pendente julgamento de recurso, o que definitivamente demonstra violência e constrangimento ao estado de inocência do réu.

Segundo COELHO, uma das repercussões da presunção de inocência é a obrigatoriedade do processo penal se desenvolver com o menor constrangimento possível ao réu, de modo a não haver prisão como antecipação da pena.²⁹

NESTOR TAVORA, sobre o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, afirma que a prisão antes do trânsito em julgado é medida excepcional, bem como de que de tal princípio deriva o dever de não antecipar o juízo condenatório antes do trânsito em julgado, vejamos:

O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção. [...] Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado - e não este de provar sua inocência - e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.³⁰

Segundo o artigo 6º, §3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, considera-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais

27 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 714.

28 Ibidem. mesma pág.

29 COELHO, Marcus Vinicius Furado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 58.

30 TAVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 55.

recurso.³¹

Do disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, constata-se que a descrição é clarividente, e não abarca interpretações diversas da que está ali contida, de modo que o Supremo Tribunal Federal, nossa Corte Constitucional, Guardião da Constituição, realmente fechou os “olhos” para anos de conquistas.

Do mesmo modo é a leitura do artigo 283 do Código de Processo Penal, na qual também abarca a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado.

Consoante interpretação conjunta do artigo 6º, §3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, do artigo 283 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e considerando que a pendência de Recurso Especial e Recurso Extraordinário não afasta a qualidade de coisa não julgada, é obvio que o Supremo Tribunal Federal está nitidamente equivocados no que decidiu no HC 126.292/SP.

Sobre a interpretação das normas, FARIAS e ROSENVALD afirmam que o primeiro limite interpretativo é o respeito a Constituição da República, bem como de o resultado da interpretação não pode ser ampliativo, quando visar restringir direitos³².

A decisão do Supremo, em giro de 180º (cento e oitenta grau) da qual era seu entendimento, violou a segurança jurídica prevista em entendimentos anteriores e, principalmente, naquela que deve ser atribuída a Constituição Federal, conferindo verdadeira restrição de direito ao presumivelmente inocente até o trânsito em julgado.

Se a construção doutrinária e jurisprudencial de anos a fio era no sentido de que não se deve interpretar a norma ampliativamente quando restringir direitos, bem como de que não se deve haver prisão como pena antecipada sem o trânsito em julgado, por obvio que houve violação a segurança jurídica com o julgado.

Segundo Humberto Ávila,

a segurança jurídica pode fazer referência a um elemento da definição de Direito e, nessa função, ser uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico. Nesse sentido, um ordenamento jurídico privado de certeza não poderá, por definição, ser considerado jurídico³³.

COELHO relata que do ponto de vista do cidadão, a segurança jurídica vem em favor da proteção da confiança, de um princípio elementar do direito, que é o princípio da não surpresa³⁴.

31

32 FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: LINDB e Parte Geral**. 14ª. Salvador: *JusPodivm*, 2016, p. 120.

33 ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 120.

34 COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 86.

No ordenamento jurídico brasileiro, inúmeros institutos são reconhecidos e validados para atribuir segurança jurídica a sociedade, tais como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, a prescrição e decadência, entre outros, bem como as garantias constitucionais que, neste Século XXI, deixou para o passado a presunção de não culpabilidade.

Acredita-se que a segurança jurídica está comprometida quando o grau de discricionariedade e preconcepções que guiam os juízes são de tal forma elevado que impede qualquer previsibilidade de suas decisões, baseada no ordenamento jurídico vigente³⁵.

No caso do princípio da não culpabilidade apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, não havia obscuridade da Lei, nem omissão legislativa, motivo pelo qual indevida a maneira em que foi apreciada da matéria, ainda que pela Corte Constitucional.

Segundo HART,

em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado, ou incompleto.³⁶

Em situações como tais as de incompletude do direito, HART atribui aos juízes o direito de regulamentar casos não previstos em lei, mas com limitações e restrições substantivas, sempre de forma não arbitrária.³⁷

A partir do pensamento de HART, o judiciário somente poderia interpretar um dado caso concreto quando o ordenamento jurídico não tenha dispositivos que regulem a matéria.

No caso da decisão Supremo Tribunal Federal sobre o princípio da não culpabilidade, constata-se que não era situação de ausência de previsão normativa, pois ao contrário, há determinação constitucional de que não se pode prender sem o trânsito em julgado.

MARINELA, ao comentar sobre a segurança jurídica, afirma que a mesma é um princípio considerado viga mestra da ordem jurídica, um dos subprincípios básicos do próprio conceito de Estado de Direito, sendo um dos mais importantes princípios gerais do direito.³⁸

Ao comentar sobre a segurança jurídica, SILVA afirma que

a segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualificarem como atos legislativos. [...] A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado,

35 Ibidem, p. 140

36 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 351.

37 Ibidem, p. 352.

38 MARINELA, Fernando. **Direito Administrativo**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100.

nos mais diferentes aspectos de sua atuação³⁹.

Segundo o autor, no aspecto subjetivo, a segurança jurídica visa atribuir confiança as pessoas no que se refere aos atos do Estado, a qual se inclui as decisões judiciais.

Assim, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal adentrou em seara que estava delimitada pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal, os quais garantem a não prisão para cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, violando, a toda evidência, a segurança jurídica que os réus possuíam até então.

Embora a decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292 não possua caráter vinculante, eis que aplicada apenas ao caso concreto, serve como perigoso precedente em face do princípio da não culpabilidade, não devendo ser admitido tal entendimento em hipótese alguma, a qual a sociedade e as frentes jurídicas devem buscar o retorno ao *status quo* anterior a tal entendimento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observou no presente trabalho, a segurança jurídica é o instrumento de que dispõe o direito para garantir estabilidade e previsibilidade em relação aos fatos sociais e a repercussão que determinada conduta poderá ocasionar a quem a prática.

A segurança jurídica pode ser elencada também entre os valores buscados pelos movimentos constitucionais, como garantia contra abusos por parte do Estado em face dos cidadãos.

O neconstitucionalismo como corrente filosófica interpretativa pós-positivista oriunda do pós Segunda Guerra Mundial, teve papel importante na aplicação e constitucionalização dos direitos fundamentais, mas deve ser utilizado com cautela, jamais a ponto de que a interpretação seja em desfavor de valores conquistados e previstos na Constituição Federal.

A interpretação normativa por parte do Judiciário deve ocorrer apenas nos casos de omissão legislativa ou na lacuna da Lei, devendo, a todo modo, nunca ser ampliativa quando houver restrição de direitos.

O princípio da não culpabilidade possui previsão no Artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal e artigo 283 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual foi indevida a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP, eis que restringiu o direito de ser preso apenas após o trânsito em julgado, conforme entendimentos pacificados e consolidados

39 SILVA, Almiro de Couto. **Conceitos Fundamentais do Direito No Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 47.

há anos pela doutrina e jurisprudência.

Os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para aplicar a execução provisória da pena, aludindo que os Recursos Especial e Extraordinário não permitem a rediscussão da matéria e de que não dispõem de efeito suspensivo não é o entendimento mais acertado, já que o inciso LVII do Artigo 5º da Constituição Federal e artigo 283 do Código de Processo Penal são de clareza solar a respeito da não culpabilidade antes do trânsito em julgado, a qual entre seus desdobramentos é a manutenção da qualidade de inocente antes da coisa julgada e, como consequência, a não prisão até a ocorrência de tal instituto jurídico.

Embora não seja entendimento sumulado ou decidido com repercussão geral, o precedente esboçado no HC 126.292/SP é perigoso, sendo verdadeira afronta a segurança jurídica que a Constituição Federal buscou implementar desde a sua promulgação.

Mesmo sendo uma decisão da Corte Suprema Brasileira, não se deve admitir tal entendimento como correto, motivo pelo qual cabe aos demais aplicadores e interpretes do direito refutar com toda firmeza argumentativa a indevida aplicação dos fundamentos previstos no HC 126.292/SP.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 120.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva: 2015.

_____. *Lei nº 5.172 de 25 de Outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, Distrito Federal: Senado. 1966.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DACAL, Leoncio Ogando. *Limites procedimentas da positivação e realização da segurança jurídica*. São Paulo, 2013. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: LINDB e Parte Geral*. 14ª. Salvador: JusPodivm, 2016.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à História do Direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 351

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINELA, Fernando. *Direito Administrativo*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PERELMAN, Chäim. *Lógica Jurídica*. Trad. Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SILVA, Almiro de Couto. *Conceitos Fundamentais do Direito No Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TAVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

JEAN MONNET, O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO E O PAPEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU NA GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

Mauro Gonzaga ALVES JUNIOR¹

RESUMO

O presente artigo, sem pretensão de esgotar o tema, o que seria impossível diante da sua imensidão, pretende analisar de que forma o processo de integração e a criação do Tribunal de Justiça Europeu contribuem para garantir o acesso à justiça para seus cidadãos, e, por conseguinte, trazer à discussão de que forma o Direito Comunitário interage com as normas internas dos estados membros, visando garantir efetividade e eficácia à tutela jurisdicional. Portanto, o foco principal deste trabalho, é examinar de que forma esse inovador Direito contribui para oferecer proteção e proporcionar segurança ao processo de integração, com enfoque especial na valorização da dignidade da pessoa humana, de modo a atingir os ideais da comunidade europeia, a construção de uma sociedade justa, fraterna, democrática e solidária. Para o desenvolvimento desta pesquisa foi utilizado o método indutivo, além de pesquisas bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Justiça Europeu – Integração – Direito Comunitário – Acesso à Justiça – Eficiência – Eficácia.

ABSTRACT

This article, without pretension to exhaust the subject, which would be impossible in the face of its immensity, intends to analyze how the process of integration and the creation of the European Court of Justice contribute to guarantee the access to justice by its citizens, that is to say, Those that belong to the European Union, and therefore bring to the discussion how Community law interacts with the internal rules of member states, aiming to ensure effectiveness and effectiveness of judicial protection. Therefore, the main focus of this work is to examine how this innovative law contributes to providing protection and security for the integration process, with a special focus on valuing the dignity of the human person, in order to achieve the ideals of the European community, Building a just, fraternal, democratic and supportive society. For the development of this research was used the inductive method, in addition to bibliographical research.

KEY-WORDS: European Court of Justice - Integration - Community law - Access to justice - Efficiency – Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Após o término da Segunda Guerra Mundial, que, sabidamente devastou grande parte do continente europeu, a premente necessidade de reorganização econômica, política e social, se tornou escopo de primeira grandeza daquele continente.

1 Advogado, possui graduação em Direito pela FMU – Faculdades Metropolitanas Unidas (2007), Pós Graduação em Direito Civil e Processo Civil pela ESA/SP – Escola Superior da Advocacia (2013) e, Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho – Linha de Pesquisa 1 – Justiça e o Paradigma da Eficiência (2017).

Até então vigorava a ampla diversidade em que, cada Estado, soberano interna e externamente, interagiu com os demais, preservando cada qual, seu aspecto político, econômico, jurídico, social e cultural. Daí, com o abrupto avanço do processo de globalização, claramente se percebe que tal “isolamento” não tem mais sentido de ser, ao contrário, a aproximação foi vista como forma de se buscar melhor eficiência e eficácia nas relações comerciais, culturais e sociais, neste cenário o multilateralismo e o regionalismo despontam como ícones do processo de globalização.

Sabidamente, é impossível a aplicação do multilateralismo em âmbito mundial, o que dá azo à figura do regionalismo. Entretanto com a criação da OMC (Organização Mundial do Comércio), o processo de concorrência internacional foi fortalecido e, como consequência quase que inevitável, viu o surgimento e consolidação de blocos regionais.

Tais blocos regionais, ganham especial contorno e importância a partir do final do século XX, ao final dos anos 80, destaca-se o fortalecimento da União Europeia, a criação do NAFTA na América do Norte, a Área de Livre Comércio Asiática e o Mercosul.

Com o avanço das relações supraestatais em níveis talvez, jamais imagináveis, há clara necessidade de tais blocos, ajam visando liberar barreiras alfandegárias e fiscais ao comércio internacional, visando facilitar o comércio e ampliar o espaço econômico e trânsito de bens, serviços e pessoas, contribuindo, certamente para a criação do mais complexo e avançado processo de integração econômica do mundo: a União Europeia.

Atualmente a União Europeia é composta por 28 países², tornando-se um modelo de parceria no campo econômico, político, social e jurídico, que é o que nos interessa.

A pedra fundamental do processo de integração da União Europeia para o nosso estudo é justamente analisar como o Direito Comunitário garante o acesso à justiça de forma igualitária eficiente e prática aos inúmeros povos que, sob seu manto se encontram, e mais, verificar se há igualdade de proteção e garantia a dignidade dos direitos da pessoa humana.

Para Araújo (1995, p. 35), “o Direito Comunitário se destina a reger as relações recíprocas dos cidadãos, das instituições comunitárias e dos Estados membros”.

É propalado que o principal objeto da União Europeia é garantir uma melhor contínua na qualidade de vida de seus cidadãos, garantindo a liberdade de ir e vir, a dignidade da pessoa humana, em todo seu território e países membros de forma igualitária, bem como, garantir o livre acesso e circulação de bens, pessoas e coisas. Todavia o questionamento que

2 Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, Chipre, Dinamarca, Espanha, Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romênia, Suécia – disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries_en - Acesso em 15 de junho de 2017 às 14h09m.

fez surgir esta pesquisa se dá em saber como se dá, e, se é efetivo e concreto o acesso dos cidadãos ao Tribunal de Justiça da União Europeia quando sofrem violação ou mesmo ameaça de restrição aos seus direitos individuais em um Tribunal “Transnacional”.

2 JEAN MONNET E O IDEAL INTEGRACIONISTA

Jean Omer Marie Gabriel Monnet nasce a 9 de novembro de 1888, na cidade de Cognac, em França. Depois de terminar o liceu, aos 16 anos, o pai, que compreende que as extraordinárias competências interpessoais do filho o tornam extremamente apto para uma carreira no comércio internacional, envia-o para Londres, a fim de trabalhar na empresa da família que se dedica ao comércio de conhaque. Com efeito, a partir dessa experiência inicial, Monnet viaja por todo o mundo como homem de negócios respeitado e bem-sucedido³.

Mesmo antes da Segunda Guerra Mundial, Jean Monnet torna-se membro do Comitê Francês de Libertação Nacional, é nessa altura que explicita, pela primeira vez, a sua visão de uma união da Europa para restabelecer e manter a paz.

Em 5 de agosto de 1943, Monnet declara:

Não haverá paz na Europa se os Estados forem reconstituídos com base na soberania nacional (...). Os países europeus são demasiado pequenos para garantir aos seus povos a prosperidade e o desenvolvimento social necessários. Os Estados europeus devem constituir-se numa federação⁴.

Como já narrado, com o término da Segunda Guerra Mundial, a Europa, sofrendo com a destruição de grande parte de seu território, vê a aproximação dos Estados, como única saída imediata, vislumbrando se reerguer econômica e estruturalmente.

Mesmo diante da rivalidade histórica entre alguns Estados, notadamente França e Alemanha, Jean Monnet, a partir do Plano Schuman⁵, apresentou um plano de recuperação econômica francesa baseada na subordinação da produção do carvão e do aço franco-germânica a uma autoridade independente e supranacional, conforme assevera Junior, Rattou (2002, p.18).

Tal proposta visava evitar futuros conflitos e assegurava a recuperação econômica com a criação de receitas para todos os envolvidos e permitia o controle do processo de rearmamento.

Tendo em vista o êxito alcançado pela Comunidade Europeia do Carvão, conforme destaca Oliveira (2000, p. 97), seus integrantes reuniram-se com o objetivo de criar um

3 Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/jean_monnet_pt.pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br - Acesso em 15 de junho de 2017 às 15h55m.

4 Idem 3.

5 Nele se propunha a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) com vista a instituir um mercado comum do carvão e do aço entre os países fundadores.

mercado comum⁶, tal qual se deu com a assinatura do Tratado de Roma (1958), que cria a Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atômica.

Através da assinatura de sucessivos tratados⁷, Ato Único Europeu (1987), Tratado de Maastrich (1993), Tratado de Amesterdão (1999), Tratado de Nice (2003) e Tratado de Lisboa (2009), todos com único objetivo, promover a coesão social, a união e o estreitamento dos povos e o crescimento como bloco da União Europeia.

Desta forma, chegamos à atual formação institucional da União Europeia é constituída por diversos órgãos, sendo que para nossa pesquisa, o interesse é focado no Tribunal de Justiça da União Europeia.

3 DAS FONTES DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO E DO DIREITO COMUNITÁRIO

É de sumular importância a conceituação das fontes jurídicas da União Europeia, que, nas palavras de Mata Diz e Junior Jaeger (2005, p. 147), seriam instrumentos de verificação no âmbito de validade das regras, que auxiliam na identificação da natureza dos atos das instituições comunitárias a fim de compreender o alcance e todos os efeitos da norma.

Conforme ensina Del Pozo e Dijusa (2002, p. 457):

O estabelecimento de uma estrutura de fontes do direito comunitário, qualquer que seja a sua forma e conteúdo é assim apresentada como algo necessário e útil para determinar a inclusão e valorização de cada um dos dispositivos que compõem o nascimento das Comunidades Europeias e seu posterior desenvolvimento futuro. É necessário, portanto, definir o quadro de referência adequado dentro do qual se incluem os diferentes tipos de normas que compõem o ordenamento jurídico comunitário.

O pano de fundo do atual cenário jurídico da União Europeia é formado através do direito originário, direito derivado, jurisprudência e princípios gerais do direito.

O direito originário para Stelzer (2006, p. 102), poder ser conceituado como sendo os Tratados, instituidores da União Europeia, além dos demais instrumentos internacionais pelos quais, subsequentemente, os estados-membros vieram a modificar ou completar o conteúdo dos tratados anteriores. Enquanto o direito derivado pode ser conceituado de maneira rasteira como “atos jurídicos que determinam ou complementam os tratados no exercício de suas funções, são os Regulamentos, Diretivas, etc.” (GOMES, 2009, p.159).

Preconiza Gomes (2009, p.161), “os regulamentos dão uniformidade às leis da União

6 Consiste na livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais.

7 Disponível em: https://europa.eu/european-union/topics/institutional-affairs_pt - Acesso em 15 de junho de 2.017 às 16h44m.

Europeia, contudo eles não abrangem todas as matérias presentes na comunidade, consideradas como secundárias”. Já, as Diretivas têm por objetivo suprir essa lacuna de forma a adequar as legislações dos países-membros para alcançar os objetivos presentes no tratado, normalmente, este prazo não pode ser superior a dois anos para que ocorra total incorporação ao seu ordenamento jurídico, conforme já preconizava Quadros (1991, p. 421).

Já, o papel da jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu é de grande relevo na interpretação do Direito Comunitário, eis que, torna-se um órgão reconhecidamente criador de direitos. Tendo em vista não ser o escopo do referido artigo, delimitamos apenas como destaque o fato de que a atividade jurisprudencial (criativa ou interpretativa) do Tribunal de Justiça Europeu é deveras importante na aplicação e interpretação do direito nacional à luz das normas de Direito Comunitário.

Com isso, as normas editadas pelo Direito Comunitário, por óbvio, são dispensadas de qualquer procedimento de ratificação ou validação interna por parte dos Estados-membros para aplicabilidade imediata, passando a produzir efeitos imediatamente. Tudo isso, face a consagração do princípio da primazia do Direito Comunitário, ou seja, se uma norma interna contrariar a disposição de uma norma comunitária, será a norma comunitária a aplicável, sempre.

Cabe ao Tribunal de Justiça da União Europeia assegurar o respeito ao direito comunitário, revelando-se como a jurisdição suprema da União Europeia. Até porque, encontra-se acima do direito nacional dos Estados membros, inclusive de suas respectivas Cartas Magnas.

Apenas para que não reste dúvidas, importante ressaltar que no que tange às normas de direito interno já existentes, a prevalência das normas de Direito Comunitário, não implicam na declaração de invalidade daquela, trata-se apenas de ineficácia desde a entrada em vigor da norma comunitária.

Logo, esse efeito vinculante das normas de Direito Comunitário, garantem uma proteção jurídica unificada a todos os cidadãos europeus. Assim, salienta-se que as normas de Direito Comunitário, não apenas geram dever de ser observadas pelos Estados membros como também, devem ser observados por seus cidadãos, ou seja, não atinge apenas a relação entre Estados, mas também, entre indivíduos.

Inclusive, se o Estado membro não tomar providência alguma quanto à aplicação de uma nova norma de Direito Comunitário, pode o particular opor um direito reconhecido direto ao aludido Tribunal, nota-se com isso mais uma característica do extremo avanço do Direito Comunitário.

4 DO ACESSO À JUSTIÇA

A busca por justiça para Kelsen (2000, p.23), seria “o desejo do ser humano por felicidade, e, acaso não encontre na figura de um indivíduo isolado, certamente procurará dentro de uma sociedade, através de uma ordem social justa e pacífica”.

Sabidamente, a expressão “acesso à justiça” comporta inúmeras definições de acordo com o povo, a cultura, o momento histórico e suas finalidades, entretanto, como regra geral, serve como uma forma na qual as pessoas podem reivindicar proteção a um direito ameaçado ou na iminência de sua ocorrência, e, em último caso, requerer uma resposta Estatal de algum litígio posto.

Já no tradicional conceito de Cappelletti e Garth (1998, p.12), deve ser encarado como um requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir e não apenas proclamar os direitos de todos. Portanto, o sistema ser, primeiro acessível a todos, e, segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Logo, não é por demais ousado afirmar que o acesso à justiça é um princípio elementar, funcionando como base de um sistema jurídico, na visão de (Dinamarco, 2003, p. 373) “o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo”.

A Constituição Federal Brasileira de 1.988, prevê no artigo 5º, LV, “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa”, e, no inciso LIV, “que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Por fim, o inciso XXXV estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Não é surpresa afirmar que, da análise conjunta destes dispositivos, restou convencionado que estes são os pilares e a correta tradução de acesso à justiça. Para (Cappelletti e Garth, 1998, p. 24), “acesso à ordem jurídica justa é desenvolvido à luz de três fases, conhecidas como ondas renovatórias do processo”. A primeira fase é composta pela assistência judiciária gratuita, reconhecida pela Constituição da República de 1988 no artigo 5º, LXXIV; a segunda é desenvolvida visando a proteção dos interesses difusos e coletivos; e a terceira é representada pela efetividade da prestação jurisdicional.

Neste sentido Zanderdini (2003, p. 256), destaca o acórdão do Tribunal Constitucional português:

Para além do direito de ação, que se materializa através do processo, compreendem-se no direito de acesso aos tribunais, nomeadamente: a) o direito a prazos razoáveis de ação ou de recurso; b) o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas; c)

o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariada no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas; d) o direito a um processo de execução, ou seja, o direito a que, através do órgão jurisdicional se desenvolva e efetive toda a atividade dirigida à execução da sentença proferida pelo tribunal. VII – O Tribunal Constitucional tem caracterizado o direito de acesso aos tribunais como sendo, entre o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância de garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se designadamente, um correto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de fato e de direito), oferecer suas provas, controlar as provas do adversário e disreter sobre o valor e resultado de umas e outras (ACT 7.152, n. 96-1169-1, rel. Monteiro Diniz, j. 05.03.1997).

Na visão da aludida autora, a Corte Portuguesa, entendeu que “a regra consagrada do acesso ao direito e aos tribunais abrange o direito de todos a uma solução jurídica dos conflitos em prazo razoável e com a observância de garantias da imparcialidade e independência”.

Nas palavras de Maillart e Sanches (2012, p. 585), “o problema já não está em prever normativamente a assegução ao acesso à justiça, mas em como este modelo de sistema jurídico moderno e igualitário fará para garantir e efetivar e não somente proclamar direito de todos”. Ou ainda, nos dizeres de Bobbio (2000, p. 25):

o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se não são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Com base nisso, ousamos afirmar que a missão basilar do Direito Comunitário, notadamente, por meio do Tribunal de Justiça da União Europeia é criar condições que garantam a paz, a ordem e o bem comum aos cidadãos, logo, a devida concretização do acesso à justiça.

5 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Shaw (2010, p. 971), defende que o Tribunal de Justiça da União Europeia “foi criado com a finalidade de dar equilíbrio e cumprimento normativo as relações não somente dos estados-membros, mas também das relações provenientes das empresas, instituições e cidadãos pertencentes a comunidade, zelando sempre pela aplicação dos princípios que regem a comunidade”.

Desde logo, devemos esclarecer que não se trata de um Tribunal Internacional, tampouco, um Tribunal Constitucional, trata-se em verdade de um Tribunal criado para atender às demandas e controvérsias surgidas exclusivamente sob a ótica de uma ordem jurídica particular: o Direito Comunitário da União Europeia.

Importante ressaltar que o escopo do presente artigo não é investigar a fundo as características do Tribunal de Justiça da União Europeia como órgão institucional, tampouco, sua composição, características e competências, razão pela qual, tais institutos serão abordados de maneira superficial apenas visando dar sustentação à pesquisa, situando o leitor.

De início, imperioso destacar a importância do Tribunal de Justiça da União Europeia ao desenvolvimento do processo de integração, notadamente, como destaca (Barral, 2004, p. 155), quanto ao dever dos estados-membros de indenizar os cidadãos pelo não cumprimento das normas comunitárias e o estabelecimento do princípio da primazia das normas comunitárias sobre o ordenamento jurídico interno dos estados membros, entre outras importantes decisões que demonstram todo o poder do Direito Comunitário e sua ampla área de atuação.

O Tratado de Lisboa (2009), é um verdadeiro marco no Direito Comunitário, ele impôs as mais importantes reformas e melhorias ao funcionamento do sistema jurisdicional da União Europeia, adaptando-o ao desenvolvimento do direito europeu. Desde então, o Tribunal de Justiça da União Europeia foi reformado internamente com alterações à sua estrutura e à denominação das instâncias jurisdicionais inclusive com a adoção de novas competências e alargando o âmbito desse controle a outros órgãos da União Europeia, o que, descentraliza o comando decisório nos mais diversos ramos e torna especialização e concretude a chave do sucesso dessa nova forma, impulsionando o avanço do Direito Comunitário.

Tais alterações são iniciadas pela própria denominação de algumas instâncias da União Europeia. Atualmente, a composição é a seguinte: Tribunal de Justiça da União Europeia; o Tribunal Geral, anteriormente designado “Tribunal de Primeira Instância”; e, os Tribunais Especializados, anteriormente designados “Câmaras Jurisdicionais”.⁸

Estas alterações da denominação visam clarificar, notadamente para o cidadão, o sistema jurisdicional da União Europeia e, não introduzem qualquer alteração às prerrogativas das instâncias em questão.

Com isso, o sistema jurisdicional da União Europeia torna-se mais flexível, próximo ao cidadão e especializado. Contudo, o processo de nomeação dos juízes e dos advogados gerais é substancialmente alterado a partir da instituição de um Comitê Consultivo para a sua designação, sendo que o número de advogados gerais é aumentado de 8 para 11.

No campo do controle jurisdicional também há importantes modificações,

8 Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:ai0012> – Acesso em 16 de junho de 2007 às 14h55m.

notadamente, apesar de menor em termos de ajuste, mas maior em termos de qualidade, em relação aos cidadãos, eis que passam a contar com a possibilidade de interpor recursos contra atos regulamentares, desde que, preenchidas as condições de admissibilidade, exigindo que o particular seja direta ou individualmente afetados pelo ato impugnado.

Outro ponto de destaque e que merece nossa atenção é a simplificação dos mecanismos de sanções pela não execução de um acórdão pelos Estados membros. Desde o Tratado de Lisboa, a Comissão pode recorrer diretamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, após ter, devidamente, notificado o Estado membro e este quedar-se inerte no cumprimento do referido acórdão, com isso, ganhou-se agilidade e eficiência, já que eliminada a fase anterior a qual era obrigatório um parecer fundamentado emitido pela respectiva Comissão.

Por fim, especial destaque a mitigação ocorrida na competência exclusiva dos Estados membros em legislar exclusivamente sobre matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna, contudo, o Tratado de Lisboa, notadamente, em função do avanço do processo de integração, aliado à evolução social e prementes necessidades sociais mundiais, incluiu duas exceções nesta competência exclusiva, quais seja, 1) recursos interpostos relativos a medidas restritivas adoptadas pela União Europeia contra pessoas singulares ou coletivas (artigo [275.º](#) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia); 2) no caso de acordos internacionais; em caso de parecer negativo do Tribunal de Justiça, o acordo projetado não pode entrar em vigor, salvo alteração deste ou revisão dos Tratados (artigo [218.º](#) do Tratado sobre o Funcionamento da UE).

Daí, partimos para o próximo tópico deste artigo já que é de suma importância a análise das características e peculiaridades do cidadão europeu, já que é o destinatário desse Direito Comunitário.

6 O CIDADÃO EUROPEU

Apesar do escopo central deste artigo se inclinar para os instrumentos que garantam o acesso à justiça ao cidadão europeu, precisamos, ainda que de forma superficial, analisar as principais características que tornam este processo tão único, e, umas das principais variantes deste processo de integração, direito comunitário e acesso à justiça, é justamente o cidadão europeu. A cidadania europeia está prevista no [artigo 20º](#) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e no [artigo 9º](#) do Tratado da União Europeia, que, em suma, considera europeu, qualquer pessoa que tenha nacionalidade de um país da União Europeia.

O princípio está consagrado nos tratados da União e é um fator fundamental no

desenvolvimento de uma identidade europeia. Oportuno destacar que a cidadania da União Europeia acresce à cidadania nacional e não a substitui, atribuindo direitos específicos aos cidadãos. Referida cidadania confere direitos aos cidadãos europeus, dentre eles (Europa): 1) [circular e permanecer](#) em qualquer lugar da União Europeia; 2) eleger e ser eleitos nas eleições [europeias](#) e [locais](#) do seu país de residência; 3) proteção diplomática e [apoio consular](#) em todo o mundo, de qualquer país da UE; 4) dirigir petições ao [Parlamento Europeu](#) sobre qualquer assunto nos domínios de responsabilidade da UE; 5) levantar casos de alegada má administração por parte de uma instituição da UE junto do [Provedor de Justiça Europeu](#); 6) dirigir-se a qualquer instituição da UE numa das [línguas oficiais da UE](#) e obter uma resposta na mesma língua; 7) aceder, em determinadas condições, a documentos do Parlamento Europeu, da [Comissão Europeia](#) e do [Conselho](#); 8) participar em exames públicos para admissão na [função pública da UE](#).

Desta forma, restam garantidos todos os direitos civis, políticos, sociais e económicos, notadamente quanto à pessoa humana conforme afirma Stelges (2002, p. 58), “o respeito aos direitos da pessoa humana na União Europeia é para todos: cidadãos comunitários e pessoas não comunitárias”.

Por este fundamento, qualquer indivíduo, seja ele comunitário ou não comunitário, poderá recorrer ao Tribunal de Justiça contra atos das Instituições do bloco, que considere contrários aos direitos fundamentais, dentro da União Europeia.

De outra banda, resta claro que o processo de integração evoluiu a ponto de criar um instituto jurídico, qual seja, o Direito Comunitário, e que este de forma eficaz e concreta, tratou por garantir o acesso à justiça ao cidadão europeu, comunitário ou não, ou, nas palavras de Pimentel (2001, p. 214):

[..] o processo bem-sucedido de integração da União Europeia trouxe ao cidadão europeu acesso direto à justiça, ou seja, possibilitou ao cidadão acionar diretamente o Tribunal de Justiça que através do controle jurisdicional supranacional, garante a proteção de seus direitos [...].

Surge então a necessidade de entendermos como se dá essa busca pela Tutela Jurisdicional no âmbito do Direito Comunitário.

6.1 Instrumentos que viabilizam o acesso à justiça na União Europeia

De forma simples e objetiva, referido acesso à justiça é garantido aos cidadãos europeus, comunitários ou não, através do Direito Geral de Petição, que nas palavras de Stelges (2002, p.52):

[...] consiste em dar ao cidadão a possibilidade de ingressar junto ao Tribunal de

Justiça com uma petição questionando a legalidade de ato que atente contra as normas da comunidade. Tal petição deve ser escrita somente em português, francês, inglês, sueco, alemão, italiano, neerlandês, dinamarquês, finlandês, espanhol, grego e irlandês, ou seja, apenas em 12 línguas oficiais [...].

Novamente, por não se tratar de artigo com escopo de detalhar todos os nuances técnicos e processuais, destacamos de uma maneira genérica, sem ingressar efetivamente em cada um dos instrumentos, até porque, faltaria espaço físico para abordagem mínima necessária, passaremos a demonstrar os principais fatores que levaram à evolução do processo de integração com fundamento no Direito Comunitário e garantindo o acesso à justiça de maneira justa e efetiva.

Sob o aspecto eminentemente processual Mata Diz e Oliveira (2010, p.302) diz:

[...] o TJCE também contribuiu decisivamente para a criação de um sistema inquisitório e probatório diferenciado dos métodos tradicionais admitidos em Direito. Ao colocar-se como defensor dos Tratados e normas comunitárias, e para proceder ao efetivo cumprimento desta destacada atribuição, o Tribunal utilizou-se de técnicas prospectivas que vieram a estabelecer um sistema mais célere e eficaz. Contudo, não cabe dúvida que diante da inovação propugnada pelo Tribunal, vinculada ao direito material, o ativismo judicial do direito processual não possui uma relevância tão significativa, dado que a Comissão Europeia assume, em geral, o papel de reunir os elementos probatórios necessários para a devida solução do litígio [...].

Diante do poder concedido à Comissão, como guardião das normas comunitárias e tratados, cabe esclarecer que este órgão possui um dever ativo, atuando de forma especializada nos casos em que há descumprimento daquelas normas, agindo de maneira coercitiva, visando a plenitude e cumprimento do Direito Comunitário, quer seja pelo cidadão europeu, pelos Estados membros, ou mesmo instituições supranacionais, todos devem o mesmo respeito e tratamento.

Entretanto, antes de iniciar um processo jurisdicional a Comissão realiza uma espécie de “mediação”, trata-se de um procedimento não jurisdicional de solução de controvérsias de forma diplomática que, somente no caso de não ser aventada a solução suficiente, será considerado como o ponto de partida para o processo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ponto fulcral que divide a história do continente Europeu, se dá após o término da Segunda Grande Guerra Mundial, onde a necessidade iminente de sobrevivência, como já sabido pelas mais diversas experiências e exemplos cotidianos, faz nascer uma imediata busca por soluções, visando em um primeiro momento garantir a sobrevivência daqueles povos, sobretudo, das nações arrasadas pela guerra, com isso, premente a necessidade do desenvolvimento de uma novo método de cooperação entre aqueles povos.

E, como não poderia deixar de ser, o Direito, necessita acompanhar a evolução social do povo a que pertence, e, neste caso, dos povos, eis que, a saída imediata foi criar uma espécie de “supra união estatal”, onde seriam preservadas as soberanias de cada Estado membro, mas haveria campo fértil para o desenvolvimento de direitos comuns e novos direitos e interesses comuns, o que se denominou em um segundo momento como Direito Comunitário. Nasce então a ideia da supranacionalidade, visando agregar Estados, mesmo fora dos Estados.

Com isso, emerge a necessidade de desenvolvimento de uma estrutura que dê apoio e desenvolvimento a esta ideia, todavia, de forma paralela às estruturas existentes de cada Estado membro e, plenamente em funcionamento. Daí, com rápida expansão, vimos a criação e desenvolvimento de competências legislativas, executivas e jurisdicionais autônomas, imperativas e exclusivas ao projeto da supranacionalidade, criando leis próprias, regulando entes públicos e particulares, e, em especial, criando regras de Direito Comunitário, algo impensável até aquele momento e de forma harmônica e pacífica como nunca antes visto.

Basilar o desenvolvimento do Direito Comunitário, garantindo aos povos dos mais diversos Estados, o acesso à uma ordem jurídica justa, equilibrada, eficiente e eficaz. Claramente contrário ao modelo em que vivemos, notadamente no Mercosul, que, apesar de não ser objeto da pesquisa, ousamos afirmar que se trata de uma “cópia malsucedida” da União Europeia.

Nota-se que, dentre as principais preocupações do Direito Comunitário estão resguardados a todos os Estados membros e seus cidadãos especial propósito de unificação, proteção e manutenção da pacificação social, garantindo o desenvolvimento sadio dos povos.

E com isso, certamente o maior enfoque da presente pesquisa se deve à forma de como a União Europeia soube transformar o Direito Comunitário de um modo em que são respeitadas as garantias individuais dos mais diversos povos, as diferentes línguas, culturas, com a simples ideia de agregar, transformando e unificando, até certo ponto a interpretação do direito, não medindo esforços para a universalidade do direito no continente europeu, ou o mais próximo disso, entretanto, com isso, obviamente esta aproximação da universalidade dos direitos traz consigo uma questão muito debatida, em especial no Brasil, o ativismo judicial, que, aqui, na maioria das vezes é tido como algo maléfico, na União Europeia, talvez seja uma das matizes que transformou o acesso a uma ordem jurídica justa e plena, sem abandonar as garantias e liberdades individuais dos povos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nádia. **O conceito de espaço público aplicado à atuação institucional do tribunal de justiça da união européia.** *Direito, Estado e Sociedade*, Revista do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 7, julho / dezembro 1995.

BARRAL, Welber. **TRIBUNAIS INTERNACIONAIS – Mecanismos Contemporâneos de Solução de Controvérsias.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos.** Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

EUROPA. **Cidadania da União Europeia.** Disponível em: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/amsterdam_treaty/a12000_pt.htm. Acesso em: 16 de junho de 2017 às 15h27m..

GOMES, José Caramelo. **Lições de Direito da União Europeia.** Coimbra: Almedina, 2009.

JÚNIOR, Alberto do Amaral; RATTON, Michelle. **União Europeia.** São Paulo: Aduaneiras, 2002.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAILLART, Adriana Silva.; SANCHES, Samyra Dal Farra Napolini. **O direito fundamental de acesso à justiça e suas implicações.** In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier.; SILVA, Rogerio Luiz Nery da.; SMORTO, Guido (Orgs). **Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa.** Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.

MATA DIZ, Jamile B.; JÚNIOR, Augusto Jaeger. **Por uma teoria jurídica integração: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração.** *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 138-158.

_____ & OLIVEIRA, Paulo César Pinto Caldas. **O papel do Tribunal de Justiça da União Européia na construção do direito comunitário e no fortalecimento do direito fundamental do acesso à justiça comunitária.** In: *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos internos e internacionais* ed. Belo Horizonte : Arraes, 2010.

MOLINA DEL POZO, Carlos F. **Manual de Derecho de la Comunidad Europea.** Madrid: Dijusa, 2002.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito da Integração: Estudos em homenagem a Werter R. Faria.** Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA, Odete Maria. **União Europeia: Processos de Integração e Mutação.** Curitiba: Juruá, 2000.

QUADROS, Fausto de. **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público.** Lisboa: Almedina, 1991.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

STELGES, Isabela Kathrin. **A Cidadania da União Europeia.** Belo horizonte: Del Rey, 2002.

STELZER, Joana. **União Europeia e Supranacionalidade: Desafio ou Realidade?** Curitiba: Juruá, 2006.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **A crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável.** Revista de Processo. N. 112, out-dez. 2003.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA (ACCIÓN POPULAR Y PARTICIPACIÓN COLECTIVA)*

Luis-Andrés CUCARELLA GALIANA¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO

O trabalho aborda o controle concentrado de constitucionalidade e a participação dos cidadãos em alguns países democráticos. São analisadas as maneiras pelas quais alguns Estados, desde o aporte doutrinário de Hans Kelsen, construíram seus modelos para escolha dos ministros da Corte Constitucional, entre os quais Espanha, França, Itália, Bolívia e Colômbia, entre outros. São analisados os modelos de escolha e analisadas as vantagens e as desvantagens sobre esses processos de designação que envolvem altas instâncias e poderes. Posteriormente, há uma análise sobre a legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, que demonstra a ausência do cidadão na Europa e algumas participações das pessoas no controle concentrado na América Latina.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Constitucional, designação dos magistrados, participação do cidadão, ações de inconstitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade

ABSTRACT

The current paper analyzes the concentrated constitutionality control and citizens participation in some democratic countries. How some States built their models to nominate Justices for Supreme Court, from Hans Kelsen's doctrinaire analysis, such as Spain, France, Italy, Bolivia and Colombia, among others. Advantages and disadvantages of Nomination models are analyzed about these processes of designation which involves high instances and powers. Furthermore, there is an analysis about legitimacy to present an unconstitutionality lawsuit, which demonstrates the lack of the citizen in Europe and some popular participations in concentrated control in Latin America.

KEY-WORDS: Constitutional Court; Judges nomination; Popular participation; Concentrated control and unconstitutional declaration lawsuits.

I.- INTRODUCCIÓN

Cuando se pretenden establecer los cimientos de un Estado social y democrático de

* * El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia DER2015-69722-R (MINECO/FEDER), del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

1 Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna (Italia) y por la Universidad de Valencia (España). Profesor Titular de Universidad. Área de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Administrativo y Procesal Facultad de Derecho. Universidad de Valencia (España). E-mail: Luis.a.cucarella@uv.es.

2 O autor é Coordenador e Professor Docente Titular das disciplinas de Teoria do Estado e Direito Internacional Público no curso de Direito do Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente – SP. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade de Marília – Unimar, Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru, Professor do Programa de Pós-Graduação de Mestrado/Doutorado da ITE-Bauru, Membro da Asociación Mundial de Justiça Constitucional e vogal para o Brasil e Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

Derecho, debe quedar bien perfilada cuál es la función encomendada a los diferentes poderes del Estado. La elaboración de un texto constitucional exige que el constituyente tenga claro qué es lo que va encomendar a cada uno de ellos.

En este sentido, es evidente que el poder legislativo debe tener como función la de dictar las disposiciones legales. Por su parte, el Ejecutivo y la Administración pública, deben llevar a cabo la aplicación de esas normas al servicio de los intereses generales. Y por otro lado, el poder judicial debe tener encomendada la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado³.

Si bien es evidente que las funciones a encomendar son las que hemos señalado, creemos que este planteamiento inicial es insuficiente para concretar el alcance y el papel de los tres poderes del Estado. La razón es evidente.

Por un lado, es preciso que quede bien precisado en qué consiste cada una de esas funciones. Así, por ejemplo, en el caso del poder judicial, nadie discutirá que los jueces son los que están llamados constitucionalmente a juzgar. Sin embargo, los problemas pueden surgir a la hora de concretar en qué consiste juzgar, o si esa labor debe ser encomendada a la Jurisdicción en exclusiva. No podemos perder de vista, la existencia de algunas opciones legislativas tomadas en diferentes ordenamientos jurídicos, en los que se encomiendan a la Administración pública funciones que son propiamente judiciales. Desde nuestro punto de vista, esta atribución no es respetuosa de la distribución de funciones entre órganos del Estado⁴.

La segunda precisión que debemos realizar es la siguiente. Cuando se elabora un texto constitucional, suele ser frecuente que a los poderes del Estado se les encomienden otras funciones adicionales a las que con carácter básico hemos fijado más arriba. La cuestión que surge inmediatamente a continuación, es la de concretar qué otras funciones pueden desempeñar esos poderes del Estado.

En definitiva, como puede apreciarse, elaborar un texto constitucional exige que se tenga muy presente cuál es la función básica o esencial de cada poder del Estado, y cuáles son las funciones adicionales o accesorias que se le pueden encomendar.

Por otro lado, en los países en los que existe un sistema concentrado de control de constitucionalidad, no es extraño que al parlamento se le implique en el nombramiento de

3 Sobre esta función, ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 4ª edición, 2014, págs. 125-153.

4 Así puede verse, CUCARELLA GALIANA, L. A., “Constitución, Jurisdicción y derechos fundamentales”, en *El constitucionalismo de los derechos* (directores académicos BARRIOS GONZÁLEZ, B.; BARRIOS CHÁVEZ, L.), Panamá, 2014, págs. 433-453.

todos o algunos de los magistrados del Tribunal Constitucional⁵. Así ocurre en el caso español, en el que las Cortes Generales nombran a ocho de los doce magistrados que lo integran.

Como puede verse, más allá de la función de tramitar y aprobar las disposiciones legales, el parlamento juega un papel relevante en otros ámbitos del funcionamiento de una nación.

Lo mismo podemos decir del poder judicial. La intuición jurídica pone de relieve que el papel de los jueces y magistrados es el de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Así se desprende del artículo 117.3 de la Constitución española de 1978⁶. Como puede apreciarse, jueces y magistrados tienen como misión la de juzgar.

No obstante, más allá de la labor de juzgar, debe analizarse si a los jueces se les puede encomendar funciones distintas. En estos casos, está en juego la independencia judicial.

En definitiva, una vez que quede bien precisado cuál es el papel del poder judicial, otro aspecto al que también hay que enfrentarse en la elaboración de un texto constitucional, es el relativo a concretar en qué medida la ciudadanía participa en el juego político, democrático y judicial.

Es evidente, que en un sistema democrático, si la soberanía reside en el pueblo, éste debe elegir mediante sufragio universal a sus representantes.

Si echamos un vistazo a la regulación del poder judicial, con carácter general, el artículo 117.1 CE dispone que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. Evidentemente, si la soberanía reside en el pueblo, la Justicia emana de él.

Pues bien, el objetivo que nos marcamos en esta ponencia es el de analizar los supuestos de participación ciudadana en la Justicia, más allá de la mera afirmación de que la Justicia emana del pueblo. Es decir, se trata de constatar en qué casos y con qué alcance, los ciudadanos pueden participar en la administración de Justicia. Creemos que hay una serie de supuestos en los que es conveniente tomar una posición desde un punto de vista constitucional.

El primero de ellos, es el relativo a la selección de los magistrados del TC. Evidentemente, esta cuestión nos la debemos plantear en los sistemas jurídicos en los que exista un control concentrado de constitucionalidad. En estos supuestos, el texto

5 A partir de ahora TC.

6 A partir de ahora CE.

constitucional debe tomar la opción por concretar cómo se designa a los magistrados de dicho tribunal. Ya adelantamos al lector que no suele ser frecuente que se opte por un sistema de participación ciudadana en la selección de los mismos. De hecho, los principales mecanismos que existen son los de designación por el Parlamento de la Nación, o por altas instancia del Estado, o en su caso, ambos mecanismos conjuntamente con predominio de un sistema u otro. No obstante, no podemos pasar por alto la solución adoptada en la Constitución boliviana que creemos interesante analizar más adelante.

Además de esta cuestión, con independencia del sistema de selección de los magistrados de un TC, interesa también concretar si los ciudadanos tienen o no acceso a dicho tribunal para solicitar el control de constitucionalidad de una norma.

II.- CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

1. En la designación de los magistrados del TC

A) Aportaciones de Kelsen

Si nos acercamos a la obra de Kelsen, podremos ver que de manera muy clara afronta el análisis de quién debe proceder a la designación de los magistrados de los tribunales constitucionales. No contempla una designación por la ciudadanía, sino que aboga por una designación conjunta por el parlamento y altas instancias del Estado. En este sentido, no es partidario de una designación exclusiva por el parlamento, ni tampoco por altas instancias del Estado. Su postura es claramente favorable a que se combinen ambos criterios. En este sentido, por ejemplo, ve razonable que sea el parlamento el que designe a los magistrados del TC, entre los candidatos propuestos por el gobierno o por el jefe del Estado, o a la inversa. Si atendemos a sus palabras, merece la pena destacar las que siguen⁷:

“Entre los modos de designación particularmente típicos, no podría pregonarse sin reservar ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el jefe del Estado o por el gobierno. Posiblemente, se les podría combinar, así, por ejemplo, elegir los jueces a propuesta del gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente”.

Una de las preocupaciones de Kelsen es la de evitar la politización del tribunal constitucional. No obstante, reconoce que si es razonable que el parlamento intervenga, los partidos políticos van a participar en el proceso de selección, y esta circunstancias, obviamente, puede conducir a la politización que no ve deseable. Ésta es la razón por la que considera que no todos los miembros del tribunal deban ser designados por intervención de

7 KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Universidad Nacional Autónoma de México (TAMAYO Y SALMORÁN, R., traductor), México 2001, pág. 57.

las fuerzas políticas⁸.

Por otro lado, en la medida en que el TC es un órgano que ejerce jurisdicción, Kelsen entiende que lo razonable es que la mayoría de sus miembros sean juristas. Por este motivo, en cuanto a la designación de los miembros del tribunal, sostiene que podría ser razonable que las Facultades de Derecho pudieran intervenir en el proceso de fijación de los candidatos a ser miembros del tribunal. Nótese que esta propuesta se suma a la anterior. Es decir, que las Facultades podrían proponer candidatos, si bien, el gobierno, el jefe del Estado o el parlamento, serían los que, en su caso, podrían asumirlos como candidatos propios⁹:

Expuestos estos criterios para la designación de los magistrados del TC, Kelsen todavía propone un último. En concreto, se refiere a la posibilidad de que el mismo tribunal proceda a la cooptación de sus miembros¹⁰:

B) Modelos existentes

Desde nuestro punto de vista, y en un intento de sistematizar los sistemas existentes, podemos clasificarlos distinguiendo cuatro modelos.

a) Designación exclusiva por el Parlamento

Existen países en los que todos los magistrados de su TC son designados por el parlamento. En este caso, da lo mismo que se trate de un sistema unicameral o bicameral. En todo caso, es el parlamento el que se designa a todos los magistrados del tribunal. El caso más significativo, sin lugar a dudas, es el alemán. El TC alemán está integrado por dieciséis magistrados. Pues bien, ocho de ellos son designados por una de las cámaras legislativas existentes en Alemania, y los otros ocho, por la otra cámara legislativa¹¹. Nos referimos al *Bundestag* y al *Bundesrat*, que eligen a los magistrados por una mayoría de dos tercios¹². Este modelo también existe en países como Liechtenstein o Hungría¹³.

b) Designación por altas instancias del Estado

Otro modelo al que podemos hacer referencia es aquél en que son altas instancias del Estado las que proceden a la designación de los magistrados del TC. Desde nuestro punto de vista, el caso paradigmático es el del Consejo constitucional francés. Este tribunal está

8 KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución...*, cit. págs. 58-59.

9 KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución...*, cit. págs. 57-58.

10 KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución...*, cit. págs. 58.

11 Véase en este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Tecnos, Madrid, segunda edición 2007, págs. 42-43.

12 Resultan interesantes las palabras de SCHLAICH, K., “El Tribunal constitucional federal alemán”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984, pág. 146.

13 En este caso, como señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 42, todos los magistrados son nombrados por el parlamento “a propuesta de una comisión de designación integrada por un diputado de cada partido con representación parlamentaria”.

integrado por un total de nueve miembros (a los que hay que sumar los miembros natos). Pues bien, de los nueve miembros a los que nos referimos, tres son designados por el Presidente de la República, otros tres, por el presidente del Senado y los otros tres, por el presidente de la Asamblea Nacional¹⁴. La doctrina también ha criticado este sistema de designación en la medida en que también conduce a la politización¹⁵.

Este sistema también podemos encontrarlo en la Constitución de la República Dominicana, de 26 de enero de 2010 (art. 186). En concreto, “el Tribunal Constitucional estará integrado por trece miembros (...)”. Pues bien, cuando se regulan las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura, el artículo 179.2 dispone que le corresponda designar a los magistrados del TC¹⁶.

c) Modelo mixto

En el punto intermedio entre los dos modelos que hemos descrito, se encuentra el mixto. Es decir, un modelo en el que se combinan la designación parlamentaria con la designación por altas instancias del Estado. En este modelo mixto, a su vez, podemos distinguir dos submodelos.

El primero, aquél en el que predomina el criterio de designación parlamentaria sobre el de autoridad; el segundo, aquél en el que ocurre a la inversa, es decir, predomina la designación por altas instancias del Estado, frente a la designación parlamentaria. A continuación, vamos a analizar algunos ejemplos en la clasificación realizada.

a') Con predominio de la designación parlamentaria

A esta categoría pertenece, sin lugar a dudas, el modelo español. El TC español está integrado por doce magistrados, tal y como se desprende del artículo 159 CE en el que se dispone que “el Tribunal constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial”.

14 Véase, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. págs. 42-43.

15 En este sentido, PINON, S., *El sistema constitucional de Francia*. Revista de Derecho constitucional europeo, año 7, número 14, julio-diciembre 2010, pág. 53 en la que afirma que “se plantea, por otra parte, el problema de la «politicidad» de los nombramientos, de la competencia de las personalidades designadas, y de la presencia de los miembros de derecho. Como Georges Vedel destacó, el Consejo es «un ser raro: debería estar por encima de la batalla y sus miembros son designados por los grandes actores del combate político». En efecto, el Presidente de la República nombra tres, otros tres son nombrados por el Presidente de la Asamblea Nacional y los últimos tres por el Presidente del Senado. Dado que estos tres cargos suelen estar vinculados al partido mayoritario, y dado que la V República conoció su primera alternancia política en 1981, se comprende por qué la corriente socialista tuviera que esperar hasta 1983 para estar representada...”.

16 Esta cuestión se desarrolla posteriormente en el art. 182 en el que se dispone que “el Consejo Nacional de la Magistratura al conformar el Tribunal Constitucional dispondrá cuál de ellos ocupará la presidencia y designará un primer y segundo sustitutos para reemplazar al Presidente, en caso de falta o impedimento”.

Como puede apreciarse, de un total de doce magistrados, la mayoría, en concreto ocho, son designados por el parlamento; los cuatro restantes, son designados por el Gobierno y por el Consejo General del Poder Judicial.

Dentro de esta categoría creemos que debemos incluir también el sistema de selección de los magistrados previstos en Portugal. En concreto, su TC está integrado por un total de trece magistrados. Pues bien, el Parlamento designa a la mayoría de esos trece, en concreto, a diez¹⁷. Posteriormente, esos diez son los que cooptan a los tres que faltan para completar el número total de trece¹⁸. Como puede verse, el Parlamento designa a la mayoría, y la autoridad a la que se recurre para completar el Tribunal, es la de los mismos magistrados de dicho tribunal.

Dentro de esta misma categoría debemos incluir también el caso belga. En este país, las dos cámaras legislativas existentes elaboran una lista de veinticuatro personas, sobre la base de las cuales el Rey procede a seleccionar a doce¹⁹. Hay una intervención de la autoridad del monarca, pero en todo caso, dentro de los márgenes que le ha fijado el parlamento²⁰.

Creemos que es también muy interesante el sistema de selección de los magistrados del TC en Bosnia-Herzegovina. Dicho tribunal está integrado por un total de nueve magistrados. Pues bien, seis de esos nueve, la mayoría, son designados por el Parlamento²¹. Los tres restantes, son nombrados por el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²².

Si atendemos al ámbito americano, podemos tomar como referente la Constitución política de Colombia de 1991. Su artículo 239, párr. 1 dispone que “la Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho”. Pues bien, en lo que nos interesa, el párr. 2 añade que “los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado”.

Como puede apreciarse, se combinan ambos criterios de designación, si bien, el que

17 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 43.

18 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 44.

19 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 43.

20 Como señala, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 43 de esos doce “seis de expresión francesa y seis de expresión flamenca”.

21 En concreto, como indica FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 42 “cuatro por el Parlamento federal y dos por la Asamblea de la República Serbia de Bosnia”.

22 Como indica FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 44 esto “no sucede en ningún otro ordenamiento y se explica por los acontecimientos bélicos que asolaron el país (...)”.

tiene la última palabra es el Senado de la República.

b') Con predominio del criterio de autoridad

El segundo gran modelo dentro del sistema mixto, es aquél en el que predomina la designación por altas instancias del Estado, frente a la intervención del Parlamento. Así ocurre, por ejemplo, en el caso italiano. La *Corte costituzionale* italiana está integrada por un total de quince magistrados. Pues bien, cinco de ellos, son designados por parte de las magistraturas supremas del Estado italiano. En concreto, tres por el Tribunal de Casación; uno por el Consejo de Estado y otro más, por el Tribunal de Cuentas²³.

El presidente de la República italiana tiene la competencia para designar a otros cinco de los quince magistrados²⁴. Y los cinco restantes, son designados por las dos cámaras legislativas existentes en dicho país, que deben reunirse en sesión conjunta²⁵.

d) Elección popular de los magistrados

El sistema de elección popular de los magistrados del TC no se encuentra muy extendido. Sin embargo, no podemos pasar por alto que éste ha sido el sistema acogido en la Constitución política del Estado de Bolivia, de octubre de 2008.

En concreto, el artículo 198 de la Constitución dispone que “las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

El apartado II del artículo 199 dispone que “las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

C) Problemas de aplicación práctica

a) En el sistema de designación por el parlamento o por altas instancias del Estado

En los casos en que hablamos de designación de todos o algunos magistrados de los tribunales constitucionales por el parlamento, surge inmediatamente a continuación la crítica relativa a que dicho sistema puede contribuir a la politización de los tribunales constitucionales. Sin embargo, dicho problema también puede apreciarse si hablamos de la designación por altas instancias del Estado que sean cargos de representación, como el presidente de una República, o cargos en un parlamento, como el presidente del mismo. Obviamente, estas personas ocupan dicho cargo en la medida en que han concurrido en las listas de un partido político.

23 Véase en este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 43.

24 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 43.

25 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 42.

Ahora bien, la presencia de sensibilidades políticas en los tribunales constitucionales no es algo que en principio nos deba preocupar, ya que el TC, además de ser un órgano jurisdiccional, es un órgano llamado a defender la principal norma política de un Estado: su Constitución. Lo que debe garantizarse, desde nuestro punto de vista, son varias cosas.

Por un lado, que a los tribunales constitucionales lleguen personas que reúnan los méritos necesarios para poder actuar con la debida independencia. Por otro lado, debe evitarse que un sólo partido político pueda configurar con su decisión, la composición del Tribunal. Esto se logra estableciendo un sistema de mayorías cualificadas. Así, países como Alemania, España, Italia, Portugal o Bélgica, cuentan con este sistema de mayorías cualificadas o reforzadas²⁶.

Si bien este sistema tiene la virtud que acabamos de subrayar, genera inmediatamente a continuación un problema que no podemos desdeñar. Nos referimos al hecho de que en ocasiones, los partidos políticos utilizan esa necesidad del consenso como arma electoral, poniendo en el eje de su campaña política una de las instituciones esenciales en el correcto funcionamiento de un Estado de Derecho: el TC.

Así ocurrió, por ejemplo, en Italia. La constitución de 1947 preveía la creación de la *Corte costituzionale*, pero hasta ocho años después, las fuerzas políticas no se pusieron de acuerdo para nombrar a los cinco magistrados de designación parlamentaria²⁷.

O lo mismo podemos decir de la situación existente en España. Por exigencia constitucional, la renovación de los miembros del TC debe hacerse por terceras partes cada tres años (art. 159.3 CE). Obviamente, para que la renovación de los magistrados del TC tenga lugar en el caso de los ocho magistrados que son designados por las Cámaras legislativas, es necesario que las fuerzas políticas logren el correspondiente acuerdo para alcanzar la mayoría de tres quintos requerida constitucionalmente²⁸.

Una vez que hemos descrito el panorama normativo, se constata que para que la renovación de las vacantes se produzca, es necesario un amplio consenso de las fuerzas políticas con representación parlamentaria. Sin embargo, en la práctica, la realidad pone de manifiesto que los partidos políticos anteponen sus intereses electorales a los generales,

26 En este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 45.

27 Véase en este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 46.

28 La LOTC contempla que los magistrados del TC continúen en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles (art. 17.1 LOTC). Para estos casos, se ha añadido un nuevo párrafo 5 al artículo 16 LOTC, fruto de la reforma llevada a cabo en virtud de la Ley Orgánica 8/2010, 4 noviembre. En concreto, ese párrafo dispone que “las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del período para el que se hicieron los nombramientos serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del Magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase. Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación”.

bloqueando y paralizando la renovación de la composición del TC.

Para que el lector constate la situación existente y los problemas que hemos descrito, queremos poner de manifiesto los aspectos que han afectado a las más recientes renovaciones de los magistrados del TC. El 17 de mayo de 2008 falleció el magistrado del TC, D. Roberto García Calvo que ostentaba la condición de magistrado del alto tribunal, desde octubre de 2001. Pues bien, hasta el 29 de junio de 2012, las dos fuerzas políticas mayoritarias no alcanzaron un acuerdo para nombrar al sustituto. Es decir, durante cincuenta y dos meses, el TC a pesar de que por exigencias constitucionales debe tener una composición de 12 magistrados, estuvo funcionando con un total de 11.

Por otro lado, también puede tenerse presente que había tres magistrados cuyo mandato expiró en noviembre de 2010, y que hasta el 29 de junio de 2012 tampoco se logró el acuerdo para su renovación. En el ínterin, para forzar esta renovación, los tres magistrados presentaron su dimisión al presidente del TC en el mes de junio de 2011. Sin embargo, el presidente no la aceptó, apelando a la responsabilidad institucional.

Esta situación descrita es la que llevó al TC a emitir el 22 de mayo de 2012, una dura nota informativa, la 22/2012, en la que instaba a los partidos políticos a cumplir con sus obligaciones y proceder a designar a los cuatro magistrados.

Si bien la situación que hemos descrito se refiere a los magistrados nombrados a propuesta del Congreso de los diputados, una situación parecida se dio en relación con los magistrados nombrados a propuesta del Senado. En este caso, la renovación tuvo lugar en enero de 2011, con el nombramiento de cuatro nuevos magistrados, si bien la renovación tuvo lugar tras un notable retraso.

b) En la designación popular: el caso boliviano

Aunque hemos establecido el sistema de elección popular como un mecanismo distinto, debemos subrayar que no se trata de una designación popular pura. Nos explicamos. Hemos señalado que los candidatos a magistrados del TC pueden ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Sin embargo, es posteriormente la Asamblea Legislativa Plurinacional la que selecciona a los candidatos que finalmente pueden optar a la elección. Así se desprende del artículo 182 de la Constitución para la designación de los candidatos para ocupar el Tribunal Supremo de Justicia, sistema que se aplica también a los candidatos a ocupar el TC.

Las primeras elecciones tuvieron lugar el 16 de octubre de 2011²⁹. En concreto, la

²⁹ Véase, <http://www.que.es/ultimas-noticias/sucesos/201101070108-morales-inaugura-judicial-tendra-eleccion-efe.html>

Asamblea Legislativa Plurinacional preseleccionó a 28 candidatos para ocupar 7 cargos de titular y otros 7 de suplentes.

En Bolivia ha sido muy criticado el sistema en la medida en que a los candidatos se les prohíbe hacer campaña o aparecer en los medios de comunicación tres meses antes de la votación³⁰. Pero sobre todo, se ha puesto de manifiesto que esta opción no ha servido para solucionar los problemas de la Justicia ni las injerencias del poder político³¹. En el tiempo que ha estado en vigor este sistema, han sido apartados del cargo tres magistrados del TC, juzgados por responsabilidad en el Senado³². Ello ha conducido a que en la práctica, se esté cuestionando este sistema de selección.

III. EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En la construcción del sistema de Justicia constitucional concentrado (una vez que se ha tomado la opción por el modelo concentrado) y una vez que se ha establecido el sistema de selección de sus magistrados, el paso siguiente es concretar quiénes pueden ejercer acciones de control abstracto de constitucionalidad³³. En particular, nos referimos al enjuiciamiento de si una norma es constitucional o no, sin que haya sido necesaria su aplicación en un caso concreto³⁴. En este caso, interesa concretar quién tiene legitimación activa para ejercitar esta acción³⁵, o si debe sujetarse a plazo el ejercicio de la misma³⁶. En este punto, y por influencia

30 En este sentido, <http://www.nuevatribuna.es/articulo/mundo/en-marcha-la-eleccin-popular-de-magistrados-en-bolivia/20110613111201056242.html>

31 Véase en este sentido, <http://www.economiabolivia.net/2014/03/06/anular-la-eleccion-popular-de-magistrados/>

32 Véase, <http://eju.tv/2014/12/senado-iniciar-juicio-maana-con-o-sin-cusi/>; <http://eju.tv/2014/12/lo-quieren-matar-pues-triganlo-enmanillado-abogado-de-cusi-el-magistrado-est-muy-enfermo/>

33 En general, sobre estos dos modelos, HUERTA OCHOA, C., *La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos*. Boletín mexicano de Derecho Comparado, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003, págs. 927-950; PULIDO ORTIZ, F. E., *Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista*. Revista Prolegómenos- -Derechos y valores, volumen XIV, núm. 27, julio-diciembre 2011, págs. 165-180.

34 En el caso español, el control en abstracto se hace a través del mal llamado *recurso de inconstitucionalidad*. Decimos que es un mal llamado recurso porque en sentido estricto, es un proceso autónomo que se sigue ante el TC para el enjuiciamiento de si una norma se adecua o no a la Constitución. A dicho “recurso” se refiere el art. 161.1 a) CE. En concreto, el artículo citado establece cuál es la competencia del TC. En lo que al proceso de inconstitucionalidad, se indica que el TC tiene competencia para conocer “del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

35 Sobre la legitimación para el ejercicio de esta acción, el art. 162.1 a) CE dispone que están legitimados “para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas”.

36 La CE no establece plazo para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, sin embargo, dicho plazo está previsto en la LOTC. El art. 33.1 LOTC dispone que “el recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional (...)”.

kelseniana, en Europa no se contempla con carácter general, una regulación de la acción popular para el acceso a los tribunales constitucionales.

Al respecto, puede servir de ejemplo la situación existente en el ordenamiento jurídico español. El artículo 162.1 a) CE dispone que “están legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas”. Como puede apreciarse, el ciudadano no tiene reconocido el acceso directo al TC para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad³⁷.

Esta regulación es la que está generalizada en Europa, y sin embargo, contrasta con la existen en América latina³⁸. Al respecto, podemos tomar como referencia el artículo 241 de la Constitución política de Colombia. En concreto, en lo que nos interesa, a la Corte Constitucional le corresponde:

a) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación (art. 241.1)

b) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (art. 241.4).

c) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación (art. 241.5).

También puede tomarse como referente el artículo 185.1 de la Constitución política de la República Dominicana en el que se dispone que corresponde al TC conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido”.

37 La situación es claramente distinta si hablamos del ejercicio de la acción de amparo. En este caso, el art. 162.1 b) CE dispone que para interponer el recurso de amparo tienen legitimación “toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”.

38 Sobre estas regulaciones puede verse, a título de ejemplo, REY CANTOR, E., *Acción popular de inconstitucionalidad*. Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 1, núm. 1, 2003, págs. 343-355. Puede verse publicado también en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 1, 2004, págs. 117-128; BREWER-CARÍAS, A. R., *La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional*. Estudios constitucionales, año 9, núm. 2, 2011, págs.623-638.

BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, J., *Acción popular*. La reforma del proceso penal, Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León (2. 1989. Zamora), 1989.

BREWER-CARÍAS, A. R., *La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional*. Estudios constitucionales, año 9, núm. 2, 2011.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *La acción popular. Restricción en su ejercicio*. Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, núm. 5, 2009.

CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*. Aranzadi, España, 2003.

- “Constitución, Jurisdicción y derechos fundamentales”, en *El constitucionalismo de los derechos* (directores académicos BARRIOS GONZÁLEZ, B.; BARRIOS CHÁVEZ, L.), Panamá, 2014.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Tecnos, Madrid, segunda edición 2007.

GIMENO SENDRA, V., *Qué hacer con la acción penal popular*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 14, 2010.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado*. Revista del Ministerio Fiscal, núm. 4, 1997.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., *La acusación en el proceso penal italiano: el papel del Ministerio Fiscal y de la víctima*. Colex. Madrid 2006.

HUERTA OCHOA, C., *La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos*. Boletín mexicano de Derecho Comparado, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003.

KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Universidad Nacional Autónoma de México (TAMAYO Y SALMORÁN, R., traductor), México 2001.

MORENO CATENA, V., *El Ministerio Fiscal y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (coords. CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ORTS BERENGEUR, E.; CUERDA ARNAU, M. L.), Vol. 2, 2009.

NIEVA FENOLL, J., *El Ministerio Fiscal en Alemania*. Justicia: revista de derecho procesal,

núms. 3 y 4.

ORTEGO PÉREZ, F., *La acción popular en el punto de mira*. Iuris: Actualidad y práctica del derecho, núm. 126, 2008.

ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 4ª edición, 2014.

PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*. Comares, España, 1998.

PINON, S., *El sistema constitucional de Francia*. Revista de Derecho constitucional europeo, año 7, número 14, julio-diciembre 2010.

PULIDO ORTIZ, F. E., *Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista*. Revista Prolegómenos- -Derechos y valores, volumen XIV, núm. 27, julio-diciembre 2011.

REY CANTOR, E., *Acción popular de inconstitucionalidad*. Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 1, núm. 1, 2003.

SCHLAICH, K., “El Tribunal constitucional federal alemán”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984.

MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME SHARING) - DIREITO REAL OU CLÁUSULA RESTRITIVA QUE CONDICIONA O USO DA PROPRIEDADE PARA O ALCANCE DE SUA FUNÇÃO SOCIAL?

André Murilo Parente NOGUEIRA¹
Diogo Francisco FELIPE²

RESUMO

O presente trabalho aborda o instituto da multipropriedade imobiliária, conhecida como *time sharing*. Sem tipificação na legislação brasileira, sua natureza jurídica paira entre instituto de direito real e direito pessoal. Apresentamos aspectos gerais do instituto, seu surgimento, a forma como é tratada em legislações extravagantes e sua importância para o efetivo proveito econômico da propriedade. Propomos uma discussão a respeito das implicações se tratada como direito real, a importância da função social da propriedade como ferramenta de garantia constitucional de direito, e, indagamos se não estamos diante de uma cláusula restritiva de direito que condiciona o uso da propriedade.

PALAVRAS-CHAVE: multipropriedade imobiliária, time sharing, cláusula restritiva.

ABSTRACT

The present work addresses the real estate property development institute known as time sharing. Without legal classification in Brazilian law, its legal nature is between institute of real right and personal right. We present general aspects of the institute, its emergence, the way it is treated in extravagant legislations and its importance for the effective economic profit of the property. We propose a discussion about the implications if we treat as real law, the importance of the social function of property as a tool of constitutional guarantee of law, and ask if we are not before a restrictive clause of law that conditions the use of property.

KEY-WORDS: Real time property, time sharing, restrictive clause.

INTRODUÇÃO

Traremos a discussão a importância do direito de propriedade para o desenvolvimento social, econômico e principalmente para subsistência digna do ser humano em sociedade levou o legislador conferir a esse direito garantia constitucional, dotado de imutabilidade como cláusula pétrea de nossa constituição, e, como a atribuição da função social da propriedade tornou-se um mecanismo constitucional de garantias de direitos.

Embora ainda sem tipificação no direito brasileiro, iremos expor os aspectos gerais

-
- 1 Advogado, Doutorando e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE, Coordenador e Professor de Direito Processual Civil do Curso de Direito da ITE/Botucatu; Presidente da 25ª Subseção da OAB/SP
 - 2 Possui técnico em transações imobiliárias pelo EBRAE – Escola Brasileira de Ensino a Distância (2008). Graduação em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de Botucatu (2015). Atualmente é Pós graduando em LLM Direito Civil e Processo Civil pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de Bauru e escrevente do Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Porangaba. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Imobiliário.

sore o instituto da multipropriedade imobiliária, conceito, natureza jurídica, sendo essa uma das principais discussões em torno do instituto, pois, estar-se-ia diante de um instituto de direito real ou de direito pessoal?

Nesse ponto colocamos em discussão nosso entendimento se, com o instituto da multipropriedade, não estamos diante de uma cláusula restritiva que condiciona o uso da propriedade, em atendimento precípua de um objetivo maior como fermenta constitucional de garantia de direito que, consiste no exercício da função social da propriedade.

A peculiaridade do instituto nos leva a propor essa discussão apresentando as possíveis implicações na tipificação da multipropriedade imobiliária como sendo um direito real e, a partir dessa premissa, quais os possíveis desdobramentos existentes nos direitos reais que podem ser aplicados ao instituto em comento, assim como a possibilidade de ser positivada como uma ferramenta restritiva que condiciona o uso adequado da propriedade no sentido de alcançar sua função social e garantir aos cidadãos o exercício regular desse direito constitucionalmente assegurado, ainda que de forma reflexa, pela necessidade de verificação da função social da propriedade.

No tocante ao aspecto metodológico, a pesquisa do presente trabalho pautou-se no método de investigação dedutivo e dialético, justificado pela necessidade de compreensão de princípios gerais presentes no ordenamento jurídico, constitucionais e infraconstitucionais, no sentido de compreender as questões que envolvem a propriedade e conseqüentemente a multipropriedade.

Quanto ao método dialético de investigação a coleta de dados, oriundos da doutrina, legislação e jurisprudência, objetivou uma análise comparada, relacionando a função social da propriedade como ferramenta no sistema constitucional de garantia de direitos e os diferentes aspectos socioeconômicos e jurídicos que envolvem a propriedade, considerando, inclusive, as formas de positivação do “time sharing” no exterior, para assim levantar e dialogar com as principais questões legais advindas do fracionamento da propriedade com base no tempo.

A combinação dos métodos utilizados para compor a metodologia empregada, nem ousa se quer a propor uma conclusão apta a esgotar a matéria, diferentemente disso, propõe, justamente, impulsionar uma abrangente discussão sobre o tema, que, certamente, irá enfrentar muitos obstáculos até sua completa positivação no ordenamento jurídico brasileiro.

1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Desde a expansão dos impérios na conquista de novos territórios a necessidade de dar a propriedade um tratamento de maior importância aumenta, pois é de forma intrínseca o

grande objeto da expansão dos domínios territoriais dos impérios.

Um dos maiores e mais conhecidos impérios da história, o império romano, deixou um legado histórico-cultural marcado por grande influência grega. Esse legado conta com a primeira legislação da época que revolucionou e positivou as regras de convivência em sociedade através, primordialmente da Lei das XII Tábuas, seguida pela elaboração do *Corpus Iuris Civile* que consiste num compilado de direitos e deveres inerentes ao Estado e a todos os cidadãos, que até os dias de hoje influenciam e são base para outras legislações.

Ao longo dessa evolução e principalmente na Idade Média, marcada pela queda do império romano e, na Idade Moderna, marcada pela Revolução Francesa, surgem várias teorias doutrinárias que tentam definir a propriedade, cada uma delas marcada pelo entendimento e pensamento de seu autor dentro de um cenário de evolução social do homem e de reflexões sobre o relacionamento social, juntamente com a evolução jurídica que rege todo comportamento humano, as teorias a seguir são as mais relevantes e assim tentam definir propriedade.

Para Aristóteles, trata-se do domínio sobre um determinado bem que mescla a característica de privado, ou seja, exclusivo de seu detentor, mas que deverá atender a um fim coletivo, ou seja, sua utilização terá que atender o bem da coletividade (apud, ARAÚJO, 2013).

Thomas Hobbes preceitua que a propriedade é uma prerrogativa concedida pelo Estado a seu povo, onde as leis civis estabelecidas pelo poder soberano rege a aquisição, utilização e disposição da propriedade, inclusive impondo restrições que limitam o livre exercício. Não se trata de um direito natural alheio ao Estado e sim de uma concessão que surge juntamente com a criação do Estado (apud, ARAÚJO, 2013).

Contrário ao conceito estatal de propriedade defendido por Hobbes, John Locke considera a propriedade, assim como a liberdade, um direito natural pertencente a todo cidadão independentemente do poder soberano do Estado. Sendo um direito natural caberá ao Estado rege os direitos de propriedade sem, contudo, interferir nesse direito ou limitá-lo a seu detentor (apud, ARAÚJO, 2013).

Compartilhando o conceito da propriedade como um direito natural inerente ao Estado defendido por Locke, Jean Jacques Rosseau discorre que mesmo como direito natural cabe ao Estado impor as restrições necessárias para que a propriedade privada tenha sua destinação voltada ao bem comum da sociedade, sendo o bem comum a finalidade maior do Estado. Rosseau expõe ainda, como moléculas do princípio da função social da propriedade, que a propriedade privada que não atinge a sua finalidade, ou seja, o bem comum, é a grande

causa da desigualdade social (apud, ARAÚJO, 2013).

Thomas More posiciona-se totalmente contrário ao conceito de propriedade como um direito individual, dizendo que sendo um direito individual atenta contra a organização da justiça e crescimento social, pois impossibilita a distribuição igualitária de bens ficando a distribuição dosada pelo dinheiro. Somente sendo a propriedade um bem comum a todos e regida pela disposição do Estado é que se chegaria a uma distribuição justa e igualitária dos bens, como acontece na Ilha Utopia, construída em sua obra A Utopia (apud, ARAÚJO, 2013).

A concepção atual de propriedade evoluiu ao longo do tempo e traz consigo um fragmento de cada um dos conceitos já citados, mas Leòn Duguit traz um entendimento que modificou definitivamente o entendimento de propriedade, pois entende que a propriedade não é um direito subjetivo individual, mas uma Função Social. Trata-se de um poder-dever que o proprietário tem em relação a seus bens podendo usá-los conforme seus interesses e necessidades, mas adequando esse uso ao interesse maior da sociedade em que vive (apud, ARAÚJO, 2013).

Nesse contexto de função social que é atribuído à propriedade, o direito brasileiro garantiu, dentro de cláusulas pétreas, proteção constitucional a propriedade, atualmente inserida como um direito no caput do Art. 5º e, em seu inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, e como um dever para que atenda sua função social, previsto no inciso XXIII do Art. 5º e Art. 186 da lei maior.

Tamanho é a importância dada a propriedade e sua função social que está intrinsecamente inserida como um princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, revelado como pressuposto de existência digna, dentro da ordem econômica como princípio a ser observado, como prevê o Art. 170, caput e incisos II e III da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, a propriedade e sua função social cuidam-se de um pressuposto de existência da dignidade da pessoa humana, se fazendo necessária, portanto, uma abordagem desse direito como parte integrante do sistema constitucional de garantia de direitos expondo todas as modalidades e formas de sua proteção, com o que a multipropriedade guarda importantes aspectos de convergência.

2. A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL DENTRO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIAS DE DIREITOS

A chamada função social da propriedade teve sua bandeira levantada e carregada

pela igreja católica através dos ensinamentos de Santo Ambrósio, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino e das encíclicas em especial a *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, sendo uma das primeiras tipificações positivadas do instituto.

Durante o período da modernidade, notadamente após o constitucionalismo advindo pela Revolução Francesa, consagrou-se a concepção de Estado Mínimo, Liberal e abstencionista, de tal modo que a propriedade não mais poderia ser objeto do poder manifestado pela monarquia, consistindo em bem jurídico de especial relevância a ser tutelado mediante afastamento do Estado, a fim de que a burguesia, detentora do capital e da propriedade, não visse seu patrimônio ser usurpado pelo poder da Coroa.

Na concepção do Estado Liberal, o distanciamento do Estado em relação à esfera particular e livre do indivíduo, prestou-se para assegurar que o rei não iria manifestar seu poder de império em detrimento da propriedade, especialmente porque os titulares desses bens eram aqueles que encabeçaram o movimento revolucionário, uma burguesia crescente em seu poder econômico, contudo, até então, sem condições de exercer poder político, o que somente se reverteu com o movimento da Revolução e a consagração de seus valores fundamentais, dentre os quais podemos destacar a liberdade, a igualdade formal e a propriedade.

A doutrina católica foi propulsora da definição da função social da propriedade mantendo seu aspecto individualista, mas pregando que seu uso deveria ter um fim social para o bem comum da sociedade.

No século XX assumindo definitivamente um papel intervencionista, o Estado estabelece a função social da propriedade inserindo-a na ordem econômica como instrumento para o equilíbrio social até então inexistente, impondo-lhe administrativamente restrições e limitando o direito de propriedade em face ao interesse público (ARAÚJO, 2013).

A propriedade continua a ser plena para seu proprietário, mas deixa de ter o caráter absoluto cabendo ao Estado impor-lhe sanções administrativas cabíveis caso não atenda sua função social, a inserção da função social no direito de propriedade, é feita primeiramente através de leis extravagantes que disciplinavam a matéria e posteriormente alcança as normas superiores estatais.

No Brasil somente com a Constituição de 1967 aparece em nosso ordenamento jurídico como um princípio da ordem econômica, mantido na Constituição Federal de 1988 em seu Art. 170 como pressuposto de existência digna da pessoa humana, sendo princípios, a propriedade privada disposta no inciso II e a função social prevista no inciso III do referido artigo, como princípio geral que garante a atividade econômica.

Com a vigente lei maior a propriedade e sua função social tornaram-se ainda cláusulas pétreas presentes no caput do artigo 5º, incisos XXII e XXIII, que tratam dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, são imutáveis e somente poderão ser alteradas com a criação de uma nova constituição emergida do poder constituinte originário.

Embora o sistema constitucional de garantias de direitos garanta a propriedade o exercício pleno de seus direitos de quem reúna as qualidades de proprietário, ele condiciona o exercício desse direito ao cumprimento da função social que é inerente a propriedade.

O legislador constituinte previu uma série de mecanismos que podem restringir e até privar o proprietário o exercício pleno dos direitos da propriedade, caso essa não veja cumprir sua função social.

Para que a função social da propriedade não sofresse nenhum tipo de interpretação distinta o legislador constituinte definiu a função social da propriedade no Art. 186 da Constituição Federal de 1.988, *in verbis*:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

...

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O descumprimento da função social da propriedade autoriza a intervenção estatal o sentido de condicionar o uso adequado da propriedade através da imposição de medidas que jurídicas e administrativas que confirmam a propriedade o seu adequado e atendam o fim social.

Podemos citar como exemplos desses mecanismos de sanção estatal que tolem o direito da propriedade ao disposto no Art. 243 da Constituição Federal de 1.988, que autoriza a desapropriação de áreas urbanas ou rurais que são destinadas a culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou onde há exploração de trabalhos escravo.

Outro exemplo desses mecanismos constitucionais de controle da função social da propriedade vem disposto no Art. 183 e Art. 191 da Constituição Federal de 1.988, que confere a aquisição da propriedade ao possuidor que, durante certo lapso de tempo, utilize

propriedade urbana como sua moradia ou sendo essa rural torne-a produtiva, cumulativamente com os demais requisitos presentes nos respectivos artigos.

Conclui-se, portanto, que a função social da propriedade é um mecanismo de garantia ao direito de propriedade que está constitucionalmente garantido. Trata-se da forma coercitiva constitucional imposta ao proprietário para que este dê a propriedade o fim social a que ela se destina.

Nossos constituintes foram cirurgicamente precisos em conferir a propriedade um direito constitucionalmente garantido, condicionando o exercício pleno desse direito a função social da propriedade, que por sua vez tem conceito constitucional expresso, porém, não definiram o que é propriedade e principalmente qual sua natureza jurídica.

3. PROPRIEDADE, TAXATIVIDADE E TIPICIDADE DOS DIREITOS REAIS

Não há um consenso definidor de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, o que existe é a definição de proprietário, como tipifica o artigo 1.228 do vigente Código Civil Brasileiro, *in verbis*: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Ao adquirir a propriedade, o proprietário reúne todos os elementos constitutivos da mesma, ou seja, o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação da propriedade.

Quando esses atributos de proprietário estão reunidos na mesma pessoa tem-se a chamada propriedade plena do bem, podendo ocorrer o fenômeno do desdobramento desses atributos, passando o exercício de algum deles a outra pessoa (GONÇALVES, 2012).

O direito de uso da propriedade constitui ao proprietário a faculdade de usar *jus utendi* o bem que lhe pertence da forma que lhe for conveniente e necessária ou exclusiva e compartilhada, respeitando, porém, as restrições de uso legalmente impostas pelo ordenamento jurídico e atendendo a função social da propriedade.

A fruição, gozo ou usufruto *jus fruendi* da propriedade dá ao proprietário ou terceiro o direito de perceber todos os frutos produzidos pela propriedade, sejam eles naturais ou artificiais, aproveitando economicamente da produção.

O direito de dispor da coisa *jus abutendi* confere ao proprietário a opção de alienar, transferir, doar, permutar, onerar, enfim, constituir a terceiro os direitos inerentes a propriedade.

Reivindicar a coisa *rei vindicatio* é o direito que o proprietário possui de reaver a coisa do domínio de quem injustamente à detenha ou possui, é a ação protetiva da propriedade.

Além da previsão constitucional, a propriedade está presente no rol dos direitos reais dispostos no Art. 1.225 do Código Civil Brasileiro, direitos estes que são objetos de discussões quanto sua taxatividade e tipicidade.

A doutrina tradicional entende pelo princípio da taxatividade dos direitos reais que somente constituem direitos reais aqueles presentes no rol do Art. 1.225 do Código Civil Brasileiro, atribuindo ao rol condição de *numerus clausus*, alterados apenas por lei.

Embora, consideremos essa taxatividade a existência de direitos reais não se restringe apenas ao rol do Art. 1.225 do Código Civil Brasileiro, uma vez que, a legislação especial trouxe outras modalidades de direitos reais, como por exemplo o regime da alienação fiduciária trazido pela Lei nº 9.514/97 e o compromisso de compra e venda trazido pela Lei nº 6.76/79.

Há, portanto, uma taxatividade que envolve os direitos reais, mas não somente aqueles contidos no rol do Art. 1.225 do Código Civil, mas também todos os demais dispersos em legislações especiais.

Essa taxatividade confere aos direitos reais a necessidade de observar os princípios da legalidade e da publicidade, impostos constitucionalmente a toda administração pública, conforme dispõe o Art. 37 da Constituição Federal de 1.988.

Não há, portanto, direito real sem que esteja legalmente previsto e tenha se dado a necessária publicidade *erga omnes*, garantindo com essas providências a segurança jurídica necessária para reger todas as relações jurídicas que envolvem todos os direitos reais.

Quando tratamos da tipicidade, não podemos dissociá-la da taxatividade, pelo fato de uma não existir sem a outra, ou seja, a taxatividade dos direitos reais permite que, através da tipicidade, dentro desses direitos as partes pactuem da forma irrestrita, em respeito a autonomia da vontade ou autonomia privada.

Dessa tipicidade poderá nascer, dentro de uma relação jurídica regulada pela autonomia privada, embrionariamente um de possível novo direito real, que, embora gere aparentemente efeito entre as partes, poderá condicionar novas relações jurídicas que só terão segurança real quanto, através da taxatividade, forem positivadas no ordenamento jurídico brasileiro.

A simples autonomia privada não tem o condão de criar novos direitos reais, nesse ponto está presente a taxatividade, mas poderá ser o modelo de sua criação e é nesse ponto que a tipicidade se sobressai, quando as relações jurídicas trouxerem à realidade uma forma diversa de direito real prevista ou que dele seja decorrente, necessitando, portanto, de positivação.

Portanto, os direitos reais são taxativos atendendo os princípios constitucionais da legalidade e da publicidade, e, sua tipicidade é elástica e poderá ser propulsora para modificação ou inserção de novos direitos reais, respeitando a autonomia da vontade.

Um exemplo bastante robusto nesse sentido, embora não seja objeto de aprofundamento em nosso estudo, é o Direito Real de Laje, introduzido em nosso ordenamento jurídico com sua inclusão no rol dos direitos reais, disposto no Art. 1.225 do Código Civil Brasileiro através da Medida Provisória nº 759 de 2016.

O direito real de laje é a personificação de como a evolução da sociedade e a forma como ela trata o direito de propriedade, exige do legislador uma ação concreta no sentido de acompanhar essa evolução, positivando o surgimento de novos direitos inerentes a propriedade, no sentido de regulamentar e dar segurança jurídica a essas novas relações jurídicas.

Francisco Eduardo Loureiro (LOUREIRO, 2012), em explanação cristalina sobre essa questão da tipicidade, assim nos ensina:

Os direitos reais classificam-se em direito real sobre coisa própria e direito real sobre coisa alheia. O direito real sobre coisa própria é apenas a propriedade. A entrega de parte das faculdades reais do proprietário a terceiros gera os direitos reais sobre coisas alheias. Verifica-se, portanto, que os direitos reais sobre coisas alheias são parcelas do direito real maior, que é a propriedade.

Os direitos reais sobre coisa alheia, por seu turno, subdividem-se em direitos reais limitados de gozo ou fruição (superfície, servidão, usufruto, uso e habitação); direito real de aquisição (direito do promitente comprador); e direitos reais de garantia (hipoteca, anticrese, penhor e propriedade fiduciária).

A livre pactuação entre as partes, protegida pelo princípio da autonomia privada, é essencial para que o surgimento de novos institutos de direitos reais possam ser positivados em nosso ordenamento jurídico e passem a gozar da segurança jurídica, essencial para o equilíbrio econômico e a segurança jurídica nas relações imobiliárias.

Após esse entendimento sobre a propriedade, taxatividade e a tipicidade dos direitos reais, ficamos um pouco mais tranquilos para tratar da multipropriedade imobiliária e posicioná-la topograficamente dentro do nosso ordenamento jurídico, embora ainda não tenha qualquer previsão legal.

Decorrente do direito real maior que é a propriedade, a multipropriedade ainda não possui regulamentação, seus efeitos são apenas *inter partes*, não possuem efeitos *erga omnes*, razão pela qual cabe reflexão a respeito da positivação do inovador instituto junto aos demais direitos reais.

Passaremos a tratar da multipropriedade imobiliária e de todos os possíveis desdobramentos que esse direito, carente de positivação, poderá trazer a nosso ordenamento

jurídico, constituindo mais um desafio a ser enfrentado por nossos legisladores.

4. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: ASPECTOS GERAIS E POSSÍVEIS IMPACTOS SE POSITIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O surgimento dessa modalidade de aquisição e uso da propriedade no tempo se dá na Europa sob influência de diversas figuras originadas das relações jurídicas que tinham por objeto regular o aproveitamento útil da propriedade, e a primeira tipificação a seu respeito é feita na França, seguida da Itália, Espanha e Portugal.

Cada um deles, por sua vez, tratou a multipropriedade imobiliária de maneira peculiar atribuindo-lhe aspectos bastante distintos e que merecem uma prévia explanação para possibilitar uma reflexão de como o instituto pode ser tratado em nosso ordenamento jurídico.

A Itália tratou do instituto denominando-o de Multipropriedade Acionária, que consiste na constituição de uma sociedade anônima que é responsável pela administração do imóvel e seus sócios são em tese os proprietários, ficando resguardada a cada um deles seu respectivo período de uso da propriedade.

O tratamento dado ao instituto na Itália deixa claro que a natureza jurídica não é de direito real e sim de um direito societário, onde cada cota social pode ser negociada e a sociedade inclusive pode ser objeto de cisão, incorporação e fusão.

As implicações das alterações estatutárias refletem diretamente na forma de uso e disposição da propriedade e por esse motivo tornam essa relação jurídica mais complexa.

Regime de aproveitamento por turno é como a Espanha trata a multipropriedade imobiliária, país esse que é um dos maiores polos turísticos do mundo ficando atrás apenas do Egito.

O instituto da multipropriedade na Espanha reúne uma mescla de direito real e direito pessoal, esse último predominante já que a definição jurídica desse direito fica a cargo das partes na elaboração do contrato.

Dessa forma o aproveitamento por turno da propriedade fica submetido a vontade das partes que irão caracterizá-lo, mediante a estipulação de cláusulas contratuais que definirão todas as suas peculiaridades, efeitos e alcance.

Um ponto bastante curioso do instituto da multipropriedade na Espanha consiste na obrigatoriedade de ser pactuado um seguro do imóvel contra terceiros e a possibilidade de permutar esse aproveitamento por turno por outro que esteja submetido ao mesmo sistema, respeitadas as cláusulas que protegem a relação de consumo, extremamente protegida no país.

Por fim, constituído como direito real, esse poderá ser levado a registro no Registro

Imobiliário e seus efeitos jurídicos como sendo um direito real são semelhantes ao do instituto do usufruto presente em nossa legislação.

A legislação portuguesa por sua vez positivou a multipropriedade imobiliária com sendo um direito real de habitação periódica, através do Decreto-Lei nº 355 de 31/12/1981, segundo leciona Marcelo Augusto Santana de Melo (MELO, 2011).

Atualmente em Portugal a multipropriedade imobiliária ou *time sharing* esta positivada no Decreto-Lei nº 275/1993, alterado pelo Decreto-Lei nº 180/99 e pelo Decreto-Lei nº 22/02.

O direito real de habitação periódica positivado no direito português têm sua incidência apenas sobre imóveis alheios e com características exclusivamente turísticas, inclusive sendo constituído sobre as regras do condomínio edilício, podendo ainda, ter como proprietário do imóvel, pessoa física ou jurídica.

Uma das características do instituto no direito português consiste na perpetuidade de sua constituição, podendo, através de pactuação e vontade das partes, estabelecer limite a sua vigência nunca inferior a 15 (quinze) anos.

A instituição se dá através de escritura pública com o respectivo registro no Registro de Imóveis competente e o proprietário do imóvel, pessoa física ou jurídica, ficará responsável pela administração e conservação das unidades sujeitas ao regime de direito real de habitação periódica.

Essa providência no sentido de atribuir ao proprietário a responsabilidade pelo imóvel garante a proteção do consumidor do direito real de habitação periódica, o qual pode, a qualquer momento transferir a responsabilidade de sua administração a uma empresa especializada.

Não nos resta dúvida que Portugal tratou a multipropriedade imobiliária, ou melhor, o direito real de habitação periódica assim como tratamos aqui no Brasil todo direito real incidente sobre a propriedade, registrando ou averbando esse direito na matrícula do imóvel e dando publicidade *erga omnes* a esse direito. Assim como acontece com os demais direitos reais presentes em nossa legislação, o direito real de habitação periódica positivado no direito português também é transferido por sucessão *inter vivos* ou *causa mortis*.

Essa similaridade e influência total do direito português em nossa legislação nos coloca uma dúvida a respeito da multipropriedade imobiliária e sua possível positivação no direito brasileiro.

Estamos realmente diante de um direito real que poderá ser incluso em nosso ordenamento jurídico ou trataremos a multipropriedade imobiliária no Brasil como um direito

puramente obrigacional vinculado a vontade das partes, estabelecendo as características e efeitos desse direito no instrumento de realização do negócio jurídico?

Primordialmente o instituto da multipropriedade de bem imóvel está ligado a imóveis localizados em áreas turísticas e que possuem finalidade precípua de lazer ou veraneio, geralmente utilizadas em períodos de férias.

O instituto possibilita a aquisição de um imóvel localizado em uma região turística, por exemplo, por vários proprietários que irão condicionar o uso de cada um deles sobre a totalidade do imóvel, distribuindo essa utilização individual em períodos certos do ano para cada proprietário.

Claramente o viés econômico de utilização da propriedade é otimizado, uma vez que, um imóvel que aparentemente é utilizado algumas vezes por ano, passará a ser utilizado o ano todo por todos os proprietários, sem contar no aumento da acessibilidade de um número maior de pessoas a imóveis localizados em regiões turísticas que, via de regra, possuem preços mais elevados.

No Brasil todo material e conteúdo que disciplina ou melhor, tenta disciplinar a multipropriedade imobiliária tem origem jurisprudencial e doutrinária, sendo que, as orientações jurisprudenciais emergem dos diversos negócios jurídicos envolvendo empreendimentos turísticos que aplicaram e aplicam o regime de aproveitamento por turno.

O único regramento positivado existente no Brasil a respeito da multipropriedade imobiliária foi elaborado pelo Ministério do Turismo que através da Instrução Normativa nº 378/97, que tentou, sem sucesso, disciplinar a matéria.

Essa tentativa não passou de um verdadeiro ingrediente para aumentar ainda mais as dúvidas e obstáculos a ser enfrentados pelo instituto da multipropriedade imobiliária.

A jurisprudência, diria que pacífica, entende o instituto da multipropriedade como sendo de natureza de direito real, ainda que pendente de positivação no ordenamento jurídico, sob o fortíssimo argumento de que na maioria das vezes o direito e a própria legislação não acompanham a evolução social e as constantes mutações pela qual as relações contratuais passam.

Para tratarmos da multipropriedade como um direito real há necessidade de primeiro tratarmos da taxatividade do rol de direitos reais existentes. Num segundo momento, enfrentada a questão referente a taxatividade que como aconteceu com outros direitos reais poderá ser positivada em lei especial, é preciso analisar seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, sendo um direito real, esse decorrerá da propriedade que traz consigo todos os atributos a serem exercidos pelo proprietário como o uso, gozo, disposição,

reintegração.

Quanto ao direito do proprietário de usar e gozar da propriedade, *jus utendi* e *jus fruendi*, é justamente onde o instituto da multipropriedade irá operar o mais significativos efeitos, pois são os objetos do instituto que limita ou condiciona, ou melhor ainda, proporciona através de unidades fixas de tempo o pleno exercício desses direitos entre os proprietários.

No que diz respeito à disposição, não são questões fáceis de ser enfrentadas, pois, trata-se de um ato de mera liberalidade do proprietário, ficando esse direito inclusive sujeito a oneração que, nesse caso em específico, poderá acabar tornando-se inviável uma eventual execução por descumprimento de obrigações, mostrando-se economicamente inviável como constituição de garantia por exemplo.

Ainda, dentro da questão da disposição, a transmissão pela sucessão *causa mortis*, acontece de forma involuntária e a divisão da multipropriedade ou aproveitamento por turno, da unidade de tempo que será objeto da transmissão, poderá, dependendo da quantidade de herdeiros ou legatários, tornar o exercício do direito real de multipropriedade impossível, se levarmos em conta que cada herdeiro poderá receber com seu quinhão hereditário um aproveitamento por turno irrisório cujo exercício de forma individualizada torna-se inviável.

Quando ao direito de reivindicação que o proprietário tem sobre a propriedade em face de quem injustamente a possui, podendo reivindicá-la, fica complexa sua constatação, uma vez que, a posse ou domínio efetivo e direto em relação a coisa não é ininterrupta, ou seja, é uma posse temporária.

Assim sendo, como reivindicar a propriedade, em regime de multipropriedade, de quem injustamente a possui se o domínio do próprio proprietário não é pleno, é compartilhado com outros proprietários em unidades fixas de tempo e, assim sendo, se a ocupação injusta se der em turno que não seja o seu não haveria legitimidade para reivindicação.

São apenas algumas das diversas questões que teremos de enfrentar com a positivação do instituto da multipropriedade imobiliária como sendo um direito real que, decorre da propriedade e seus direitos e deveres.

CONCLUSÃO

Chegamos ao final desse trabalho com mais questionamentos do que soluções dentro de um instituto que ainda é complexo e sem uma definição exata da extensão de seus efeitos.

Vimos que a função social da propriedade poderá ser atingida de uma forma mais

completa com o instituto da multipropriedade principalmente no que concerne a empreendimentos imobiliários voltados ao turismo, pois possibilita o melhor proveito econômico e o uso integral da propriedade durante todo o ano.

Percebemos que a definição da natureza jurídica do instituto implicará grandemente nos efeitos que o mesmo pode gerar. Encarado como um direito obrigacional seus efeitos operam-se *inter partes* e regem uma relação jurídica que, via de regra, não será publicizada perante terceiros. Quando abordado como sendo um direito real a publicidade perante terceiros será externada com seu registro na matrícula do imóvel, porém as questões relacionadas com o exercício do direito que o proprietário possui sobre a propriedade será mitigado e poderá inclusive sofrer restrições de seu pleno exercício.

Humildemente ousamos aqui nos posicionar de forma distinta do que a doutrina e a jurisprudência vem entendendo sobre o instituto da multipropriedade imobiliária, de modo que, entendemos que o instituto da multipropriedade imobiliária tem mais o condão de condicionar e disciplinar o uso e gozo da propriedade do que estabelecer um direito real decorrente da propriedade.

Propomos aqui uma reflexão se a multipropriedade imobiliária não poderia ser encarada como uma cláusula restritiva que limita a plenitude do exercício do direito de propriedade, como ocorre com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Assim encarada, como uma cláusula restritiva incidente sobre o imóvel que estará sujeito ao regime de multipropriedade, o instituto da multipropriedade ganhará publicidade *erga omnes*, com a efetiva averbação na matrícula do imóvel que irá restringir o uso e gozo do imóvel, objetivo mor do instituto da multipropriedade.

Os direitos dos proprietários continuariam resguardos e ao adquirir um imóvel gravado com a cláusula que estipula o regime de multipropriedade, estará ciente das restrições que seu direito de uso e gozo, no imóvel em questão, sofrerão e que sua utilização e fruição plena se darão em unidades fixas de tempo em determinado turno.

A destinação do imóvel, “afetando-o” como sendo uma unidade sob o regime de multipropriedade imobiliária, distingue-o da forma tradicional do condomínio voluntário, pois passa ser uma característica do imóvel e não uma vontade dos proprietários ou adquirentes, esses apenas aderem e se submetem a essa modalidade de aquisição, similar ao que ocorre no condomínio edilício, porém, sem a existência de unidades autônomas, apenas áreas comuns.

Vemos aqui o instituto da multipropriedade imobiliária como uma ferramenta infraconstitucional que está diretamente ligada as ferramentas constitucionais de garantia de

direitos, principalmente aquelas que tem como objetivo o alcance do exercício efetivo da função social da propriedade.

A função social da propriedade imposta pela constituição tem o claro objetivo de atribuir a propriedade o seu efetivo exercício e proveito econômico que atenda não só apenas o interesse do particular, mas sim o de toda sociedade, e, tem no instituto da multipropriedade imobiliária mais uma ferramenta que poderá condicionar o uso e gozo da propriedade de forma que atinja o máximo proveito útil e econômico do bem.

São apenas indagações que ainda não tem uma resposta concreta, são proposições que chamam a uma reflexão dos impactos do instituto da multipropriedade imobiliária no ordenamento jurídico brasileiro de um ponto de vista ainda pouco explorado.

Esperamos contribuir com o presente estudo, ainda que de certa forma trazendo mais questões do que soluções, entendendo que a discussão sobre a matéria tem de abranger o maior número de possibilidades de positivação possível para que, quando seja positivada o legislador não deixe lacunas ou barreiras que impliquem na ineficácia da medida.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **USUCAPIÃO**: 2ª edição: Brasil, Malheiros. 2013.

DE MELO, Marcelo Augusto Santana. **Registro Imobiliário**: aquisição da propriedade: Coleção Doutrinas Essenciais Direito Registral, organizadores Ricardo Dip, Sérgio Jacomino. Edição Especial 100 anos, Vol. III, São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. volume 5: **Direito das Coisas**: 7ª edição: São Paulo, Saraiva, 2012.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916, coordenador Cezar Peluso. 4. ed. Barueri-SP: Manole, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direitos Reais**: 14ª edição: Brasil, Atlas, 2011.

O CASO “LÜTH” E A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fernando Navarro VINCE¹
Daniela Menengoti RIBEIRO²

RESUMO

A decisão do Caso “Lüth” é considerada pelos estudiosos do direito constitucional como uma das mais importantes sobre direitos fundamentais já proferida até hoje. De lavra do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, foi publicada em 1958 e inaugurou o debate sobre três ideias de relevo extremo dentro da contemporaneidade jurídica constitucional, a saber: (i) dimensão objetiva dos direitos fundamentais; (ii) eficácia horizontal dos direitos fundamentais; (iii) técnica da ponderação de interesses. Pretende-se com o presente trabalho analisar os argumentos utilizados pelos julgadores alemães para elucidar a pioneira e tormentosa demanda judicial, bem como investigar a influência dessa sentença, que apesar de ter sido prolatada na segunda metade do século XX, ainda repercute forte no cenário jurídico mundial quando o assunto é direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Caso “Lüth”; Eficácia dos Direitos Fundamentais; Dimensão Objetiva; Ponderação.

ABSTRACT

The "Lüth" Case is considered by the scholars of constitutional law as one of the most important decisions on fundamental rights ever handed down to date. From the Federal Constitutional Court of Germany, it was published in 1958 and inaugurated the debate on three ideas of extreme importance within the constitutional juridical contemporaneity: (i) objective dimension of fundamental rights; (ii) horizontal effectiveness of fundamental rights; (iii) balancing technique. The purpose of this paper is to analyze the arguments used by German judges to elucidate the pioneering judicial process, as well as to investigate the influence of this sentence, which despite having been proclaimed in the second half of the twentieth century, still has strong repercussions in the legal scenario, when it comes to human rights.

KEY-WORDS: Case "Lüth"; Efficacy of Fundamental Rights; Objective Dimension

1 INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha tornou-se referência na jurisprudência mundial pelo trabalho desenvolvido em prol da concretização dos direitos fundamentais. O principal motivo que levou a mencionada corte a se preocupar com o tema foi, sem dúvida alguma, as atrocidades proporcionadas pelo

1 Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Endereço eletrônico: fernandonavarrovince@gmail.com

2 Professora do Mestrado em Ciências Jurídicas da Unicesumar. Doutora em Direito pela PUC/SP com período de pesquisa na *Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne*, França. Endereço eletrônico: daniela.ribeiro@unicesumar.edu.br.

regime nazista durante a Segunda Grande Guerra.

O Caso “Luth” foi uma das decisões históricas ali produzidas. Admitida no meio acadêmico como uma das deliberações mais conhecidas quando se trata de direitos fundamentais, foi o responsável pelo reconhecimento da condição de excelência da jurisprudência alemã, proporcionando, inclusive, que o referido conselho ultrapassasse o tribunal norte-americano, respeitado espaço de debates sobre direito constitucional e que ocupava até então, conforme opinião da doutrina específica, o primeiro lugar em importância. Nesse julgamento foram enfrentadas, de forma detalhada e didática, questões inéditas, que viriam a influenciar radicalmente os sistemas jurídicos localizados nas democracias ocidentais.

Os objetivos deste trabalho é identificar os principais argumentos utilizados pelos julgadores para fundamentar a decisão e demonstrar como eles contribuíram e ainda continuam a contribuir para o avanço da teoria geral dos direitos fundamentais. Outrossim, aproveitando a fase proeminente do constitucionalismo, também será alvo de investigação, as posições atuais da doutrina e da jurisprudência nacionais acerca da matéria, procurando com isso estabelecer um debate crítico, profícuo sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, eficácia horizontal dos direitos fundamentais e ponderação de interesses.

O trabalho será fundamentado em pesquisa bibliográfica, com esboço principal na doutrina nacional. Periódicos científicos especializados no assunto também servirão de fontes a fim de se obter o máximo de elementos úteis a pesquisa.

O artigo se dividirá em duas partes. A primeira apresentará o Caso “Lüth”, descrevendo os fatos que ensejaram a disputa judicial. A segunda, será subdividida em três tópicos específicos que examinarão as bases teóricas lançadas pela decisão, quais sejam: a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, eficácia horizontal dos direitos fundamentais e ponderação de interesses. Mãos à obra.

2 O CASO “LUTH”

No dia 15 de janeiro de 1958, o Tribunal Constitucional da Alemanha (Bundesverfassungsgericht – BverfGE) julgou o denominado Caso Lüth (Lüth-Urteil 7, 198-230) que é considerado por estudiosos do direito constitucional do mundo inteiro, como a mais importante decisão da suprema corte alemã e uma das principais sentenças produzidas até hoje sobre direitos fundamentais. A seguir os fatos que ensejaram a demanda³:

3 Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Coletânea original: Jünger Schwabe. Organização e introdução Leonardo Martins. Tradução: Beatriz Hennig. Leonardo Martins. Mariana Bigelli de Carvalho. Tereza Maria de Castro. Vivianne Galdes Ferreira. Konrad denauer- Stiftung

Erich Lüth era um crítico de cinema e Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo. Em 20 de setembro de 1950, durante um evento envolvendo produtores e distribuidores de filmes, convocou o público em geral a boicotar o filme produzido por Veit Harlan, denominado *Amada Imortal (Unsterbliche Geliebte)*.

O argumento que motivou Lüth conchamar o boicote, foi o passado nazista de Harlan. Este em 1940, a serviço do Terceiro Reich, ele produziu o filme *Jud Süß (o Judeu Süß)*, que afrontou os direitos humanos, pois, fazia propaganda antisemita e incentivava a perseguição a judeus.

Oportuno registrar que Harlan, depois da guerra foi julgado pelo passado nazista, contudo, foi absolvido, pois o tribunal reconheceu a inexigibilidade de conduta diversa e entendeu que ele, não poderia recusar uma ordem do ministro da propaganda nazista, Joseph Goebbels, sem colocar sua própria vida em perigo (GUEDES, 2014).

A obra *Amada Imortal*, não fazia qualquer alusão ao nazismo ou antissemitismo, mas Lüth, judeu, afirmava que reproduzir ou assistir ao filme contrariaria a moral e dignidade das pessoas de bem. O manifesto refletiu nas bilheterias e causou prejuízo aos produtores.

Diante do resultado negativo, Harlan, os produtores e os distribuidores do filme, com fundamento no § 826 do Código Civil alemão (BGB), ajuizaram uma ação cominatória em face de Lüth, requerendo que ele fosse proibido de manifestar-se pela abstenção, sob pena de multa pecuniária. O pedido foi acatado pelo Tribunal Estadual de Hamburgo.

Irresignado, Lüth interpôs Recurso de Apelação para o Tribunal Superior de Hamburgo e Reclamação Constitucional para o Tribunal Constitucional Federal, aduzindo cerceamento do direito de liberdade de expressão previsto pela Constituição alemã (art. 5,I,I, GG).

O Tribunal Constitucional Federal julgou procedente a Reclamação Constitucional, por entender que o discurso de Lüth, era na verdade, mero exercício do direito fundamental de liberdade de expressão.

O julgado foi assim ementado:

Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional. No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desenvolve-se de modo mediato, por intermédio das normas de direito privado. Ele interfere, sobretudo, nas prescrições de caráter cogente e é realizável pelo juiz, sobretudo pela via das cláusulas gerais. O juiz de vara cíveis, pode, por meio de suas decisões, violar os direitos fundamentais (§ 90 BVerfGG), quando ignorar a influência dos direitos fundamentais sobre o direito

Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Disponível em << http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>> Acessado em 12 de junho de 2017.

civil. O Tribunal Constitucional Federal revisa decisões cíveis somente no que tange a erros jurídicos em geral. As normas de direito civil também podem ser “leis gerais” na acepção do art.5,II, GG e ,destarte, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento. As “leis gerais” têm que ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento para o Estado livre e democrático. O direito fundamental do art. 5 GG não protege somente a expressão de uma opinião enquanto tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão. Uma expressão do pensamento que contenha uma convocação a boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 BGB; ela pode ser justificada constitucionalmente, em sede de ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p.246/247).

Conhecido o caso, passa-se a investigar as bases teóricas lançadas pela decisão.

3 AS BASES TEÓRICAS LANÇADAS PELA DECISÃO

No julgado examinado, o Tribunal Constitucional alemão iniciou os debates sobre temas que são considerados até hoje as vigas-mestras da teoria dos direitos fundamentais, são eles: a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos essenciais. A seguir serão traçadas algumas linhas sobre esses assuntos, dando enfoque especial aos principais reflexos da decisão na doutrina e jurisprudência nacionais.

3.1 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais

A doutrina dominante atribui aos direitos fundamentais duas dimensões, a subjetiva e a objetiva. A primeira, remonta às origens do constitucionalismo e traduzia o aspecto limitador dos direitos dos homens, agindo, os sobreditos direitos, como garantias a proteger o cidadão da ilegítima interferência do poder estatal na esfera pessoal do indivíduo. Trata-se de direito de defesa, de resistência, que preconiza abstenção ou ação negativa do Estado.

Ao lado desta perspectiva de defesa, localiza-se a dimensão objetiva. que resulta do significado dos direitos fundamentais como ordem de prevalência superior dentro do sistema jurídico, o que faz com que seus valores influenciem todas as áreas do ordenamento e funcionem como rumo a balizar a atividade hermenêutica .

Os direitos fundamentais, assim, ultrapassam o aspecto da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo (MENDES;BRANCO, 2015, p.167). Implica, assim, a dimensão objetiva, em eficácia “irradiante”, que os transforma em diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do Direito.

A propósito, oportunas são as ideias de Ingo Sarlet (2012) em relação à matéria:

“A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importante sem uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, "as bases da ordem jurídica da coletividade". Nesta linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade "fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir".(SARLET, 2012, p. 127)

Nota-se, entretanto, que a dimensão objetiva dos direitos do homem representa decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva estampadas na Lei Maior que se lançam por todo o sistema jurídico. Dito de outra forma, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se, no âmbito da ordem constitucional, como conjunto de valores objetivos a direcionar a conduta positiva do poder público e não somente as garantias negativas dos interesses do indivíduo. Existe uma transcendência do aspecto subjetivo (limitador da atuação governamental), reconhecendo-se, desta forma, a dupla e distinta atuação dos direitos fundamentais. (multifuncionalidade constitucional)

Nesse sentido assevera Canotilho (1993) que:

1. Fundamentação subjectiva. Com esta ideia de fundamentação subjectiva procura-se salientar basicamente o seguinte: um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade. Assim, por ex., quando se consagra, no art. 37.71 da CRP, o «direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio», verificar-se-á um fundamento subjectivo ou individual se estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e ideias. 2. Fundamentação objectiva Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta «fundamentação objectiva» que se pretende salientar quando se assinala à «liberdade de expressão» uma «função objectiva», um «valor geral», uma «dimensão objectiva» para a vida comunitária («liberdade institucional»). (CANOTILHO, 1993, p.535)

Dá para perceber que existe um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais que relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica (Von MÜNCH, Ingo. Grundgesetz-Kommentar, Kommentarzu Vorbemerkung Art 1-19, N. 22) (MENDES, 1998, p. 214)

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais se liga à compreensão que consagram os valores mais importantes de uma comunidade política. Este carácter potencializa a irradiação dos sobreditos valores essenciais para todos os campos do Direito, e permite que eles influenciem uma miríade de relações jurídicas que não sofreriam sua incidência, se nós os visualizássemos apenas como direitos públicos subjetivos (SARMENTO, 2004, p. 371).

Com efeito, do reconhecimento desta nova dimensão dos direitos humanos, pode-se desenvolver três ideias de elevada importância: irradiação dos valores constitucionais, reconhecimento de deveres de proteção do Estado e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Em primeiro plano, a irradiação dos direitos fundamentais atuam no sentido de orientar, direcionar a interpretação do direito infraconstitucional, resultando numa leitura do ordenamento jurídico de acordo com os valores constitucionais protegidos de forma explícita ou implícita na Constituição. Outro mister que deriva da dimensão objetiva é a comprovação de que dos direitos fundamentais emana a obrigação do Estado de protegê-los, recaindo sobre o poder estatal o ônus incessante de buscar a proteção dos direitos dos cidadãos, não apenas em face ao próprio Estado, mas também em relação aos atores privados. Em arremate, decorre do mencionado aspecto a eficácia externa ou horizontal dos direitos fundamentais, que traduz a possibilidade de incidência dos preceitos essenciais nas relações jurídicas interprivadas e que será objeto de análise na sequência, em tópico específico.

3.2 A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

Como já foi afirmado anteriormente, a teoria da eficácia horizontal ou externa dos direitos fundamentais surgiu pela primeira vez na jurisprudência mundial com a decisão do Caso “Luth” e previa a aplicação dos direitos fundamentais nas ações estabelecidas no âmbito particular.

Sustenta essa tese que as normas definidoras de direitos individuais comprometem tanto o poder público quanto o poder privado. A liberdade negocial, embora também seja reconhecida como valor de relevante expressão, não é absoluta e pode sofrer limitações, quando sua utilização colidir com outros valores igualmente protegidos pela Constituição.

Diante do afastamento do Estado das relações civis e o subsequente aumento do poder social, verifica-se que as ofensas aos direitos fundamentais estão cada vez mais partindo de setores privados da sociedade. Verifica-se, contudo, que os mandamentos elementares em exame começam a vincular não apenas o Estado, mas também as pessoas em suas relações privadas. Especialmente quando – face à evolução da sociedade e a sua participação cada vez mais frequente no exercício do poder – constatou-se que, especialmente em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos direitos dos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico (SILVA, 2008, p.52) Vale dizer, os ataques aos direitos do homem não vinham exclusivamente do poder público, mas também do poder social.

(mercado/consumidores, relação de emprego/trabalhadores, associações/ associados)

Várias correntes doutrinárias se desenvolveram para tentar equacionar a questão da vinculação dos particulares. Devido a limitação de espaço, serão apreciadas agora apenas as principais, são elas: teoria da eficácia indireta e teoria da eficácia direta.

A teoria da eficácia indireta, também denominada mediata ou de efeitos indiretos, foi concebida na Alemanha em 1950 pelo jurista Günter Dürig, e mesmo após acaloradas discussões, lá tem prevalecido até os dias atuais. Alegando proteção a liberdade negocial, insurge-se contra a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Todavia, admite a interferência dos valores constitucionais no campo particular de forma indireta, através de “certas pontes” que seriam representadas pelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Esses mecanismos funcionariam como verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no direito privado, conformando-o com a ordem axiológica constitucional. (SARMENTO, 2004, p.238) Segundo seus adeptos, os direitos fundamentais, por meio das cláusulas acima, se "infiltram" no direito privado e por aí produzem seus efeitos, pois, eles não são apenas garantias dos indivíduos contra o Estado, mas constituem também um sistema ou uma ordem objetiva de valores que se irradiam para todas as áreas do direito. (SILVA, 2008, p.79)

A teoria da eficácia direta, também conhecida por imediata, sem variar, surgiu na Alemanha na década de 50 do século passado, agora pelas mãos do jurista Hans Carl Nipperdey. Conforme dispunha esse doutrinador, os preceitos constitucionais obrigam de forma direta e imediata os particulares. Melhor, as regras capitais são aplicáveis independentemente de onde vier o ataque, seja o destinatário público ou privado.

A grande diferença entre o modelo de eficácia direta e o modelo de efeitos indiretos consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares. (SILVA, 2008, p.89) De modo mais simples, as pessoas se submetem aos mandamentos previstos na Constituição, independente de “porta de entrada” ou “pontes” para irradiação dos valores básicos.

A aplicação imediata é autorizada porque, conforme já mencionado acima, as ofensas aos direitos individuais não vem mais de um lugar só (poder público), mas sim de outras frentes (atores privados). Mesmo considerando o princípio fundamental da autonomia privada, verifica-se que o setor privado, não é inviolável, e não pode ficar imune aos preceitos instalados na Lei Maior.

Com efeito, a referida inserção direta não é ilimitada, devendo ser realizada com harmonização, obedecendo-se em todos os casos, a devida ponderação ou contrapesos dos

interesses envolvidos. (direitos fundamentais x autonomia privada) Nesse sentido, sustenta com maestria Juan María Bilbao Ubillos (2006) que não existe homogeneidade entre as normas fundamentais, sendo imprescindível no caso real, um estudo para aferir a conveniência ou não da eficácia externa.

Outro mérito dessa vertente seria o seu manejo como forma de minimizar os nefastos efeitos das desigualdades sociais cada vez mais profundas na sociedade moderna. Quanto maior a disparidade de condições, maior se apresenta a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada. Se a desigualdade for acintosa entre as partes, a vinculação será tranquilamente admitida como forma de equilibrar a disputa. Porém, se não houver assimetria de poder, a imposição dos valores constitucionais ainda assim poderá ocorrer, mas com maior cuidado, concedendo mais espaço para o exercício da autonomia privada.

A doutrina brasileira também não ficou alheia às discussões. Influenciada pelas ideias vindas da Alemanha, país, inclusive que dominou com folga o debate em relação ao tema, por aqui tem prevalecido a tese que admite perfeitamente a eficácia dos direitos fundamentais também em relação aos particulares (SARLET, 2012, p.391)

Na obra mais completa acerca da vinculação privada, SARMENTO (2007) confirma a tendência exposta acima pontuando que a doutrina nacional opta pela eficácia direta dos direitos individuais, não ficando o particular adstrito a atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado. (SARMENTO, 2007, p.276)

Luís Roberto Barroso, por seu turno, sustenta que “(...) em uma perspectiva e avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional” (2004, p.260)

Para justificar a inclinação a favor da aplicação imediata, os teóricos locais utilizam os mesmos argumentos utilizados pela doutrina internacional, a saber: ataques aos direitos fundamentais não vêm apenas do poder público, a esfera privada não pode ficar imune aos valores e preceitos constitucionais e a vinculação diminuiria o desequilíbrio de forças permitido pela liberdade negocial.

Além dessas razões, nossos operadores do direito indicam ainda outros fatores que diferenciam a realidade nacional da estrangeira, e consolidam ainda mais plausibilidade da incidência: a enorme desigualdade social existente no Brasil, o caráter social da Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A desigualdade social presente em nosso país, permite o abuso de poder social, que

leva invariavelmente a ofensas privadas aos direitos do homem. E, não será possível, diante do atual estágio de desenvolvimento do direito constitucional, que essas injúrias, dissimuladas na autonomia privada e liberdade negocial, permaneçam inatingíveis e fora do alcance dos preceitos conformadores da Constituição. Ademais, o texto constitucional brasileiro não restringe expressamente a aplicação apenas ao Estado. Pelo contrário, uma leitura mais acurada e comprometida com os novos ideais de justiça, traz a lume uma evidente e necessária vinculação passiva universal. Logo, a assimetria da sociedade brasileira reforça tese de tutela dos direitos essenciais no campo privado.

Outro argumento que reafirma a atesta a pertinência da incidência imediata é que a Constituição Brasileira é uma carta social e não cuida apenas de proteger o indivíduo da interferência estatal. Devido a sua força normativa, a norma ápice também é responsável e se incumbe da promoção da igualdade material, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada.

Por fim, a doutrina vale-se do princípio da dignidade da pessoa humana, considerada centro de gravidade da ordem jurídica e que legitima, condiciona e impõe a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares. (SARMENTO, 2007, p.311). O respeito da dignidade jamais poderá ficar refém da atividade do legislador ou à interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados (eficácia mediata). Nesse sentido, atrelar a proteção desse princípio matriz à ação do parlamento, consistiria em impedir a sua realização plena, impensável em tempos atuais.

Em relação a jurisprudência, verifica-se que por aqui os tribunais, em particular o Supremo, vem mostrando simpatia pela teoria da eficácia imediata. Os julgados, cada vez mais frequentes, vêm traduzindo esse pensamento de submissão da sociedade aos valores constitucionais.

Por amostragem, a posição das nossas cortes de justiça será representada por decisões prolatadas no Pretório Excelso

A primeira delas foi proferida no Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF. Trata-se de julgamento do Tribunal Pleno do STF proferido em 07 de outubro de 1999, relativo à ação trabalhista proposta por empregado brasileiro da empresa de aviação Air France, alegando ofensa ao princípio da isonomia, pois, no Estatuto do Pessoal da Empresa, alguns benefícios eram concedidos apenas a trabalhadores franceses. A questão chegou a Corte Suprema via Recurso Extraordinário, depois que o Tribunal Superior do Trabalho confirmou a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho, que considerou legítimo o tratamento desigual entre empregados, vez que tal procedimento era previsto em norma interna da empresa. As

razões invocadas no apelo extremo centravam-se na violação do princípio da isonomia previsto no art. 5º caput da Constituição Federal, pois, segundo os argumentos aduzidos pelo trabalhador, a conduta da empresa não continha critérios objetivos de diferenciação, mas sim, clara discriminação por nacionalidade. Analisando o mérito da ação, os julgadores concordaram que a atitude da empregadora era ilegal porque contrariava o princípio da igualdade insculpido na Lei Fundamental.

Já a segunda sentença, emana do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. Esse caso foi julgado pela Segunda Turma do STF em 11 de outubro de 2005 e foi a primeira vez que a Corte enfrentou expressamente a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A Segunda Turma, concluindo julgamento, negou provimento a Recurso Extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Ministra Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa. (Informativo do STF Nº 405 – 14/10/2005)

Destarte, depreende-se dos casos acima que o STF vem caminhando para o reconhecimento de uma ampla eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada.

Por outro vértice, digno de destaque, que nossa corte máxima, tem proferido os julgamentos sem adentrar exaustivamente no mérito da questão, ou seja, sem encarar o problema da forma como deve ser enfrentado.

Com o devido respeito, nota-se que as decisões dos Ministros têm se pautado muito mais por uma intuição de justiça do que em fundamentação jurídica convincente. De qualquer

modo, esse panorama de abstenção de razões tende a se modificar com o aumento de demandas nesse sentido e também com uma discussão racional do assunto promovida por ministros comprometidos com a dogmática constitucional.

Do exposto, comprova-se que a doutrina e a jurisprudência vêm aplicando a teoria da eficácia horizontal, optando pela hipótese da incidência direta. Contudo, essa preferência não é absoluta e irrestrita, e comportará abrandamento realizado pela ponderação dos interesses envolvidos.

3.3 A técnica da Ponderação de Interesses

Outro tema de relevo abordado pelos julgadores na decisão do “Caso Lüth” foi a utilização da técnica da ponderação como forma de solucionar colisão de direitos fundamentais. Hodiernamente predomina na doutrina o entendimento que a colisão de direitos fundamentais resolve-se através da técnica da ponderação de bens ou interesses. A singeleza desta assertiva porém, não combina com a magnitude das discussões travadas sobre o tema, vale dizer, esta questão não é nova e está longe de ser pacificada. Dentro dos debates acerca do assunto, instaurou-se um impasse sobre os benefícios e prejuízos advindos da utilização do sopesamento, ou seja, se o uso deste mecanismo traria mais vantagens ou desvantagens à justiça da decisão. Os que criticam, alegam confusão entre juízos axiológicos e deontológicos, insegurança e decisionismo judicial. Já os que defendem, reconhecem as falhas e perigos do método, contudo, sustentam que ainda não existe alternativa melhor para resolver a testilha sob exame.

Existem situações em que as técnicas de interpretação tradicionais são insuficientes para solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais, pois, frente ausência de hierarquia, não há como resolver abstratamente antinomia de valores. No trabalho de sopesamento, importante que se registre, não se está diante de valores aritméticos, motivo pelo qual a equação do problema não se resolve por métodos matematizantes.

A propósito, Ana Paula Barcellos (2006) ensina que a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.

Como resolver, então, o problema da colisão de direitos fundamentais, se abstratamente eles tem a mesma posição, mesma envergadura? A solução deve vir à luz do caso concreto, através do balanceamento, que se operacionaliza pelo princípio da proporcionalidade, que tem por essência e destinação a preservação, na maior medida possível dos direitos fundamentais. (GUERRA FILHO, 2006).

A doutrina socorre-se, então, do método de ponderação de bens ou interesses, onde o operador do direito examinará a hipótese apresentada e identificando os princípios em atrito, escolherá qual terá mais peso e deverá obter vantagem no caso. Aqui encontra-se o nó górdio da ponderação: invariavelmente uma norma constitucional será descumprida. O julgador deverá decidir, naquele caso, qual norma vale menos e a restrição somente poderá ser admitida se for proporcional.

A propósito da necessidade de interpretação e ponderação, Tércio Sampaio ensina que:

Ora, a ideia subjacente a esse procedimento interpretativo de legitimação, isto é, a ideia de que constituições instauram uma pretensão de se verem atendidas, expectativas de realização e concreção, só seria bem atendidas juridicamente, na medida em que se introduzisse, na hermenêutica constitucional, uma consideração transformadora, de ordem axiológica, da própria realidade. Ou seja, pressupondo-se que uma Constituição apresenta, no seu corpo normativo, uma sistema de valores, a aplicação das suas normas, por via interpretativa, torna-se uma realização de valores e não apenas uma consideração valorativa, capaz de orientar a determinação do sentido dos dispositivos. Com isso o procedimento hermenêutico de captação dos sentidos do conteúdo nas normas torna-se exigência de realização valorativa conforme procedimentos próprios da análise e da ponderação de valores.(2007, p.06)

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade, conhecido por limite dos limites, atua como ferramenta indispensável para aferir a legitimidade e a adequação das normas com os ditames da justiça e da razão. Todavia, o exercício do referido método interpretativo não pode ser realizado de forma aleatória, com base em critérios subjetivos. O referido postulado possui dimensões que condicionam a sua aplicação, e eliminam o perigo da subjetividade. Essas dimensões são concretizadas através da observação dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação entende-se que devem ser utilizadas medidas apropriadas para alcançar a finalidade prevista no mandamento. O meio escolhido foi o pertinente para atingir o resultado almejado? Se não, desrespeitou-se o princípio da proporcionalidade, então a medida não poderá obter guarida do poder judiciário. Já em relação à necessidade, exige-se que a decisão escolhida seja a que produz menor prejuízo para o cidadão e para a coletividade. Não podendo ser excessiva, nem tampouco insuficiente. Nem de mais nem de menos. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde a ponderação. Técnica que determina avaliação, sopesamento, vez que cobra uma análise das vantagens e desvantagens que a medida trará. Prós e contras. O benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que a medida buscou preservar?

Portanto, verifica-se que a nova interpretação constitucional escora-se num modelo

de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo tinha por finalidade identificar os principais argumentos utilizados pela Corte Constitucional alemã no julgamento do emblemático Caso “Lüth”, bem como examinar as influências dessa decisão no desenvolvimento da teoria geral dos direitos fundamentais.

Investigando o conteúdo da precursora decisão, analisou-se as razões empregadas pelos julgadores germânicos e os reflexos produzidos por ela no mundo do direito, notadamente no espaço constitucional contemporâneo, onde ainda reverbera de forma intensa, as ideias jurídicas lançadas. Desejando a construção de um raciocínio lógico seqüencial, abordou-se no corpo do texto os fatos que redundaram a disputa judicial, as bases teóricas desenvolvidas a partir dali e as influências proporcionadas pela solução do caso.

Na primeira parte do trabalho, o objeto de apreciação foi o Caso “Lüth” em si. Ou seja, ali foram conhecidos os fatos que ensejaram a demanda e os fundamentos jurídicos debatidos.

Na segunda parte do trabalho, veio à tona as principais bases teóricas lançadas pela Corte Constitucional Alemã na decisão da ação.

Iniciou-se o exame pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Viu-se ali que, a decisão *sub examinem* reconheceu o caráter conformador das liberdades individuais. Ou seja, além de limitar o poder estatal, os direitos dos homens agora se apresentam como ordem de prevalência superior dentro do sistema jurídico, o que impõe que seus valores se irradiem e equalizem todas as áreas do ordenamento. Essa expansão faz com que os preceitos constitucionais atuem como diretriz para a interpretação e aplicação das normas.

Na sequência abordou-se a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Essa tese, apresentada ao mundo pela primeira vez nesse julgado, preconiza que as regras garantidoras de direitos individuais vinculam tanto o poder público quanto o poder privado. A autonomia da vontade, em que pese também represente direito fundamental, não é intocável e poderá ser relativizada quando em choque com outro valor do mesmo quilate. Dito de outra forma, independente de onde parta a ofensa (público ou privado), os direitos fundamentais servirão de escudo contra a inadvertida ingerência. Como se comprovou no corpo do texto, essa teoria influenciou a doutrina e jurisprudência nacional, onde se vê com clareza a reprodução das ideias originada na corte alemã.

Em arremate, examinou-se a ponderação de interesses. Esse foi o terceiro tema de relevo discutido na corte mencionada corte constitucional. Para decidir o Caso “Lüth” houve ponderação. Os juízes analisaram os valores fundamentais envolvidos e entenderam que uma expressão do pensamento que contenha uma convocação a boicote não viola necessariamente os bons costumes. Pelas nuances do caso, constatou-se que a subsunção seria insuficiente para trazer a solução mais justa e adequada. A decisão veio à luz das peculiaridades da demanda, por meio do balanceamento controlado pelo princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas; Limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº405. Sociedade Civil de Direito Privado e Ampla Defesa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>> Acesso em 28 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº161243. Princípio Constitucional da Isonomia. Agravante Compagnie Nationale Air France e Agravado Joseph Halfin. Relator Ministro Sidney Sanches. 07 de outubro de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.201819. Legitimação da ofendida. Constrangimento ilegal. Reclamante União Brasileira de Compositores-UBC e Reclamado Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora Ministra Ellen Gracie. 11 de outubro de 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.246-247

GUEDES, Néviton. **Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional**, 2014. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>> Acesso em: 15 de junho de 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos

fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. p. 103. *In: Revista de Direito do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Roberto Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed.rev.atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria Geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2015

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos privados? – Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES

Murilo Muniz FUZETTO¹

RESUMO

O presente trabalho visa dissertar, através do método dedutivo, sobre o surgimento da nova teoria das incapacidades introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). É notório que o direito brasileiro adota a teoria da incapacidade para casos excepcionais com intuito de proteger pessoas que se encaixariam em uma determinada situação, principalmente no viés patrimonial. Como forma de cumprir dispositivo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em 2007 na cidade de Nova York, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência é mecanismo para garantir a efetiva inclusão social, trazendo, em seu bojo, diversos direitos e garantias para a pessoa com deficiência. Como forma de proporcionar maior participação social, referida norma rompe totalmente com a teoria das incapacidades do Código Civil, visando que o indivíduo com deficiência deixe de ter sua participação segregada por sua condição. Entretanto, ao tirar todas as condições previstas no rol da incapacidade absoluta, nota-se que, na realidade fática, determinadas pessoas com deficiência ficarão desguarnecidas.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria das Incapacidades. Ruptura. Pessoa com deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

ABSTRACT

El presente trabajo pretende disertar, a través del método deductivo, sobre el surgimiento de la nueva teoría de las incapacidades introducida en el ordenamiento jurídico brasileño por la Ley 13.146 / 15 (Estatuto de la persona con discapacidad). Es notorio que el derecho brasileño adopta la teoría de la incapacidad para casos excepcionales con el propósito de proteger a las personas que encajan en una determinada situación, principalmente en el sesgo patrimonial. Como la forma de cumplir el dispositivo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, firmada en 2007 en la ciudad de Nueva York, la Ley Brasileña de Inclusión de la Persona con discapacidad es un mecanismo para garantizar la efectiva inclusión social, trayendo, en su seno, diversos derechos Y garantías para la persona con discapacidad. Como forma de proporcionar mayor participación social, dicha norma rompe totalmente con la teoría de las incapacidades del Código Civil, con el objetivo de que el individuo con discapacidad deje de tener su participación segregada por su condición. Sin embargo, al tomar todas las condiciones previstas en el rol de la incapacidad absoluta, se nota que, en la realidad fática, ciertas personas con discapacidad quedarán desguarnecidas.

KEY-WORDS: Teoría de las Incapacidades. Ruptura. Personas con discapacidad. Estatuto de la persona con discapacidad.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da história da humanidade, o indivíduo com deficiência foi

1 Aluno da especialização do módulo I do curso “Direito Civil e Processo Civil” do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. R.A.: 007.1.17.059. E-mail: murilo.munizfuzetto@gmail.com

segregado da comunidade em que vivia. Dessa forma, era comum, até o período da Antiguidade, a pessoa com deficiência ser eliminada ou abandonada em lugares ermos.

Com o transcorrer histórico, o Estado decide, em determinado momento, assumir a responsabilidade de criar mecanismos aptos a proporcionar a efetiva inclusão social da pessoa com deficiência. Visando dar maior efetividade para a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a República Federativa do Brasil contemplou a entrada do Estatuto da Pessoa com Deficiência em seu ordenamento jurídico.

Embora o diploma normativo supracitado possua inúmeros pontos positivos, destaca-se a existência de assunto controvertido atualmente: a teoria das incapacidades.

É certo que o Código Civil de 2002 trouxe grande transformação no tratamento para com os incapazes, inclusive apresentando nomenclatura menos discriminatória, do que o Código Civil de 1916. Assim, o ordenamento jurídico previa situações excepcionais em que a pessoa seria considerada como incapaz, relativa ou absolutamente, para praticar atos da vida civil, protegendo de eventuais prejuízos, muitas vezes econômicos, acarretados a este indivíduo que, naquele momento, não tinha condição de exprimir sua vontade ou de entender a magnitude de sua conduta.

Com a entrada em vigor da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, há enorme ruptura no rol de situações previsto para a incapacidade absoluta. Entendendo que a pessoa com deficiência deveria participar plenamente na comunidade, conferiu-se a este grupo presunção de capacidade plena para realização de todo e qualquer ato da vida civil.

Ainda, tornou a incapacidade como algo excepcionalíssimo e, quando decretada após procedimento judicial de curatela, os efeitos somente recairão em atos patrimoniais. Além do mais, a incapacidade decretada será relativa, uma vez que a única causa de incapacidade absoluta que persistiu é a dos menores de dezesseis anos.

Com isso, o presente artigo dissertará sobre a teoria das incapacidades, traçando conceitos e apontando as situações, bem como comparar tal teoria antes e depois da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2 NOÇÕES GERAIS

Primeiramente, mister se faz discorrer, de forma breve e sucinta, sobre as noções gerais da capacidade jurídica, para, em momento posterior, analisar a teoria da incapacidade. O artigo 1º do Código Civil de 2002 preceitua que toda pessoa terá capacidade para adquirir direitos e deveres na vida civil. É uníssono na doutrina que este diploma normativo inovou ao tratar que a capacidade será para toda pessoa, ao contrário do *Códex* antecessor que

empregava a terminologia *homem*.

Nesta esteira, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald² lecionam que “O Ordenamento Civil elegeu os seres humanos, as pessoas naturais, como potenciais titulares das relações jurídicas (ao lado das pessoas jurídicas), dando-lhes aptidão genérica para a prática de atos da vida civil”. Dessa forma, entende-se que a capacidade jurídica consiste na aptidão da pessoa em ser sujeito de uma relação jurídica, isto é, é aptidão em adquirir direitos e assumir deveres.

A capacidade jurídica se subdivide em capacidade de fato e em capacidade de direito. Farias e Rosenvald³ dissertam o seguinte sobre esta diferenciação:

A capacidade jurídica é dividida em capacidade de direito (também dita de aquisição ou de gozo), reconhecida indistintamente a toda e qualquer titular de personalidade, seja pessoa natural ou jurídica; e capacidade de fato (ou de exercício), que é a aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os atos da vida civil. Ilustrando a matéria, percebe-se que uma criança com oito anos de idade possui capacidade de direito (que é a potencialidade de ser titular de relações jurídicas), embora não disponha de capacidade de fato, não lhe sendo possível praticar pessoalmente qualquer ato jurídico. Assim, convém notar que a capacidade de fato presume a capacidade de direito, mas a recíproca não é verdadeira. Nem todo aquele que dispõe de capacidade de direito tem, a outro giro, a capacidade de fato.

A capacidade jurídica plena ou geral é reconhecida a quem dispõe tanto da capacidade de direito, quanto da capacidade de fato. Em outras palavras: a plena capacidade jurídica, então, corresponde à efetiva possibilidade, concedida pela ordem jurídica, de que o titular de um direito atue, no plano concreto, sozinho, sem qualquer auxílio de terceiros. (Grifei)

Para obter a capacidade jurídica, o sujeito deverá, portanto, ter a capacidade de fato mais a capacidade de direito. Flávio Tartuce⁴ corrobora entendimento alhures ao apontar que toda pessoa tem a capacidade de gozo, enquanto a capacidade de exercício é presumida pelo fato de a incapacidade consistir em exceção.

Nessa seara, Caio Mário da Silva Pereira⁵ leciona:

Aos indivíduos às vezes faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil. **Embora não lhes negue a ordem jurídica a capacidade de direito, recusa-lhes a autodeterminação, interdizendo-lhes o exercício dos direitos, pessoal e diretamente, porém condicionado sempre à intervenção de outra pessoa, que os representa ou assiste.** A ocorrência de tais deficiências importa em incapacidade. Aquele que se acha em pleno exercício de seus direitos é capaz, ou tem a capacidade de fato, de exercício ou de ação; aquele a quem falta a aptidão para agir não tem a capacidade de fato. **Regra é, então, que toda pessoa tem a capacidade de direito, mas nem toda pessoa tem a de fato. Toda pessoa tem a faculdade de adquirir direitos, mas nem toda pessoa tem o poder de usá-los pessoalmente e transmiti-los a outrem por ato de vontade.** (Grifei)

Outro ponto a ser discutido é a diferença entre capacidade jurídica e legitimação.

2 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. São Paulo: Atlas, 2015.

3 FARIAS; ROSENVALD, p. 271, op. cit.

4 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. São Paulo: Método, 2016.

5 DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil:** Introdução Ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Sebastião de Assis Neto *et al*⁶ argumentam:

Não se confundem, entretanto, *capacidade e legitimidade* (legitimação civil para determinados atos).

A *legitimidade civil ou legitimidade material* é a exigência legal de que o agente ostente determinadas condições jurídicas para praticar determinados atos.

Diferente dos casos de incapacidade, que fazem ser necessário que o agente pratique atos da vida civil, em geral, sempre através de representante ou assistente, os casos de ilegitimidade em nada afetam a capacidade geral do agente, mas apenas a validade do ato que ele pratique em desacordo com a norma. (Grifos do autor)

Os exemplos mais citados pela doutrina são os casos de contrato de compra e venda firmado por ascendente com descendente, previsto no artigo 496 do Código Civil, e os impedimentos para o matrimônio previstos no artigo 1521 do mesmo diploma normativo. Assis Neto *et al*⁷ arrebatam, por fim, ao dizerem que “(...) o agente não se considera incapaz para a prática dos atos da vida civil, mas apenas para os atos específicos previstos na norma, caso em que, praticado o ato vedado, a consequência será a invalidade, no grau que a lei determinar”.

Por sua vez, personalidade pode ser definida, segundo Tartuce⁸, como “(...) a soma de caracteres da pessoa, ou seja, aquilo que ela é para si e para a sociedade”, não se confundindo, também, com capacidade.

3 A TEORIA DA INCAPACIDADE

Como uma de forma de proteção patrimonial, o ordenamento jurídico pátrio prevê situações excepcionais em que o sujeito será considerado como incapaz para prática dos atos da vida civil. Silvio Rodrigues, *apud* Farias e Rosenvald⁹, entende que “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos”. Por sua vez, Carlos Roberto Gonçalves¹⁰, com base nos ensinamentos de Maria Helena Diniz e de Silvio Rodrigues, preceitua:

No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos (CC, art. 1º). Há, portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. **Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra.** Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos. Somente por exceção expressamente consignada na lei é que se sonega ao indivíduo a capacidade de ação. (Grifei)

6 NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil**: volume único. Salvador: JusPODVM, 2015.

7 NETO; JESUS; MELO, p. 114, op. cit.

8 TARTUCE, loc. cit., 2016.

9 FARIAS; ROSENVALD, loc. cit., 2015.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

Todavia, *incapacidade* e *vulnerabilidade* são expressões distintas. Farias e Rosenvald¹¹ explicam que:

Não há que se confundir, entretanto, incapacidade com vulnerabilidade. Esta (a **vulnerabilidade**) é um estado inerente de risco que enfraquece um dos contratantes, desequilibrando uma relação jurídica (como no exemplo da relação de consumo), enquanto aquela (a **incapacidade**) diz respeito à falta de perfeita compreensão para a prática de atos jurídicos. Nota-se que ambos estão em posição de desvantagem, reclamando diferentes tipos de proteção jurídica, mas **ao vulnerável não é obstada a prática direta de qualquer ato**. Ademais, **enquanto a proteção legal dedicada ao incapaz abrange todo e qualquer ato jurídico, a tutela do vulnerável concerne, por evidente, somente à relação jurídica na qual estiver, especificamente, inserido**. (Grifei)

No caso da incapacidade, o Código Civil subdivide em duas espécies, criando situações específicas e efeitos jurídicos diferentes entre elas. Dessa forma, tem-se desdobramento em *incapacidade absoluta* e em *incapacidade relativa*. De forma sucinta, Gonçalves¹² resume os significados e os efeitos de ambas as espécies da seguinte maneira:

Supre-se a incapacidade, que pode ser absoluta e relativa conforme o grau de imaturidade, deficiência física ou mental da pessoa, pelos institutos da representação e da assistência. O art. 3º do Código Civil menciona **os absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os seus direitos e que **devem ser representados, sob pena de nulidade do ato (art. 166, I)**. E o art. 4º enumera **os relativamente incapazes, dotados de algum discernimento e por isso autorizados a participar dos atos jurídicos de seu interesse, desde que devidamente assistidos por seus representantes legais, sob pena de anulabilidade (art. 171, I), salvo algumas hipóteses restritas em que se lhes permite atuar sozinhos**. (Grifei)

Na situação do artigo 166, I, do Código Civil, Paulo Nader¹³ revela exceção a esta regra ao dissertar que, “Nessa hipótese, se o participante do negócio provar que a importância paga trouxe proveito para o incapaz, poderá pleitear a sua devolução”.

Insta salientar que a incapacidade jurídica não pode ser utilizada como forma de excludente para responsabilidade patrimonial, como bem apontado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho¹⁴, *ipsis litteris*:

Ressalte-se, todavia, que a incapacidade jurídica não é excludente absoluta de responsabilização patrimonial, uma vez que, na forma do art. 928 do CC-02, “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.

Após discutir, ainda que de forma breve, acerca sobre a conceituação da Teoria da Incapacidade, deve-se estudar as situações escolhidas pelo legislador. Destaca-se que as disposições do artigo 3º e 4º do Código Civil, os quais previam, respectivamente, hipóteses para a incapacidade absoluta e para incapacidade relativa, sofreram drásticas mudanças com o

11 FARIAS; ROSENVALD, loc. cit., 2015.

12 GONÇALVES, s/p, op. cit.

13 NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

14 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A título de exemplificação, somente persiste, hodiernamente, uma causa para a incapacidade absoluta: menores de dezesseis anos.

3.1 Incapacidade Absoluta

Em primeiro momento, cabe abordar quais eram as causas que integravam o rol da incapacidade absoluta, analisando-as de forma breve. O artigo 3º previa, *in verbis*:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - os menores de dezesseis anos;
II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Iniciando pela primeira hipótese, o Legislador brasileiro determinou – e ainda determina – que as pessoas com idade inferior aos dezesseis anos são consideradas absolutamente incapazes para praticar todo e qualquer ato da vida civil, sendo que elas devem ser, assim, representadas por outrem. Aponta-se que o critério adotado foi meramente etário. Nesse diapasão, Farias e Rosenvald¹⁵ explicam:

(...) tendo sido estabelecida essa faixa etária em razão de critério baseado na compreensão da realidade, entendendo o legislador faltar maturidade suficiente para manifestar vontade a esse grupo de pessoas. Ou seja, entende-se que o menor de 16 anos de idade não tem condições de manifestar a sua vontade, em face de seu exíguo desenvolvimento psíquico. A fixação da idade é uma opção legislativa, tanto que o direito argentino estabelece a incapacidade absoluta para os menores de 14 anos de idade.

Mister se faz citar interessante comparação feita por Sebastião Assis Neto *et al*¹⁶ ao dissertarem o seguinte, *ipsis litteris*:

Não se avalia a condição pessoal do indivíduo, se tem ou não discernimento, etc. Guardadas as diferenças, se assemelha à regra geral de imputabilidade do Direito Penal, que preconiza como inimputáveis os menores de 18 anos (artigo 27 do Código Penal, não exigindo que sejam inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento.

Entretanto, com fulcro no Enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil, “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernente, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”. Por este modo, algumas situações cotidianas não serão invalidadas por serem praticadas por menores de dezesseis anos, como, por exemplo, comprar um sorvete em um estabelecimento. Para tanto, deverá haver ponderação de acordo com o caso concreto.

Mesmo diante da mudança legislativa, o critério etário para se considerar como

15 FARIAS; ROSENVALD, loc. cit., 2015.

16 NETO; JESUS; MELO, loc. cit. 2015.

absolutamente incapaz persiste, não tendo modificação em sua definição.

Por sua vez, a segunda causa, contemplada outrora no artigo 3º, II, do Código Civil, se referia aos indivíduos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos. É certo que a intenção utilizada foi de proteger o patrimônio da pessoa com enfermidade mental, uma vez que muitas destas moléstias tiram a capacidade de compreensão da pessoa, prejudicando-a na gerência de seu patrimônio.

Carlos Roberto Gonçalves lecionava¹⁷ o seguinte sobre isso:

O novo diploma usa expressão genérica ao referir-se à falta do necessário discernimento para os atos da vida civil, compreensiva de todos os casos de insanidade mental, permanente e duradoura, caracterizada por graves alterações das faculdades psíquicas. Incluiu a expressão “ou deficiência mental” porque na enfermidade propriamente dita não se contém a deficiência mental. Mas não deixa de estabelecer uma gradação necessária para a debilidade mental, ao considerar relativamente incapazes os que, “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” (art. 4º), referindo-se aos fracos da mente.

A fórmula genérica empregada pelo legislador abrange todos os casos de insanidade mental, provocada por doença ou enfermidade mental congênita ou adquirida, como a oligofrenia e a esquizofrenia, por exemplo, bem como por deficiência mental decorrente de distúrbios psíquicos, desde que em grau suficiente para acarretar a privação do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. (Grifei)

Para que a pessoa fosse considerada absolutamente incapaz por se encaixar na modalidade prevista no artigo 3º, II, do Código Civil era preciso processo de interdição, cujo rito era estabelecido nos artigos 1.177 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973. Além disso, uma vez decretada a incapacidade, os atos praticados pelo incapaz nos intervalos de perfeita lucidez seriam inválidos. Carlos Roberto Gonçalves¹⁸ explicava:

A nossa lei, de forma correta e diversa do direito pré-codificado, não considera os chamados intervalos lúcidos. Assim, se declarado incapaz, os atos praticados pelo privado de discernimento serão nulos, não se aceitando a tentativa de demonstrar que, naquele momento, encontrava-se lúcido. É que a incapacidade mental é considerada um estado permanente e contínuo. É fácil imaginar os infundáveis debates que ocorreriam se fossem admitidos, uns alegando que o ato foi praticado durante um intervalo lúcido e outros negando tal fato, gerando constantes e exaustivas demandas e trazendo incertezas nas relações jurídicas.

O revogado inciso III do artigo 3º colocava como hipótese de incapacidade absoluta a impossibilidade transitória para exprimir a vontade. Dessa forma, o Legislador visava proteger aquelas pessoas que, devido a causa advinda passageiramente, não conseguiriam manifestar suas vontades. Tais agentes deverão, portanto, ser representados por curador, enquanto não cessar a causa. O exemplo mais comum dado era o do indivíduo em coma.

17 GONÇALVES, loc. cit., 2012.

18 GONÇALVES, loc. cit., 2012.

Nesse diapasão, Maria Helena Diniz¹⁹ apregoava:

Todas as pessoas que, por doença que acarrete deficiência física, elevação excessiva de pressão arterial, paralisia mental, perda de memória, estado de coma, surdo-mudez; por hipnose; por contusão cerebral; por uso de entorpecente ou de substância alucinógena, etc., não puderem, ainda que por razão transitória, manifestar sua vontade para a prática dos atos da vida civil deverão estar representadas por um curador, apesar de não se decretar sua interdição, pois esta exige causa duradoura (CC, art. 1.767, II, c/c o art. 1.780).

O Código Civil de 2002 inovou ao excluir os ausentes do rol de incapacidade absoluta. No tocante a surdo-mudez, ela não persiste mais como causa autônoma para considerar a pessoa absolutamente incapaz, devendo-se analisar o caso concreto para, assim, encaixar em uma das hipóteses que estavam presentes nos artigos 3º e 4º. Stolze e Pamplona Filho²⁰ explicavam:

Com a nova disciplina legal, a ausência passará a figurar em capítulo próprio, e os surdos-mudos impossibilitados de manifestar vontade deixam de figurar no rol de absolutamente incapazes, sem prejuízo de estarem em uma das três situações do art. 3.º do Novo Código. O que se fez, nesse particular, foi excluir a surdo-mudez, por si só, como causa autônoma de incapacidade, sem vedar, obviamente, a possibilidade de seu enquadramento nas hipóteses mais genéricas previstas.

Dessa forma, o entendimento, que ainda prevalece, é de que a surdo-mudez não consiste em causa autônoma de incapacidade. A pessoa com deficiência, caso possua aptidão para manifestar livremente sua vontade, será tida como plenamente capaz, não vedando, todavia, que ela se encaixe em outra hipótese genérica.

Reitera-se que, devido o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a teoria das incapacidades foi remodelada. Atualmente, a única situação ainda vigente para a incapacidade absoluta é a menoridade de 16 anos, sendo que as demais situações previstas no rol do artigo 3º do Código Civil de 2002 foram totalmente revogadas.

3.2 Incapacidade Relativa

Outra subdivisão da teoria em análise é em incapacidade relativa. Sobre este desdobramento, tem-se o seguinte entendimento, com base nas lições de Maria Helena Diniz²¹:

A incapacidade relativa diz respeito àqueles que podem praticar por si os atos da vida civil desde que assistidos por quem o direito encarrega desse ofício, em razão de parentesco, de relação de ordem civil ou de designação judicial, sob pena de anulabilidade daquele ato (CC, art. 171, I), dependente da iniciativa do lesado, havendo até hipóteses em que tal ato poderá ser confirmado ou ratificado. Há atos que o relativamente incapaz pode praticar, livremente, sem autorização.

19 DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

20 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, loc. cit., 2014.

21 DINIZ, loc. cit., 2009.

Complementando as informações acima, Carlos Roberto Gonçalves²² aponta alguns atos que os relativamente incapazes podem praticar sem assistência. Gonçalves menciona os seguintes atos:

Certos atos, porém, pode praticar sem a assistência de seu representante legal, como ser testemunha (art. 228, I), aceitar mandato (art. 666), fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único), exercer empregos públicos para os quais não for exigida a maioria (art. 5º, parágrafo único, III), casar (art. 1.517), ser eleitor, celebrar contrato de trabalho etc.

O artigo 4º do Código Civil traz as situações que a pessoa será considerada como relativamente incapaz. Anteriormente, o dispositivo normativo retromencionado previa, *ipsis litteris*:

Art. 4o São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Analisando a primeira hipótese, pode-se concluir que o Legislador utiliza critério etário para colocar os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos como relativamente incapazes. Até atingir a maioria civil, os maiores de dezesseis anos terão capacidade relativa para atuação na vida civil. Farias e Rosenvald²³ asseveravam:

(...) emanando de critério cronológico fixado pelo legislador. Criticável, ou não, o certo é que consoante a opção do Código Civil brasileiro, um jovem acima de 18 anos de idade, mesmo que mantido social, pessoal e economicamente pelos pais, responderá pessoalmente pelos danos causados a terceiros. E, supondo hipoteticamente que esse jovem não tenha patrimônio próprio, o dano ficará sem ressarcimento, mesmo considerando que os seus pais, que cuidam de sua manutenção, têm patrimônio suficiente para a reparação do prejuízo.

O inciso II do artigo 4º previa que os ébrios habituais, os toxicômanos e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo eram considerados como relativamente incapazes. Sobre este assunto, Rosenvald e Farias²⁴ entendiam:

(...) consubstanciando critério que se refere aos viciados em substâncias alcoólicas e aos toxicômanos, não gozando de proteção aqueles que façam uso eventual, livre e espontaneamente, de substâncias alucinógenas. Quanto aos deficientes mentais, observa-se que, diferentemente do que ocorre no art. 3o, II, do Código Civil, nesse dispositivo o discernimento mental é apenas reduzido, enquanto na incapacidade absoluta o discernimento não existe. Já em relação à incapacidade dos *ébrios habituais* e *toxicômanos*, não é possível elatê-la para alcançar as pessoas que, eventualmente, durante alguma comemoração, por exemplo, excedam na ingestão de bebidas alcoólicas ou mesmo de substâncias entorpecentes. Estes (que, eventualmente, estão ébrios ou tomados pelos efeitos entorpecentes) respondem pelos seus atos, regularmente. Aqui, incide a teoria da *actio libera in causa* (ação livre na sua causa), motivando a possibilidade de punição da pessoa que provocou o

22 GONÇALVES, loc. cit., 2012.

23 FARIAS; ROSENVALD, loc. cit., 2015.

24 FARIAS; ROSENVALD, loc. cit., 2015.

seu próprio estado de inconsciência, vindo a causar um dano a outrem. Através dessa tese, o momento de aferição da responsabilidade deve ser o da ingestão da substância, e não a prática do ato. MARCOS EHRHARDT JÚNIOR chama a atenção, ainda, para o fato de que “o uso abusivo e imoderado, de modo reiterado, das chamadas “drogas lícitas” (analgésicos, ansiolíticos, remédios para dormir etc.), sem prescrição médica, pode ensejar a configuração da incapacidade relativa”, em face da possibilidade de “dependência psíquica ou física”. (Grifos do autor).

A terceira hipótese do artigo 4º previa que os excepcionais sem desenvolvimento mental completo eram considerados como relativamente incapazes, que, segundo Maria Helena Diniz²⁵:

Abrangidos estão aqui os fracos de mente, surdos-mudos, sem educação apropriada e portadores de anomalia psíquica genética ou congênita (p. ex., Síndrome de Down) que apresentem sinais de desenvolvimento mental incompleto, comprovados e declarados em sentença de interdição, que os tornam relativamente incapazes de praticar atos na vida civil, sem a assistência de um curador (CC, art. 1.767, IV).

A última causa trazida pelo supracitado dispositivo se referia a prodigalidade. Com fulcro em Stolze e Pamplona Filho²⁶, o objetivo do Legislador é o seguinte:

Trata-se de um desvio comportamental que, refletindo-se no patrimônio individual, culmina por prejudicar, ainda que por via oblíqua, a tessitura familiar e social. Note-se que o indivíduo que desordenadamente dilapida o seu patrimônio poderá, ulteriormente, bater às portas de um parente próximo ou do próprio Estado para buscar amparo.

Por isso a lei justifica a interdição do pródigo, reconhecendo-lhe relativa capacidade.

Reitera-se que, com a entrada do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria das incapacidades sofreu drásticas modificações. O rol do artigo 4º do Código Civil não ficou incólume, sendo que, somente, os incisos I e IV permanecem com a mesmíssima redação. Por outro lado, os demais incisos sofreram alterações.

4 NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES

Por fim, insta salientar sobre as mudanças aos artigos 3º e 4º do Código Civil promovidas pela Lei nº 13.146/15. Entretanto, oportuno destacar que as transformações trazidas por referida norma não alteraram as noções conceituais sobre a teoria em análise.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência vem como forma de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência com intuito é propiciar a plenitude da inclusão social na comunidade brasileira, utilizando como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativos, ambos assinados na cidade de Nova York no ano de 2007.

25 DINIZ, loc. cit., 2009.

26 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, loc. cit., 2014.

Nesse diapasão, Tartuce²⁷ disserta:

Essa norma foi sancionada no dia 6 de julho de 2015, instituindo o Estatuto da Pessoa com Deficiência. A lei foi publicada no dia 7 de julho, e tem vigência 180 dias após sua publicação, em janeiro de 2016. Em verdade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência acaba por consolidar ideias constantes na Convenção de Nova York, tratado internacional de direitos humanos do qual o País é signatário e que entrou no sistema jurídico com efeitos de Emenda à Constituição por força do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988 e do Decreto 6.949/2009. O art. 3.º da Convenção consagra como princípios a igualdade plena das pessoas com deficiência e a sua inclusão com autonomia, recomendando o dispositivo seguinte a revogação de todos os diplomas legais que tratam as pessoas com deficiência de forma discriminatória.

Dessa forma, o presente estatuto entendeu que uma barreira existente para a completa inserção social brasileira seria a incapacidade, Conforme se extrai dos artigos 84 e 85 da referida norma, a pessoa com deficiência terá plena capacidade para a prática de atos de sua vida civil, manifestando livremente sua vontade. Sobre as alterações promovidas, Cleyson de Moraes Mello²⁸ entende que “(...) o legislador visa a inclusão social destas pessoas, com vistas a proteger a sua dignidade.”. Mello²⁹ complementa:

Na verdade, **a Lei 13.146/2015 fornece uma mudança de paradigma nas políticas destinadas a pessoas com deficiência com vistas a igualdade e o processo de inclusão social.** A maioria dos sistemas jurídicos apresenta noção obsoleta da capacidade jurídica. Dessa maneira, o artigo 3º do nosso Código Civil foi aprimorado à luz das normas de direitos humanos, e com especial referência ao artigo 12 da Convenção acima citado. **É, pois, uma mudança que visa corrigir os defeitos que privavam as pessoas com deficiência sobre os seus direitos, especialmente, no direito de família, como o casamento, a interdição e a curatela.** (Grifei)

Por este modo, a curatela se aplicará em casos de real necessidade, consistindo, portanto, em medida excepcionalíssima. Além disso, ela somente recairá sobre os atos patrimoniais da pessoa, não atrapalhando a prática de demais atos. Os supracitados dispositivos normativos preveem, *in verbis*:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as

27 TARTUCE, loc. cit. 2016.

28 MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Civil: parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017

29 MELLO, p. 98, op. cit.

razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3o No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Sobre artigo 85, assevera-se, novamente, que a curatela recairá só em atos patrimoniais, deixando com que o curatelado decida livremente sobre atos existenciais. Nessa seara, Tartuce³⁰ leciona:

A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, conforme o art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, o que também é retirado do art. 6.º da mesma norma, ora citada.

Em outras palavras, podem existir limitações para os atos patrimoniais, e não para os existenciais, que visam a promoção da pessoa humana. Além disso, está previsto no mesmo comando que a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

Assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência fez grandes modificações nas situações previstas para a incapacidade absoluta e para a incapacidade relativa. O rol do artigo 3º do Código Civil foi quase todo revogado, uma vez que, ainda, persiste a menoridade de dezesseis anos como causa para a incapacidade absoluta. Por sua vez, o rol do artigo 4º do mesmo diploma foi bastante alterado, passando a vigorar, hodiernamente, com a seguinte redação, *ipsis litteris*:

Art. 4o São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Os incisos I e IV do supracitado dispositivo normativo permanece com as mesmas redações. As grandes alterações ficam no inciso II, que exclui as pessoas com capacidade de discernimento reduzida, e o inciso III, que retira os excepcionais – expressão considerada como discriminatória – e coloca os indivíduos que não puderem exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente, como nova hipótese.

Merece destaque o inciso III do artigo 4º do Código Civil, uma vez que constitui na grande inovação legislativa. Sobre tal assunto, Tartuce³¹ disciplina:

O art. 4o, III, do CC, ao mencionar originalmente os excepcionais sem desenvolvimento completo, abrangia os portadores de *síndrome de Down* e de outras anomalias psíquicas que apresentassem sinais de desenvolvimento mental incompleto. Sempre entendemos que a qualificação que constava nesse dispositivo dependeria mais uma vez de regular processo de interdição, podendo o excepcional ser também enquadrado como absolutamente incapaz (nesse sentido, ver TJSP,

30 TARTUCE, loc. cit., 2016.

31 TARTUCE, loc. cit., 2016.

Apelação com Revisão 577.725.4/7, Acórdão 3310051, Limeira, 2.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, j. 21.10.2008, DJESP 10.12.2008). Ademais, o portador da *síndrome de Down* poderia ser, ainda, plenamente capaz, o que dependeria da sua situação. (Grifos do autor)

Stolze e Pamplona Filho³² entendem que este dispositivo consistiu em retirada do rol da incapacidade absoluta para a entrada nas hipóteses do artigo 4º, opinando que tal modificação não trouxe benefícios, argumentando o seguinte:

Sinceramente, não nos convence tratar essas pessoas, sujeitas a uma causa temporária ou permanente impeditiva da manifestação da vontade (como aquele que esteja em estado de coma) no rol dos relativamente incapazes.
Se não podem exprimir vontade alguma, a incapacidade não poderia ser considerada meramente relativa. (Grifei)

Mister se faz destacar que a surdo-mudez não constitui, por si só, em causa para decretar o indivíduo como relativamente incapaz, sendo que somente consistirá em situação de impedir a livre manifestação de vontade. Nader³³ corrobora ao explicar:

A surdo-mudez não constitui condição autônoma de incapacidade, apenas quando impedir a expressão da vontade. Pertinente à cegueira, seus portadores não sofrem qualquer *capitis deminutio*, uma vez que o ordenamento vigente, como o anterior, corretamente não faz qualquer destaque à sua condição específica. (Grifos do autor)

Embora o campo conceitual da teoria das incapacidades tenha permanecido igual, a inovação consiste em grande alteração no plano fático, trazendo consequências jurídicas.

Uma das consequências jurídicas é que, hodiernamente, a pessoa com deficiência não será mais beneficiada com a não fluência dos prazos prescricionais e decadenciais, uma vez que estes prazos não corriam contra os absolutamente incapazes. Como há a presunção de capacidade plena e, no máximo, a decretação da incapacidade relativa pela curatela, a prescrição e a decadência correrão normalmente³⁴.

Nos campos da responsabilidade e dos contratos, Moacyr Petrocelli de Ávila Ribeiro³⁵ aponta os seguintes efeitos trazidos pela modificação:

No campo do direito dos contratos, e aqui a atenção dos notários deve ser destacada, sendo o deficiente, o enfermo ou o excepcional pessoa plenamente capaz, para receber doação terá de exprimir sua vontade, o que, atualmente, não é necessário em sendo absolutamente incapaz (art. 543 do CC). Hoje, a doação se aperfeiçoa sem que este manifeste sua vontade (há uma presunção da vontade). Com o Estatuto, essa pessoa, plenamente capaz, precisará aceitar a doação.
Na seara da responsabilidade civil, sendo o deficiente, o enfermo ou o excepcional pessoa plenamente capaz passará a responder exclusivamente com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a responsabilidade subsidiária criada atualmente pelo artigo 928 do Código Civil. Recorde-se, a propósito, que pela sistemática do *Codex*, quem responde precipuamente pelos danos causados pelos

32 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, loc. cit., 2014.

33 NADER, loc. cit., 2016.

34 RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da pessoa com deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 5, n. 46, p. 58-64, nov. 2015.

35 RIBEIRO, p. 61, op. cit.

incapazes são seus representantes legais (pais, tutores e curadores). (Grifos do autor)

Por fim, estes apontamentos são alguns dos muitos exemplos de aplicação no plano fático promovida pela nova teoria das incapacidades. Conclui-se que o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência é importante marco para a história da inclusão social brasileira, ajudando ativamente na efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, apesar de trazer algumas mudanças criticadas.

CONCLUSÃO

Diante disso, pode-se afirmar categoricamente que o Estatuto da Pessoa com Deficiência ocasionou, embora consista em importante diploma normativo para a luta de tal grupo minoritário na busca pela inclusão social plena, grande revolução na teoria das incapacidades, gerando, conseqüentemente, dúvidas e problemáticas no tema.

Como bem apontado alhures, a pessoa com deficiência encaixada no antigo rol da incapacidade absoluta teria seus atos considerados nulos, não se convalidando, e também não correria os prazos prescricional e decadencial. Hodiernamente, aqueles indivíduos com deficiência sem condições para gerir atos negociais da vida civil somente serão considerados assim mediante ação de curatela, em que a sentença deverá ser excepcionando fundamentada. Reitera-se de que somente os atos patrimoniais serão praticados pelo curador.

No entanto, esta retirada do véu protetivo conferido pela antiga teoria da incapacidade consiste, realmente, em proteção? Será que a inclusão social se estabelecerá de forma mais efetiva através desta mudança radical?

Ainda, não se há resposta concreta para essas e mais perguntas que surgem com o passar do tempo. O presente trabalho se alinha ao posicionamento de que a queda da incapacidade absoluta consiste em medida prejudicial para a vida civil da pessoa com deficiência.

Parte-se de que o grupo das pessoas com deficiência não é homogêneo. Pelo contrário, ele é heterogêneo, abarcando, portanto, uma gama de variedades de deficiência. Não há como analisar o conjunto como um todo, acreditando que tirar a limitação da prática de atos da vida civil imposta pela incapacidade seja de grande valia para obtenção da inclusão social plena.

Como dito, cada deficiência possui suas particularidades, distinguindo-se uma da outra. É inadmissível achar que a pessoa com grave deficiência intelectual possa ser creditada como relativamente incapaz e, assim, restringindo sua atuação em atos patrimoniais, enquanto

os demais podem ser praticados. Ora, como esta pessoa terá condições de fazer um planejamento familiar, de optar em se casar ou de ter filhos? Como exigir que este indivíduo labore para providenciar o sustento de sua família constituída? É completamente prejudicial a esta pessoa a retirada do benefício da não fluência dos prazos da prescrição e da decadência.

A antiga teoria das incapacidades trazida pelo Código Civil de 2002 já desempenhava sua função de forma satisfatória. A pessoa com deficiência que tinha condição plena de entendimento e de manifestar sua vontade não possuía problemas em desempenhar atos da vida civil, sendo eles patrimoniais ou não. Aqueles que tinham a capacidade reduzida faziam parte do rol dos relativamente incapazes e, portanto, tinham, por meio de um devido processo legal, a prática dos atos da vida civil restringida proporcionalmente à deficiência apresentada.

Obviamente que o preconceito, entranhado na sociedade, prejudicava o desenvolvimento de qualquer pessoa com deficiência no exercício de seus atos da vida civil. Porém, não será a mudança na teoria das incapacidades que fará essa evolução comportamental da comunidade. Os indivíduos com deficiência continuarão, por sua vez, sendo subestimados pelo preconceito, uma vez que membros da comunidade acreditam que eles não têm condição para gerir a vida civil.

Portanto, deve-se buscar formas de reverter o quadro atual trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, com escopo de proporcionar maior proteção ao indivíduo incapaz. A atuação do Poder Judiciária é de suma importância para isto, corrigindo as barbáries cometidas pelo Legislador pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**: Introdução Ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel de. Manual de **Direito**

Civil: volume único. Salvador: JusPODVM, 2015.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil:** parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. São Paulo: Método, 2016.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da pessoa com deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 5, n. 46, p. 58-64, nov. 2015.

O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA

Fernando Batistuzo Gurgel MARTINS¹
Milca Chiquitelli MACHADO²

RESUMO

Desde a centralização do mercado capitalista na globalização, o cenário econômico vem passando por fases de reestruturação e lidando com as consequências provenientes da adaptação a esse tipo de sistema. Isso implica mudanças constantes na economia brasileira, que acompanha (ou pelo menos tenta acompanhar) as transformações globais nesse âmbito. Nesse contexto, a proteção ao trabalhador é um dos desafios para o Direito do Trabalho e, para assegurá-la, a existência de princípios é tida como uma garantia para o elo mais fraco da relação trabalhista: o empregado. O princípio da continuidade da relação de emprego surge dessa ideia de proteção, já que, na conjuntura apontada, se evidencia a seguinte contraposição: de um lado, a empresa buscando a permanência no mercado capitalista e, do outro, o trabalhador, com menor força, tentando não ser eliminado do mesmo sistema, ao mesmo tempo que um depende do outro. Sendo assim, frente a uma crise, não há dúvida de que o trabalhador será o mais prejudicado diante de uma situação que implique a escolha. Neste trabalho utilizou-se o método de revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Crise econômica. Princípio. Continuidade da relação de emprego.

ABSTRACT

Since the centralization of the capitalist market in globalization, the economic scenario has been going through restructuring phases and dealing with the consequences of adapting to this type of system. This implies constant changes in the Brazilian economy, which follows (or at least tries to follow) the global transformations in this ambit. In this context, worker protection is one of the challenges for Labor Law and, to ensure it, the existence of principles is taken as a guarantee for the weakest side of the labor relationship: the employee. The principle of the continuity of the employment relation arises from this idea of protection, whereas, in the conjuncture pointed out, the following contrast is evident: on the one hand, the company seeking the permanence in the capitalist market and, on the other, the worker, with less strength, trying not to be eliminated from the same system, at the same time that one depends on the other. Therefore, in the face of a crisis, there is no doubt that the worker will be the most disadvantaged in the face of a situation that implies the choice. In this work the bibliographic review method was used.

KEY-WORDS: Economic crisis. Principle. Continuity of employment relationship

1. INTRODUÇÃO

Princípios e regras, no âmbito do Direito, são proposições basilares que

- 1 Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito Constitucional (Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) pela Instituição Toledo de Ensino - ITE – Bauru (SP). E-mail: batistuzo@ig.com.br.
- 2 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: milcatelli@hotmail.com.

fundamentam o ordenamento jurídico brasileiro; as diferenças entre esses termos serão abordadas mais à frente. Há, no Direito do Trabalho, vários princípios, mas neste estudo será utilizado como parâmetro o princípio da continuidade da relação de emprego, que visa à perduração, pelo maior tempo possível, do contrato de trabalho.

Como em toda análise, é necessário levar em conta os aspectos históricos, econômicos e sociais que norteiam o tema a ser desenvolvido. Falar em compreensão de algo, sem contextualizá-lo em sua perspectiva evolutiva, pode conduzir a uma análise parcial, que poderá culminar em um resultado irreal da questão. Dessa forma, justifica-se a linha de pensamento adotada a seguir, listando os eventos tecnológicos entrelaçados ao Direito do Trabalho na forma em que se encontra atualmente, envolto em regras e princípios inerentes à sua existência.

Como afirma Delgado (2015, p. 88), o Direito do Trabalho é oriundo do capitalismo e se sujeita ao aspecto histórico-evolutivo vinculado a esse sistema. Vale lembrar que o sistema do capitalismo tem em seu núcleo o capitalista, que detém os meios de produção de bens e serviços, gerando emprego e renda para os trabalhadores, conseqüentemente impactando a sociedade.

Tendo em vista o exposto acima, o presente trabalho terá como finalidade a análise sistemática da evolução do trabalho englobando aspectos econômicos e sociais que se refletem no meio jurídico.

2. A ORIGEM DO DIREITO DO TRABALHO

Segundo Martins (2010, p. 3), o trabalho teve como referência inicial a Bíblia, segundo a qual, ele foi imposto na forma de castigo a Adão e Eva por sua desobediência. Vemos, posteriormente, o trabalho como escravidão, não existindo direitos para o sujeito submetido a essa condição. Faz-se necessário lembrar a presença dos escravos na antiga Grécia, enfatizando-se o sentido pejorativo da palavra “trabalho”, pois, como menciona Chiarelli (2006, p. 50), o trabalho era o oposto de intelectualidade, pois os intelectuais ficavam nas Ágoras (espaço público para reuniões) discutindo sobre política, enquanto os escravos mantinham a organização da *pólis* pelo esforço físico, mas não participavam dela como cidadãos. Esse ponto, para Chiarelli (2006, p. 50), compreende a primeira parte do modelo de evolução histórica combinada com os conceitos de Trabalho e de Liberdade.

Seguindo em direção ao desfecho histórico, o trabalho foi se transpondo da escravatura para a servidão, que consistia na prestação de serviços aos senhores feudais, que em troca ofereciam aos seus servos proteção militar e política (MARTINS, 2010, p. 4). Após

isso, surgem, no século XIV, as corporações de ofício. Trata-se de uma forma de trabalho que visava à produção de bens com a presença de três figuras destacadas: o mestre, os companheiros e os aprendizes. Chiarelli (2006, p. 50) afirma ser esse o segundo momento da referida evolução em que o trabalho físico e o intelectual começaram a se fundir, deixando de haver grande diferenciação entre eles. Os mestres, como proprietários das oficinas, ensinavam a seus aprendizes o ofício, dando-lhes a oportunidade, se conseguissem superar as dificuldades e as provas aplicadas, de passarem pelo grau de companheiro até chegarem ao grau de mestre. Os companheiros citados eram trabalhadores que percebiam salários dos mestres. Nesse processo, houve o surgimento de regras e de hierarquias nas técnicas de produção.

No século XVIII, eclodiu a Revolução Francesa, suprimindo as corporações de ofício e, junto com a constituição do país, reconhecendo o direito ao trabalho. Logo após, a Revolução Industrial, trouxe modificação às formas de trabalho, que evoluiu da manufatura para o uso de máquinas. Primeiro surgiu a máquina a vapor, depois a máquina de fiar e os teares mecânicos. Com essas novas formas de trabalho, despontam as grandes indústrias (CONCEIÇÃO, 2004, p. 112), que atraem os trabalhadores do campo para a cidade. Passou-se, então, a tratar o trabalho como uma relação de emprego, pois os trabalhadores tornaram-se assalariados. Em consequência dessas mudanças, observa-se o início da implementação do Direito do Trabalho e das relações empregatícias embasadas no contrato de trabalho. O Direito do Trabalho foi utilizado como forma de controle do sistema econômico dessa época e, nas palavras de Delgado (2015, p. 88), “...conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho”.

1.1 As Mudanças Laborais

Para Hoffmann (2003, p. 22), o surgimento da disciplina jurídica do Direito do Trabalho deu-se por meio de regramentos jurídicos provenientes de fatos econômicos. Em um primeiro momento, nota-se a presença do Direito Individual (o trabalhador almejava ter um contrato de trabalho, nesse ponto prevalecia a lei da oferta e da procura) e, depois, o aparecimento do Direito Coletivo (igualdade subjetiva). Intrínseca a esse pensamento, a subordinação desponta como matriz da remuneração (HOFFMANN, 2003, p. 51). Assim também afirma Delgado (2015, p. 91) que a subordinação é o grande núcleo da disciplina jurídica. Não há que se falar em direito do trabalho se não estiver presente a subordinação (DELGADO, 2015, p. 91).

No que diz respeito às tecnologias que irromperam com a Revolução Industrial, o

professor Sergio Pinto Martins (2004, p. 17), afirma que as novas técnicas de produção provocaram desabonos como o desemprego, principalmente no campo, pois as máquinas começaram a substituir o trabalho humano. Pessoas da zona rural deslocaram-se para os centros urbanos (como já mencionado) em busca de emprego, formando as concentrações proletárias nas cidades industriais (CONCEIÇÃO, 2004, p.113). Segundo informa Delgado (2015, p. 93), essas novas técnicas e mudanças significativas na forma de trabalho ocasionaram o processo de formação e consolidação do Direito do Trabalho, que é analisado a partir de sua divisão em três aspectos: o econômico, o social e o político. O âmbito econômico traduz-se pelas novas formas de produção (a tecnologia no desenvolvimento das máquinas mecânicas) e aumento populacional nas cidades, incorporando a estrutura capitalista. No aspecto social, o ajuntamento de pessoas com características iguais (mesmo empregador, mesmos direitos e deveres, sujeitos a um mesmo ordenamento) culminou na união dos trabalhadores que, impulsionados pelos interesses em comum, agruparam-se em associações operárias e sindicais (DELGADO, 2015, p. 93). Quanto ao ângulo político, essa união dos trabalhadores fez com que a busca por melhores condições profissionais e de trabalho movimentasse os sindicatos, propondo ações de melhorias coletivas.

Essas mudanças laborativas impactaram o mundo do trabalho de forma positiva e negativa. É notavelmente positivo o fato de os trabalhadores terem se tornado assalariados, deixando para trás a condição de escravos, passando o trabalho, então, a ser visto como forma digna de viver como cidadão. Quanto aos fatores negativos, podem ser apontados os salários irrisórios dispensados a eles e as horas de trabalho intensas e desgastantes. Outra desvantagem é a dependência dos cidadãos em relação ao trabalho, pois a sua dignidade advinha do emprego; quem não o tinha considerava-se como pecador e miserável, recebendo assim o castigo vindo dos céus (CHIARELLI, 2006, p. 52).

Porém valores democráticos se reacendem a partir do momento em que o povo passa a se conscientizar de seus direitos e a buscá-los na forma de Democracia do Trabalho, como afirma Chiarelli (2006, p. 52). Convém abrir um parêntese aqui para evocar o dia 1º de maio de 1886, em que, devido às reivindicações trabalhistas em Chicago, Estados Unidos da América, houve confrontos provocando mortes de trabalhadores e de policiais, passando a ser considerado como feriado o primeiro dia do mês de maio, em alusão à tragédia ocorrida naquela data.

Posto isto, tem-se o surgimento da disciplina jurídica do Direito do Trabalho de uma forma mais pontual, com regramentos e regulamentos inicialmente controlados pelo Direito Individual e posteriormente pelo Direito Coletivo (como dito anteriormente), que surgiu da

consciência coletiva dos trabalhadores pós-Revolução Industrial. Desse momento em diante foram surgindo diversos mecanismos de controle do Estado com o fim de regular essa disciplina, como a criação de direitos fundamentais e a inclusão do Direito do Trabalho nas Constituições de países como México, Weimar (Alemanha), e diversos outros (MARTINS, 2010, p. 8).

No Brasil, os direitos trabalhistas foram surgindo de forma tímida, e a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar especificamente do Direito do Trabalho (MARTINS, 2010, p. 8). Antes disso, em 1930, sob o governo de Getúlio Vargas, criou-se o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, uma das primeiras iniciativas nessa área. Com a criação de várias leis abordando a questão trabalhista, e como forma de sistematização, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. E, por fim, a atual Constituição, que é de 1988, trata dos direitos trabalhistas do artigo 7º ao 11.

Vê-se que o tema “trabalho”, no âmbito jurídico, ainda não está exaurido nas mais diversas discussões e regulamentos, pois a mudança é constante nessa esfera, que está sempre necessitando de regulamentação pelo Estado, o que vem ocorrendo atualmente.

1.2 A Economia, o Direito do Trabalho, a globalização e a crise

A Economia e o Direito do Trabalho são duas ciências que se complementam, uma não anula a outra e muito menos a ciência jurídica está ao dispor da econômica, como diz Martins (2010, p. 29). Tanto fatores econômicos podem interferir no campo do direito quanto o direito pode interferir no âmbito da economia. Quando o Estado estabelece políticas para os sistemas produtivos, intervém de forma que essas políticas sejam refletidas nas relações de emprego; isso se traduz na interação do Direito do Trabalho com a Economia. Já os fatores econômicos como, por exemplo, a globalização, o Mercosul, as crises econômicas, dentre outros, ensejam mudanças na estrutura jurídica da disciplina trabalhista.

A globalização, por sua vez, possui forte destaque nas modificações das regulamentações trabalhistas, pois, enquanto o mercado foi se abrindo em âmbito global, subordinou-se às regras mundiais de comercialização em consequência da estrutura desse tipo de mercado. De acordo com Viana (2004, p. 158), as sociedades tornam-se instituições supranacionais submetendo-se aos padrões mundiais, que buscam menores custos de produção incentivando a busca de mercados onde os custos atendam a esse propósito. Mas o professor enfatiza que a globalização ocorre há milênios, desde as legiões romanas conquistando territórios até as Cruzadas buscando novos horizontes, empreitadas consideradas como formas de romper as barreiras nacionais. O que se deve destacar é o fato

de a globalização ter se tornado o centro de todo o sistema. Viana (2004, p. 159) afirma que se passou de uma economia vertical para a economia horizontal, em que as empresas buscam menores estoques, maior abrangência de mercado e se utilizam de parcerias para atingir esses objetivos.

Mas da mesma forma que abriu espaços comerciais, a globalização afetou a classe operária de forma brutal. Tanto foi assim que a divisão entre a classe trabalhadora tornou-se clara em três núcleos, como afirma Viana (2004, p. 161): um mais qualificado e reduzido, outro composto por atividade-meio (secretárias e *boys*) e o último formado por trabalhadores eventuais. No último caso, o autor diz que, analisando de forma positiva, vislumbra-se a vantagem de ser um trabalho mais variado e menos opressivo, mas que, por outro lado, faz o funcionário se tornar polivalente, trabalhando em qualquer tipo de serviço, sobrecarregando-se como se fosse uma coletividade de trabalhadores.

Convém destacar que, nesse tipo de estrutura, com a empresa enxuta, há uma maior cobrança e comparações entre os funcionários, pois o tempo é tido como precioso e não há espaço para falhas, devendo haver precisão nas respostas ao mercado e aos problemas que vão surgindo. Ou seja, é uma situação brutal e impiedosa para o trabalhador que não se adequa a esse tipo de estrutura. Vale ressaltar ainda que as empresas, para que o objetivo seja atingido, utilizam-se de estratégias para levar o funcionário a apresentar melhor produção (tanto intelectual quanto física): os benefícios, prêmios, salário-produção e os apelos emocionais (VIANA, 2004, p. 163).

Há quem diga que “(...) a globalização não passa de mera forma de espoliação dos pobres e retorno ao estado feudal (...)”, palavras de Scandolaro (2000, p. 22). Isso porque, de acordo com o pensamento do autor, as nações emergentes ficam à mercê do poder econômico das desenvolvidas, e o dinheiro não chega até as nações subdesenvolvidas, mas passa pelo mundo arrebanhando lucros para os grandes conglomerados produtivos. O autor cita como exemplo as bolsas de valores. Esse pensamento é corroborado pela afirmação por outro autor (FIORI *apud* HIRSCH 2009, p. 18), quando diz que a globalização recente se traduz em uma forma de acumulação e internacionalização dos capitais, criando assim uma reorganização econômica e centralizando o poder em grandes polos econômicos como, por exemplo, a tríade Estados Unidos, Japão e os países da União Europeia.

De acordo com Marconatto (2011, p. 2), o sistema econômico globalizado torna a proteção estatal essencial aos indivíduos para que não prevaleçam os ordenamentos estranhos aos nacionais e que, dessa forma, se intensifique a proteção dos direitos laborais e dos cidadãos. Mas, ainda assim, muitas vezes a força das relações globalizadas prevalece sobre a

proteção estatal. Lima (2004, p. 33) aborda em seu texto alguns dos impactos causados pela globalização no mundo do trabalho, por conta das estratégias adotadas pelas empresas na busca da competitividade, por exemplo, cortando custos que se traduzem na redução de funcionários. Partindo desse ponto, tem-se aqui a ideia de neoliberalismo em que o Estado tem uma intervenção mínima dando espaço para uma abordagem mais agressiva do mercado. É nesse ponto que começam as privatizações, eliminando-se também mecanismos assistenciais para os cidadãos. Práticas como a terceirização, a flexibilização e a informalidade são exemplos dessa busca neoliberal, repercutindo na qualidade de vida do trabalhador (GONÇALVES, 2004, p. 216).

Outro fator preponderante da fragilização da condição do trabalhador é o aumento da robotização na produção de bens e serviços. A tecnologia de países desenvolvidos, agora acessível ao mundo todo, traz modificações que obrigam os outros países a se adequar ao novo modelo. Juristas (PETER DRUCKER e FRIGOTTO *apud* LIMA, 2004, p. 33) tratam do assunto como o desaparecimento da mão-de-obra e o aumento do tempo livre em sua pior forma, o desemprego e o trabalho precário. Marx já citava essa substituição em sua obra *O Capital* (MARX *apud* LIMA, 2004, p. 3), dizendo que a máquina substituiria o trabalhador e poderia atingir grande progresso na produção, mas que ocasionaria redução significativa, se não absoluta, do número de operários empregados. Outro fator relevante a ser apontado é a carga tributária brasileira que, por ser de alto valor, é uma das formas de praticamente inviabilizar a competitividade dos produtos nacionais com os importados (momento em que o Estado deve adotar medidas de proteção à sua economia).

Frente a tudo o que foi exposto acima, entende-se que existe crise, e esta se vincula às mudanças ocorridas desde o desenvolvimento do trabalho (com seus direitos e deveres) até a intensificação dela com a supremacia da globalização sobre a nacionalização dos capitais. E em meio a esse emaranhado de acontecimentos e desenvolvimento do Direito do Trabalho, observa-se a positivação de leis, normas e regulamentações, como mencionado no tópico anterior. Vale ressaltar que as leis são criadas pelo legislador e interpretadas de acordo com o assunto abordado. Assim, é válida a explanação de tais formas de interpretação, a qual se utiliza de princípios e regras elencados abaixo.

2. PRINCÍPIOS E REGRAS

Para o início de uma discussão sobre o tema, faz-se necessário abordar os ensinamentos do professor Humberto Ávila (2010, p. 30) sobre norma, princípio e regra. A primeira traduz-se pelos sentidos apreendidos por meio da interpretação dos textos

normativos. Não se trata da leitura dos dispositivos, pois há dispositivo sem norma (preâmbulo) e norma sem dispositivo (princípio da segurança jurídica). Nas palavras do professor, não há correspondência biunívoca entre eles. Mas, dentro desse conceito descrito acima, o professor ainda resguarda a compreensão de que o intérprete deve saber que há um significado preestabelecido, pois há sentidos que preexistem antes da interpretação. Portanto, há condições estruturais preexistentes no processo de cognição (REALE *apud* ÁVILA, 2010, p. 33). Sendo assim, o dispositivo não traz em si, de forma inerente, uma regra ou princípio, mas chega-se a eles por meio da interpretação axiológica levando-se em conta os valores constitucionais.

Logo, o gênero normas abrange os princípios e as regras. “Princípio” vem do latim *principium*, significando “origem”, “base”, mas, no direito, possui características jurídicas, apresentando-se nas proposições basilares que fundamentam as ciências jurídicas (MARTINS, 2000, p. 109). Os princípios orientam a construção do ordenamento jurídico dando-lhe solidez. Objetivam um fim, são finalísticos, enquanto as regras possuem “(...) caráter descritivo e a exigência de avaliação de correspondência entre a construção factual e descrição normativa (...)” (ÁVILA, 2010, p. 81), ou seja, as regras definem uma situação determinada e, quando ocorre colisão entre duas regras, somente uma prevalecerá, pois se excluem mutuamente (é a ideia de tudo ou nada, *all or nothing*). Ávila (2010, p. 113) afirma que as regras devem ser obedecidas pelo simples fato de serem regras; não se quebra sua autoridade imanente, pois justamente para isto são estabelecidas: para afastar as controvérsias e a incerteza nas decisões. O mesmo autor faz referência a outro (SCHAUER *apud* ÁVILA, 2010, p. 113) quando diz que as regras estabelecem limites e evitam excessos, por exemplo, para que o julgador não extrapole ou até mesmo fique aquém do esperado em sua decisão; trata-se, pois, de uma redução da arbitrariedade.

Para melhor entendimento, na análise do doutrinador Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 34), as normas se relacionam juridicamente formando um sistema que buscará se dirigir à Constituição e, como fundamentadores desse sistema, encontram-se os princípios jurídicos, com imensa carga valorativa funcionando como uma pauta normativa nesse sistema jurídico. E, diante da Constituição, regras e princípios não guardam hierarquia entre si (LENZA, 2016, p. 165). Quando há colisão entre princípios, haverá uma ponderação entre eles para que somente um seja aplicado. Quando um princípio é utilizado, o outro é afastado, mas não irá desaparecer do sistema jurídico (MARTINS, 2010, p. 63), e essa escolha depende da especialidade. Se for mais recente, dependendo do grau de sua aplicação, enfim, a interpretação aplicada ao caso é que dirá qual deverá ser utilizado. Abaixo se tem um quadro

explicativo para maior clareza das diferenças entre regras e princípios:

REGRAS	PRINCÍPIOS
Dimensão da validade, especificidade e vigência.	Dimensão da importância, peso e valor.
Conflito entre regras (uma das regras em conflito ou será afastada pelo princípio da especialidade, ou será declarada inválida – cláusula da exceção, que também pode ser entendida como “declaração parcial de invalidade”).	Colisão entre princípios (não haverá declaração de invalidade de qualquer dos princípios em colisão. Diante das condições do caso concreto, um princípio prevalecerá sobre o outro).
“Tudo ou nada.”	Ponderação, balanceamento, sopesamento entre princípios colidentes.
Mandamentos ou mandados de definição.	Mandamentos ou mandado de otimização.

Fonte: livro Direito Constitucional Esquematizado, 2016.

Observa-se na tabela acima os principais pontos na diferenciação entre regras e princípios. Para que a aplicação destes e daquelas seja coerente em cada circunstância que se apresente, é necessário observar essa distinção, evitando-se, dessa maneira, sua aplicação inadequada.

2.1 O Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

O Direito do Trabalho é um ramo específico do Direito. Da mesma forma que o Direito possui princípios, o Direito do Trabalho também elenca princípios próprios. Como referência, Martins (2010, p. 67) cita o Tratado de Versalhes em seu artigo 427, onde são mencionados os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Delgado (2015, p. 200) explana que os princípios norteadores trabalhistas são específicos à disciplina, podendo ser individuais ou coletivos, sendo pertencentes ao direito material. A primeira característica é inerente às causas econômicas, sociais e políticas de cada indivíduo na relação jurídica. O aspecto do direito coletivo se manifesta na paridade de enfrentamento entre empregador de um lado e a coletividade de trabalhadores de outro, por meio de organizações sindicais.

Em meio a tantos estudos doutrinários, Martins (2010, p. 67) afirma que sobre princípios do Direito do Trabalho há pouco conteúdo; os que existem são muito divergentes entre si, mas destaca um autor, Américo Plá Rodríguez, que elenca seis princípios considerados por ele essenciais:

- Princípio da proteção.
- Princípio da irrenunciabilidade de direito.
- **Princípio da continuidade da relação de emprego.**
- Princípio da primazia da realidade.

- Princípio da razoabilidade.
- Princípio da boa-fé.

O doutrinador Delgado (2007, p. 201), além dos que estão dispostos acima, também lista vários princípios acrescentando que essa lista não é finita. Mas, entre os mais importantes, que ele denomina de princípios especiais, também destaca o princípio da continuidade da relação de emprego. A ideia trazida por esse princípio é a de que o vínculo trabalhista deve ter longa duração com o trabalhador integrado à empresa. Ressalta-se aqui o caráter indeterminado dos contratos de trabalho. Martins (2010, p. 70) cita como validação desse princípio a Súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho, de novembro de 2003: “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.”

Para o instituto da continuidade da relação de emprego, Martins (2000, p. 132), demonstra a necessidade da existência dos requisitos elencados a seguir: a perdurabilidade, a permanência e a estabilidade. A perdurabilidade, o autor diz ser atributo daquilo que é duradouro, ou seja, daquilo que persiste no tempo. Quanto à permanência, esta é assim conceituada por não ser eterna, mas possuir um estado que perdura no tempo, que tem constância, continuidade. Já sobre a estabilidade, é dito que se trata de um termo amplo, em que se vislumbra a proteção ao trabalhador contra a dispensa abusiva (remetendo ao princípio da proteção), mas que, juridicamente, esse termo não guarda relação direta com a continuidade, pois se trata de um dos seguimentos da continuidade e não um requisito intrínseco a ela.

Como um conceito adotado por Martins (2000, p.134) desse princípio, tem-se que é “a possibilidade de o pacto laboral perdurar no tempo, só podendo ser rescindido nas hipóteses previstas na lei ou por vontade das partes”. A relação de emprego é contínua, de acordo com o disposto no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. A expressão “não eventual” transmite a ideia de continuidade.

Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, o trabalho está garantido como um direito social e, no artigo 7º da referida Lei, está contemplada a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, regulamentada por legislação complementar. Além disso, Martins (2000, p. 132) declara que o princípio da continuidade da relação de emprego está presente nos contratos dos quatro países do Mercosul (Brasil,

Argentina, Uruguai e Paraguai), corroborando a importância de tal princípio.

Ainda segundo Martins (2000, p. 137), o princípio da continuidade deve ser aplicado para que haja a efetivação dos dispositivos constitucionais (artigos 6º, 170 e 193). Isso porque a inserção e a permanência no mercado de trabalho significam dignidade para o trabalhador, fator inerente à inclusão social, econômica e política. Portanto, a ideia presente nesse princípio traduz-se exatamente no que ele diz: continuidade. Mesmo não sendo uma presunção absoluta, a súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe sobre isso (inversão do ônus da prova) e é uma disposição de garantia e segurança para o trabalhador.

2.2 A Função social da empresa

Quando se fala em empresa, pensa-se em todos os aspectos que a envolvem. Mas um dos principais temas é quanto aos seus reflexos no âmbito social. Despretensiosa, nesse momento, a abordagem detalhada de todos os princípios que envolvem esse tema, uma vez que não se trata do objeto desse trabalho, mas torna-se importante, como parte da contextualização, uma pontuação a esse respeito.

Durante toda a evolução do Direito do Trabalho, o sistema econômico sofreu constantes transformações. Logo, ocorreram várias mudanças nas relações comerciais, tanto com o despontamento das indústrias quanto na agricultura. Ressalta-se, como já abordado anteriormente, que as relações de trabalho foram se desenvolvendo aos poucos e de forma turbulenta.

Por se tratar de mais um princípio, a função social da empresa é prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º, inciso XXIII da nossa carta Magna, a Constituição Federal, mencionando que “a propriedade atenderá a sua função social”, também no artigo 182, § 2º traz a previsão de que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (AMARAL, 2008).

Vê-se, desde logo, o papel primordial da empresa, com fundamento constitucional, na primazia da relação harmoniosa entre seus colaboradores e a empresa, pois, possui papel essencial na inserção do homem cidadão na dignidade da vida em sociedade, trazendo condições para que o trabalhador possa usufruir dessa qualidade. Amaral (2008, p.76) ainda menciona que a propriedade estática não proporciona criação ou circulação de bens e mercadorias, ou seja, a paralisação de um bem nas mãos do proprietário inerte não possui consequência social. Nesse ponto, o autor cita que a função social está, justamente, no poder e no dinamismo em que proporciona a propriedade.

3. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

No âmbito empresarial, o empregador possui a prerrogativa de comandar seus subordinados nas atividades a serem desempenhadas. A doutrina trata essa prerrogativa como poder diretivo ou poder de direção. Mas, paralelamente aos poderes conferidos ao empregador, há um Estado de natureza tutelar, que objetiva a proteção do trabalhador frente a possíveis abusos por parte do empregador. Nesse ponto destaca-se uma comparação entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho: enquanto o primeiro vela pela igualdade formal entre os contratantes, este faz incidir proteção especial a uma das partes, vulnerável, do contrato de trabalho, para que assim possa alcançar uma igualdade substancial entre os dois lados da relação empregatícia (RODRIGUEZ, 2000, p. 35).

Nesse sentido, a Constituição Federal tem positivada em seus artigos a tutela especial dessa relação. Essa positivação é oriunda da análise histórica dos tempos remotos em que ficou demonstrada a exploração do trabalhador nas mais variadas formas de trabalho, exploração essa que gerou insatisfação nos empregados e culminou em revoluções (como a francesa e a industrial), as quais, ao seu turno, forjaram o fenômeno do constitucionalismo.

O surgimento do constitucionalismo se deu, formalmente, após a Revolução Francesa, tendo como pedra de toque a defesa dos direitos fundamentais como enfrentamento do regime absolutista (STÜRMEER, 2006, p.14). Com o passar do tempo, e com o desfecho histórico (vide tópico 2), as cartas Constitucionais foram se adequando a realidade da sociedade, e por fim, os direitos sociais, como também os econômicos e culturais, foram sendo incluídos nas constituições.

Assim, na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 6º, o trabalho é citado como um direito social. Na sequência, no artigo sétimo, temos elencados vários incisos correspondentes aos direitos dos trabalhadores. O inciso primeiro menciona a proteção contra despedida arbitrária.

Convém esclarecer que, apesar da Constituição ser a Carta Magna a referência para o ordenamento jurídico, algumas normas em seu texto necessitam de regulamentações. O artigo 7º, inciso I, é um exemplo disso.

A proteção existe, mas não é regulamentada, ou seja, não existe uma lei complementar para que regule as demissões. Stürmer (2006, p. 83) entende que a aplicação dessa norma não é imediata, pois há determinação de que haja lei complementar pela própria Constituição. Como inexistente lei complementar, por analogia, utiliza-se o disposto no artigo 165, da Consolidação das Leis do Trabalho quanto ao conceito sobre despedida arbitrária e a

indenização de que trata a Lei 8.036/90, Lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Ao criar mecanismos de proteção ao trabalhador, houve falha na elaboração da Lei pelo legislador. Pela falta de regulamentação, essa proteção fica aquém do esperado. O único obstáculo imposto pela lei, com exceção dos casos em que há estabilidade e que estão descritos abaixo, é o financeiro, que consiste na multa do FGTS. Portanto, o empregador possuindo recursos, poderá dispensar o trabalhador sem justa causa a qualquer momento.

Ao criar a estabilidade, o Estado buscou a duração do contrato de trabalho de empregados que necessitassem da garantia do trabalho por um tempo maior, ficando assim protegidos contra a demissão sem justa causa. São situações que a lei determina a estabilidade do trabalhador: empregada gestante (artigo 10, II, "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal/88); empregado acidentado (o artigo 118 da Lei nº 8.213/91); empregado membro da CIPA (Comissão Interna de Proteção de Acidentes, previsto no artigo 10, inciso II, alínea "a" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal/88) e empregado dirigente sindical (artigo 543, parágrafo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, e artigo 8º da Constituição Federal), além de outras previstas em Acordos e Convenções Coletivas.

Mas, essas estabilidades são provisórias. Permanece apenas por um determinado tempo podendo ocorrer a demissão no final desse período.

Outra situação de extrema importância é a falta, no nosso ordenamento jurídico, de lei que impeça a despedida em massa, ou seja, a despedida coletiva. Nesse aspecto, o Estado, por meio do legislador, não atingiu a proteção à classe mais frágil. Como forma de compensação, o Poder Judiciário Trabalhista vem estabelecendo condições para as empresas que decidem pela demissão em massa. Uma das formas é a presença da obrigatoriedade da negociação entre a empresa e o sindicato da categoria, antes das demissões. Evita-se, assim, decisões unilaterais e prejudiciais, minimizando os impactos tanto para os trabalhadores quanto para a sociedade de forma geral. Logo, o Estado busca efetivar a proteção ao trabalhador de outra forma que não seja pela lei.

Posto isso, a jurisprudência trabalhista, é um meio para o atingimento do objetivo da proteção ao trabalhador. Conforme o artigo 2º da Constituição Federal, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, apesar de sua independência, devem ser harmônicos entre si para alcançar os objetivos estatais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar o surgimento do Direito do Trabalho, a proteção ao trabalhador e suas implicações provenientes da crise. Para a fundamentação teórica, foi utilizado o princípio da continuidade da relação de emprego como forma de perduração por maior tempo do vínculo empregatício.

Com as grandes mudanças ocorridas e com as crises decorrentes da globalização, o Direito do Trabalho foi sendo moldado para que a relação entre empregado e empregador fosse a mais favorável para ambos, ocasionando crescimento para este e uma possível estabilidade para aquele. Fato é que esse assunto não se exaure e as discussões em torno dele tendem a abordar fatos novos a todo momento, pois se trata de um ramo do Direito que está em constante mudança, seja por causa do crescimento econômico (o maior influenciador), seja por questões próprias do meio social e político.

O princípio da continuidade da relação de emprego é tido como um dos princípios que norteiam a disciplina do Direito do Trabalho. Intrínseca a ele está a ideia de evitar abusos contra o trabalhador, por ser este o elo mais fraco dessa relação; devendo-se, portanto, conciliar trabalho e capital, visando à preservação da empresa e dos postos de trabalho. No entanto observa-se que a presença de crises faz com que esse princípio não seja eficaz.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º e seguintes, dispõe sobre os direitos trabalhistas, mas não há proibição quanto à despedida por situações críticas.

O dispositivo do inciso I, do artigo 7º, mencionado no parágrafo anterior, faz referência à despedida arbitrária, mas não a regulamenta dizendo que isso será feito por legislação complementar, que ainda não foi criada. Nesse mesmo inciso é abordada a questão de uma indenização caso ocorra a demissão. Entretanto, como não há legislação complementar, aplica-se o disposto no artigo 18, §1º da Lei 8.036/90:

Art. 18, §1º. Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

Conclui-se, então, que não há proteção absoluta ao trabalhador, a qual impeça demissões, pois no sistema dos direitos trabalhistas não há qualquer garantia de continuidade do contrato de trabalho frente a uma crise. Assim, quando surgem situações que geram turbulência e perturbação da rotina de uma empresa, o descarte do trabalhador é considerado como forma de redução de custos, o que leva à ruptura da relação contínua até então existente, mesmo porque esta não constitui um vínculo eterno. Além disso, a natureza e o *modus operandi* do sistema capitalista tal como se apresentam hoje, levam inapelavelmente a esse

tipo de situação. Constata-se, pois, que o princípio da continuidade da relação de emprego é relativo e, por ser assim, a proteção ao trabalhador só se efetiva em um ambiente com pouca instabilidade.

Nesse cenário, a proteção do Estado é uma das formas de minimizar a frágil condição do trabalhador, seja reduzindo a carga tributária da empresa, seja oferecendo melhores oportunidades de educação para os trabalhadores que necessitam de capacitação profissional. Entretanto, mesmo com a presença do Estado, o sistema capitalista dita as regras por questão de sobrevivência e permanência no processo de competitividade, o que ocasiona o enfraquecimento da condição contínua na perduração do contrato de trabalho. No entanto, deve ser observado ainda que existe (e deve existir realmente) conciliação entre capital e trabalho para que haja empresas e conseqüentemente postos de trabalho. Um é inerente ao outro: enquanto a empresa oferece postos de trabalho, o trabalhador ao ocupar estes postos, move a empresa.

Mesmo em face desta interdependência, a segurança dispensada ao trabalhador está adstrita a sua condição de estabilidade na empresa.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A função social da empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo. SRS Editora, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo. Malheiros Editores, 11ª edição, 2010.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em 04 de abril de 2017.

_____. LEI 8.036/90: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm> Acesso em: 04 de abril de 2017.

_____. LEI 8.213/91: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm> Acesso em: 30 de junho de 2017.

CHIARELLI, Carlos Alberto. **Trabalho: do hoje para o amanhã**. São Paulo. LTr, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador–Bahia: Editora

Juspodium, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015.

GONÇALVES, Antonio Fabrício de Matos [et al.]. **Direito do Trabalho. Evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.

HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.

HIRSCH, Fernando José. **Globalização e a precarização do trabalho: leitura através da categoria profissional dos bancários**. Disponível em <<http://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/YYCQBXRULGJW.pdf>> Acesso em 27 abril de 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20 edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Ângela Maria de Sousa. **Os impactos da globalização no mundo do trabalho**. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/revista_eletronica/terra_cultura/39/Terra%20e%20Cultura_39-3.pdf>. Acesso em 03: março 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000

_____. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito do Trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

RODRIGUEZ, Américo Plá Rodriguez. **Princípios de Direito do Trabalho**”. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2000.

SCANDOLARA, Cláudio [et al.]. **Direito do trabalho e realidade: valor e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STÜRMER, Gilberto. [et al.]. **Questões controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIANA, Marcio Túlio [et al.]. **Direito do Trabalho. Evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO DA SEGURIDADE SOCIAL

Cássia Fernanda da Silva BERNARDINO¹

RESUMO

O Estado brasileiro positivou o direito à seguridade social na Constituição Federal de 1988. Entender o que vem a ser seguridade social e quais são os seus sistemas e espécies, estudar o que vem a ser o princípio da dignidade da pessoa humana e as normas pertinentes no contexto da seguridade social e contribuir para o esclarecimento da aplicação do princípio pelos nossos legisladores e magistrados são os objetivos desse trabalho. Utiliza o método hipotético-dedutivo com pesquisa bibliográfica e explicativa. Ao fazer uma correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana surge o questionamento se há o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana sem a observância do direito à seguridade social. O estudo possibilitou concluir que a dignidade da pessoa humana deve ser observada por toda a sociedade brasileira, não se admitindo num Estado democrático de direito, que as pessoas fiquem desprotegidas, o que só será possível com a devida efetivação dos seus direitos, inclusive os direitos sociais com a finalidade de proporcionar e/ou manter a sua dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: seguridade social; princípio; dignidade humana

ABSTRACT

The Brazilian State affirmed the right to social security in the Federal Constitution of 1988. To understand what is social security and what are its systems and species, to study what is the principle of the dignity of the human person and the pertinent norms in the Context of social security and contribute to clarifying the application of the principle by our legislators and magistrates are the objectives of this work. Uses the hypothetical-deductive method with bibliographic and explanatory research. In making a correlation with the principle of the dignity of the human person, the question arises whether there is respect for the principle of the dignity of the human person without observing the right to social security. The study made it possible to conclude that the dignity of the human person must be observed throughout Brazilian society, not being admitted in a democratic State of law, that people are unprotected, which will only be possible with the effective realization of their rights, including rights with the purpose of providing and / or maintaining their dignity.

KEY-WORDS: social security; principle; human dignity

INTRODUÇÃO

Ao longo da história vários foram os direitos conquistados pelo homem, dentre eles os direitos sociais previstos em várias constituições dos Estados ao redor do mundo. A Constituição Federal brasileira apresenta um extenso rol desses direitos, dentre eles o direito à seguridade social. Apesar da previsão constitucional e das leis esparsas, muitas vezes o direito

1 Mestre em Direito pela UNIVEM de Marília. Especialista em Direito Processual Civil pelo Damásio Educacional. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Norte Pioneiro, atual UENP. Advogada. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

aos serviços e benefícios não são observados pelo ente público, obrigando o cidadão adentrar a via judicial com a finalidade de receber a prestação jurisdicional para enfim concretizar a sua pretensão.

Além dos entraves administrativos, percebe-se a exclusão ou retrocesso de direitos sociais previstos no ordenamento jurídico com alegação de crise financeira ou econômica. Portanto, convém realizar o seguinte questionamento: É possível o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana sem a observância do direito à seguridade social? De outra maneira, na hipótese de um cidadão numa situação de vulnerabilidade como por exemplo o desemprego, doença ou idade avançada, reuniria condições de manter sua dignidade sem o reconhecimento do seu direito à seguridade social?

Entender o que vem a ser seguridade social e quais são os seus sistemas, estudar o que vem a ser o princípio da dignidade da pessoa humana e as normas pertinentes no contexto da seguridade social e contribuir para o esclarecimento da aplicação do princípio pelos nossos legisladores e magistrados são os objetivos desse trabalho.

O artigo é importante para esclarecer à sociedade como funciona o sistema constitucional da seguridade social e o princípio da dignidade da pessoa humana, e que sua aplicação só será possível com a apropriação e a aplicação a uma universalidade de pessoas com o esforço não só do Estado, mas de todo o corpo social.

Para a pesquisa o método utilizado foi o hipotético-dedutivo, pois no princípio houve a investigação com o levantamento dos dados e após a sua análise e conclusão. O meio foi a pesquisa bibliográfica e a pesquisa explicativa, utilizando diversas obras de grandes doutrinadores, em especial processualistas de renome nacional com relação ao tema desenvolvido.

Na busca pela resposta o primeiro capítulo apresenta o conceito, características e normatizações da seguridade social, dos seus subsistemas, das suas espécies: saúde, assistência e previdência social. O segundo aborda o conceito de princípio previsto por Dworkin, e logo após a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, amparada pelo conceito kantiano. Por fim a apreciação da seguridade social em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal.

DA SEGURIDADE SOCIAL

Como em qualquer campo do conhecimento a fixação de conceitos básicos é vital para a discussão dos problemas. Tal tarefa, não é simples; é demasiadamente árdua, como frisa Correia (2002, p.15) ao citar José Manuel Almansa Pastor que afirma derivar do próprio

conteúdo jurídico uma das dificuldades de conceituação da seguridade social, mutável pela evolução das circunstâncias e dos sistemas de organização social e, sobretudo, pela diferente perspectiva política e jurídica adotada pelos Estados que a institucionalizam.

A Seguridade Social é “o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988, art. 194). O doutrinador Weintraub (2004, p.13) destaca a importância da Previdência complementar privada, como uma iniciativa da sociedade na busca de uma existência digna, com observância do princípio da liberdade de iniciativa, previstos no artigo 170 da Constituição, entretanto, convém nesse momento, delimitar como objeto do estudo somente a previdência pública.

O conceito de seguridade social trata-se de um “conceito jurídico extraído do direito positivo e não de formulações filosóficas ou doutrinárias, embora estas tenham exercido influência na sua concepção” (GONÇALVES, 2005, p.7).

Para esclarecer um comum equívoco existente entre os conceitos de seguridade e previdência, já que a distinção terminológica está prevista na Constituição, convém explicar que previdência é uma das espécies de seguridade. Conforme Martins (2000, p.43)

Seguridade é uma novidade constitucional que provém do latim securitati(m), palavra que apesar de estar em desuso foi agora empregada na Constituição de 1988, que em seu artigo 194 a define como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social.

Constata-se que a seguridade não é apenas um dever do Estado, mas também de toda a sociedade na união de esforços para a aplicação das medidas necessárias com o intuito da efetivação dos direitos.

Para Wladimir Dias Martinez (2003, p. 48) seguridade social é

uma técnica de proteção social subsequente ao seguro social, e dele forma evoluída, implantada em raros países (onde geralmente resulta da reunião da previdência com a assistência social ou as ações da saúde. Compreende plano de benefícios completo, seletivos e distributivo, arrolando prestações assistenciais e serviços sociais, custeada globalmente por toda a sociedade de consumidores, através de exações tributárias ou não.

Ressalta Vidal Neto (1993, p.214) que quase unanimidade da doutrina concorda que a seguridade social é um serviço público, “porque corresponde ao desenvolvimento de uma função pública, isto é, de uma atividade realizada para a concretização de um interesse público”.

A seguridade social representa uma transição do simples seguro social a uma técnica de proteção social mais ampla, um sistema de proteção que se transformou num elemento

básico da política contemporânea. É, pois, um sistema de grande força moral e incontestável valor político, à medida que suas consequências implicam redistribuição da renda nacional.

No contexto do Estado de bem-estar, alcançado por países europeus, pela Oceania, Canadá e EUA, a seguridade social viveu seus dias mais gloriosos, antes que esse mesmo Welfare State começasse a passar por um período de reavaliação. É importante abordar, para esse estudo o conceito de contingências sociais com a finalidade de um maior entendimento do papel da seguridade.

Segundo Vidal Neto (1993, p.11)

Contingências sociais são fatos ou eventos que ordinariamente ocorrem ou podem ocorrer na vida de cada indivíduo, diminuindo ou suprimindo sua capacidade de obter recursos para a satisfação de suas necessidades elementares e para prover à manutenção de sua família, assim, como acontecimentos que aumentam seus encargos. Basicamente, incluem-se nessa categoria a doença, a invalidez, a morte, o desemprego e o nascimento dos filhos.

Assim, pode se afirmar que a seguridade vem acolher as pessoas acometidas por doenças, por desemprego, acidente, miserabilidade, nascimento dos filhos e baixa renda. A doutrina também se refere a tais fatos como riscos sociais, mas, risco é uma expressão associada a acontecimentos desditosos, com característica de sinistro ou desastre, o que é inapropriado para significar fatos como casamentos e nascimentos de filhos, que também ensejam o pagamento de prestações de sistemas de seguridade social (IDEM, 11-12).

A Constituição utiliza a expressão “eventos” (art. 201), porém a noção de contingência preferível às palavras evento ou risco, de suma importância para a compreensão de seguridade social, pois o sistema de proteção é forjado no escopo de tutela as pessoas contra um rol específico desses eventos, que são futuros e incertos.

Existem várias classificações de contingências e a mais precisa é a de Aznar, citado por Ruprecht (1996, p. 66), assim temos as seguintes contingências: a) origem biológica (maternidade, velhice, morte); b) origem patológica (doença, acidente de trabalho, invalidez); c) origem econômico-social (encargos de família).

Em suma, a Seguridade social é um instrumento por meio do qual se pretende proteger, prevenir e amparar os membros de uma sociedade de qualquer contingência social, e assim com essa ação se pode alcançar um dos objetivos fundamentais de um estado democrático de direito proporcionar a dignidade da pessoa humana aos seus cidadãos.

Figura na seguridade social dois subsistemas: o sistema não contributivo fazendo jus ao benefícios e serviços todas as pessoas, independentemente de contribuição, ou seja, pagamento. E outro sistema, o contributivo, em que somente terão direito àqueles que recolham a contribuição (AMADO, 2017). A seguir o estudo das espécies da seguridade

social, quais sejam, saúde, assistência, sem caráter contributivo e a previdência social, com caráter contributivo.

SAÚDE

A saúde é direito de todos e dever do Estado. São atitudes governamentais que levam em conta a prevenção das doenças da população, acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção (campanhas), proteção e recuperação.

Está prevista no artigo 196 da Constituição Federal (1988) como sendo um “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Esse conceito não se restringe ao indivíduo, mas também alcança todo o corpo social (GONÇALVES, 2005, p.8). A sua conceituação implica a partir da ótica de uma política destinada à prevenção e ao tratamento dos males que afligem o corpo e a mente humanos, com a criação inclusive de um sistema organizado que atenda aos doentes (CORREIA, 2002, p.38).

Portanto, nenhuma pessoa poderá ficar à margem da sociedade sem receber auxílio médico, não importando se possui convênio com planos particulares. Segundo Tavares (2003, p.8) não se deve confundir a exploração da saúde privada com a prestação da saúde pública por entidades privadas. Quando ocorre, a exploração da saúde privada é livre àqueles habilitados profissionalmente, cobrando o preço que entenderem justo para a prestação dos serviços.

O estabelecimento de ações e serviços públicos numa mesma rede regionalizada e hierarquizada constituindo um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes e preceitos (BRASIL, 1988):

- I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
 - II- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
 - III- participação da comunidade.
- § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.(Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
- § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

Interessante informar a previsão legal quanto a jurisprudencial em relação ao fornecimento de medicamentos. A Lei 12.401/2011 condiciona o fornecimento de

medicamentos à existência de protocolo clínico e diretriz terapêutica.

Por isso também proíbe a dispensação do medicamento não registrado na ANVISA. Podemos perguntar se há oneração demasiada ao sistema dando proteção a um em detrimento de muitos outros necessitados, quando se permite fornecer medicamentos que não estão no rol do Ministério da Saúde? E quanto ao princípio da seletividade?

O princípio da seletividade diz respeito a escolha do legislador das pessoas destinatárias das prestações da seguridade e da cobertura dos eventos mais relevantes. Para responder esses questionamentos a Jurisprudência tende a ser favorável ao fornecimento, pois ao analisar o caso concreto os magistrados afastam o princípio da seletividade e aplica o princípio do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal está analisando a questão, e até o momento temos no total três votos: Marco Aurélio entende ser possível o fornecimento em todos os casos, o Ministro Barroso diz não ser possível e o Ministro Fachin entende não ser possível o fornecimento de forma administrativa caso não tenha autorização da Anvisa, mas se não tiver um medicamento substituto autorizado o pedido deve ser analisado judicialmente. STF - RE 657.718/MG – possibilidade do fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA(FONTE)

Voto Fachin 1. Prévio requerimento administrativo que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador;2. Subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada a impossibilidade; 3. Indicação do medicamento por meio da denominação comum brasileira ou a denominação internacional; 4. Justificativa da inadequação da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; 5. Laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição em que indique a necessidade do tratamento, seus efeitos e os estudos da medicina baseados em evidência, além das vantagens para o paciente, comparando, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia. Voto Barroso Já no caso da demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive quando de alto custo, o ministro concluiu que o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo. "Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiros devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamento não incluído na política pública.

Com relação ao tratamento médico no exterior. Nossa lei determina ser válido o direito à saúde somente no território nacional, por serviço próprio, conveniado ou contratado (Art. 19-M lei 12.401/2011). A Portaria 763/1994 também vedou o financiamento pelo SUS de tratamento médico no exterior, mas, alguns tribunais têm decidido no sentido de que o tratamento médico no exterior integra o direito à saúde. A Lei. 9.313 de 13.11.1996 dá direito subjetivo à distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

(financiamento recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados e Municípios).

Em suma, no território brasileiro a seguridade social na sua espécie saúde não tem caráter contributivo, ou seja, é universal a todos brasileiros ou estrangeiros residentes de forma permanente, temporária ou transeuntes. Se trata de uma conquista de todas as pessoas, mas as políticas públicas através do SUS, muitas vezes não efetivam esse direito tendo que o judiciário ser acionado para determinar enfim a proteção ao direito fundamental à saúde e consequentemente o direito à dignidade.

ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social está disciplinada nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal, sendo destinada aos hipossuficientes. Verifica-se a constitucionalização da política de assistência social, o que reforça a preocupação do legislador constituinte em combater a pobreza.

A assistência é um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando a concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado. Política social destinada a prestar gratuitamente, proteção à família, maternidade, infância, adolescência, velhice e deficientes físicos.

Verificamos que, junto à Previdência Social, o Estado presta a assistência de forma voluntária, já que a pessoa não retribui a ajuda. A assistência é direcionada às pessoas que estão desempregadas, sem proteção previdenciária e em condições indignas de vida. Neste contexto podemos afirmar que:

no campo da Assistência Social o Estado cuida de situações atuais de necessidade, prestando socorro ou auxílio independentemente de qualquer pagamento prévio pelo assistido, ao passo que na Previdência Social, como a própria denominação indica, o Estado cria previamente sistema contributivo para os setores da população segurados, destinado a reunir recursos para atender as necessidades futuras do segurado ou seus dependentes (CORREIA & CORREIA, 2002, p.19).

A assistência social apresenta os seguintes objetivos constitucionais: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou

de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (Art. 2º. Da Lei 8.742/1993)

Interessante o Inciso V do artigo 203 da Constituição Federal que prevê:

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Verificamos que este inciso rompe a tradição do direito brasileiro abandonando a prescrição das normas programáticas bem como estabelece um direito subjetivo público em favor dos desamparados, uma vez que concede um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (GONÇALVES, 2005, p.10). Segundo Sérgio Fernando Moro (2003, p.144) esta norma representa “a constitucionalização de um direito atinente à assistência social, verdadeiro direito antipobreza, o que não tem precedentes no Direito Constitucional brasileiro” e continua afirmando que “a norma do artigo 203, V, é a única que prevê direito claro e determinado desta natureza e, por conseguinte, cuja existência não é passível de discussão”.

Como vimos o benefício está previsto no artigo 203 V da CF, e foi regulamentado pelos artigos 20 e 21 da Lei 8.742/93, pelo artigo 34, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e pelo Decreto 6.214/2007, tendo o Estatuto do Idoso reduzido a idade mínima de concessão para os 65 anos de idade (no caso dos idosos). Para fazer jus ao amparo de um salário mínimo, o idoso ou deficiente deverá comprovar o seu estado de miserabilidade. Pelo critério legal: tem direito aquele que é incapaz de prover a sua própria manutenção a pessoa portadora de deficiência ou idosa, em que a renda mensal per capita familiar seja inferior a ¼ de salário mínimo.

Mas, o que se entende por família na questão assistencial? Anteriormente se entendia como família o conjunto de pessoas elencadas no artigo 16, da lei 8.213/1991, desde que vivessem sob o mesmo teto: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido. Todavia com o advento da lei 12.435/2011 foi alterado o artigo 20 Parágrafo 1º da lei 8.742/1993 § 1o Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

O critério da renda no Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal REs 567.985 e 580.963 17 e 18/04/2013 pronunciou a inconstitucionalidade material incidental (não foi abstrato) do Parágrafo 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993 em vista da adoção superveniente de outros critérios mais favoráveis aos necessitados em leis assistenciais posteriores (Ex.bolsa-família).

Quanto a declaração de nulidade ocorreu a modulação da eficácia para 31/12/2015, a fim de conferir prazo razoável ao Congresso para aprovar nova regra sem o afastamento imediato da anterior. No entanto, não restou alcançado o quórum de 2/3 (oito votos) para aprovar a referida modulação. Assim, o INSS continua aplicando critério de ¼ porque a decisão do STF não foi vinculante e o Congresso até o momento não apontou um novo para substituir o Parágrafo 3º do Art. 20.

O enunciado da Súmula 79 TNU estipula que

Nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal.

Por força do Art. 34 Parágrafo único do Estatuto do Idoso “O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas”. Por isonomia, existem precedentes jurisprudenciais estendendo analogicamente a excepcional disposição do Estatuto do Idoso a qualquer benefício previdenciário no valor de um salário mínimo percebido por pessoa do grupo familiar, conquanto não haja qualquer fonte de custeio. Posição STF: Exclusão para cálculo da renda Art. 34 Parágrafo único do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) declarado incidentalmente inconstitucional por omissão parcial– fere princípio da isonomia. (RE 580.963).

Quanto ao critério deficiência em sua redação original do art. 20 Par. 2º da lei 8.742/1993 era deficiente a pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho. Entretanto, com o advento da Convenção sobre os Direitos das pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 186/2008, tendo sido promulgada pelo Decreto presidencial 6.949/2009 o INSS tem aplicado o que foi firmado no tratado: “São aquelas pessoas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”. O Art. 20 § 2o Lei 8.742/1993 prevê

Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental,

intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

O INSS só concede o benefício caso de impedimento de longo prazo, assim considerado aquele que incapacita a pessoa pelo prazo mínimo de dois anos. Entretanto, a posição da TNU é no sentido de que “a incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada”. (Súmula 48). O amparo não gera gratificação natalina nem institui pensão por morte. Tem, portanto, índole personalíssima.

DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O seguro social é a expressão marcante dos métodos de proteção social no século XX. É a técnica prevalecente em todo o mundo moderno e foi implantado na Alemanha em 1883, através da iniciativa de Bismark, autoridade alemã, que criou um seguro doença em favor dos trabalhadores, baseado nos moldes do seguro privado (GONÇALVES, 2005, p.02). Costuma-se empregar o seguro social como expressão sinônima de previdência social. Esta tem como características a presença do Estado, por autarquias federais, estaduais ou municipais, ou mesmo integradas na administração pública, como por exemplo os servidores civis. A palavra previdência vem de *pre videre*, ver com antecipação os riscos sociais procurar compô-los (MARTINS, 2004, p.91). Prevenir para no caso de ocorrer um evento tenha uma fonte de custeio para a cobertura.

O doutrinador Wladimir Novaes Martinez (2003, p.99) entende que a Previdência Social pode ser compreendida como sendo:

a técnica de proteção social estatal ou particular, especialmente se conjugadas, ensejadora de pecúlios ou rendas mensais, com vistas à manutenção da pessoa humana - quando esta não pode obtê-la ou não é socialmente desejável auferi-la pessoalmente através do trabalho ou de outra fonte, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte -, mediante cotização mínima compulsória pretérita distinta, sob regime financeiro de repartição ou capitalização, plano de contribuição ou benefício definido, excepcionalmente facultativa, proveniente da sociedade e dos segurados, gerida por estes e pelo governo.

No conceito observamos as suas características: previdência pode ser pública ou privada, as prestações são os salários de benefícios concedidos na hipótese de existir contribuição e dependendo da espécie o cumprimento da carência para a manutenção da dignidade do segurado ou de sua família. Em tempo, o doutrinador Sérgio Pinto Martins (2004, p.91) entende a Previdência Social como sendo:

um conjunto de princípios, de normas e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, quando ocorrer certa contingência prevista em lei.

Em geral, trata-se de sistema cuja filiação é obrigatória em certos casos, mas, no decorrer de sua evolução, a proteção teve clientela restrita ao exercente de atividade remunerada. No Brasil verificamos no artigo 201 § 5o da Constituição Federal o segurado facultativo, ou seja, aquele que não exerce atividade remunerada, mas contribui. Podemos constatar, finalmente, que no direito brasileiro, a Previdência Social, na Constituição Federal de 1988, transformou-se numa espécie da Seguridade Social.

Existem características comuns entre a Previdência e a Assistência Social, pois também prestam benefícios e serviços. A palavra utilizada no artigo 203, inciso V, da Constituição para o valor em dinheiro pago aos idosos e portadores de deficiência é “benefício”, termo importado da previdência social.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins (2000, p.76), benefícios são “prestações em dinheiro”, ao passo que serviços “são bens imateriais colocados à disposição das pessoas, como habilitação e reabilitação social, serviço social etc”. Tanto os benefícios, quanto os serviços hão de ser concebidos como direitos subjetivos, porque a lei não faz tal distinção. Essa a opinião geral da doutrina, mas diante da previsão constitucional da Seguridade Social como direitos sociais, no artigo 6o, parece não haver mais razão para a distinção.

Tanto os benefícios previdenciários quanto o amparo social ao idoso e deficiente são concedidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS é o responsável pela concessão e manutenção dos benefícios. É uma autarquia, fruto da fusão do extinto Instituto Nacional de Previdência Social - INPS com o Instituto de Administração Financeira de Previdência Social - IAPAS, determinada pela Lei nº 8.029/90, regulamentada pelo Decreto nº 99.350/90.

A previdência social está regrada nos artigos 201 e 202 da Constituição; o primeiro artigo destinado ao regime geral de previdência social, o segundo destinado à previdência privada. No regime geral de previdência social no Brasil, a organização ocorre em nível federal apenas. As contingências, que são objeto de proteção da previdência social, estão conformadas nos incisos art. 201, incisos I a V e §§ Io, 6o, 7o e 10º, da Constituição Federal.

Como observa Pedro Vidal Neto (1993, p. 198-2002),

as prestações atribuídas na Constituição de 1988 são praticamente as mesmas que já existiam, mas com dois avanços substanciais: a) a expansão da abrangência pessoal da Previdência Social mediante a igualdade de direitos entre os trabalhadores rurais e urbanos; b) os novos critérios estabelecidos para o cálculo dos valores dos benefícios e seus reajustes, que corrigiram antigas distorções.

O Plano de benefícios foi edificado pela Lei nº 8.213/91, muito embora não preveja apenas benefícios, mas sim benefícios e serviços. Os beneficiários desse sistema de previdência, chamado regime geral, são os segurados e seus dependentes, lastreados na ideia de filiação. Os segurados deverão contribuir para se manter vinculados ao sistema, de modo que a solidariedade é compulsória. Os dependentes (art. 16 da Lei nº 8.213/91) não contribuem. Caso os segurados não consigam manter o pagamento das contribuições, depois de um determinado prazo, perdem a vinculação à previdência social e ficam desprotegidos (art. 15 da Lei nº 8.213/91).

O sistema previdenciário é custeado tanto por contribuições dos segurados (ao contrário do regime de assistência social, em que o segurado não precisa ter contribuído para ter direito ao benefício), como também pelas contribuições recolhidas pelas empresas, que são as maiores contribuintes, além de recursos orçamentários da União.

O sistema limita-se ao atendimento das contingências previstas em lei como pressuposto para a concessão do benefício. Exemplificando: um determinado fato somente ensejará a concessão de uma prestação pelo sistema previdenciário se estiver previsto em lei como seu fato gerador. A doença, por exemplo, poderá fazer o direito subjetivo ao benefício de auxílio-doença, pois a Lei nº 8.213/91, com base no artigo 201 da Constituição Federal, determina ser aquela o fato gerador deste (GONÇALVES, 2005, p.09).

Assim, podemos concluir que a Previdência Social é o seguro público, coletivo, compulsório mediante contribuição e que visa cobrir os seguintes riscos sociais: doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Observa-se que o estudo pontua no conceito de seguridade social e nas suas espécies a finalidade do conjunto integrado de ações proporcionar e manter a dignidade da pessoa humana. Nesse sistema caso a pessoa não contribua, mas esteja numa situação de hipossuficiência, a assistência deve manter a sua dignidade. Se a pessoa está doente temos a saúde e caso alguém contribui esse mesmo sistema mantém a sua renda numa situação de adversidade ou na velhice. Portanto, convém neste momento entender o que vem a ser princípio com ênfase na teoria de Dworkin e seguidamente o que vem a ser o princípio da

dignidade da pessoa humana e como o mesmo em qualquer situação impõe o seu respeito pelos entes públicos.

A teoria de Dworkin e a noção de princípio

Para situarmos a teoria de Dworkin, interessante falar sobre a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen para então comparar as duas teorias. O positivismo jurídico tem sua sistematização clássica na escola alemã de direito público, de Laband e Gerber. Há o entendimento de que o direito é um sistema pleno, sem lacunas e autônomo, dentro do qual não há espaço para juízos de valor, morais ou políticos.

Em sua obra, na qual construiu a Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen teve como preocupação criar uma ciência que tivesse por objeto um direito puro, reduzido à pura expressão normativa, despido das dimensões definidas como axiológicas ou fáticas. Assim, toda consideração acerca de questões exteriores aos limites perfeitamente definidos pelas normas jurídicas positivadas, devem ser ignoradas pelo jurista, sob pena de avançar em domínios estrangeiros do saber jurídico, prejudicando ou pondo a perder a própria autonomia da ciência do direito.

Para Kelsen (1998, p.387) quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita fixar o sentido das normas que vai aplicar ou seja, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.

Na hipótese de interpretação da lei, há que se responder à questão de se saber qual o conteúdo que se dará à norma individual de uma sentença judicial, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Nesse processo, há também uma interpretação da Constituição, na medida em que, de igual modo, se trate de aplicar esta a um escalão inferior, ou seja, verifica-se primeiramente a lei constitucional e depois se analisa a aplicação de uma lei infraconstitucional, se esta não estiver em desacordo com a Constituição.

Constatamos, na sua teoria que não existe a solução correta dentro das várias possibilidades existentes no direito do caso concreto; qualquer decisão tomada dentro das possibilidades teria valor absolutamente igual. A necessidade da interpretação decorre precisamente do fato de a norma (ou sistema de normas) a ser aplicada deixa várias possibilidades em aberto, o que efetivamente equivale a dizer que nem a norma nem o sistema de normas fornecem uma decisão sobre qual dos interesses envolvidos é o de maior valor. Essa decisão, essa gradação dos interesses, é, ao contrário, deixada para um futuro ato de criação normativa, para a decisão judicial, por exemplo.

Segundo Kelsen, a questão de saber qual é, entre as possibilidades que se apresentam na moldura do direito a aplicar, a correta, não é sequer, segundo o próprio pressuposto de que se parte, uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, não é um problema da teoria do direito, mas um problema de política do direito.

A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, a criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, por meio de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

Já, Ronald Dworkin é reconhecido como um dos maiores expoentes da corrente pós-positivista reinante nas últimas décadas deste século, principalmente quanto aos princípios gerais de direito, proclamando-os como direito, propriamente, e, como tal, colocados ao lado de uma regra estabelecida no direito positivo, ambos capazes de impor obrigação legal. A teoria do direito é uma interpretação da prática social, o pensamento casuístico a partir de um problema.

Em “Levando os Direitos a Sério” (2002, p.35), Dworkin autoriza afirmar-se que o direito deve existir para proteger os direitos, incumbindo os juízes da realização dessa tarefa. Realça, nos princípios o Dom de fornecer razões para decidir em determinada direção, sendo que, diferentemente das normas jurídicas, o conteúdo dos princípios não aponta as condições para sua aplicação, de sorte que é o conteúdo material dos princípios que ordena quando e em que situações devem ser aplicados.

Para a construção de sua teoria dos princípios, Dworkin apresenta-se de forma original, centrando sua concepção na distinção lógica entre princípios jurídicos e normas jurídicas, valendo-se, para tanto, dos seguintes critérios:

Origem - princípios são estabelecidos conforme a conveniência da comunidade, ao passo que as normas nascem com a lei; Conteúdo: nas normas o conteúdo é variável, ao passo que nos princípios é moral, ou seja, vale por si mesmo; Procedimento de aprovação: necessário para as normas e dispensável relativamente aos princípios para que ganhem validade; Generalidade: os princípios são mais gerais do que as normas; Derrogação: sabe-se quando as normas são derogadas, mas a ideia de derrogação, porém, é inútil para os princípios, que são usados ou não; Enumeração: os princípios são exemplificativos, inumeráveis, com sistema aberto, enquanto as normas não; Formulação: as normas podem ser formuladas com clareza (embora nem sempre sejam claras, como idealiza o positivismo), mas os princípios não possuem fórmula identificável, dependendo de interpretação construtiva que toma por base as práticas sociais, do sentido de conveniência e oportunidade desenvolvido pela comunidade através do tempo; Aplicação: as normas se aplicam disjuntivamente, isto é, em tudo ou nada, respeitadas as condições de aplicação, as formalidades, sendo que os princípios não têm uma aplicação disjuntiva, e são suscetíveis de ponderação, não são conclusivos, são pontos de partida do entendimento do problema ou casos em forma aberta; Conflito: nas normas valem as

regras que expulsam uma das normas em conflito do sistema jurídico, como exemplo, a norma posterior revoga a anterior, mas quando se cogita de conflito de princípios, o mais relevante, o mais pesado prepondera, e o outro retrocede permanecendo no sistema jurídico sem ser revogado ou dele expulso, em verdadeira dimensão de peso; Exceção: as normas contemplam exceções, os princípios não. (IDEM)

Acredita Dworkin que os princípios são a chave para se chegar à resposta correta. Um sistema integrado por princípios incrementa a capacidade dos juízes para melhor solucionarem os problemas jurídicos. Dworkin apresenta uma proposta do direito como integridade a partir de uma concepção interpretativa do direito. Estão em si associadas à visão para o passado do convencionalismo e a visão para o futuro do pragmatismo, na perspectiva de uma lente que, embora postada no presente, focaliza o passado para a construção de uma imagem que se projeta para o futuro. Esse dinamismo faz com que o direito se recicle constantemente, revigorando sua estrutura ante a atrofia ameaçadora dos esqueletos do positivismo. Essa possibilidade é de grande utilidade para o direito da seguridade social, já que reflete as complexidades sociológicas, econômicas que variam constantemente.

Os princípios são conjuntos de normas outras (que não regras jurídicas), incluída aí, a noção política, a qual diz respeito a um tipo de norma cujo objetivo é o bem-estar geral da comunidade, no sentido do seu aperfeiçoamento econômico, político e social. O termo “princípio” se opõe à noção de política ao dizer respeito a um tipo de norma cuja observação é um requisito de justiça ou equidade, ou ainda, de alguma outra dimensão da moral.

A teoria de Dworkin está, pois, em perfeita consonância com a jurisprudência atual na medida em que esta se vincula à teoria e à filosofia moral, as quais enfatizam a questão dos princípios e sua ligação com a prática jurídica, a relação entre ética e direito. Sendo assim, estabelece-se uma ponte entre uma teoria jurídica e a teoria moral, a justificar uma coerente tomada de decisão. Quando ocorre de os princípios conflitarem, é a teoria política que vai ser decisiva ao sugerir que princípio se ajusta a um sentido mais agudo de justiça no qual seguirá, em consequência, a interpretação do juiz. O papel da teoria política na interpretação suscita posicionamentos tanto radicais quanto conservadores em relação aos direitos, aos que são e aos que deveriam ser.

O texto Constitucional apresenta alguns princípios da seguridade social adotados expressamente no artigo 194. Mas, este artigo não esgota todos os princípios previstos à matéria aqui estudada. É importante destacar que a opção do constituinte pela seguridade social a partir de princípios fica clara desde o preâmbulo da Constituição e a dedicação de seu Título I aos princípios fundamentais do Estado brasileiro.

Nossa Constituição está organizada a partir de vários princípios, sendo importante a

apresentação de algumas considerações sobre a noção e conceituação de princípios. A palavra princípio é utilizada no cotidiano como momento em que algo se origina. José Cretella Júnior (1999, p.44) afirma que os princípios “são o alicerce da ciência”.

Já, Celso Antonio Bandeira de Mello (1991,299-300) afirma:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Essas noções atribuem um caráter geral que impedem a aplicação desses princípios para a prática de qualquer conduta, seja quando o juiz decide uma causa previdenciária, ou quando um funcionário público realiza algum ato administrativo. Outro termo seria o de “norma”, ao lado das “regras”.

Conforme a doutrina mais moderna mencionada por Rocha & Baltazar Júnior (2004, p. 35), “norma seria o gênero do qual regras e princípios são espécies”. As regras seriam normas que, presentes certos pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem exceção: ou são cumpridas ou desobedecidas. Por sua vez, os princípios apresentam-se dotados de uma maior generalidade, o que permite o seu cumprimento em diferentes graus, mas a medida da sua execução será determinada por possibilidades reais e jurídicas.

Consentaneamente Robert Alexy (1993, p.86), a forma de distinção entre regras e princípios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes ... son mandatos de optimización ...” que podem ser cumpridos em diferentes graus, de acordo com o caso concreto, enquanto as regras uson normas sólo pueden ser cumplidas o no”, numa relação de tudo ou nada. Então, as regras, como normas objetivas, devem ser aplicadas sem qualquer ponderação, enquanto os princípios, como mandatos de otimização, admitem o cumprimento de diferentes formas.

Afirma Celso Antonio Bandeira de Mello (1991, 299-300) que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa uma insurgência contra todo o sistema.

Segundo Ruprecht (1996, p.68), não se deve confundir princípios com propensões, já que aqueles definem os fundamentos do direito da seguridade social, enquanto as propensões

indicam sua orientação. Exemplifica que o princípio da universalidade pode dizer respeito a toda sociedade ou parte dela ou a um determinado grupo.

Os princípios não são estanques, e suas aplicações acompanham os rumos da evolução social. Mesmo quando estão implícitos, é possível sentir as suas irradiações contaminando todo o ordenamento jurídico. Por vezes, alguns desses princípios podem não se limitar a servir de inspiração da edição de normas jurídicas, culminando por serem incorporados a um ordenamento, o que lhes acentuará a força coercitiva.

Exemplo dessa evolução, citado por Rocha & Baltazar Júnior (2004, p. 36), está na publicação do Estatuto do Idoso, veiculado pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, “que traz alguns princípios aplicáveis aos idosos, componentes expressivos do universo dos beneficiários da previdência social”.

O mestre Wladimir Novaes Martinez (1995, p.27) afirma:

Os princípios representam a consciência jurídica do Direito. Podem ser concebidos pela mente do cientista social ou medrar no trato diário da aplicação da norma jurídica. Criados artificialmente, não devem descurar, de sua parte, razões mais elevadas, diretrizes ainda mais altas, os valores eternos da civilização, entre os quais se avultam os postulados fundamentais da liberdade, o primado dos direitos humanos, o dogma da responsabilidade social e os preceitos de igualdade, equidade e legalidade.

Por conseguinte, toda interpretação, influência, ou analogia, no que se refere à seguridade social, há que se submeter ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Princípio da dignidade da pessoa humana

Dignidade, para Rizzato Nunes (2002, p.46-50), é garantida por um princípio que não pode ser relativizado. Mas, quanto ao seu conteúdo semântico, afirma que por meio da experiência histórica a dignidade nasce com o indivíduo sendo que esta dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra. Para o alcance de uma sociedade justa e igualitária, por meio de uma Constituição Republicana, elaborada por todos de uma nação, a dignidade nada mais é do que o reconhecimento do valor supremo, ou seja, o homem como ser dotado de dignidade.

Quando há o reconhecimento da dignidade humana, logo advêm os demais direitos, inclusive o direito à seguridade social. Portanto, interessante analisar este princípio sob o ponto de vista filosófico de Immanuel Kant.

Em seus escritos, Kant (1993, § 41) considera que os seres humanos são naturalmente sociáveis. Assim descreve a sociabilidade como sendo “uma propriedade essencial à exigência do homem enquanto criatura determinada para a sociedade, ou seja,

como qualidade que pertence, portanto, à humanidade”. É, pois, algo inato e essencial ao homem. Mas a sociabilidade tende a equilibrar-se por uma tendência ao isolamento, ou seja, o instituto da sociedade força o indivíduo (inclinação) a se associar com o outro, e, em contrapartida, é o indivíduo, como um todo racionalmente existente, que domina suas tendências e as põe em função de seus interesses egoístas. É a chamada Teoria do Conflito, na qual o ser humano necessita associar-se e, ao mesmo tempo, é considerado insociável em razão de suas pretensões individuais.

Esse antagonismo relativo à espécie humana como sendo insociável sociabilidade não são duas forças contrárias atuando no mesmo plano e anulando-se, mas tende a ser benéfico, porque desperta no homem a possibilidade de superação para o seu desenvolvimento. Tal possibilidade de superação é metaforizada, por Kant, através da imagem da árvore isolada, que cresce completamente torta, em comparação com as árvores da floresta, que, lutando pelo sol e pelo ar, crescem retas e saudáveis.

Assim diz Kant (1986, p. 13):

[...] esta oposição acaba despertando todas as forças do homem, levando-o a superar sua tendência à preguiça e, movido pela busca de projeção (distinções e honrarias), pela ânsia de dominação ou pela cobiça (ânsia de posse), a proporcionar-se uma posição entre companheiros que ele não atura, mas dos quais não pode prescindir.

Com o desenvolvimento dos talentos, haveria o progresso do homem e, conseqüentemente, o progresso de toda humanidade, o que possibilitaria a “fundação de um modo de pensar que pode transformar, com o tempo, as toscas disposições naturais...” (IDEM). Assim, ou os homens optam racionalmente por um fim histórico, ou a natureza conduzi-los-á forçosamente, mediante guerras, conflitos e outras desgraças, à sua execução.

Kant diz que quando planejamos adquirir vantagens em nosso proveito, somos levados a seguir, como linha de orientação, as indicações da natureza. E mesmo agindo em favor de nós mesmos, conseguimos realizar um fim mais amplo e elevado. Somente na espécie é que se pode vislumbrar o sentido das disposições naturais do homem; isto porque, ao contrário dos outros animais, o homem possui a capacidade de transmitir às futuras gerações seus feitos e conquistas. Assim, enquanto as tendências antissociais conduzem os homens à vida privada e passiva, as disposições racionais os levam a se libertar das limitações impostas pelas inclinações passionais.

Kant não confunde a história da humanidade com a história de homens singulares. Diz que já que o indivíduo racional é mortal, confiou-se à espécie humana a realização do seu destino racional.

Podemos verificar que Kant já previu, por meio de seus estudos filosóficos,

observando a história, que estes conflitos trazem desenvolvimento, e a Natureza tem um plano determinado que, no primeiro momento, não podemos compreender. Assim, analisando nossa história, depois a de Kant, podemos afirmar que se não tivesse acontecido as duas grandes primeiras guerras mundiais, a ONU (Organização das Nações Unidas) hoje não existiria.

A Organização das Nações Unidas foi criada em 24 de outubro de 1945, após a 2ª Grande Guerra Mundial, quando representantes de cinquenta nações se reuniram na Conferência de São Francisco. Hoje, a ONU possui sede em Nova Iorque, e é ainda hoje o principal organismo internacional e visa essencialmente: Preservar a paz e a segurança mundial; estimular a cooperação internacional na área econômica, social, cultural e humanitária; promover a respeito às liberdades individuais e aos direitos humanos.

Mesmo que certas pessoas não acreditem na eficácia da Organização, depois do episódio da Guerra do Iraque, devemos observar que a maioria dos Estados não concordou com a invasão. Se a ação da minoria estiver errada, somente a história irá nos responder. Para Kant quando se fala em atuar moralmente significa não só concordância com o que a norma determina, mas, também, quando exprime o cumprimento do dever, ou seja, pelo respeito à exigência ética. Cada cidadão, cada ente governamental, cada nação têm o dever, como dizia Kant, de agir de uma determinada forma não porque é bom e sim porque obedece a uma lei racional da moralidade, que é também um dever.

Em seus ensinamentos, preceitua que a lei moral tem por fundamento o imperativo categórico: “proceda em todas as suas ações de modo que a norma de seu proceder possa tomar-se uma lei universal”. Esse é, para Kant, um princípio universal, que une todos os homens. O imperativo prático: proceda de tal modo que uses a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sendo sempre como fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio (s/d, p.30 e p.421). E neste ponto da moral que constatamos a importância da dignidade da pessoa para Kant, já que ele considera que todo homem é dotado de dignidade em virtude de sua natureza racional; sendo assim, cada homem possui um valor, não se levando em consideração o caráter individual ou sua posição social.

Observamos que a dignidade se impõe como um valor incondicional, incomensurável, insubstituível, que não admite equivalente, tendo, portanto, valor universal. Se admitirmos que a dignidade da pessoa humana é valor supremo e universal, verificaremos que é indispensável a implantação deste princípio na Constituição de todos os Estados, pois esse é o primeiro valor que um ordenamento deve conter, na medida em que a sua inobservância desencadeará um retrocesso histórico.

Admitia Kant que um povo somente alcançaria o progresso se os seus governantes

proporcionassem o esclarecimento, ou seja, a cultura e a educação etc. Vale dizer, entretanto, que, isso só será possível quando as pessoas enxergarem no próximo um ser com dignidade, senão de nada adiantará os demais direitos e princípios.

Para Kant, o homem é um fim em si mesmo e por isso, tem valor absoluto, ou seja, não pode ser usado como instrumento para se conseguir algo; justamente por isso, tem dignidade. Afirmo o filósofo que “o homem, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT, s/d, p.68).

Consentâneo ao pensamento de Kant, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.32) afirma que o sentido da dignidade de Kant:

[...] parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado nem por ele próprio - como objeto.

Posto isto, podemos concluir que os operadores de direito, juízes, governantes e funcionários da administração pública devem firmar suas condutas pela implementação real do princípio, qual seja o princípio da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana na Constituição Brasileira de 1988 e a seguridade social

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º inciso III, dispõe:

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 fundamento:

3.1.1.1 - a soberania;

3.1.1.2 - a cidadania;

3.1.1.3 - a dignidade da pessoa humana;

3.1.1.4 - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

3.1.1.5 - o pluralismo político.

Observamos o papel de destaque, em virtude da importância da pessoa humana para toda sociedade. A dignidade permite a unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Para Nunes (2002, p.45), a dignidade da pessoa humana é “o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último da guarda dos direitos individuais”.

Com esse fundamento, se afasta a ideia da possibilidade do Estado Absolutista e despótico que visa somente interesses particulares, em detrimento da liberdade individual. Podemos verificar com mais precisão o princípio da dignidade da pessoa humana quando este é negligenciado; um exemplo prático pode ser notado quando se trata da aposentadoria no Brasil.

Caso um segurado² muito doente, com problemas na coluna, necessite parar de trabalhar por tempo indeterminado, realiza uma perícia no órgão da previdência social (INSS), em que o parecer do médico relata que o segurado possui plenas condições de trabalho. Na sala do médico, o segurado foi humilhado quando o médico-perito, para se certificar que o segurado estava bom, lança todos os seus documentos no chão³. Mal sabe o médico que a maioria dos segurados admite trocar tudo o que possui por saúde para voltar a trabalhar.

Logo depois, ao realizar o pedido judicial, o juiz não concede a tutela antecipada para a concessão do auxílio-doença, nem o pedido de antecipação da perícia médica do perito oficial, alegando que a antecipação iria causar “um tumulto no processo”. Após quatro meses, o segurado falece em consequência da doença. Constatamos que aquele segurado teve sua dignidade ferida apesar de sua proteção estar prevista na Constituição. Certamente o valor mais importante é o ser humano, a vida, a dignidade e não o procedimento processual.

Este é um claro exemplo da falta de efetividade da tutela jurisdicional e um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois o segurado tinha direito ao benefício, porém conseguiu comprovar que necessitava daquele benefício somente com sua morte.

Neste caso, apesar de constar no texto constitucional a sua efetivação não foi observada. Logo, a partir do momento em que todos os indivíduos, inclusive os detentores do poder, observarem a dignidade, seja nas suas relações diárias, tanto nas sociais como nas profissionais, em vista do bem comum, teremos a justiça social.

Para Salgado (1995, p. 333) a contribuição de Kant foi no sentido de dar um novo aspecto da justiça social

[...] pois foi através da noção de dignidade humana e da exigência do bem supremo como ideal de vida racional de toda a humanidade, na sociedade do consenso ou de um reino em que o homem é sempre considerado fim em si mesmo.

Observamos a importância da seguridade social, na qual o ser humano, por ser homem considerado em si próprio, mesmo não podendo contribuir com o seu trabalho, ou, nos casos assistenciais, com sua contribuição financeira, tem o direito de participar na repartição da riqueza, quer espiritual ou material.

O princípio da dignidade humana tem sido observado pelos tribunais brasileiros, senão vejamos uma demonstração

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.700 -
'PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE

2 Aqueles casos para os quais não há uma regra jurídica explícita solucionadora.

3 “Semântica: ramo da lingüística que se ocupa do estudo da significação das palavras”.

TEMPO ESPECIAL. COMPROVAÇÃO DA EXPOSIÇÃO AO AGENTE NOCIVO. FORMULÁRIOS ESPECÍFICOS. USO EPI. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO Da especialidade da atividade. EXTEMPORANEIDADE. NÃO AFASTA A VALIDADE. FIXAÇÃO DA DIB. DATA DA CITAÇÃO DO INSS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO..... Em suma, é facultado ao o Juiz, inclusive, de ofício, analisar os fatos e adequar a hipótese ao benefício cabível, desde que preenchidos os requisitos legais, entendimento este que vai ao encontro do pilar da dignidade da pessoa humana e ao princípio *jurianovitcuria*, incidente com maior força nos pleitos previdenciários, os quais são julgados pro misero. 5. Diante dessas disposições normativas e dos princípios da economia e da celeridade processual, bem como do caráter social das normas que regulamentam os benefícios previdenciários, não há óbice ao deferimento do benefício, mesmo que preenchidos os requisitos após o ajuizamento da ação. (STJ - EDcl no AREsp: 1061700 ES 2017/0042725-9, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 03/05/2017).

A dignidade da pessoa humana deve ser observada por toda a sociedade brasileira, não se admitindo num Estado democrático de direito, que as pessoas fiquem desprotegidas, o que só será possível com a devida efetivação dos seus direitos, inclusive os direitos sociais com a finalidade de proporcionar e/ou manter a sua dignidade.

O sistema de seguridade social através das suas espécies promove a proteção nas hipóteses de contingências e caso a operacionalização desse sistema seja realizada de forma adequada, nenhuma pessoa no território brasileiro seria excluída. Na hipótese de alguém em situação de desemprego, temos o instituto do seguro-desemprego para que essa pessoa obtenha renda enquanto não conseguir o retorno à sua atividade laborativa. Mas, se essa pessoa não contribuía? Temos outras medidas como bolsa família. E caso seja um idoso? Temos o amparo social ao idoso, ou seja, o benefício de prestação continuada.

Enfim, só é possível a observação do princípio da dignidade da pessoa humana, quando há também o respeito a seguridade social do sistema como um todo, porque se ocorrer falhas na prestação dos serviços e benefícios a pessoa além de ter o direito social degradado a sua dignidade consequentemente será lesionada.

A discussão não se dá somente em torno daquilo que já está posto e positivado, mas extrapola o que está por vir em vista do prejuízo advindo do retrocesso social do poder reformador. Esse poder está impedido de alterar as chamadas cláusulas pétreas previstas, na hipótese da seguridade social, no art. 60 Parágrafo 4º inciso IV da Constituição Federal.

Quando se buscar diminuir ou retirar alguns desses direitos, logra as medidas adotadas pelo poder constituinte, principalmente quando a sociedade escolheu como fundamento do nosso Estado a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Com a Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, o Brasil, como Estado Democrático de Direito, assumiu certos compromissos, sendo o mais importante a observância da dignidade da pessoa humana, que se trata de um princípio fundamental que rege todo o ordenamento jurídico e encerra uma materialidade de transformação, na medida em que as ações do Estado, direta ou indiretamente, estejam comprometidas com a realização deste, resgatando os desamparados da exclusão social.

Mas, o Estado não será o único responsável pela garantia do direito à dignidade, mas é responsabilidade de todos que fazem parte da sociedade que pressupõe a existência de agentes ativos e conscientes com ampla participação nas decisões do país, nas áreas econômicas, sociais ou políticas. Em uma sociedade organizada e sintonizada com as inquietações que assolam os seus cidadãos, sendo essa sociedade democrática há o dever e a obrigação da união de forças para o amparo dos necessitados.

No estudo da seguridade social e nas suas espécies: saúde, assistência e previdência social observa-se a finalidade do conjunto integrado de ações com o intuito de proporcionar e manter a dignidade da pessoa humana.

Entender o que vem a ser seguridade social e quais são os seus sistemas, estudar o que vem a ser o princípio da dignidade da pessoa humana e as normas pertinentes no contexto da seguridade social e contribuir para o esclarecimento da aplicação do princípio pelos nossos legisladores e magistrados eram os objetivos desse trabalho.

O estudo do conceito, características e normatizações da seguridade social, das suas espécies: saúde, assistência e previdência social, além do conceito de princípio previsto por Dworkin, e a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, amparada pelo conceito kantiano, e finalmente a apreciação da seguridade social em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal possibilitou concluir que a dignidade da pessoa humana deve ser observada por toda a sociedade brasileira, não se admitindo num Estado democrático de direito, que as pessoas fiquem desprotegidas, o que só será possível com a devida efetivação dos seus direitos, inclusive os direitos sociais com a finalidade de proporcionar e/ou manter a sua dignidade.

Em suma, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana só é possível, quando há também o respeito a seguridade social do sistema como um todo, porque se ocorrer falhas na prestação dos serviços e benefícios a pessoa além de ter o direito social degradado a sua dignidade consequentemente será lesionada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMADO, Frederico Curso de Direito e processo previdenciário. 9a Edição São Paulo. Editora JusPodivm, 2017

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988, <disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em 14/04/2017

____, Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009. <disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> acesso em 14/04/2017

____, Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. <disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> acesso em 14/04/2017

____, Lei 8.742 de 07 de dezembro de 1993. <disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm> acesso em 14/04/2017

____, Lei 9.313 de 13 de novembro de 1996. <disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9313.htm> acesso em 14/04/2017

____, Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. <disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> acesso em 30/06/2017 acesso em 14/04/2017

____, Lei 12.401 de 28 de abril de 2011. <disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm> acesso em 14/04/2017

____, Lei 12.435 de 06 de julho de 2011. <disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm> acesso em 14/04/2017

____, Superior Tribunal de justiça EDcl no AREsp: 1061700 ES 2017/0042725-9, <disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455626318/edcl-no-agravo-em-recurso-especial-edcl-no-arep-1061700-es-2017-0042725-9>> acesso em 30/06/2017

____, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, <disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI246451,31047-STF+Julgamento+sobre+dever+de+Estado+fornecer+remedios+de+alto+custo>> acesso em 21/04/2017

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA Érica Paula Barcha. Curso de direito da seguridade social. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1999

_____. Crítica da Faculdade do Juízo. Tradução de Valério Rohden e António Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

_____. Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita. Tradução Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. Fundamentação da metafísica dos costumes Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s/d.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário, tomo II: previdência social. São Paulo: LTR, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORO, Sérgio Fernando. Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social, in Daniel Machado Rocha (org.) Tema atuais de direito previdenciário e assistência social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 144.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O princípio da dignidade da pessoa humana: Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUPRECHT, Alfredo J. Direito da Seguridade Social. Revisão técnica de Wladimir Novaes Martinez. São Paulo: Ltr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa Humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Editora, 2001.

VIDAL NETO, Pedro. Natureza jurídica da Seguridade Social. Tese de concurso para professor Titular. Universidade de São Paulo. São Paulo, 1993.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. Previdência Complementar Privada. In:Revista do Advogado, Ano XXIV, nº 80, novembro de 2004

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO VÍNCULO AFETIVO E DA MULTIPARENTALIDADE

Luma Gomes GÂNDARA¹
Melissa Paião de CAMPOS²

RESUMO

A partir do presente estudo busca-se analisar o desejo da maternidade e paternidade no âmbito das famílias modernas. A sociedade encontra-se em constante evolução, sobretudo as entidades familiares, que constituem a base da sociedade, de tal forma que o Direito precisa acompanhar esse progresso. O instituto da multiparentalidade está ganhando cada vez mais força no âmbito jurídico, razão pela qual se faz necessária sua análise e compreensão do que vem a ser a ideia de ter múltiplos pais em um mesmo assento de nascimento, bem como quais serão os desdobramentos disso.

PALAVRAS-CHAVE: multiparentalidade; família; dignidade da pessoa humana; princípio da afetividade.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the desire of maternity and paternity in the context of modern families. Society is constantly evolving, especially family entities, which build the basis of civilization, so that the law needs to follow this progress. The multiple parenting is gaining strength in the legal framework. It is necessary analysis and understanding of what comes to be the idea of having multiple parents in a single birth certificate, as well as what the consequences of it might be.

KEY-WORDS: multiple parents; family; dignity of human person; principle of affectivity;

INTRODUÇÃO

Existe uma verdade irrefutável que muitos filósofos já anunciaram séculos atrás e que se comprova dia após dia: o ser humano não consegue viver isoladamente.

O ser humano tem a necessidade de viver de forma gregária com seus semelhantes, construindo diversos tipos de relações, que garantem sua sobrevivência.

Em face do caráter sociável do homem, bem como da natureza de todo ser vivo de nascer, crescer, reproduzir e morrer, há um momento em que há a concepção de filhos, alguns de forma planejada e outros não.

Essa reprodução, contudo, nem sempre acontece de forma natural, visto que existem

1 Mestranda em ciência jurídica pela UENP, possui especialização em Direito Civil e Processo Civil lato sensu pelo Projuris/FIO (2016); possui graduação em Direito pela UENP (2014), é Escrevente Técnica Judiciária no TJSP; Endereço: Rua Arthur Franco, 322, Centro, Santo Antônio da Platina/PR, CEP: 86430-000, telefone (43) 9964-8099 e (18) 98112-3518; e-mail: lgandara@tjsp.jus.br

2 Pós Graduanda em Direito Civil e Processo Civil lato sensu pelo Projuris/FIO (2016); Bacharel em Direito pela UENP (2014); Estagiária de Pós-graduação na Vara da Família, Infância e Juventude e Anexos de Jacarezinho - PR, Endereço: Rua Salomão Abdalla, nº 268, Nova Jacarezinho, Jacarezinho/PR, CEP 86400-000, telefone (43) 3511-2100; e-mail: melcampos2004@hotmail.com

casais com problemas em seus sistemas reprodutores que os impedem de alcançar o sonho de se tornarem pais e mães. Contudo, com a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, o sonho torna-se, muitas vezes, realidade.

Em que pesem tais peculiaridades, o foco deste estudo será acerca do desejo da maternidade e da paternidade, do aspecto atinente aos filhos no âmbito das famílias modernas, para posterior estudo do conceito de multiparentalidade e sua introdução no mundo jurídico, tendo em vista que no mundo dos fatos sua aplicação se mostra cada vez mais recorrente.

Serão abordados, ainda, os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

Após, será estudado o reconhecimento da multiparentalidade, tema de extrema relevância, que vem ganhando espaço e gerando muitas controvérsias, razão pela qual merece atenção especial do legislador e dos juristas brasileiros.

1 DESEJO HUMANO DA MATERNIDADE E DA PATERNIDADE

Diante do desejo primitivo que a humanidade tem em se reproduzir, a ciência sempre buscou meios de tornar a paternidade e a maternidade um sonho possível e acessível a todos. Se antigamente gerar uma criança era visto apenas como algo para dar continuidade ao nome da família (nessa época, ter uma filha mulher não era motivo de orgulho a nenhum pai, já que a mesma não daria prosseguimento ao seu patronímico); atualmente, gerar um filho vai muito além, pois a ideia de formar o caráter de um novo ser humano por meio do amor e da assistência contínua tornou-se algo mais valioso.

Segundo Pessini e Barchifontine³, alguns casais, no entanto, mesmo após inúmeras tentativas, não conseguem realizar o sonho de se tornarem pais ou mães por serem considerados inférteis, ou seja, embora tenham mantido relações sexuais, sem o uso de nenhum método anticoncepcional, por um período de dois anos, ainda assim não conseguiram ter um filho naturalmente. A infertilidade, por sua vez, pode ser relativa, na qual a concepção pode vir a ocorrer por meio de tratamentos, ou absoluta, sendo impossível ocorrer fecundação.

Embora muitos casais que não conseguem engravidar optem por adotar uma criança, outros têm o anseio de passar minuciosamente por todas as etapas, começando pela escolha da data do período fértil para a concepção, a realização do teste de sangue que comprova a gravidez, a sensação dos enjoos da gestação, a barriga crescendo, as dores do parto, enfim, alguns casais têm o sonho de ficarem “grávidos”. Mais do que isso, querem gerar um ser

3 PESSINI, Léo; BARCHINFONTAINE, Christian de Paul. Problemas atuais de Bioética. São Paulo: Loyola, 1997, p. 217.

humano com as suas características físicas, pois almejam reconhecer naquele pequeno ser seus próprios traços.

Casais homoafetivos também optam pela adoção ou pela doação temporária de útero, vulgarmente conhecida como barriga de aluguel, pois desejam igualmente a criação de um novo ser e ampliação de seus laços afetivos familiares.

Acompanhando essa evolução da sociedade, a medicina desenvolveu algumas técnicas para auxiliar o início desse longo processo de se tornar um pai ou uma mãe, tais como a Inseminação Artificial, a Fertilização in vitro, a Transferência de Embriões, dentre outras⁴.

2 MULTIPARENTALIDADE

Antigamente, considerava-se que uma família era formada apenas por pessoas que possuíam um grau de parentesco entre si, as quais, conseqüentemente, viviam em uma mesma casa.

Esse grau de parentesco, evidentemente, decorria do vínculo biológico estabelecido entre essas pessoas. Se alguém vivia junto com a família, mas não possuía laços de sangue, os demais integrantes normalmente se referiam a ela como “um ente praticamente da família”.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves⁵:

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação.

A partir década de 1970, os doutrinadores brasileiros, tais como Cassetari⁶, começaram a reconhecer a importância do vínculo afetivo dentro das famílias. Tendo em vista que a família é a base da sociedade, atualmente, em muitos casos, o afeto se sobrepõe ao vínculo biológico.

Um dos questionamentos tratados nesta pesquisa surge em torno do vínculo biológico e do vínculo afetivo e se há possibilidade do reconhecimento de ambos com relação a somente uma criança.

2.1 Noções Básicas

4 As técnicas citadas não serão aprofundadas, por não serem o foco do presente estudo.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 32-34.

6 CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 01.

Em outras palavras, indaga-se se uma criança poderá ser registrada das seguintes formas: com um pai e duas mães; com dois pais e uma mãe; ou com dois pais e duas mães. Nesses casos, inclui-se o nome do pai e mãe biológicos, bem como do pai e mãe afetivos.

De acordo com Póvoas⁷:

No que tange a possibilidade da coexistência de vínculos parentais afetivos e biológicos, essa se mostra perfeitamente viável e, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos [...].

À possibilidade do reconhecimento, no assento de nascimento, do vínculo biológico e afetivo no tocante à filiação dá-se o nome de multiparentalidade. Visto que a coexistência desses vínculos é possível, a multiplicidade de pais registrais recebeu a referida denominação.

No entendimento de Maria Berenice Dias⁸,

Para o reconhecimento da filiação pluriparental (ou multiparental), basta flagrar o estabelecimento do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo a dignidade e a afetividade da pessoa humana.

Considerando o Artigo 1.603 do Código Civil de 2002⁹ que versa que “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”, conclui-se que não há qualquer óbice ao registro pelo vínculo biológico ou afetivo, restando certo de que a filiação estará comprovada por meio do referido documento.

A doutrina e a jurisprudência se mostram cada vez mais favoráveis à introdução da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que o assunto vem ganhando destaque a cada dia, embora o entendimento ainda não esteja pacificado.

De acordo com Cassettari¹⁰, “a dupla maternidade e paternidade começou a existir em nosso país a partir do momento em que os tribunais começaram a conceder a adoção conjunta para casais do mesmo sexo”.

A ideia de reconhecer ambos os vínculos em um único documento se deve ao fato de que, nos casos concretos, a exclusão de um deles poderia acarretar danos irreparáveis tanto na vida da criança, quanto na vida dos pais ou mães biológicos e afetivos.

Os efeitos decorrentes da multiparentalidade são muitos, tais como: o acréscimo do sobrenome de todos os pais, a extensão da relação de parentesco, os alimentos devidos, a

7 PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Multiparentalidade – A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79.

8 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 385.

9 BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 08.11.2017.

10 CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 152.

guarda, as visitas e a sucessão.

2.2 O sobrenome do filho

Quanto ao sobrenome da criança, fica a cargo dos pais o acréscimo de todos os sobrenomes dos pais e mães biológicos e afetivos, ou tão somente a utilização de um prenome e um único sobrenome.

Segundo Póvoas¹¹:

A lei dos Registros Públicos, em seu art. 54, não impossibilita isso. Na realidade, basta a pessoa ter um prenome e um sobrenome. Apenas um. Não há necessidade - por não haver legalmente essa exigência - de que se ostente os apelidos de família de todos os genitores. Contrário senso, também não há impossibilidade de que se ostente o nome de todos os genitores, mesmo que sejam eles mais de dois. O nome, portanto, não seria problema algum quando se fala em multiparentalidade.

Com o acréscimo de genitores à certidão de nascimento, conseqüentemente, a criança passará a manter uma relação de parentesco com as famílias dos pais biológicos e dos pais afetivos, aumentando, assim, a quantidade de parentes que a pessoa estabelecerá vínculos ao longo da vida.

Complementa Heloísa Helena Barboza¹² que:

Já se afirmou como verdade incontestável que o parentesco deriva sempre da filiação. [...] Uma vez criado o vínculo de filiação, igualmente instauradas estarão todas as linhas e graus do parentesco, passando a produzir todos os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais pertinentes.

Dessa forma, os graus de parentesco estabelecidos serão válidos para todas as hipóteses previstas em lei, inclusive quanto aos impedimentos matrimoniais e as questões sucessórias.

2.3 A Obrigação Alimentar

Com relação à obrigação alimentar, a regra para os casos de multiparentalidade segue a mesma linha, independentemente, de quando há mono ou biparentalidade.

Segundo o Artigo 1.696 do Código Civil de 2002¹³, “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Portanto, estabelecido o vínculo de filiação, seja ele biológico ou afetivo, existem direitos e deveres quanto à prestação

11 PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Multiparentalidade – A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. São Paulo: Atlas. 2012, p. 94.

12 BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/7284/6376> >. Acesso em: 08.11.2017.

13 BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 08.11.2017.

de alimentos, resguardando-se, contudo, o binômio necessidade *versus* possibilidade.

2.4 A Guarda

Questão difícil a ser enfrentada é a da guarda, visto que será disputada, não somente entre duas pessoas, mas entre três ou quatro.

Nas palavras de Cassettari¹⁴, a guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores. Em contrapartida, a guarda compartilhada é aquela em que todos os genitores partilham da criação do filho, acerca de todos os assuntos que envolvem o mesmo, com igualdade de responsabilidades.

Ainda no entendimento de Christiano Cassettari¹⁵, a melhor saída seria a guarda compartilhada:

[...] Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

O juiz, em audiência, deve explicar às partes a importância desse instituto, bem como os direitos deveres inerentes a ele.

Assim sendo, verifica-se que tanto o pai quanto a mãe socioafetivos terão direito à guarda do filho, pois não há preferência para o exercício da guarda de uma criança ou adolescente em decorrência da parentalidade ser biológica ou afetiva, tendo em vista que o que deve ser atendido é o melhor interesse da criança e do adolescente.

Diante do exposto, deduz-se que caso haja descumprimento de algum dos pressupostos que ensejam a guarda compartilhada, esta poderá ser revista a qualquer momento.

Da mesma maneira, os pais socioafetivos terão seu direito de visitas garantido, sendo este previamente acordado ou fixado pelo juiz em sentença.

Como bem explica Cassettari¹⁶,

Não há preferência para o exercício do direito de visita de uma criança ou adolescente em decorrência da parentalidade ser biológica ou afetiva, pois o que deve ser atendido é o melhor interesse da criança, lembrando que tal direito é extensivo, também, aos avós, não apenas biológicos, mas também, socioafetivos.

Qualquer dos pais, biológicos ou socioafetivos, que não tiver a guarda de criança, terá direito de visitar o filho e tê-lo em seu ambiente familiar, se isso não representar nenhum

14 CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 166-167

15 CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 117.

16 Ibidem, p. 118.

risco para a criança.

Com relação à sucessão, deve-se equiparar os pais biológicos aos pais afetivos, visto que não há qualquer distinção entre os filhos decorrentes de vínculos genéticos ou não. Dessa forma, estará garantido os direitos sucessórios deste filho com relação aos pais biológicos e aos pais afetivos.

Como pano de fundo do estudo do direito sucessório aloca-se a principiologia constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988), de obrigatória observância pelo sistema normativo. Nesse contexto, a atribuição de bens da herança aos sucessores deve ser pautada de acordo com esse critério de valorização do ser humano, de modo a que o patrimônio outorgado lhe transmita uma existência mais justa e digna dentro do contexto social. (CASSETARI, 2014, p. 119)

Os pontos elencados com relação ao reconhecimento da multiparentalidade e seus desdobramentos foram abordados de forma ampla e sintetizada. Contudo, frise-se que tal instituto deve ser observado sempre visando o melhor interesse da criança ou adolescente.

3 A FAMÍLIA SOB O PRISMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Não raras vezes ouve-se a expressão de que “a família é a base da sociedade”. E essa frase não poderia ser mais verdadeira. Os Estados se solidificam por meio da família. Todos os projetos de lei, de saneamento básico, de saúde, de educação, de moradia, dentre outros, são voltados à manutenção dessa instituição.

Alguns filósofos já afirmavam que a natureza do ser humano é voltada à sociabilidade.

Portanto, a sociedade se desenvolve naturalmente, na medida em que as pessoas se unem a outras com o propósito comum de constituir uma família.

3.1 Aspectos conceituais de família

Se antigamente a definição de família era algo ligado ao vínculo sanguíneo, nos dias atuais esse conceito afrontaria diversos princípios fundamentais.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha trazido significativas mudanças no capítulo da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, algumas definições estão defasadas e o entendimento dos tribunais já está pacificado em muitos aspectos além dos versados na referida Carta Magna.

O Estado protegerá a união estável entre homem e mulher como entidade familiar,

segundo a Constituição Federal de 1988¹⁷, em seu artigo 226, § 3º, o qual versa que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF conferiu ao art. 1.723, do Código Civil de 2002¹⁸, o qual afirma que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, interpretação para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união homoafetiva.

A entidade familiar, de acordo com a Constituição¹⁹, no artigo 226, § 4º, preceitua que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

No entanto, a doutrina traz diferentes modelos, como bem pontua Gonçalves²⁰, atualmente comuns na sociedade, tais como: a família anaparental, constituída somente pelos filhos; a eudemonista, caracterizada pelo vínculo afetivo existente entre seus integrantes, a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, independentemente do vínculo biológico; e a extensa, sendo aquela formada por parentes próximos, além dos pais e filhos, os quais mantêm fortes vínculos de afeto uns para com os outros.

Ainda com relação ao mesmo artigo, no § 5º afirma que na sociedade conjugal, os direitos exercidos pelo homem e pela mulher serão os mesmos. Sabe-se, contudo, que a sociedade conjugal não é composta somente por homens e mulheres.

Já o Artigo 227, § 6º, da Constituição, afirma que não será feita distinção entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento, e ainda com relação aos adotados, proibindo qualquer tipo de discriminação.

O conteúdo desse artigo mostra a importância que o vínculo afetivo tem, equiparando os filhos biológicos aos afetivos em todos os aspectos. Cumpre ressaltar, ainda, que não há qualquer distinção entre os filhos concebidos por meios naturais ou artificiais.

Esses são alguns dos pontos tratados pela Constituição de 1988 que, embora muito

17 BRASIL. Constituição da República. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 08.11.2017.

18 BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 08.11.2017.

19 BRASIL. Constituição da República. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 08.11.2017.

20 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 35.

inovadores na época de sua publicação, nos dias de hoje necessitam de emendas para se adequar à sociedade do século XXI.

Na concepção de Cassettari²¹:

A família patriarcal, concebida no Brasil desde a época em que éramos colônia portuguesa, entrou em crise no século XX e, justamente com a Constituição Federal de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, acabou dando lugar à família afetiva, já que esse novo paradigma é que servirá de base para a construção do atual conceito de família.

Com relação ao Código Civil de 2002, a parte especial referente ao Direito de Família traz diversas vezes o homem e a mulher como sendo os únicos que podem contrair matrimônio, o que já está superado nos dias atuais.

O capítulo específico sobre filiação, no referido Código, reitera o ponto da Constituição Federal, artigo 227, § 6º, quanto à igualdade entre os filhos biológicos, provenientes ou não do matrimônio, ou afetivos, no Artigo 1.596, ao reafirmar que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Não há nada específico quanto aos filhos gerados por meio de técnicas de reprodução humana assistida, conforme afirma Venosa²²:

Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica.

É possível notar, então, a grande mudança que ocorreu, e vem ocorrendo, nas famílias. Essa mudança acompanha a evolução da sociedade, adequando-se aos novos valores do século XXI, de forma que a dignidade da pessoa humana esteja sempre preservada, e o afeto seja o grande fator de união entre os entes familiares.

3.2 Princípio da dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988. Por ser um tanto quanto genérico, abrange tudo aquilo que representa uma vida digna à pessoa.

Partindo-se da premissa de que toda pessoa, independentemente de sua conduta social, classe, raça, cor, credo, situação econômica, possui uma dignidade inerente, busca-se o que vem a ser e representar, de fato, esse princípio.

21 CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 28.

22 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Editora Atlas. 2003, p. 277.

Definir ou explicar o que vem a ser dignidade, entretanto, é uma questão complexa, considerando que existem diversos pontos de vista e o que pode valer para alguns, pode não valer para outros da mesma maneira.

Cumprido ressaltar, no entanto, que a dignidade da pessoa humana está ligada ao princípio da igualdade, pois só é possível estabelecer parâmetros justos quanto à dignidade dos seres humanos considerando que os mesmos são iguais perante a lei, conforme garante a Constituição em seu artigo 5º. Sendo iguais, merecem iguais formas de tratamento quanto à dignidade e respeito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²³, anterior, portanto, à Constituição Federal brasileira, traz em seu preâmbulo e artigo 1º algumas considerações sobre a dignidade da pessoa humana, a saber:

Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo. [...] Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para os outros com espírito de fraternidade.

Por ser o mais amplo princípio constitucional, é também o norteador dos demais princípios e leis do nosso ordenamento jurídico. Relacionando-o com o Direito de Família, é uma forma de garantir a preservação da família, nas suas variadas formas, visto que atualmente são muitos os modelos existentes e já não há um padrão a ser seguido, devendo tão somente ser uma relação de afeto mútuo, na qual o respeito entre seus integrantes deve prevalecer.

3.3 Princípio da Afetividade

O Direito de Família é o ramo do Direito que mais envolve o lado emocional do ser humano.

O legislador procura criar leis que regularizem situações de fato instauradas na sociedade. O juiz, por sua vez, aplica as regras já existentes aos casos que lhe chegam, adequando, no que lhe couber, a regra ao contexto exposto, ou seja, a subsunção do fato à norma.

A racionalidade do legislador e a inércia do juiz devem andar lado a lado, a fim de se aplicar uma justa resolução às questões judiciais.

Os princípios gerais do Direito existem para nortear a justiça, assim como os princípios do Direito de Família, por serem mais específicos, convergem no sentido de

23 BRASÍLIA. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 08.11.2017.

resguardar os interesses dessa entidade tão importante.

Um dos princípios do direito de família mais importantes, que ultimamente ganhou grande notoriedade, é o princípio da afetividade.

Para Maria Helena Diniz²⁴, o princípio da afetividade, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, é norteador das relações familiares e da solidariedade familiar.

Porém, cumpre entender primeiramente o que significa nutrir afeto por alguém, e o que seria, de fato, a afetividade.

Explica Maluf²⁵ que:

De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos.

Ter afeto por alguém significa sentir por determinada pessoa um forte carinho, uma vontade de cuidar dessa pessoa, de zelar pelo seu bem estar. Não precisam existir laços sanguíneos para existir o afeto, basta o sentimento de querer e fazer o bem ao outro.

O civilista Paulo Lôbo²⁶ complementa, afirmando que o princípio da afetividade está inserido na nossa Constituição Federal:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade. Encontram-se na CF quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XXI: a) todos os filhos são iguais independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família, constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*).

As famílias evoluíram na mesma proporção em que a sociedade evoluiu. Atualmente, poucas pessoas permanecem casadas se o afeto acabou, pois o divórcio não é mal visto como o era antigamente. Os filhos adotivos possuem o mesmo tratamento e afeto que os filhos biológicos, assim como muitos filhos havidos fora do casamento também o possuem.

Para finalizar, nas palavras de Cassettari²⁷,

É por isso que a família moderna é sempre socioafetiva, já que é um grupo social unido pela convivência afetiva, e que transformou o afeto numa categoria jurídica,

24 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, P. 24.

25 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito das famílias: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, P. 19.

26 LÔBO, Paulo. Direito Civil – Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, P. 42.

27 CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 28.

por ser um fato gerador de efeitos jurídicos.

Dessa forma, o afeto é o grande propulsor das famílias e o princípio da afetividade caminha ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família, pois não há como existir afeto sem um tratamento digno e de respeito entre os entes de qualquer família.

4 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO VÍNCULO AFETIVO E DA MULTIPARENTALIDADE

Há muito se reconhece juridicamente o vínculo afetivo presente entre os entes de uma família. O afeto vem ganhando mais força na medida em que a sociedade evolui para relações com mais amor e menos rótulos.

A multiparentalidade, por sua vez, ainda é pouco contemplada nos julgados, porém está conquistando seu espaço nas doutrinas.

Embora sua aplicação ainda não seja tão efetiva, já restou comprovado que o reconhecimento da multiparentalidade atende ao melhor interesse da criança e do adolescente, visto que em um único documento pode reunir o vínculo biológico e o afetivo sem que um anule ou diminua o outro.

Não restam dúvidas de que a multiparentalidade não existiria sem o princípio da afetividade, pois primeiro houve a consolidação do entendimento de que o afeto é a base das relações familiares, para que depois houvesse a necessidade de seu reconhecimento e, por fim, para que esse reconhecimento afetivo se equiparasse ao biológico, de forma que ambos pudessem coexistir.

Segundo Welter²⁸:

Visto o direito de família sobre o prisma da tridimensionalidade humana, deve-se atribuir ao filho o direito fundamental às paternidades genética e socioafetiva e, em decorrência, conferir-lhe todos os efeitos jurídicos das duas paternidades. Numa só palavra, não é correto afirmar, como o faz a atual doutrina e jurisprudência do mundo ocidental, que “a paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica”, ou que “a paternidade biológica se sobrepõe à “socioafetiva”, isso porque ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas, exatamente porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica.

Há que ser sempre atendido ao interesse daquele que reclama por conhecer suas origens e há, sim, o direito de conhecer e investigar a ascendência genética paterna, sendo tal direito inquestionável – corolário do direito de personalidade.

De outra parte, pode haver somente o interesse no reconhecimento do laço afetivo, a

28 WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 222.

depende de cada caso, cada trauma, crescimento, maturidade, perdão, amor e curiosidade por parte do titular do direito, de modo que consanguinidade possa ser secundária.

Assim, de acordo com Villela:

A consanguinidade tem, de fato, e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. Permita-me repetir aquilo que tenho dito tantas vezes: a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen.²⁹

Desse modo, é necessário um novo olhar acerca dos laços familiares, em decorrência da evolução e conseqüente concepção moderna de família, muito mais abrangente e dinâmica em vista do que se tinha outrora.

Assim, não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. É possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade ou multiparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir o encargo do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória.³⁰

Entender de modo contrário e não legitimar a pluriparentalidade vai à contramão da própria dignidade da pessoa humana, enquanto titular da faculdade de optar pelo reconhecimento de seus próprios vínculos adquiridos e/ou inerentes a si. Logo, sendo a dignidade da pessoa humana valor fundamental da nossa Constituição, não há como não admitir tais aspectos multiparentais no âmbito do direito das famílias e também em sede sucessória.

CONCLUSÃO

Este artigo está inserido no ramo mais complexo, frágil e emotivo do Direito: o campo do Direito de Família.

Por conter uma carga sentimental exacerbada, o legislador da matéria tratada nesse ramo deve ser um grande estudioso da entidade milenar denominada “família”, de forma que as leis não fiquem obsoletas em face da grande mutação sofrida dentro dos núcleos familiares.

A multiparentalidade é uma realidade atualmente. Embora não esteja regulamentada por lei, a doutrina e jurisprudência já vêm a seu favor, no sentido de que seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico se faz necessário.

Claro está que o reconhecimento de múltiplos pais (no máximo dois pais e duas

29 VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da UFMG 21, Belo Horizonte, ano XXVII, 1979. p. 85

30 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 385.

mães) trará inúmeras repercussões no Direito de Família. Repercussões estas que necessitam de um estudo aprofundado para que o legislador não cometa algum equívoco quando da sua regulamentação.

Mas uma coisa é certa: a multiparentalidade está em pleno acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, o grande norteador do nosso Direito, bem como com o princípio da afetividade, o qual é a base das famílias do Século XXI.

Os vínculos biológicos e afetivos não precisam viver em conflito. A sociedade evoluiu e o “sangue” deixou de ser algo imprescindível nos lares. O amor, sim, é que se faz necessário.

Uma vida se origina somente da união de outras duas vidas? E aqui cabe a célebre teoria da relatividade de Einstein, na qual “tudo é relativo”.

Evidentemente que do ponto de vista biológico sim, uma vida somente tem origem a partir da união perfeita do gameta masculino ao gameta feminino.

Porém, uma vida pode surgir a partir de outras três, ou mesmo quatro. Sob o ponto de vista do afeto, é possível visualizar que um filho pode ser gerado, amado e desejado por mais de um pai e de uma mãe.

Esse novo modelo de família clama pela atenção do legislador. Contudo, enquanto este permanecer silente, necessário se faz que o olhar do juiz enxergue essa nova realidade e supra, com sabedoria e bom senso, essa lacuna do nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa Helena. *Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo*. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/7284/6376> >. Acesso em: 08.11.2017.

BRASIL. *Constituição da República*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 08.11.2017.

_____. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 08.11.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento Processual. *ADPF 132 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental (Processo físico)*. Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=259823> >. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. *ADI 4277 – Ação direta de inconstitucionalidade (Processo físico)*. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu>
>. Acesso em: 08.11.2017.

BRASÍLIA. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <
<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> >. Acesso em: 08.11.2017.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Lívia Copelli. *O reconhecimento da multiparentalidade e seus efeitos jurídicos*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12754 >. Acesso em: 08.11.2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PESSINI, Léo; BARCHINFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo: Loyola, 1997.

_____. *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Loyola e Centro Universitário São Camilo, 2002.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade – A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. São Paulo: Atlas. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. São Paulo: Editora Atlas. 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA COMO DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL NA BUSCA PELA DEMOCRACIA

Mércia Miranda Vasconcellos CUNHA¹
Danielle Augusto GOVERNO²

RESUMO

O presente estudo a respeito da participação política é assunto complexo, visto que o Estado ainda se mantém como estrutura política dominante para a organização do poder e da sociedade, não há como negar isso. Porém, não é objeto deste estudo questionar a soberania do Estado, mas sim demonstrar que a participação política é um direito e dever fundamental de todos, que ocorre por meio do exercício das técnicas de participação, dos direitos políticos e, sobretudo, da ação e consciência política. Com a finalidade de se buscar a efetivação da democracia, a participação política é uma ferramenta importante ao permitir que o povo seja capaz e tome decisões sobre o que lhe convém como cidadãos. Neste sentido, buscar-se-á através do método dedutivo de investigação científica, analisar que é mister o amadurecimento pleno da consciência política popular, a fim de se produzir efeitos louváveis, mormente, por meio da formação de um pensamento político mais ético e consentâneo com o Estado Democrático de Direito que é o Brasil.

PALAVRA-CHAVE: Participação política; Direitos políticos; Direitos e deveres fundamentais; Democracia.

ABSTRACT

The present study on political participation is a complex subject, since the State still maintains itself as the dominant political structure for the organization of power and society, there is no denying it. However, it is not the object of this study to question the sovereignty of the State, but rather to demonstrate that political participation is a fundamental right and duty of all, which occurs through the exercise of participation techniques, political rights and, above all, Political consciousness. In order to achieve democracy, political participation is an important tool in enabling the people to be able to make decisions about what suits them as citizens. In this sense, it will be sought through the deductive method of scientific investigation, to analyze that it is necessary to fully mature the popular political consciousness, in order to produce laudable effects, mainly, through the formation of a more ethical and consensual political thought With the Democratic State of Law that is Brazil.

KEY-WORDS: Political participation; Political rights; Fundamental rights and duties;

-
- 1 Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Norte do Paraná - UENP; graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF; Procuradora do Estado do Paraná, professora de Direito Internacional Público, Filosofia Jurídica e Hermenêutica Jurídica, integrante do grupo NEFIL - Núcleo de Estudos da Filosofia da Libertação - UFPR, coordenadora do curso de Direito da Faculdade do Norte Pioneiro - FANORPI. Licenciada em Letras/Literatura pela Universidade do Norte do Paraná - UENP. E-mail para contato: merciamva@yahoo.com.br.
 - 2 Bacharel em Direito (2014) pela Faculdade do Norte Pioneiro – FANORPI. É Pós-graduanda em Direitos Humanos e Ressocialização pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI (2017-2018). É Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo PROJURIS Estudos Jurídicos (2017) . Atua como advogada na área criminalista, em especial no Tribunal do Júri. Integrante dos Grupos de Pesquisa "Democracia e Direitos Fundamentais"; "INTERVEPS - Intervenção do Estado na Vida das Pessoas"; e "Direitos Fundamentais e a Sistematização Precedentalista Vinculante no Brasil", todos da Universidade Estadual do Norte Pioneiro. E-mail para contato: dany_cambara@hotmail.com.

Democracy.

INTRODUÇÃO

O início desta década tem testemunhado variados protestos de diferentes movimentos sociais, todos inquinando ilegitimidade a governos ao redor do globo. Nos últimos meses, jovens ocuparam praças e marcharam em inúmeras capitais pugnando pelo enriquecimento dos vigentes modelos democráticos com mais participação popular e democracia direta.

Nesse contexto histórico, jurídico e social, é que o presente trabalho vem com o objetivo de afirmar que a participação política é direito e dever fundamental de todo o povo para que se alcance a tão desejada efetivação da democracia plena.

A escolha do tema não tem outra razão senão pelo fato de que a participação política é instrumento de efetivação da democracia, a partir do momento que se torna um direito e um dever fundamental no contexto contemporâneo, garantido pela Constituição Federal de 1988.

3

Para tanto, será tratado a respeito da participação política, a partir de uma visão além do sufrágio universal, como ação e consciência políticas e, conseqüentemente, serão vistas as técnicas de participação política. Nesse ínterim, serão debatidos os direitos políticos, dentre eles o exercício do direito de sufrágio ativo, o qual emerge como um símbolo da participação popular nas decisões do poder central.

Será analisado como a participação política é um direito e dever fundamental na busca da democracia, demonstrando a relevância desta pesquisa, que está ligada à formação de opinião crítica sobre o assunto, apresentando possíveis soluções aos problemas destacados e que emergem na atual sociedade, não olvidando o compromisso com a cidadania e democracia efetivada.

Cumprе mencionar que a metodologia utilizada foi o método dedutivo, haja vista o presente trabalho partir de análises em obras existentes acerca do assunto, amparando-se principalmente nas obras de grandes doutrinadores da ciência jurídica, além da legislação e das notícias políticas que eclodiram em todo o país nos últimos tempos, ou seja, faz-se uso da dedução para se alcançar uma conclusão a respeito do assunto em tela.

Dessarte, pretende-se, com o presente artigo, fazer com que as abordagens adotadas sobre a participação política como garantia constitucional sejam capazes de promover a reflexão dos leitores e estimular o debate, procurando diminuir o resultado negativo que a

3 Diante do Impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, da confusão política que se instalou em todo o território brasileiro e das manifestações populares, não se tem como ficar silente e não discutir tão relevante assunto que é a participação política do povo brasileiro.

confusão política nacional tem causado em toda a sociedade, uma vez que não se deve aceitar mais a participação política com o viés mais simbólico do que concreto, não se permitindo mais que o eleitor seja somente um ser que vota, mas sim um cidadão que não se satisfaz mais com o fato de ir as urnas e que tem consciência dos reflexos que suas atitudes políticas têm em um Estado Democrático de Direito que tanto almeja.

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

Inicialmente, a participação política abrange uma enorme gama de atividades, tais como candidatar-se a um determinado cargo eletivo, votar, patrocinar partido político, frequentar reuniões, discutir assuntos políticos, entre outros direitos e deveres.

Quando se inicia o estudo sobre política, logo se tem a ideia de cidadania, e dependendo do contexto histórico, político e, inclusive, social, a participação política possui muitas interpretações, sendo que se levar em consideração somente as sociedades do mundo ocidental, foram as que conseguiram consolidar seus regimes como democráticos, por meio da participação política. (MIRANDA; MORAIS; RODRIGUES; MARTÍN, 2016)

Nesse diapasão, adota-se a ideia de ação política em vez de participação política, uma vez que aquela supõe uma concepção do sujeito como ator, como ser ativo, como construtor da realidade e não como mero reproduzidor ante situações que, de alguma maneira, exigem uma resposta de sua parte. Convém transcrever as palavras de Norberto Bobbio em Dicionário da Política (1983, p. 888):

Na terminologia corrente da ciência política, a expressão Participação política é geralmente usada para designar uma variada série de atividades: o ato do voto, a militância num partido político, a participação em manifestações, a contribuição para uma certa agremiação política, a discussão de acontecimentos políticos, a participação num comício ou numa reunião de seção, o apoio a um determinado candidato no decorrer da campanha eleitoral, a pressão exercida sobre um dirigente político, a difusão de informações políticas e por aí além. É fácil de ver que um tal uso da expressão reflete praxes, orientações e processos típicos das democracias ocidentais.

Assim, entende-se participação política como todas aquelas atividades voluntárias e individuais dos cidadãos, que se pretenda que influa direta ou indiretamente sobre as eleições políticas em diversos níveis do sistema político, ao qual se deve acrescentar uma condição, qual seja, a junção de participação política com o conceito de democracia, ou sua inserção nele como uma consequência lógica, já que a essência de um regime democrático, e o que em última estância o legitima, é a possibilidade que os cidadãos têm de influenciar no curso dos acontecimentos políticos, como está ocorrendo contemporaneamente.

Nesse raciocínio, Norberto Bobbio (1983) assegura que existem três planos de

participação política, que são denominados como a “presença”, a “ativação” e a “decisão”, sendo que tais formas serão melhores apresentadas e discutidas a seguir.

O primeiro plano de participação intitulada de “presença” cuida da forma menos veemente de participação, visto que engloba comportamentos tipicamente passivos, como, a título de exemplo, a participação em reuniões. Outros exemplos de forma “presença” na participação política são a exposição a mensagens e propagandas políticas transmitidas nas televisões, rádios ou na internet.

A primeira forma, que poderíamos designar com o termo de presença, é a forma menos intensa e mais marginal de Participação política; trata-se de comportamentos essencialmente receptivos ou passivos, como a presença em reuniões, a exposição voluntária a mensagens políticas, etc, situações em que o indivíduo não põe qualquer contribuição pessoal. (BOBBIO, 1983, p. 888)

Já o segundo plano de participação tido como “ativação”, está ligado às atividades voluntárias que as pessoas realizam dentro ou fora da esfera de uma organização política, podendo ser incluídas atividades como participação em campanhas eleitorais, propaganda e militância partidária, além de participação em manifestações públicas. A propósito do tema, importante contribuição de Norberto Bobbio (1983, p. 889):

A segunda forma poderíamos designá-la com o termo de ativação: aqui o sujeito desenvolve, dentro ou fora de uma organização política, uma série de atividades que lhe foram confiadas por delegação permanente, de que é incumbido de vez em quando, ou que ele mesmo pode promover. Isto acontece quando se faz obra de proselitismo, quando há um envolvimento em campanhas eleitorais, quando se difunde a imprensa do partido, quando se participa em manifestações de protesto, etc.

Dessa maneira, compreende-se proselitismo como a ação empenhada em tentar converter os indivíduos em prol de alguma causa, doutrina, ideologia ou religião, que é o que se sucede nas campanhas eleitorais, nas quais as pessoas usam ferramentas que não seguem a ética, com o intuito de angariar novos votos ou mais pessoas dispostas para lutar pelo desiderato do partido político que fazem parte.

Por sua vez, o último e terceiro plano que é a “decisão”, trata-se do momento em que o indivíduo auxilia, de modo direto ou indireto, para uma determinada decisão política.⁴

A expressão participação política alcança vários significados. Norberto Bobbio (1983, p. 889) a entende como:

O termo participação, tomado em sentido estrito, poderia ser reservado, finalmente, para situações em que o indivíduo contribui direta ou indiretamente para uma decisão política. Esta contribuição, ao menos no que respeita à maior parte dos cidadãos, só poderá ser dada de forma direta em contextos políticos muito restritos; na maioria dos casos, a contribuição é indireta e se expressa na escolha do pessoal dirigente, isto é, do pessoal investido de poder por certo período de tempo para

4 Como exemplo, tem-se o processo de Impeachment da Presidente Dilma Rousseff, em 2016, que apesar de ter sido fundamentado em argumentos jurídicos, foi motivado pela decisão do povo brasileiro. (G1, 2015)

analisar alternativas e tomar decisões que vinculem toda a sociedade. É evidente que a Participação política em sentido estrito só se pode dar com um número bastante reduzido de pessoas, naqueles sistemas políticos, ou organismos, que não têm um caráter competitivo e que utilizam os mecanismos eleitorais, se os utilizam, para fins bem diverso.

Assim, a participação política tal como foi explanada pela doutrina está, de modo estrito, amparada na existência de estruturas políticas, que tenham o papel de garantir oportunidades e incentivos aos seus indivíduos.

A respeito do político, Joaquim José Gomes Canotilho (1992, p.30) explica que:

A perspectiva aqui sugerida afasta-se de uma concepção puramente teórica ou ontológica do político, ao salientar que o político não é um "dado" mas uma "convenção social" insinuada de referentes, globalmente constitutivos do núcleo empírico do político. A articulação de vocábulos centrais designantes com objectos políticos empíricos evita o perigo das definições prescritivas" que fixam ou descrevem significados impostos por determinadas normas de usos, e, conseqüentemente, veiculadoras do discurso dos grupos dominantes. Além disso, podem não se encontrar palavras ou existirem vocábulos muito diferentes para designar ou denotar o mesmo conjunto de objectos políticos. Pode, por exemplo, não ser conhecido o vocábulo "Estado", mas existirem autoridades, poderes e forças que desenvolvem actividades "estaduais" ou "políticas".

É a partir do “político”, que há as demais atividades que abrangem a participação política, segundo Canotilho (1992, p.30). Sem mencionar que as diferenças entre as numerosas aproximações a questão do conceito de participação política, se colocam em torno dos seguintes pontos: formas ativas versus formas passivas; condutas agressivas versus não agressivas; objetos estruturais versus não estruturais; objetivos governamentais versus não governamentais; ações dirigidas versus voluntárias; intencionais versus conseqüências não esperadas. (SILVA, 2015)

No tocante ao primeiro aspecto, alguns autores incluem, dentro da participação política, questões como sentimentos de patriotismo ou consciência política, enquanto outros mencionam exclusivamente a manifestações de condutas. A participação política tem a ver com as condutas realizadas pelos sujeitos e não com as atitudes ou a consciência política, sendo relevante o papel da conscientização política para a mobilização política, porém, alerta-se que não deve ser confundido com a própria participação.

No que toca à classificação das ações políticas em categorias como convencional e não convencional ou legal e ilegal, por exemplo, carecem de sentido pelas seguintes razões:

Em primeiro lugar, esta abordagem surge a partir da perspectiva do status-quo. E isto introduz classificações que não tem nada a ver com uma abordagem científica para o problema. Se não somos ingênuos o suficiente para acreditar que os rótulos que atribuímos a determinados fenômenos não afetam a avaliação deles, nós concordamos que o uso de termos ilegais, não-institucionais, etc., implicam uma desqualificação ou pelo menos uma vista de modo não positivo de tais atividades. (SABUCEDO, 1989, p. 199, tradução livre)⁵

5 En primer lugar, ese criterio se plantea desde una perspectiva del status-quo. Y esto introduce valoraciones

Assim, o peso do conceito está no caráter dinâmico da definição, que supõe tanto a intervenção de um sistema e suas organizações quanto a de pessoas individuais, cujo caráter gerador da atividade é reconhecido e levado em conta.

Não se pode olvidar que a participação dos cidadãos na tomada de decisões políticas, é circunstancial ao conceito de democracia, visto que “[...] é impossível discutir democracia e sua relação com os direitos fundamentais sem abordar, ainda que de forma incidental, o tema da soberania popular” (BRITO, 2013, p.26), sendo que as técnicas de participação do povo serão apresentadas e discutidas no próximo item deste trabalho.

Bom salientar que para que o Estado Democrático de Direito seja pleno, é mister que seja sempre vigiado, porquanto se trata de uma maneira do cidadão participar da política e, inclusive, é um modo de se igualar politicamente perante os demais. Sob esse viés, a cidadania exige um poder de cada indivíduo social, independente de seu gênero, condição econômica, classe social, etnia, entre outros fatores, para que ele participe ativamente do Estado e da sociedade de modo conjunto, até mesmo antes deste ser requerer os direitos de participação ou evocar outros direitos advindos da lei. (VERDÚ, 1986)

As diversas versões sobre a democracia e o alcance que deve ter a participação dos cidadãos permitem a existência de diferentes interpretações da participação política. Desde o ponto de vista normativo, apresentam-se sérias discussões em torno do significado da participação dos cidadãos na esfera política e sua implicação com o ideal do sistema democrático.

A cidadania faz da sociedade civil o cenário máximo da transição até uma civilização democrática, tendo em vista que as múltiplas temporalidades que convivem em dito processo fazem um labirinto de possibilidades e abrem canal ao complexo mundo do litígio político.

Nessa esteira, qualquer ato do cidadão é resultado de formas de socialização política que implicam todas as estratégias, institucionais ou não, existentes na ordem do civil e, também, sugerem que as políticas governamentais de controle e direção sobre a sociedade definem aspectos básicos de tal ordem e, portanto, geram espaços para a socialização. (SILVA, 2015)

Percorrendo tal raciocínio, percebe-se que o ato cidadão é um fato político coletivo e também um fato técnico, isto é, individual, uma vez que as linguagens e os códigos da

que nada tiene que ver con un enfoque científico del problema. Si no somos lo suficientemente ingenuos como para considerar que las etiquetas que adscribimos a determinados fenómenos no influyen en la valoración de los mismos, estaremos de acuerdo en que la utilización de los términos ilegal, no institucional, etc., suponen una descalificación o cuando menos una opinión no demasiado positiva de este tipo de actividades. (SABUCEDO, 1989, p. 199)

modernidade orientam por tal via até a atomização do político e a individualização da experiência coletiva. Desse modo, no plano formal, uma democracia deve possuir os canais participativos precisos para que seja o conjunto de cidadãos o autêntico responsável por seus destinos.

MODOS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

Com o intuito de que haja maior participação política por parte do povo, indispensável se faz ter ferramentas, como as que serão tratadas a seguir.

O primeiro instrumento de soberania popular é orçamento participativo, o qual busca uma mobilização que agrega milhares de pessoas em assembleias para decidir os investimentos que serão realizados na cidade a cada ano, sendo um grande exercício de democracia e de poder do povo.

Nesse novo modelo de gestão, implantado pela Administração Popular, o poder deixa de ser um atributo exclusivo do governante e passa a ser compartilhado com a comunidade.

Quando as políticas saem da dimensão da cobrança de direitos e é diluída em outras instâncias de participação, viabiliza os elementos do exercício da cidadania eleva o indivíduo a uma consciência do lugar em que ocupa e do papel que desempenha no cenário político-administrativo da cidade.

A democracia participativa devolve aos cidadãos a prática cotidiana da decisão dos rumos da vida em sociedade. A explanação presente no site do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão realça a importância de ferramenta democrática:

O orçamento participativo é um importante instrumento de complementação da democracia representativa, pois permite que o cidadão debata e defina os destinos de uma cidade. Nele, a população decide as prioridades de investimentos em obras e serviços a serem realizados a cada ano, com os recursos do orçamento da prefeitura. Além disso, ele estimula o exercício da cidadania, o compromisso da população com o bem público e a corresponsabilização entre governo e sociedade sobre a gestão da cidade. (GESTÃO, 2017)

Dessa maneira, o orçamento participativo tem como características principais a participação popular e a prática direta, ou seja, a tomada de decisão pelos próprios cidadãos e cidadãs.

Outra característica é a auto organização, em que os próprios participantes decidem as regras de sua atuação, aprofundando seu comprometimento com as mesmas. Entretanto, o professor Fernando de Brito Alves critica o orçamento participativo, afirmando que se trata de uma espécie de “clientelismo político” (2013, p. 203), opinião esta que se coaduna com a de Giseli Paim Costa (2008, p.177), como se observa abaixo:

De acordo com levantamentos estatísticos sobre o OP, há dois grupos bem definidos que ainda não participam: os excluídos – os que não têm nada, nem condições de se deslocar às reuniões – e a classe média. O relato abaixo ilustra a complexidade da participação no OP e, conseqüentemente, a compreensão da importância da ação coletiva.

O orçamento participativo, na opinião desses autores, é que esse instrumento encontra obstáculos no ceticismo e na participação política perante os marginalizados, até porque a maioria dos orçamentos participativos são criados agentes políticos, governamentais ou não, para que aqueles nunca deixem de marginalizarem-se, visto que se trata de “clientela eleitoral”. (BRITO, 2013, p. 204)

Outra técnica de participação política é a audiência pública, a qual está prevista na Magna Carta de 1988, em seu artigo 58, § 2º, inciso II, sendo uma das atribuições das Comissões do Congresso Nacional ou de suas Casas.

Desde a realização da primeira audiência pública no caso da Lei de Biossegurança em 2007, o Supremo Tribunal Federal já realizou várias outras audiências públicas e aceitou inúmeros amici curiae em diferentes outros casos. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal regulamentou a realização das audiências públicas em seu Regimento Interno, demonstrando a permanência de sua abertura a um diálogo direto com o povo e as instituições.

A seguir, têm-se alguns comentários tecidos pelo Supremo Tribunal Federal:

As audiências públicas no Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno. A primeira audiência pública realizada pelo Tribunal foi convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e ocorreu no dia 20 de abril de 2007. (STF, 2017)

A audiência pública, nada mais, é que um espaço onde a democracia participativa acontece, sendo que por meio dela, determinados grupos e cidadãos devem expressar posições e necessidades diretamente aos gestores públicos, o que contribui para a melhora do trabalho do poder público e traz mais poder e participação política à sociedade civil.

Não se deve olvidar da iniciativa popular, que é outro instrumento de exercício da soberania popular consagrado pela Constituição Federal de 1988, no artigo 14, inciso III, que poderá ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados,

com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. (BRASIL, 1988)

Esse instrumento democrático colocado à disposição dos cidadãos para, diretamente, propor ou iniciar lei, constitui-se em prática avançada de participação do povo nos negócios do Estado, e o seu uso foi conferido pela Carta Política independentemente de regulamentação legal, uma vez que os requisitos necessários e suficientes para o seu exercício já vieram dispostos na própria Constituição.

Em outras palavras:

Segundo o Direito Constitucional, é o instituto de Direito Público mediante o qual os cidadãos têm participação direta na iniciativa da elaboração de leis. Talvez seja o mais significativo instituto da democracia semidireta. É realmente a que mais atende às exigências populares de uma participação efetiva do processo político, sendo a iniciativa das leis pelo próprio povo. Ela obriga o Parlamento a legislar, porque, se um determinado número de cidadãos o exige, um projeto de lei determinado será exposto à Assembleia, que deverá examiná-lo e emitir um parecer. Na iniciativa popular o povo exerce apenas um direito de petição reforçado, pelo qual pressiona o parlamento a reparar um projeto de lei sobre determinado assunto, bem como a discuti-lo e votá-lo. No caso, os cidadãos não legislam, mas fazem com se legisle. (JUSBRASIL, 2017)

A iniciativa popular, muito embora pouco exercitada, talvez seja dos quatro institutos a que mais aproxima o povo na participação positiva da feitura das leis, atendendo, assim, diretamente as suas exigências. Há também os institutos do plebiscito e do referendo, que são oriundos da democracia direta e dizem respeito à ingerência do povo na matéria legislativa.

Neste ínterim, o plebiscito, como sobredito, é também instrumento da democracia direta, e consiste em convocar o povo para aquiescer ou não acerca de uma determinada medida a ser tomada pelo Poder Legislativo.

O plebiscito tem amparo na Constituição Federal, porém tem sua conceituação trazida na Lei 9.709, de 1998:

Art. 2º. Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

§1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§ 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição. (BRASIL, 1998)

A competência para propor o plebiscito pertence ao Congresso, desde que se cuide de assuntos de importância nacional. Lapidar a lição de Norberto Bobbio (1983, p. 71): “Um dos instrumentos através do qual se pode realizar a vontade de pertencer à nação é o plebiscito que pode ser estabelecido entre os habitantes de um território. Do resultado de um plebiscito pode depender a transferência ou não do território para outro Estado”.

Para que ocorra o plebiscito, é necessário ser convocado por meio de um decreto legislativo de uma das Casas do Congresso Nacional, para analisar uma proposta que deve ser

assinada por um terço dos membros de uma das Casas, no mínimo, sendo que a medida deve ser aprovada em cada uma das Casas por maioria absoluta. Posteriormente, o resultado dessa votação é homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Assim, Norberto Bobbio (1983, p. 927) destaca que “o termo Plebiscito é usado para designar eventos excepcionais, normalmente à margem das previsões constitucionais, situações em que os textos constitucionais aludem mais frequentemente ao referendium.” Nesse diapasão, o plebiscito é, na verdade, um convite a toda população, para que esta se manifeste previamente a respeito do assunto a ser votado pelo Congresso Nacional. (BRITO, 2013)

Já o referendo é convocado em momento posterior ao ato que já foi aprovado, sendo o povo competente para ratificar ou negar a proposta, isto é, trata-se de “votação popular sobre a confirmação ou não confirmação de uma medida do corpo legislativo” (PORTO, 2000. p. 337).

A doutrina comenta o seguinte a respeito do plebiscito e do referendo:

Sob o aspecto normativo, poder-se-á apresentar uma definição de Plebiscito que o distinga do referendium; a partir daí, qualificar-se-ão ou não como Plebiscitos as votações populares historicamente verificadas, se, por suas conotações, entrarem ou não na definição pré-escolhida. Mas, sob o aspecto descritivo, é de registrar a falta de uma definição unívoca de Plebiscito que o diferencie do referendium. Os dois termos são, a rigor, sinônimos. Apenas pode-se observar uma certa diferença histórica no uso de um ou de outro termo. Assim, em primeiro lugar, o termo Plebiscito é usado para designar eventos excepcionais, normalmente à margem das previsões constitucionais, situações em que os textos constitucionais aludem mais frequentemente ao referendium. (BOBBIO, 1983, p. 927)

O referendo funciona do mesmo modo que o plebiscito, porém cuida de conteúdo da deliberação política, como foi o que se sucedeu em 1993, quando foi realizado um plebiscito para consultar o povo a respeito da forma de governo monarquista, republicano ou parlamentarista, sendo o escolhido o republicano.

No tocante aos Conselhos de Políticas Públicas, estas instituições integram o quadro de ações do Estado na gestão pública, mas não são programas do Governo. (DANIEL, 2000)

A propósito, escreve Eloísa de Mattos Hofling (2001, p. 30):

O processo de definição de políticas públicas para uma sociedade reflete os conflitos de interesses, os arranjos feitos nas esferas de poder que perpassam as instituições do Estado e da sociedade como um todo.

Um dos elementos importantes deste processo – hoje insistentemente incorporado na análise das políticas públicas – diz respeito aos fatores culturais, àqueles que historicamente vão construindo processos diferenciados de representações, de aceitação, de rejeição, de incorporação das conquistas sociais por parte de determinada sociedade. Com frequência, localiza-se aí precedente explicação quanto ao sucesso ou fracasso de uma política ou programas elaborados; e também quanto às diferentes soluções e padrão adotados para ações públicas de intervenção.

A relação entre sociedade e Estado, o grau de distanciamento ou aproximação, as formas de utilização ou não de canais de comunicação entre os diferentes grupos da

sociedade e os órgãos públicos – que refletem e incorporam fatores culturais, como acima referidos – estabelecem contornos próprios para as políticas pensadas para uma sociedade.

Tais programas referidos pela autora condizem com os objetivos dos Conselhos de Políticas Públicas, visto que são espaços públicos, que têm a agenda focada ao robustecimento dos direitos de cidadania, tendo como exemplo o Conselho Nacional de Direitos da Mulher, que foi criado pela Lei Federal nº. 7.353/1985, que cuida da criação e gestão de políticas públicas voltadas para o grupo minoritário na sociedade das mulheres. (DANIEL, 2000)

Por fim, cumpre salientar que, nestes conselhos, tomam-se decisões públicas, colocando a democracia em prática, já que tem fulcro na opinião, nos direitos e deveres de todo o povo.

DIREITOS POLÍTICOS

Os direitos políticos estão dispostos na Lei Maior de 1988, nos artigos 14 e 15, além de outras referências ao longo do corpo daquela.

No decorrer da história política do Brasil, percebe-se que os direitos políticos foram temas profundamente relevantes em todas as Constituições brasileiras, sendo que os mesmos não foram olvidados nem nos regimes ditatoriais. (DANTAS, 2006)

Contudo, como explana o professor Fernando de Brito Alves (2013, p. 147):

A relação entre os direitos políticos – em sentido estrito – e o exercício da cidadania se processou de forma ambígua, de tal sorte que, na história do Brasil, não se pode afirmar que os momentos de maior exercício dos direitos políticos, mormente o direito de voto, coincidiram com os de maior desenvolvimento da cidadania.

Assim, o fato das Constituições brasileiras terem disposições tratando dos direitos políticos não significa que eles foram utilizados plenamente pelos cidadãos brasileiros ao longo da história, visto que para a sua realização é indispensável a participação política.

José Armando Ponte Dias Júnior (2012, p. 59) aponta:

Nossa Constituição [...] reconhece os direitos políticos como direitos fundamentais, e, passando ao largo da discussão sobre o pretense caráter “natural” ou “inato” dos direitos fundamentais, e de sua pretensa vinculação à “dignidade humana” e à “universalidade”, preferimos enfatizar, por mais útil ao objeto de nosso estudo, que o reconhecimento do caráter de fundamentalidade aos direitos políticos lhe confere mais força, colocando-os no lugar mais privilegiado do ordenamento jurídico, dotando-os, por conseguinte, de maiores garantias.

Infelizmente, as normas infraconstitucionais não contribuem para a previsão legal de participação política, visto que a única norma brasileira que reconhece, ainda que implicitamente, um alcance dos direitos políticos maior daquele que é referido expressamente no texto constitucional, é o Código Eleitoral.

No que tange à sua conceituação, os direitos políticos, são entendidos pela doutrina dominante (BONAVIDES, 2006), como a possibilidade de participação ativa do cidadão no processo político intervindo diretamente na formação de governos e parlamentos, ato concretizado pelo voto e democratizado pela adoção do modelo de sufrágio universal, com o poder de influir diretamente nas modificações legislativas por meio de consultas diretas, como o referendo e plebiscito, e da iniciativa popular, e o direito de apresentar-se como candidato.

Nessa senda, José Antônio Pimenta Bueno, ao realizar *Comentários à Constituição Imperial de 1824*, explica, de modo clássico, que “os direitos políticos são as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos”. (BUENO, 1958, p. 458)

Sobre a titularidade dos direitos políticos, calha oportuna, neste ponto, a observação de Volgane Oliveira Carvalho (2016, p. 27):

Os direitos políticos, por seu turno, foram apropriadamente apartados dos direitos individuais, pois representam perspectivas completamente diversas, especialmente, no que se refere à sua titularidade. Diferentemente dos direitos individuais, a titularidade dos direitos políticos é reduzida e vem expressamente prevista na Constituição Federal.

Desse modo, os brasileiros, natos e naturalizados, que possuam, no mínimo, dezesseis anos de idade, e os portugueses, caso seja reconhecida a reciprocidade para os brasileiros, são os indivíduos que gozam dos direitos políticos.

Nesse sentido, Volgane Oliveira Carvalho (2016, p. 27) também explana:

O gozo dos direitos políticos, diversamente do que ocorre em geral com os direitos fundamentais cuja proteção atinge o indivíduo antes mesmo do nascimento, é escalonado. A forma mais genérica e, conseqüentemente, mais ampla de exercício dos direitos políticos é o alistamento eleitoral, momento a partir do qual o indivíduo passa a constar do rol de eleitores e conseqüentemente passa a usufruir da capacidade para o exercício do direito de sufrágio. O indivíduo pode ser alistado a partir dos 16 anos utilizando-se como parâmetro de aferição da idade a data da realização do pleito mais próximo. O eleitor, a partir dos 18 anos, passa a ter a possibilidade de subscrever projeto de lei através de iniciativa popular e ajuizar ação popular.

No entanto, deve-se esclarecer que para o completo usufruto do sufrágio passivo, que consiste na possibilidade de candidatar-se a um cargo eletivo, o cidadão tem de respeitar uma escala etária disposta na Constituição Federal de 1988, visto que o gozo pleno só poderá acontecer aos trinta e cinco anos de idade, quando será possível concorrer a qualquer cargo eletivo, de vereador a presidente da República do Brasil. No que tange à suspensão ou perda dos direitos políticos, as situações hipotéticas estão previstas no artigo 15, da Magna Carta de 1988.

Por derradeiro, é mister salientar que os direitos políticos nunca poderão ser cassados, mas podem ser perdidos ou suspensos caso ocorra uma das hipóteses previstas no artigo supracitado, quais sejam, cancelamento da naturalização brasileira por estrangeiro, reconhecimento de incapacidade civil absoluta, condenação por prática de crime desde que haja o trânsito em julgado, condenação por ato de improbidade administrativa e descumprimento obrigação a todos imposta em decorrência de escusa de consciência por motivo religioso, filosófico ou político, e a recusa na realização e prestação alternativa que lhe seja apresentada.

DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA EM PROL DA DEMOCRACIA

Inicialmente, para se melhor compreender como a participação política é um direito e também um dever fundamental de cada indivíduo, é imprescindível, antes, debruçar-se sobre os direitos e deveres fundamentais.

O autor Joaquim José Gomes Canotilho (1992, p. 528) explana que os direitos fundamentais são aqueles positivados e reconhecidos na seara do direito constitucional positivo de certo Estado. Os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados à democracia e a participação política, que se traduz nos direitos políticos e garante a efetivação daquela.

Pertinente a manifestação de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 62):

Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade.

Nota-se que essa relação de democracia e participação política cada vez mais vem ocorrendo no cenário brasileiro, como se percebeu no Movimento “Panelaço”, em 2015, em que vários cidadãos de algumas categorias da sociedade, dentro de suas casas, manifestaram-se fazendo barulho através de buzinas, gritarias e, principalmente, batendo em painéis, contra o governo da ex-Presidente Dilma Rousseff, quando esta se pronunciava na televisão em rede aberta para todo o país. (G1, 2015)

Ou seja, estava aí presente uma forma de participação política do povo, que não precisa, necessariamente, de sufrágio universal, referendo, plebiscito, iniciativa popular, entre outros meios, para participar da vida política e decidir pelo presente e futuro de seu país.

Trata-se de enorme importância esse direito humano, fundamental e indisponível de participação da população brasileira.

Assegura-se isto, tendo em vista as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 62):

A liberdade de participação política do cidadão, como possibilidade de intervenção no processo decisório e, em decorrência do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (direito de voto, igual acesso aos cargos públicos, etc.), constitui, a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades.

Assim, percebe-se que, em grande parte, a democracia ocorre devido à garantia do direito de participação política da população. Desta feita, como enriquecer a democracia em país como o Brasil onde, por exemplo:

- i) Finalmente medidas tendentes a apurar as violações aos direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar foram iniciadas;
- ii) São quase diárias (em todos os governos após a redemocratização) notícias de comportamento suspeito por parte de membros do alto escalão do governo federal (anoto que esta exposição talvez esteja ligada ao fato de que os instrumentos de controle federais serem mais eficientes e não à inexistência de anomalias nos demais entes federados);
- iii) São recentes os programas governamentais tendentes a combaterem de forma eficiente e global os alarmantes desníveis sociais. (MOREIRA, 2014, p. 46)

Em outras palavras, é indispensável que em um Estado Democrático de Direito, que é o Brasil, os direitos políticos fundamentais são exigências indispensáveis para que haja o exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade dos demais direitos, elementos estes presentes na democracia. (SARLET, 2015, p. 63)

No tocante aos deveres fundamentais, confira-se este excerto da obra de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 234):

Os deveres fundamentais – como já referido- guardam íntima (embora não exclusiva) vinculação com a assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Com efeito, já foi assentado que os direitos fundamentais, além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade, considerada como titular de direitos, representam valores da comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover. É neste sentido que não se deveria esquecer que direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca. Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na atual CF houve menção expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais, como dá conta a redação do art. 5º, caput, ao se referir aos direitos e deveres individuais e coletivos, isto sem levar em conta outras referências diretas a deveres ao longo do texto constitucional.

Assim, o dever fundamental de participação política é, na verdade, uma prestação jurídica, que todo indivíduo deve realizar em prol não somente próprio, mas também de toda sociedade em que ele vive. Cumpre alvitrar que é uma tarefa árdua conceituar os direitos políticos fundamentais, uma vez que “o que é fundamental para determinado Estado pode não ser para outro, ou não o ser da mesma forma.” (SARLET, 2015, p. 77)

Mas para o Brasil, a participação política é um direito e um dever fundamental indubitavelmente (CANCIAN, 2007). Afirma-se isto em virtude do comentário do procurador da República, Ronaldo Pinheiro Queiroz (2016, p. 14):

Vivemos um momento histórico no Brasil e uma oportunidade única de transformação social positiva. A sociedade elegeu a corrupção como a sua prioridade e a inseriu em sua agenda. Não podemos mais perder uma geração para resolver um problema que nasceu com a descoberta do país e só faz crescer. É hora de mudar a direção de nossa história. Precisamos virar essa página, pois poucos lucram com isso.

Isso porque um dos motivos do descontentamento do povo por ter realizado o Movimento “Panelaço” foi a corrupção escancarada pela mídia no governo Rousseff. Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 124), ao expor sobre direitos fundamentais e participação política, pondera:

A cidadania repensada e revivida nos dias atuais não mais se expressa na fórmula do poder apenas, 'exercício em nome do povo'. Ele é hoje cada vez mais exercido pelo próprio povo. A organização política amadurecida na cidadania participativa direta e permanente assegura o exercício do poder pelo próprio povo. Este o retoma, determina que o Estado se abra a sua presença, afirma uma imperiosa reestruturação da entidade política, pois essa passa a ser conduzida efetivamente pelo povo: o governo ou o governante que não se afeiçoar a essa condição não pode permanecer no cargo de poder, salvo pela força, que, como a história vem ensinando, tem prazo curto, pois a força não dispões de alimento que se baste por muito tempo. A cidadania é, pois, fruto de uma mudança na raiz do conceito e do exercício do poder político.

O comentário em apreço demonstra que a participação política do cidadão está além do voto, ou seja, é imprescindível para a efetivação da cidadania e, conseqüentemente, da democracia, uma vez que se trata de um verdadeiro direito e dever fundamental do cidadão para com a sociedade.

Entretanto, não é o que pensava Norberto Bobbio (1983), visto que se deve levar em consideração a época em que este autor teceu a afirmativa de que a sociedade não se envolvia em assuntos de cunho político, pois a globalização juntamente com a tecnologia auxiliaram na promoção da inclusão política popular.

O ideal democrático supõe cidadãos atentos à evolução da coisa pública, informados dos acontecimentos políticos, ao corrente dos principais problemas, capazes de escolher entre as diversas alternativas apresentadas pelas forças políticas e fortemente interessados em formas diretas ou indiretas de participação. Numerosas pesquisas levadas a cabo nos últimos decênios demonstraram claramente que a realidade é bem diferente. Em primeiro lugar, o interesse pela política está circunscrito a um círculo bem limitado de pessoas e, não obstante o relevo dado pela comunicação de massa aos acontecimentos políticos, o grau de informação a tal respeito é ainda baixo: os acontecimentos esportivos, o mundo do espetáculo e outros aspectos da crônica diária são muito mais conhecidos do grande público. (BOBBIO, 1983, p. 889)

A realidade descrita por este autor mudou, haja vista que a expressão “O Brasil Acordou” estava presente em inúmeros cartazes espalhados pelas ruas de todo o país, quando

a população brasileira uniu-se para manifestar contra o governo, já que estava revoltada com a corrupção institucionalizada e também com a ausência de comprometimento dos principais líderes políticos em resolverem os escândalos que revelados pelas Operações Lava Jato e Mensalão. (G1, 2015)

Nesse contexto político, jurídico e social, a presente participação política é hábil em proporcionar maior legitimidade às decisões e das políticas públicas a serem tomadas, haja vista que “a participação deve forjar cidadãos com prometidos com o processo democrático, capazes de realizar cobrança e fiscalização das ações governamentais, e maior fortalecimento e legitimidade da democracia”. (GROSSELLI; MEZZARROBA, 2011, p.7132)

Bom ressaltar que a participação política como direito e dever fundamental é intrínseco à essência do Estado Democrático de Direito, porquanto se trata de uma condição de existência para uma democracia efetiva. (BAUMAN, 2000)

Tendo em vista que a inclusão política da população é direito e dever fundamental como elemento da democracia plena, deve-se buscar a criação de leis e políticas públicas hábeis em garantir a intervenção do cidadão na tomada de decisões políticas, por meio de instrumentos tecnológicos de comunicação, com o escopo de auxiliar a participação política do povo.

Diante do que foi debatido neste capítulo, deve-se ter cautela para não alimentar o discurso de ódio, medo e, muito menos, esvaziar o papel mobilizador do povo unido, mas sim fomentar a participação política de todos em prol da democracia, para que “realmente” vigore no país um Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os argumentos expendidos no presente trabalho, entende-se plenamente que as mudanças por que passam a sociedade obrigam os pesquisadores, instituições e grupos sociais a pesquisar, discutir, orientar-se e atualizar-se quanto aos aspectos sociais, jurídicos, psicológicos e institucionais dessas mudanças no cenário político nacional.

Por isso, esse trabalho é importante, haja vista que o meio acadêmico e a sociedade devem refletir a realidade jurídica, política e social, e com isso corresponder o melhor possível às necessidades e demandas que essa sociedade impõe. É nesse sentido que se depara com a necessidade de discutir a respeito da participação política e o porquê de ser um direito e dever fundamental para se obter o estado democrático.

Na atual conjectura, a sociedade acha-se imersa na modernidade líquida, o que se

consubstancia, entre outras coisas, por uma mudança de comportamento decorrente do aumento da velocidade e qualidade de difusão do conhecimento.

Há, ainda, um progressivo processo de individualização das relações sociais e valorização do indivíduo como ser pensante e dotado de opiniões próprias. Essa nova realidade forçou a adoção de uma interpretação mais dinâmica dos direitos fundamentais e de sua efetividade.

Ao longo desta pesquisa, observou-se que hoje, a despeito de ter-se presente na Constituição Federal a soberania popular e a participação do povo na vida política do país como garantias, deve-se a inclusão política popular como direito e dever fundamental de cada cidadão em prol da democracia.

Percebeu-se que a participação aleatória nos pleitos, materializada pelo mero comparecimento à seção eleitoral e à digitação dos números do candidato ou partido político de predileção na urna eletrônica, não é mais suficiente para concretizar o desejo do legislador constitucional de garantir aos cidadãos participação ativa nos processos decisórios do Estado.

Pelo exposto, com o término deste trabalho, conclui-se que a participação política deve ser garantida como um direito e dever fundamental e deve ser respeitada através de ações efetivas do Estado, como, por exemplo, a promoção de uma educação cidadã e por meio de lei em sentido amplo, para que a democracia seja a profissão de fé do estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. Constituição e Participação Popular: a construção histórico discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá editora, 2013.

BAUMAN, Zigmunt. Em busca da Política. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

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

_____. Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BUENO, José Antonio Pimenta. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. [s. l.]: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CANCIAN, Renato. Participação política: participação política e cidadania. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/sociologia/participacao-politica-participacao-politica-e-cidadania.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Livraria

Almedina, 1992.

CARVALHO, Volgane Oliveira. Direitos Políticos no Brasil - O Eleitor do Século XXI, Juruá Editora, 2016.

COSTA, Giseli Paim. Cidadania e Participação - Impactos da Política Social num Enfoque Psicopolítico, Juruá Editora, 2008.

DANIEL, Celso. O papel dos conselhos de políticas públicas: entrevista [abr. 2000]. Entrevistadoras: Ana Claudia C. Teixeira e Maria do Carmo A. A. Carvalho e Natalina Ribeiro. Santo André: Núcleo de Participação Popular. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/818/818.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2017.

DANTAS, Sivanildo de Araújo. Direito Eleitoral - Teoria e Prática do Procedimento das Eleições Brasileiras, Juruá Editora, 2006.

DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. Elegibilidade e Moralidade: O Direito Fundamental à Moralidade das Candidaturas. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Informações: audiências públicas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciapublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

GESTÃO, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e. O que é orçamento participativo? Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/elaboracao-e-execucao-do-orcamento/o-que-e-orcamento-participativo>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

G1. Entenda o que são plebiscito, referendo e iniciativa popular. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/entenda-diferenca-entre-plebiscito-referendo-e-iniciativa-popular.html>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

____. Cidades registram pânico durante programa do PT com Dilma e Lula. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/cidades-registram-protestos-durante-programa-do-pt-com-dilma-e-lula.html>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

GROSSELLI, Grasiela; MEZZAROBBA, Orides. A participação política e suas implicações para a construção de uma cidadania plena e de uma cultura política democrática. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/grosselli_7.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2017.

HOFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. Disponível em: <<http://scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

JUSBRASIL. Iniciativa popular. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/296703/iniciativa-popular>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

MEDEIROS, Alessandro M. Orçamento participativo. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/products/or%C3%A7amento-participativo/>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

MIRANDA, Jorge; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍN, Nuria Belloso. *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

MOREIRA, Shandor Torok. *Elitismo Democrático e Discursos do Supremo Tribunal Federa*. Juruá Editora, 2014.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Corrupção: um problema com alto poder lucrativo*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano XX, n. 475, nov. 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SABUCEDO, J.M. *Participación política*. En J. Seoane & A. Rodríguez. *Psicología política*. Madrid: Pirámide, 1988.

SILVA, Matheus Passos. *Do Direito De Votar Ao Dever De Participar: Uma Proposta Para a Melhoria Da Qualidade Da Democracia Brasileira*. In: *Revista Estudos Eleitorais*, vol. 11, n. 1, janeiro/abril de 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2654736>. Acesso em: 13 jun. 2017.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos, 1986.

PROTEÇÃO DOS INFORMANTES DE ATOS DE CORRUPÇÃO: PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO EFICIENTE

Gustavo Carvalho KICHILESKI¹

RESUMO

O presente artigo analisa a proteção dos informantes de atos de corrupção, a luz do princípio da proteção eficiente. Nesta pesquisa também são destacados a proteção dos informantes de atos de corrupção no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, pelos Estados Unidos sob o viés do direito comparado. O informante também é estudado como meio de investigação para o enfrentamento à corrupção sistêmica e a criminalidade reditícia. No Brasil, diante a ausência de regulamentação sobre o assunto, a pesquisa mostra a necessidade de se adotar uma regulamentação e programa específico sobre o tema, inclusive por estar ligado a proteção eficiente dos direitos fundamentais dos informantes.

PALAVRAS-CHAVE: Informante, corrupção, proteção eficiente.

ABSTRAC

This article analyzes the protection of informers of acts of corruption, in light of the principle of efficient protection. This research also highlights the protection of informers of acts of corruption in the Inter-American System of Human Rights, with an analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and by the United States under the comparative law bias. The informant is also studied as a means of investigation to deal with systemic corruption and reudit crime. In Brazil, in the absence of regulations on the subject, the research shows the need to adopt a specific regulation and program on the subject, including being linked to the efficient protection of the fundamental rights of informants.

KEY-WORDS: Informant, corruption, efficient protection.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda da proteção dos informantes de atos de corrupção, a luz do princípio da proteção eficiente.

No primeiro momento da pesquisa, preocupamos em tratar sobre quem a pode ser o informante de atos de corrupção e as razões para que eles tenham uma proteção diferenciada.

Ao longo das experiências internacionais sobre assunto, ressaltamos o tratamento jurídico adotado pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, citando o projeto de lei modelo de proteção aos noticiantes de atos de corrupção e alguns casos concretos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sob o viés do direito comparado, também analisamos o tratamento jurídico dos Estados Unidos sobre o assunto, mais

1 Pesquisador integrante do Núcleo de Estudos Criminais da UFPR e do Programa de Iniciação Científica do UNICURITIBA sobre Corrupção (CNPQ). Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (UNICURITIBA). Estagiário do Ministério Público Federal em Curitiba-PR. Membro (associado) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

conhecido como *whistleblower*.

A metodologia utilizada na pesquisa foi a qualitativa, buscando pontuar reflexões importantes sobre o tema apresentado, seja no ponto de vista científico ou na realidade prática.

No Brasil, como evidente, o problema emerge da ausência de uma regulamentação específica sobre o assunto, em que pese o projeto de lei das 10 das medidas de combate à corrupção ser incipiente ainda.

A grande importância sobre ter uma proteção eficiente dos direitos fundamentais dos noticiantes de atos de corrupção encontra respaldo no artigo III, parágrafo 8º da Convenção Interamericana contra corrupção.

A problemática aqui estudada, está na situação de que o noticiante de atos de corrupção, no Brasil, não tem incentivos de arriscar sua vida, se sujeitar a retaliações, para levar informações às autoridades que são indispensáveis para apurar a responsabilidade criminal de autores de ilícitos, diante um sistema que não fornece proteção eficiente nem específica à este sujeito, para que possa manter sua identidade e integridade física intactas.

1. QUEM PODE SER O INFORMANTE?

O Informante Confidencial poder ser toda pessoa que, informa às autoridades competentes feitos relacionados com qualquer dos atos descritos no capítulo anterior (UNCAC, Art. 33). Isso pode vir de uma pessoa sem que haja relação empregatícia entre o noticiante e o noticiado, ou na existência dela. Nesse último caso, são noticiantes aqueles trabalhadores, empregados, do setor público ou privado, que revelam informações de interesse público sobre atividades corruptas, ilegais, fraudulentas ou perigosas que são cometidas em organizações públicas ou privadas, a entidades ou pessoas consideradas em posição de atuar contra elas.

Os noticiantes da corrupção também podem ser pessoas que estão fora da relação tradicional empregador e empregado, tais como consultores, contratados, estagiários, voluntários, trabalhadores temporários ou ex-empregados (UNSW, 2013, p. 768).

Além das notícias provenientes de cidadãos particulares, os estagiários, os defensores de Direitos Humanos e os líderes de organizações anticorrupção ou de outros movimentos sociais que advogam na defesa de Direitos Humanos ou controle cidadão desempenham uma função importante na notícia de atos de corrupção. Tratando-se de jornalistas e defensores de Direitos Humanos, existem normas internacionais e mecanismos específicos de proteção que podem ser utilizados (ROJAS, 2014, p. 14).

2. RAZÕES PARA PROTEGER O INFORMANTE DE ATOS DE CORRUPÇÃO

São várias as razões para se ter uma necessidade de proteção eficiente dos denunciadores de atos de corrupção, principalmente pela questão de vulnerabilidade e situação de risco que se encontram. Dentre estas diversas razões, doutrina desta duas principais, sendo a *primeira*, porque a informação revelada por essas pessoas tem um valor significativo e utilidade para vida pública. Ela promove a responsabilização e transparência fortalece a gestão interna das organizações.

Por outro lado, em *segundo* lugar, porque os noticiantes e suas famílias muitas vezes enfrentam várias formas de represálias por se atrever a entregar esta informações. Estas represálias que vão desde o isolamento, críticas sociais, ameaças, assédios no local de trabalho, levando assim, a deterioração das condições de trabalho, transferências injustificadas, o despedimento (injustificado), a marginalização de um campo trabalho, a perseguição e, o silenciamento através de pesquisa e administrativos sanções, civil ou criminal, gerando danos a sua propriedade, e até mesmo ataques à integridade e a vida (ROJAS, 2017). Estas situações põem em risco a possibilidade de haver graves violações aos direitos fundamentais dos noticiantes e de suas famílias.

3. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DENUNCIANTES DE ATOS DE CORRUPÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) é um sistema regional de proteção de Direitos Humanos que é composto por dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte de Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Ambos vigiam a forma com que os Estados da OEA cumprem as obrigações impostas pelos instrumentos interamericanos de Direito Internacional dos Direitos Humanos, que ratificaram. A CIDH é uma espécie diferenciada de órgão judicial que pode conhecer denúncias, ordenar medidas cautelares, emitir relatórios, realizar audiências e visitas aos Estados e outras atividades de promoção de direitos (OEA, 2017).

Para Rojas (2014, p. 14) a Corte IDH é um órgão judicial, isto é, um tribunal. Como tal, sua principal função é proteger os direitos ao resolver litígios entre Estados e supostas vítimas, adotar medidas provisionais e emitir opiniões sobre matérias que tenham sido consultadas à margem de um litígio.

André Carvalho explica detalhadamente como funciona a provocação da Corte IDH

A Comissão é provocada por meio de uma petição escrita, que pode ser de (i) autoria

da própria vítima, (ii) de terceiros, incluindo as organizações não governamentais (demandas individuais), ou ainda (iii) oriunda de outro Estado (demandas interestatais, de impacto reduzido – até hoje, apenas 2 casos). Em sua petição internacional, o representante deve apontar os fatos que comprovem a violação de direitos humanos denunciada, assinalando, se possível, o nome da vítima e de qualquer autoridade que tenha tido conhecimento da situação. As condições de admissibilidade da petição individual à Comissão IDH são as seguintes: i) o esgotamento dos recursos locais; ii) ausência do decurso do prazo de seis meses, contados do esgotamento dos recursos internos, para a apresentação da petição; iii) ausência de litispendência internacional, o que impede o uso simultâneo de dois mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos; e iv) ausência de coisa julgada internacional, o que impede o uso sucessivo de dois mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos. O esgotamento dos recursos internos exige que o peticionante prove que tenha esgotado os mecanismos internos de reparação, quer administrativos, quer judiciais, antes que sua controvérsia possa ser apreciada perante o Direito Internacional. Fica respeitada a soberania estatal ao se enfatizar o caráter subsidiário da jurisdição internacional, que só é acionada após o esgotamento dos recursos internos. Contudo, os Estados têm o dever de prover recursos internos aptos a reparar os danos porventura causados aos indivíduos. No caso de inadequação destes recursos, o Estado responde duplamente: pela violação inicial e também por não prover o indivíduo de recursos internos aptos a reparar o dano causado. Há casos de dispensa da necessidade de prévio esgotamento dos recursos internos, a saber: 1) não existir o devido processo legal para a proteção do direito violado; 2) não se houver permitido à vítima o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; 3) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos (artigo 46.2); 4) o recurso disponível for inútil (por exemplo, o recurso não é apto a reparar o dano); 5) o recurso for inútil (por exemplo, já há decisão da Suprema Corte local em sentido diverso) ou 6) faltam defensores ou há barreiras de acesso à justiça. Atualmente, a Corte IDH consagrou o entendimento que a exceção de admissibilidade por ausência de esgotamento dos recursos internos tem que ser invocada pelo Estado já no procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim, se o Estado nada alega durante o procedimento perante a Comissão, subentende-se que houve desistência tácita dessa objeção. Após, não pode o Estado alegar a falta de esgotamento, pois seria violação do princípio do estoppel, ou seja, da proibição de se comportar de modo contrário a sua conduta anterior (*non concedit venire contra factum proprium*). (RAMOS, p. 231).

No caso concreto, em face de uma situação de perigo iminente que ameaça seriamente a vida ou a integridade de um noticiante de corrupção, as medidas cautelares ou provisionais resultarão mais adequadas. Se, ao contrário, se está diante de um caso em que as represálias pela notícia de corrupção se traduzem em violação a direitos que não tenha sido devidamente prevenida, investigada, sancionada e reparada, as vítimas e seus familiares terão bons motivos para recorrer ao sistema de petições ou litígio (ROJAS, 2014, p. 44). Por outro lado, se o que se quer é instalar a agenda do Sistema em matéria de proteção dos noticiantes para que esta aborde a expectativa de direitos, então poderia ser conveniente considerar as audiências e relatórios da CIDH. Caso se trate de dar visibilidade pública a uma situação, também estão disponíveis os comunicados de imprensa e os pedidos de informação da CIDH (ROJAS, 2014, p. 44).

As limitações do SIDH, tais como tempo de espera e custos, variam segundo o mecanismo utilizado. Nesse ponto, Rojas ressalta o benefício de utilizar a CIDH que todo o

processo de litígio pode durar vários anos e custar milhares de dólares. Já conseguir uma audiência tem baixos custos e pode levar poucos meses, e obter medidas cautelares ou provisionais pode ser mais rápido e de graça. Muitas vezes o mais conveniente é ativar vários desses mecanismos simultaneamente (ROJAS, 2014, p. 45).

Afinal, uma pergunta fundamental sobre o tema, é saber qual(is) a(s) vantagem(ns) de realizar o uso do SIDH para proteção dos denunciante(s) de atos de corrupção?

Com um trabalho pioneiro sobre o tema, Rojas (2014, p. 45) destaca sete tópicos sobre as possíveis vantagens, de utilizar o SIDH na proteção dos denunciante(s) de corrupção, dentre elas, estão:

1. Pela força do discurso de direitos e pela visibilidade internacional dos mecanismos do SIDH, sua utilização pode fortalecer as demandas de proteção aos denunciante(s).
2. Algumas de suas ferramentas podem ser especialmente úteis para praticar ações urgentes que permitam resguardar os denunciante(s) que enfrentam ameaças ou agressões graves e iminentes.
3. A variedade e a interdependência dos direitos permitem promover um âmbito amplo de proteção dos denunciante(s) que inclui a proteção de sua integridade, de sua família, de seu status laboral, entre outros.
4. Pelas características de alguns de seus mecanismos, é possível intimar os Estados a prestar contas e intentar reformas ou planos relacionados à proteção dos denunciante(s). Isso compreende o desenvolvimento de políticas públicas e institucionais ligadas à prevenção e ao combate à corrupção, à transparência e ao acesso à informação pública, campanhas educativas, medidas de controle sobre programas sociais ou de provisão de serviços públicos para assegurar a correta satisfação de direitos, entre outros.
5. Pelo trabalho que tem desenvolvido o SIDH no campo das violações estruturais aos direitos, seu uso pode prover insumos para evitar que a corrupção estrutural aprofunde a falta de proteção dos denunciante(s).
6. Por meio do litígio internacional, pode-se chegar a uma instância superior de casos de represálias a denunciante(s) que poderiam não ser reprimidos em âmbito nacional, seja pelos altos padrões de prova em matéria penal, pela ausência de um marco normativo adequado ou por situações de fato. Mais ainda, por esta via, é possível obter reparações dirigidas ao(a) denunciante(s) vitimizado(a) e inclusive a outros denunciante(s) em potencial.
7. O uso do SIDH pode realçar e reforçar a proteção dos grupos mais marginalizados e excluídos que estão expostos a sofrer com maior intensidade os efeitos da corrupção e das represálias por sua denúncia. (2014, p. 45)

Atualmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui alguns precedentes sobre a utilização do SIDH para proteção dos denunciante(s), dentre eles citamos abaixo os principais:

Em 6 de abril de 2009, a CIDH concedeu medidas cautelares a favor de Inés Yadira Cubero González, em Honduras. No pedido de medidas cautelares se alegava que a senhora Inés Yadira Cubero González tinha sido objeto de um atentado com arma de fogo, supostamente, em virtude de seu trabalho como presidenta da Comissão de Transparência e Anticorrupção da corporação municipal de San Pedro Sula e responsável por supervisionar processos administrativos, realizar auditorias públicas e promover denúncias penais no caso de prática de algum ilícito por parte de funcionários públicos. O pedido indica que, em 16 de março de 2009, Inés Yadira Cubero se aproximava de sua casa, na cidade de San Pedro Sula, quando uma pessoa que estava em uma moto sacou uma arma de fogo e a apontou diretamente. Nesse momento saiu da casa um familiar da senhora Cubero, e, ao observar o que

acontecia, gritou, e o sujeito acelerou a moto e disparou contra a senhora Inés Yadira Cubero sem conseguir feri-la. A demandante informou que esses fatos foram denunciados perante a Promotoria de Delitos Comuns de San Pedro Sula, mas a senhora Inés Yadira Cubero não foi informada dos resultados da investigação nem pôde contar com medidas de proteção. A CIDH solicitou ao Estado de Honduras a adoção de medidas necessárias para garantir a vida e a integridade da pessoa beneficiária, assim como informar à CIDH sobre as ações adotadas, a fim de investigar os fatos

A CIDH não utiliza os comunicados de imprensa apenas para divulgar suas atividades, mas também para desenvolver seu dever de vigilância dos Direitos Humanos no hemisfério. Esses comunicados permitem à CIDH chamar a atenção dos Estados sobre situações de risco ou de violação aos direitos que requerem ser abordadas com urgência. A CIDH emitiu várias dezenas de comunicados de imprensa relacionados com a proteção de defensores(as) de Direitos Humanos. Tem feito o mesmo em relação às agressões e assassinatos de jornalistas (CIDH, Comunicado nº R87/09). Apesar de existirem algumas coincidências, a justificativa e as necessidades de proteção de defensores de Direitos Humanos, jornalistas e denunciadores de corrupção, nada impede que esse mecanismo seja usado também para resguardar os direitos desses últimos. (ROJAS, 2014, p. 56-57);

Segundo a informação recebida pela CIDH, em 23 de agosto de 2012, Diego Luiz Berbare Bandeira foi assassinado em frente a sua casa em São Paulo, Brasil, com catorze disparos por parte de pessoas não identificadas que estiveram na cena do crime em uma moto. A informação disponível afirma que Diego Luiz Berbare Bandeira havia denunciado supostos atos de corrupção e maus-tratos aos reclusos internados no Centro de Reclusão Provisória de Caraguatatuba. [...] A Comissão expressou sua preocupação por represálias cometidas contra defensoras e defensores de Direitos Humanos por realizar atividades de denúncia de atos de corrupção de funcionários públicos e violações de Direitos Humanos. [...] A CIDH recorda que é obrigação do Estado investigar de ofício fatos dessa natureza e sancionar os responsáveis materiais e intelectuais. Nesse sentido, a Comissão Interamericana insta o Estado a abrir linhas de investigação que levem em conta se o assassinato de Diego Luiz Berbare Bandeira foi cometido por motivos relacionados com seu trabalho de fiscalização na cidade de Caraguatatuba. [...]. (CIDH, Comunicado nº 115/12).

Um outro precedente da CIDH chocante, está ligado a expansão da corrupção dentro das prisões, que infelizmente, colaboram com a expansão da corrupção.

Em 2011, a CIDH publicou um relatório sobre a situação de pessoas privadas de liberdade. Entre os aspectos tratados neste, a CIDH identificou a corrupção como um dos maiores problemas que alimenta a violência penitenciária e a violação generalizada dos direitos dos presos. Em alguns casos, a corrupção no interior das prisões se encontra institucionalizada e as pessoas privadas de liberdade devem pagar por acessar serviços ou utensílios mínimos e para não ser agredidas. A CIDH destacou que, por encontrarem-se sob custódia e controle, os reclusos que denunciam os abusos de que padecem são mais suscetíveis de represálias e atos de retaliação. Sobre isso, recomenda que “as pessoas privadas de liberdade não devem ser castigadas por ter apresentado recursos, pedidos ou reclamações.” (CIDH, Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, 31 de dezembro de 2011, parágrafo 243. Ver também parágrafos 182-192)

A CIDH, visando regulamentar o artigo III, parágrafo 8º, propôs um projeto de Lei Modelo para *Incentivar La Denuncia de Actos De Corrupción Y Proteger A Sus Denunciantes Y Testigos* (OEA, 2015), com objetivo de os Estados membros adotarem a legislação e realizem adaptações ao ordenamento jurídico de cada país.

Artigo III Medidas preventivas

Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer: (...) 8. Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno. (BRASIL, 2017).

Este projeto de lei modelo da OEA é inovador no ordenamento jurídico internacional, tendo em vista que pela sua complexidade disciplina desde a forma e requisitos da notícia de fatos delituosos, até como forma de cooperação jurídica internacional, com programas específicos e detalhados para proteção da identidade, sigilo das suas informações, proteção da sua integridade física, e recompensa pelo noticiante de atos de corrupção, quando o estado, em razão das informações trazidas pelo noticiante, conseguiu reparar o dano e economizar no valor supostamente desviado que, se caso não fosse efetiva a investigação, essas formas de atuação dificultaria muito a responsabilização criminal dos envolvidos.

Sendo assim, a utilização do SIDH pode não ser a ferramenta de proteção ao noticiante de atos de corrupção mais eficiente, porém, esta colabora contra uma proteção deficitária, ajudando na ampliação dos sistemas internacionais de proteção aos noticiantes, que, via de regra devem funcionar, pois, possuem como finalidade, além da repressão aos atos de corrupção, o dever de concretização dos direitos humanos.

4. DIREITO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS COM O PROGRAMA WHISTLEBLOWER

O termo *whistleblower* foi descrito pela primeira vez nos Estados Unidos da América por volta de 1960 e, nas décadas que se seguiram, a legislação tornou-se um importante ingrediente na luta anticorrupção (OLIVEIRA, 2015, p. 17). O programa *whistleblower* visa instituir uma legislação específica de proteção aos informantes, mas conhecidos como informantes confidenciais.

Portanto, nos EUA já há uma regulamentação e uma forma da atuação específica na proteção dos denunciadores de atos de corrupção. É claro que o programa norte americano não aplica-se somente ao delitos de corrupção, é mais amplo, principalmente nos casos de sonegação fiscal de lavagem de dinheiro.

Para Roberta Ann Johnson (2015, p. 41) destaca-se que, os cidadãos norte-americanos se utilizam da legislação contra o desperdício de recursos públicos, fraudes e abusos em geral, mais do que qualquer outro país do mundo, e atribui este fenômeno ao menos a sete fatores: 1) a mudança na burocracia governamental; 2) leis encorajando as denúncias; 3) leis que protegem os denunciadores; 4) a mídia e os novos suportes

organizacionais, como entidades não governamentais; 5) existência institucional dos pesos e contrapesos; 6) valores culturais do povo norte-americano; e 7) o “onze de setembro”.

Destaque-se, nessa seara, o *The False Claims Act (FCA)* ou *Informer’s Act* ou *Qui Tam Statute norte-americano*, cuja promulgação se deu ainda em 1863 (U.S. Code, Title 31).

A norma assegura aos noticiantes o percentual do dinheiro que for economizado pelos cofres públicos, se as notícias forem comprovadas na Justiça. As chamadas *qui tam actions* permitem ao *whistleblower* iniciar um processo, até mesmo de forma individual, como fonte originária de conhecimento do ato ilícito, em desfavor da pessoa física ou jurídica investigada, e este perceberá, por recompensa, um percentual dos valores recuperados.

O montante varia conforme o Estado tenha intervindo ou não no processo: de 25% a 30% se o denunciante tiver atuado sozinho e de 15% a 25%, se obteve auxílio da intervenção estatal (THE FALSE CLAIMS ACT, 2016).

No ano de 1989, o Congresso Americano decidiu promulgar nova legislação, estabelecendo uma Lei especial para o tema, denominada Whistleblower Protection Act – WPA. Essa Lei proíbe de forma enfática as práticas de retaliação pessoal ao whistleblower, criando melhores ferramentas de proteção, de modo especial, atribuiu ao Office of Special Council – OSC, poderes para investigar e representar perante a MSPB para a adoção de medidas contra retaliações. Esse novo órgão OSC, acabou por funcionar como uma promotoria perante a agencia MSPB, incumbida de adjudicar as reclamações, e assegurar o implemento de medidas de proteção, relativas ao programa do WPA.

Durante o ano de 2012, o Congresso Americano aprova nova reforma no regime de proteção, através do “Whistleblower Protection Enhancement ACT” – WPEA:

O WPEA vai fortalecer os direitos e as proteções asseguradas para os whistleblower em âmbito federal e assim auxiliar a extirpar perdas, fraudes e abusos no governo federal. Os Whistleblower ocupam um papel importante na manutenção do nosso governo honesto e eficiente. (...) Lamentavelmente, os whistleblowers no âmbito federal têm visto suas proteções diminuídas nos últimos anos, muito como resultado de uma série de decisões da Corte Federal de Apelações. (...) S. 743(A emenda) vai solucionar esses problemas restaurando a vontade original do Congresso para a Lei de Proteção do Whistleblower.(The Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012 – Report of the Homeland and Security and Governmental Affairs. Disponível em <http://fas.org/irp/congress/2012_rpt/wpea.pdf>. Acesso em 18.01.2017)

The Federal Whistleblower Protect Act, já foi utilizado por milhares de servidores federais contra atos de retaliação. Até 2003, todos os cinquenta estados americanos igualmente possuíam legislação de proteção aos *whistleblowers* (OLIVEIRA, 2015, p. 11)..

Em relação aos benefícios desta ferramenta contra corrupção, segundo o *US Department of Justice Civil Fraud Division*, o país recuperou somente no ano de 2014 US\$ 5,69 bilhões e estima-se que o total de recuperações ao longo dos últimos cinco anos alcance

o montante de US\$ 22,75 bilhões (OLIVEIRA, 2015, p. 11).

Diante o cenário de evolução da legislação federal norte americana, destaca Vaughn (1999, p. 581-582) que, em vinte anos, as diversas esferas de governo dos Estados Unidos estabeleceram “centenas” de normas protegendo o whistleblower, dispostas em várias legislações regrado setores específicos como saúde, abuso de criança e idosos, etc, aplicando-se tais regramentos tanto ao setor público quanto ao privado.

Desse modo, há vários exemplos de leis federais americanas com disposições referentes a whistleblowers: Clean Air Act (CAA); Commercial Motor Vehicle Safety Act (CMVSA); Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act of 1980 (CERCLA); Department of Defense Authorization Act of 1987; Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act); Energy Reorganization Act of 1974 (ERA); Fair Labor Standards Act of 1938 (FLSA); FDA Food Safety Modernization Act (FDA Modernization Act); Federal Mine Safety and Health Act (FMSHA); Water Pollution Control Act of 1972 (FWPCA); Longshore and Harbor Workers’ Compensation Act (LHWCA); Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act (MSAWPA); Occupational Safety and Health Act of 1970 (OSH Act); Safe Drinking Water Act (SDWA); Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX); Solid Waste Disposal Act (SWDA); Surface Mining Control and Reclamation Act (SMCRA); Toxic Substances Control Act (TSCA); Whistleblower Protection Enhancement Act (ROCHA, 2016, p. 09).

5. 10 MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

É possível transformar a indignação com a corrupção em mudanças efetivas para a sociedade, buscando-se minimizar os efeitos nefastos do círculo vicioso de corrupção privada e pública, sendo necessário implementar mudanças sistêmicas e estruturais. Essas mudanças incluem contribuição para colaborar com o fim da impunidade, pois, esta e a corrupção aparecem intimamente relacionadas em diversos estudos e pesquisas internacionais sobre esse problema. O Ministério Público Federal tem trabalhado com rapidez e agilidade nos processos envolvendo crimes de corrupção. Mesmo assim, nem sempre alcança a Justiça, porque o sistema favorece a demora, a prescrição (cancelamento do caso penal decorrente da demora).

Com o escopo de construirmos uma nova realidade, o MPF apresentou dez medidas para aprimorar a prevenção e a repressão à corrupção e à impunidade. As propostas objetivam: *Transparência, Prevenção, Eficiência e Efetividade e, aplicação efetiva do princípio da moralidade* (art. 37, *caput*, CF/88).

As medidas buscam, entre outros resultados, evitar a ocorrência de corrupção (via

prestação de contas, treinamentos e testes morais de servidores, ações de marketing/conscientização e proteção a quem denuncia a corrupção), criminalizar o enriquecimento ilícito, aumentar penas da corrupção e tornar hedionda aquela de altos valores, agilizar o processo penal e o processo civil de crimes e atos de improbidade, fechar brechas da lei por onde criminosos escapam (via reforma dos sistemas de prescrição e nulidades), criminalizar caixa dois e lavagem eleitorais, permitir punição objetiva de partidos políticos por corrupção em condutas futuras, viabilizar a prisão para evitar que o dinheiro desviado desapareça, agilizar o rastreamento do dinheiro desviado e, por fim, fechar brechas da lei por onde o dinheiro desviado escapa (por meio da ação de extinção de domínio e do confisco alargado) (BRASIL, 2017).

Dentre as proposta, estão as seguintes medidas: 1) Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; 2) Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; 3) Aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores; 4) Aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal; 5) Celeridade nas ações de improbidade administrativa; 6) Reforma no sistema de prescrição penal; 7) Ajustes nas nulidades penais; 8) Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; 9) Prisão preventiva para evitar a dissipação do dinheiro desviado e, por fim, 10) Recuperação do lucro derivado do crime. Desse modo, o MPF pretende defender a ideia de que a honestidade não tem preço, e que a corrupção não compensa, onde caso as medidas seja implementadas e, efetivem-se, o crime de corrupção se tornará um crime de risco (BRASIL, 2017).

O sistema processual penal brasileiro pede reformas, sendo este, o responsável pelas impunidades por muitas vezes, onde a crítica feita pelos Sergio Moro e Antonio César no artigo “*o problema é o processo*” (MORO, 2015) é louvável em nossa realidade, onde destaca-se que “não adianta ter boas leis penais se a sua aplicação é deficiente, morosa e errática”. No Brasil, contam-se como exceções processos contra crimes de corrupção e lavagem que alcançaram bons resultados. Em regra, os processos duram décadas para ao final ser reconhecida alguma nulidade arcana ou a prescrição pelo excesso de tempo transcorrido. Nesse contexto, qualquer proposta de mudança deve incluir medida para reparar a demora excessiva do processo penal.

Ademais, sobre a importância do processo penal, cabe lembrar que, conforme leciona Chemim (CHEMIM, 2016, p. 268), o processo penal deve servir principalmente para proteger dos abusos –públicos e particulares- aquele que costuma ser o “outro” (ou, a contrario sensu e didaticamente, um processo que se gostaria de ver aplicado quando “nós” fossemos os réus,

sem esquecer, de outro lado, que também “nós” poderemos ser as vítimas), é certo que o processo penal deve ser utilizado como freio a possível arbítrio estatal e por isso as garantias para o acusado são fundamentais, também é certo que ele deve, em certa medida e de numa interpretação restritiva, porém necessária, atuar para garantir a segurança do cidadão (CAMBI, 2016, p. 300).

Nos Estados Unidos e na República Francesa, dois dos berços históricos da presunção de inocência, a regra, após o primeiro julgamento, é a prisão, sendo a liberdade na fase de recurso excepcional. Não se ignora, por evidente, a possibilidade do erro judiciário e de eventual reforma do julgado, motivo pelo qual se propõe igualmente que as Cortes recursais possam, como exceção, suspender a eficácia da condenação criminal quando presente, por exemplo, plausibilidade do recurso (MORO, 2015).

Todavia, estas propostas legislativas que conseqüentemente tendem a alterar a estrutura jurídica do sistema, constituem ferramentas fundamentais para o combate à corrupção, cujas as mesmas, merecem grande atenção, inclusive ampliação de estudos ao seu redor, em prol do interesse público envolvido.

Noutro prisma, é fundamental ressaltar a necessidade do povo conscientizar-se do contexto ora vivenciado no Brasil, pois, não adiantará de nada termos uma legislação altamente desenvolvida (até a melhor do mundo), se a mesma não for respeita e aplicada adequadamente. Portanto, é essencial em cenário atual (e futuro), uma formação de uma cultura consciente e ética, para que o respeito as normas e princípios gerais de direito, não fique apenas escritos em processos, mas também se façam onipresentes na vida de cada cidadão, em todos os cenários.

Nesta proposta das 10 medidas de combate à corrupção, o MPF propõe-se a regulamentação, porém, da figura do “*informante confidencial (IC)*”, entendido como aquele que tem seus dados qualificativos conhecidos, porém mantidos de forma reservada pelo órgão destinatário das informações. No Projeto de Lei nº 4.850/2016, possui a seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei disciplina, nos termos do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, o sigilo da fonte da informação que deu causa à investigação relacionada à prática de atos de corrupção.

Art. 2º Nas esferas administrativa, cível e criminal, poderá o Ministério Público resguardar o sigilo da fonte de informação que deu causa à investigação relacionada à prática de ato de corrupção, quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, devidamente esclarecidas no procedimento investigatório respectivo.

Parágrafo único. O Ministério Público poderá arrolar agente público, inclusive policial, para prestar depoimento sobre o caráter e a confiabilidade do informante confidencial, os quais deverão resguardar a identidade deste último, sob pena de responsabilidade.

Art. 3º Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado por informante confidencial.

Art. 4º No caso do conhecimento da identidade do informante confidencial ser essencial ao caso concreto, juiz ou tribunal, ao longo da instrução ou em grau recursal, poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

Art. 5º Comprovada a falsidade dolosa da imputação feita pelo informante confidencial, será revelada a sua identidade e poderá ele responder pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das ações cíveis cabíveis.

Art. 6º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, à Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. (BRASIL, 2017).

Desta forma, destaca-se o entendimento de Marcelo Malheiros e Lucas de Moraes (GUALTIERI, 2016) no que tange que não há dúvidas de que a proposta em questão revela verdadeiro avanço no manejo de elementos de informação relevantes para a investigação de atos de corrupção. A regulamentação do instrumento do “informante confidencial” ou “whistleblower”, cuja eficiência e importância são indiscutíveis, propicia o uso das informações por ele fornecidas pelo Ministério Público de modo mais confiante, eliminando a insegurança hoje vigente no que tange às provas derivadas de informantes anônimos.

Alguns crimes, tais como corrupção, em que as partes envolvidas têm um interesse no segredo do negócio, e possíveis testemunhas possam temer o poder dos agentes públicos, a viabilidade de trabalhar com informações de noticiantes é fundamental (CAMBI, 2016, p. 59).

Ademais, Lucas de Moraes (MORAIS, 2016) ressalta que o instituto não está imune às críticas, dentre as quais **(a)** da figura do informante confidencial em face do princípio do contraditório, sob a ótica do direito ao confronto (*right of confrontation*) compatibilidade; **(b)** da discricionariedade do Ministério Público quanto ao sigilo da identidade do informante e, **(c)** quanto ao limite da responsabilidade do informante confidencial, pois, será que os crimes de denúncia caluniosa e falso testemunho estariam adequados à esfera de atuação do informante confidencial ?

Uma observação interessante a ser feita, está diante ausência de uma legislação específica sobre os denunciadores de atos de corrupção ou *whistleblower* no Brasil e na Itália, que, por coincidências ou não, foram ou ainda são, protagonistas no cenário internacional sobre grandes escândalos de corrupção com investigações de imensa envergadura, como nos casos da Operação Mãos Limpas na Itália e a atual Operação Lava Jato no Brasil.

Indiretamente, a reação política teve como resultado uma avaliação controversa da herança da Operação Mãos Limpas. Apesar de toda a sua intensidade, há dúvidas se, na Itália de hoje, a corrupção é ou não menor do que a que vicejava no início dos anos noventa. Os esquemas de corrupção sistêmica talvez tenham apenas mudado de forma. Esse tipo de avaliações é extremamente complexo porque, como evidente, não existem dados estatísticos confiáveis acerca da quantidade e intensidade da prática da corrupção, salvo em relação àqueles descobertos pela Justiça e que, a depender da eficiência desta, podem ser maiores ou menores independentemente de sua ocorrência de fato. Mas, pelo menos, a percepção do nível de corrupção auferido

por organismos como a Transparência Internacional é ainda muito elevado para Itália. Impossível ainda dizer que a situação estaria melhor caso não tivesse havido a Operação Mãos Limpas, provavelmente não, pois, no mínimo, no seu momento de maior, intensidade, houve um arrefecimento do esquema de corrupção sistêmica, o que diminuiu a sua escalada. (...) A lição a ser aprendida, aqui já exposta, é que a superação da corrupção sistêmica exige uma conjugação de esforços das instituições e da sociedade civil democrática, sendo ação da Justiça uma condição necessária, mas não suficiente. (...) O relatório histórico do ocorrido, verdadeira novela de um estonteante sucesso judicial, seguido de frustrações decorrentes do sistema político, oferece uma sociedade aula acerca do funcionamento de uma democracia moderna, em uma sociedade de massas, e as possibilidades e as limitações dela no enfrentamento da corrupção sistêmica”. (BARRABCETTO, 2016. p.09).

Recentemente, no Brasil, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), na XIV Reunião Plenária, definiu o plano de Ações para o Ano de 2017, dentre elas estão as seguintes ações que se relacionam com a de prevenção à prática da corrupção fomentando a integridade social e a educação para a cidadania:

Ação 6 Consolidar propostas de prevenção à prática da corrupção fomentando a integridade social e a educação para a cidadania Ação 9 Criar instrumentos que façam avançar a cooperação jurídica internacional, permitindo a formação de equipes conjuntas de investigação transnacional nas áreas de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro Ação 11 Avançar na integração de estratégias e dos métodos operacionais dos órgãos de Estado de controle visando fortalecer o combate à criminalidade organizada (ENCCLA, 2017).

Em destaque, ainda na mesma plenária, manifestou o ENCCLA

A XIV Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), fórum que reúne mais de setenta órgãos públicos e entidades privadas ligadas à prevenção e à repressão da corrupção e da lavagem de dinheiro: a) lamenta profundamente a rejeição, pela Câmara dos Deputados, de todas as medidas discutidas e amadurecidas no âmbito deste fórum que representariam avanços incontestáveis e essenciais ao sistema nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, especialmente o aperfeiçoamento do regime legal de prescrição penal, a extinção de domínio e o confisco alargado, a criminalização do enriquecimento ilícito e a proteção ao reportante cidadão (*whistleblower*); (BRASIL, 2017)

Essa referida rejeição da Câmara dos Deputados, ressaltada pelo ENCCLA, não mais subsiste, em razão do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), ter deferido uma liminar no Mandado de Segurança (MS) 34530, impetrado pelo deputado Eduardo Bolsonaro (PSC-SP), para suspender os atos referentes à tramitação do projeto de lei de iniciativa popular de combate à corrupção, atualmente no Senado Federal. Segundo o ministro, há uma “multiplicidade de vícios” na tramitação do PL nº 4.850/2016, por isso a proposta legislativa deve retornar à Câmara dos Deputados, ser reputada e tramitar de acordo com o rito estabelecido para projetos de iniciativa popular. A liminar torna sem efeito qualquer ato, passado ou superveniente, praticados pelo Poder Legislativo em contrariedade à decisão do ministro Fux (BRASIL, 2017).

6. IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DO DENUNCIANTE DE ATOS DE CORRUPÇÃO PARA O ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO E A CRIMINALIDADE REDITÍCIA

A utilização do informante confidencial pelas autoridades investigadoras é fundamental para o descobrimento de informações que esclarecem o funcionamento das práticas criminosas, como no caso da corrupção e, da criminalidade reditícia . A criminalidade reditícia, consiste em uma “espécie de criminalidade” estudada por autores estrangeiros que tem por objetivo de implantar técnicas criminosas para sustentar as demais atividades criminosas, ou seja, são os crimes que tem por objetivo o lucro e, este mesmo lucro obtido, é utilizado novamente na prática delituosa (LINHARES, 2016).

Luiz Fernando (COELHO, 2017) trata de duas dimensões do fenômeno “corrupção”, a partir de uma ideia de Foucault. Se este falava em “microfísica” do poder, dimensão que se contrapõe à macrofísica, o poder político visível, é possível aludir a duas formas de corrupção, a macro e a micro. A diferença não radica na quantidade, como se fosse possível mensurar a corrupção maior ou menor, mas na qualidade dos seus agentes e na abrangência de seus efeitos na sociedade, conjugado com o *quantum* de poder de que corruptos e corruptores dispõem. Pode-se dizer que a macrocorrupção é a praticada por pessoas ou grupos sociais que, legitimamente ou não, dispõem da maior parcela de poder na sociedade, seja no setor privado, seja no público ou no social. Com efeito, grandes empresários e detentores do poder político, às vezes, conscientemente ou não, são levados a confundir interesses pessoais, oligárquicos e hegemônicos com o interesse público, do que resulta a possibilidade de malfeitos traduzidos como corrupção.

A microcorrupção escapa ao observador comum, mas não deixa de ser nociva. Mesmo a mídia, embora seja o agente mais poderoso na denúncia da macrocorrupção, com ela colabora quando silencia ou manipula a informação, atendendo a interesses de dominação econômica ou política. E assim, os agentes midiáticos deixam-se envolver pela microcorrupção, que, conforme a intensidade dos efeitos que causa, pode muito bem alçar-se à dimensão macro. A microcorrupção se manifesta mais intensamente em duas práticas situadas na região fronteira entre a lealdade e a contravenção, as quais paradoxalmente sinalizam uma suposta qualidade do caráter brasileiro. É o chamado jeito ou jeitinho, pelo qual se elogia a criatividade, a capacidade de safar-se de problemas que incomodam e adaptar-se a quaisquer situações, ainda que mediante o desprezo das leis, regulamentos e princípios éticos, articulada com outra invenção tupiniquim, a chamada “Lei de Gérson”, aquela que manda levar vantagem em tudo (COELHO, 2017).

Não há dúvidas de que a corrupção seja um crime de baixo risco no Brasil. Em se tratando de réus de colarinho branco, o sistema de Justiça Penal ainda tem que melhorar muito para ficar ruim – quanto mais para ser bom. Impunidade e corrupção caminham de mãos dadas. Os mais reconhecidos estudiosos do assunto concordam que é fundamental que haja uma punição séria – e que seja efetivamente aplicada. Neste ponto, Dallagnol (DALLAGNOL, 2017, p. 184-185) refere-se a autores do porte de Robert Klitgaard, que foi Professor em Yale e Harvard, e Susan Rose-Ackerman, de Yale. Pare eles, o criminoso pode ser visto como alguém que, na escolha da conduta que adotará, compara os prós e contras de cometer o delito com os do comportamento honesto. Se o ganho líquido da corrupção for maior que o da honestidade, ele tende ao comportamento criminoso. Segundo Rose Ackerman, “se a probabilidade de detecção e de castigo é alta, a oferta ou a demanda por suborno pode cair no zero”, prossegue ainda dizendo que “ há dois aspectos envolvidos: a probabilidade de ser de detecção e de castigo, e a intensidade do castigo dada à condenação”.

Para Solon Linhares (LINHARES, 2014), a “criminalidade reidíticia” é aquela que faz voltar o lucro através de um processo cíclico. Os lucros provenientes da própria criminalidade são reinvestidos para fomentar novas práticas criminais, e é exatamente esse processo de reinvestimento no próprio crime que se entende por crime reidíticio. No Reino Unido, por exemplo, em 2006, uma estimativa oficial calculou que o ganho do crime organizado atingiu a marca de 15 bilhões de libras, enquanto que no mesmo período foram recuperados pelo Estado somente 125 milhões de libras.

Nesse contexto, a importância de estudar um programa de proteção especial aos notificantes de atos de corrupção, visando facilitar as formas de detecção das práticas criminosas da corrupção como da criminalidade reidíticia, é fundamental para o avanço na prevenção e repressão destes, buscando por consequência minimizar os efeitos nefastos que estes crimes causam.

7. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO EFICIENTE

O princípio da proporcionalidade, limitador máximo e mínimo de intervenção estatal, ganha maior importância no tocante aos direitos fundamentais quando inserido num Estado Democrático de Direito. Assim, no contexto do Direito Penal, garantidor da proteção de bens jurídicos filtrados através da Carta Constitucional, também incide o princípio da proporcionalidade no seu duplo sentido, zelando “ao mesmo tempo, pela proibição de abusos – arbitrariedades – estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo e da sociedade conforme estabelecido nas diretrizes constitucionais” (STRECK, 2009, p. 65).

No que diz a respeito da importância dos princípios constitucionais como orientadores do sistema penal e processual penal, com a efetiva e adequada leitura constitucional, destacando-se o princípio da proporcionalidade, o qual deve ser empregado na dupla via de vedação de excesso e da vedação de proteção deficiente (CAMBI, 2016, p. 165).

O Supremo Tribunal Federal no HC nº 104.410, esclarece sobre o princípio da vedação da proteção deficiente

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.410. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Rio Grande do Sul, 06 mar. 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>> . Autenticação nº 1842330. Acesso em 04.01.2017).

Esse novo perfil do princípio da proporcionalidade com duplo viés, deve-se, principalmente, à ampliação do rol de bens elevados à categoria de constitucionais, com a acolhida dos direitos de primeira, segunda e terceira geração. Com esta extensão, a aplicação do direito penal ganha suporte constitucional – sem prejuízo do clássico cinturão de garantias do arguido em face do poder punitivo – porquanto “a simples positividade de tais valores indica senão a imposição de proteção penal, pelo menos a possibilidade de extensão do sistema penal para guarda de tais bens” (STRECK, 2017).

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, Caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica) toda pessoa que esteja em situação de vulnerabilidade tem proteção

especial, de acordo com deveres específicos cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para respeitar a obrigação geral de garantir os Direitos Humanos. É indispensável adotar medidas positivas determináveis com base nas necessidades particulares de proteção da lei, seja por sua condição pessoal ou a situação específica em que se encontre (Corte IDH, casos do “*Massacre de Mapiripán v. Colômbia*”).

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever de o Estado não apenas se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros (DIETLEIN, 1991, p. 12).

Essa interpretação da Corte Constitucional alemã empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de adversário (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos - *Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant* (MENDES, 2011, p. 121).

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também uma proibição de omissão - *Untermassverbote* (CANARIS, 1999, p. 161).

Quando um Direito Fundamental é consagrado há que se atentar para o fato de eles terem uma faceta positiva, porque eles impõem que o Estado proteja bens jurídicos. Relaciona-se com a proporcionalidade como proibição da proteção deficiente, quando, nos deveres de proteção, é feito menos do que se deveria fazer.

Logo, é possível visualizar que a instituição de um programa com órgão (específico) e regimentos próprios, de recebimento, investigação e proteção das informações e dos próprios noticiantes de atos de corrupção e crimes conexos, corresponde a uma certa ampliação na proteção dos direitos fundamentais, com a finalidade de repressão à impunidade e a melhoria da justiça criminal. A proteção especial dos noticiantes de atos corrupção portanto, estaria relacionado a uma proteção eficiente dos direitos fundamentais.

8. CONCLUSÃO

A necessidade de ter um sistema (ou programa específico) para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios

fundamentais de seu ordenamento jurídico interno, emerge da previsão exposta no artigo III, parágrafo 8º da Convenção Interamericana Contra Corrupção.

Por muitas vezes, pessoas não relacionadas com o esquema criminoso (sistêmico), que não pretende adquirir vantagem nenhuma da situação, não levam as informações que possuem conhecimento em razão do medo de retaliações, por saber que o Estado não possui um sistema específico de proteção dos sigilos das informações e da integridade física destes noticiantes. Portanto, as razões da indispensável proteção que esses noticiantes de atos de corrupção merecem é evidente.

Os Estados Unidos da América, como um dos países estrangeiros pioneiros sobre o assunto, possui uma legislação altamente especializada a respeito, inclusive programas de proteção aos informantes, lá conhecidos como *whistleblowers*.

No Brasil, ainda não uma regulamentação específica sobre a proteção dos informantes de atos de corrupção, o que, certamente prejudica uma proteção eficiente dos direitos fundamentais dos informantes.

A luz do princípio da proteção eficiente dos direitos fundamentais, de acordo com o artigo III, parágrafo 8º da Convenção Interamericana Contra Corrupção, a instituição de um programa de proteção aos informantes de atos de corrupção é imprescindível.

A corrupção, como demais crimes complexos como lavagem de dinheiro, são delitos em que há uma imensa dificuldade de conseguir informações e provas para persecução penal e, proteger e incentivar pessoas que, em razão do cargo, ou com as demais relações sociais, tenham conhecimento das condutas ilícitas dos corruptores e corruptos, amplia de forma positiva, os meios de investigação destes crimes, bem como colabora pela proteção eficiente dos direitos fundamentais.

Diante o exposto, na situação do informante de atos de corrupção, no Brasil, não tem incentivos de arriscar sua vida, se sujeitando à retaliações (que podem atingir familiares), para levar informações às autoridades que são indispensáveis para apurar a responsabilidade criminal de autores de ilícitos, em face de um sistema que não fornece proteção eficiente à este sujeito, para que possa manter sua identidade e integridade física intactas.

REFERÊNCIAS

BARRABCETTO, Gianni, TRAVAGLIO, Peter Gomez Marco. **Operação Mãos Limpas**. Editora Citadel. Porto Alegre/RS. 2016.

BRASIL, STF, Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332000&caixaBusca=N>>. Acesso em 21.02.2017.

BRASIL, Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Disponível em < <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>>. Acesso em 27.06.2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.410. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Rio Grande do Sul, 06 mar. 2012. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Autenticação nº 1842330. Acesso em 04.01.2017.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas como o crime no confronto com outros meio de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimentos "ilícito"). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 100, p.454-501, jan./fev. 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS 1989, p. 161 (163).

CIDH, Comunicado nº 115/12).

CIDH, Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, 31 de dezembro de 2011, parágrafo 243. Ver também parágrafos 182-192

COELHO, Luiz Fernando. Macrocorrupção e microcorrupção. Gazeta do povo. Disponível em:

<<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/macrocorrupcaoemicrocorrupcaoeghibbj5cxzq8jfuo5wh2alvy>>. Acesso em 07.05.2017.

Corte IDH, Caso Artavia Murillo e outros v. Costa Rica, sentença de 28 de novembro de 2012, pág. 292.

Corte IDH, casos do “*Massacre de Mapiripán v. Colômbia*”, sentença de 15 de setembro de 2005, págs. 111 e 113, Povo Indígena Kichwa de Sarayacu v. Equador, op. cit. 19, pág. 244.

Cf., a propósito, BVerfGE 39, 1 s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 s.); 53, 50 (57 s.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77 170 (229 s.); 77, 381 (402 s); ver, também, DIETLEIN, Johannes. Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlim, 1991, p. 12.

CHEMIM, Rodrigo. Mãos Limpas e Lava Jato. A corrupção se olha no espelho. Editora Citadel. Porto Alegre/RS. 2017

FILHO, André Pimentel. **(Uma) Teoria da Corrupção**. Editora Lumen Iuris. Rio de Janeiro. 2015. p. 116-117).

GUALTIERI, Lucas de Moraes, CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **O informante confidencial como instrumento de combate à corrupção**. Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/dez_medidas/apresentacao/artigos/o-informante-confidencial-como-instrumento-de-combate-a-corrupcao>. Acesso em 22.06.2016.

JOHNSON, Roberta Ann. **Struggle against Corruption: A Comparative Study**.

Gordonsville, VA, USA: Palgrave Macmillan, 2004. ProQuest ebrary. Web. 19 May 2015, p. 41.

KICHILESKI, Gustavo Carvalho. Macrocorrupção empresarial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 157, fev 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18523&revista_caderno=22>. Acesso em jun 2017.

LINHARES, Solon Cícero, RIOS, Rodrigo Sánchez. O confisco de bens em um contexto de criminalidade reditícia. *Gazeta do Povo*. Curitiba/PR, 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/o-confisco-de-bens-em-um-contexto-de-criminalidade-rediticia-1yksz2gdzhvmqblwxjl8hs6z2>>. Acesso em 07.05.2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional, 4ª edição. Saraiva, 2011. São Paulo/SP. p.121.

MORO, Sérgio Fernando, BOCHENEK, Antônio Cesar. **O Problema é o processo**. *Jornal Estadão*. 23.03.2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em 03.05.2016.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. **A URGÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO WHISTLEBLOWER NO BRASIL**. Senado Federal. Maio de 2015. p.7. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td175>>. Acesso em 15.01.2017.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 1ª Edição. Saraiva, 2013. São Paulo.

ROJAS, Cláudio Nash, et. al. **Guia para uso do sistema interamericano de direitos humanos na proteção de denunciadores de atos de corrupção**. Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça – SNJ, 2014.

ROJAS, Claudio Nash et. tal. **Guía para la utilizacion del Sistema Interamericano de Derechos Humanos em la Protección de los Denunciadores de Actos de Corrupción**. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. p. 09. Disponível em: <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/99.pdf>>. Acesso em 14.02.2017.

SENADO Americano - The Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012 – Report of the Homeland and Security and Governmental Affairs. Disponível em <http://fas.org/irp/congress/2012_rpt/wpea.pdf>. Acesso em 18.01.2017.

STRECK. O Princípio da proibição da proteção deficiente (*Unitermassverbot*) e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal – individualista-clássico. Disponível em: <<http://www.leneiostreck.com.br>>. Acesso em 29.01.2017.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **Direito Penal e Constituição – A face oculta da Proteção dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 65.

The False Claims Act disponível no Departamento de Justiça americano em: Todas essas

medidas servem de estímulo à realização de denúncias.
<http://www.justice.gov/sites/default/files/civil/legacy/2011/04/22/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf>. Acesso em 19 de abril de 2016.

U.S. Code, Title 31, Subtitle III, Chapter 37, Subchapter III, § 3729-3733.

VAUGHN, Robert G., State Whistleblower Statutes and the Future of Whistleblower Protection, 51 Admin. L Rev. 581, 1999, pág. 581/582. <<http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>>. Acesso em 21.02.2017.

<<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>>. Acesso em 04.05.2016.

REGULAÇÃO DA TV ABERTA: CENSURA OU CONTRIBUIÇÃO PARA A DEMOCRACIA?

Tatiana STROPPIA¹

RESUMO

O presente artigo discute a necessidade da fixação de uma base jurídica que contribua para a pluralidade e diversidade dos conteúdos veiculados pela TV aberta e exigidas em um regime democrático. De forma a cumprir esse objetivo, emprega-se uma pesquisa bibliográfica complementada com dados jurisprudenciais brasileiros, convenções e estudos internacionais. Nesta perspectiva, impõe-se a superação de uma ideia equivocada de censura. Exige-se a discussão dos critérios utilizados para a destinação da publicidade oficial. Necessita-se da atuação positiva do Estado na fixação de regras de concessão, permissão e autorização para a utilização privada do espectro eletromagnético, de modo a evitar a manutenção dos oligopólios privados, por um lado, e, por outro, do coronelismo eletrônico. Conclui-se que apesar de movimentos sociais e mesmo do Ministério Público Federal discutirem o papel da mídia para o debate público e tomarem atitudes concretas pela democratização das comunicações, o Congresso Nacional e o Executivo caminham na direção oposta, interditando o debate público e contribuindo para uma hipertrofia do modelo midiático que passa a determinar as pautas e decidir o que os cidadãos devem e o que não devem conhecer.

PALAVRAS-CHAVE: Censura; Coronelismo eletrônico; Democracia; Publicidade Oficial; TV aberta.

ABSTRACT

This study discusses the need to establish a legal basis which contributes to the plurality and diversity of the content broadcast by Brazilian commercial television systems and required in a democratic regime. In order to achieve this objective, a bibliographic research was carried out and complemented with Brazilian jurisprudential data, conventions and international studies. From this perspective, it is necessary to overcome a misconception of censorship and to discuss the criteria used for the destination of official publicity. It is essential for the State to act positively in the establishment of concession, permission and authorization rules for the private use of the electromagnetic spectrum, in order to avoid the maintenance of private oligopolies and electronic *coronelismo*. In conclusion, although social movements and even the Federal Public Ministry are bringing the discussion about the role of the media to a public debate and taking concrete actions for the democratization of communications, the National Congress and the Executive walk in the opposite direction, interdicting the public debate and contributing to a hypertrophy of the media model which starts to determine the guidelines and to decide what citizens should know or not.

KEY-WORDS: Censorship; Electronic *coronelismo*; Democracy; Official Advertising; Brazilian commercial television systems.

INTRODUÇÃO

1 Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário de Bauru (CEUB-ITE). Atualmente é professora de Direito Constitucional e de Direito Processual Civil do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE-SP) e da Faculdade Itana de Botucatu-SP. Advogada. Email: tatianastroppa@hotmail.com.

Os meios de comunicação social desempenham um papel fundamental na democracia. Eles pautam o debate público sobre as mais diversificadas questões ao selecionarem dentre de inúmeros acontecimentos, corriqueiros ou extraordinários, aqueles que serão transformados em notícia. A partir dessa constatação é importante analisar como foi desenvolvido o regime de propriedade dos grupos que são responsáveis pela escolha, produção e circulação das informações na sociedade brasileira.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o Estado como instância apta a assegurar o interesse coletivo que permeia o direito à comunicação perante os objetivos do mercado e diante da própria interferência negativa do poder político.

Assim, neste estudo o objetivo é discutir como a ausência de uma regulação efetiva da televisão (TV) aberta é negativa para a consolidação do regime democrático. O trabalho está dividido da seguinte maneira: em um primeiro momento, salienta-se a importância do direito à comunicação para o regime democrático. Em seguida, há uma abordagem do significado de censura e das formas de censura que podem existir com o escopo de superar o argumento falacioso de que regular é o mesmo que censurar. A partir daí, questionam-se os critérios adotados para o direcionamento da publicidade oficial.

No caminho de modificação desse cenário de concentração e homogeneização de conteúdos, a abordagem é direcionada para uma síntese das normas sobre as concessões, permissões e autorizações para utilização privada do espectro eletromagnético, culminando com a análise da Lei nº 13.424, de 28 de março de 2017, que flexibilizou as regras sem atentar para o interesse público e para as diretrizes ofertadas por movimentos sociais que estudam e discutem a democratização da comunicação.

Ao cabo, desenraiza-se outra prática deletéria para a democracia: o coronelismo eletrônico, ressaltando a atuação do Ministério Público Federal no combate da prática e, por outro lado, a tentativa do Governo de estagnar a referida atuação.

É preciso discutir um modelo de mídia em que as diferenças sejam projetadas na programação e que os conteúdos atendam à heterogeneidade do público. Acredita-se que os pontos aqui levantados têm tornado a TV aberta mais uma interceptadora do que transmissora de informações.

1. DIREITO À COMUNICAÇÃO E DEMOCRACIA

A Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo primeiro, declara que o poder soberano é conferido ao povo enunciando que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Se essa escolha de regime político é um dos pontos de

partida da formatação jurídico-política do Estado Brasileiro, é preciso reconhecer que ainda, passados mais de vinte e oito anos, a democracia brasileira é de baixa intensidade (SACAVINO) ou falha, praticamente circunscrita à realização de eleições periódicas e com “fraquezas significativas em outros aspectos da democracia, como problemas de governança e de cultura política, assim como baixos índices de participação política da população” (*THE ECONOMIST*, 2016).

A ausência de regulação das normas constitucionais² inseridas no capítulo V (Da comunicação social), do título VIII da CF/88 permitiu a continuidade da centralização da exploração privada dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (INTERVOZES, 2008). Há a prevalência de uma tradição liberal que exacerba a estrutura comunicacional privada e permite a utilização das concessões como moeda de troca em negociações políticas em uma lógica que envolve monopolização, concentração e convergência tecnológica com poderosos interesses de empresas nacionais e transnacionais.

Embora as novas tecnologias, que permitem a proliferação de informações e opiniões por meio de *blogs*, redes sociais virtuais, *twitters*, estejam ocasionando um enorme impacto no poder centralizado do mercado de comunicações desenvolvido no Brasil, o acesso à rede é feito de forma desigual. A última Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Brasil, elaborado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, revela que embora a proporção de domicílios com computador tenha dobrado desde 2008, passando de 25% naquele ano para 50% em 2015, há uma estabilidade a partir de 2013 e, conforme o relatório, as diferenças regionais, entre as áreas urbanas e rurais e socioeconômicas ainda dividem o Brasil: de um lado, as classes A e B das áreas urbanas, predominantemente do sul, sudeste e centro-oeste com maior acesso; do outro, as classes C e D, sobretudo nas áreas rurais do norte e nordeste do país com acesso precário (TIC Domicílios, 2015, p. 128).

Além disso, a exclusão digital não deve ser analisada apenas sob o aspecto econômico ou técnico, mas deve incluir também a falta de capacidade social, cultural e intelectual de acesso às novas tecnologias e aos desafios da sociedade da informação (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 153).

2 Cf. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 10; Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 11.

Diante dessa realidade, a discussão sobre leis e políticas públicas que contribuam para um sistema de radiodifusão mais plural e diversificado continua relevante, considerando que a TV aberta e a rádio comercial estão, respectivamente, em 97,1% e 66,86% dos domicílios brasileiros nas áreas metropolitanas (GRUPO DE MÍDIA DE SÃO PAULO, 2016).

Os meios de comunicação são cada vez menos independentes do poder político, e, sobretudo, do poder econômico. “Nesses últimos anos, os meios de comunicação entraram em crise e tiveram problemas de benefícios e rentabilidade. Então foram se vendendo, foram se integrando a grupos maiores e, por meio de fusões, adquiriam a configuração atual” (RAMONET, 2013, p. 61).

A privatização do processo de formação da opinião pública inviabiliza, de forma parcial ou plena, a dimensão pública, compartilhada, simétrica, pluralista e reflexiva da formação de opinião em uma sociedade democrática, interferindo diretamente no processo de formação, escolha e controle da representação política.

Neste ambiente há um comprometimento do regime democrático diante da corrupção da opinião pública, como defendem Juarez Guimarães e Ana Paola Amorim (2012). “Neste viés, o domínio dos espaços de debate público mostra-se uma das mais relevantes ferramentas de persuasão social”, escreve Suzy dos Santos (2006, p. 20).

A UNESCO, no estudo conhecido como *Relatório Macbride*, intitulado “Um mundo, muitas vozes”, divulgado em 1980, reconheceu o direito à comunicação enquanto direito humano fundamental que significa muito mais que o direito a receber informações, pois abrange o direito de comunicar e, por isso, ocupa-se do direito de acesso aos meios tecnológicos necessários para a plena liberdade de expressão (p. 148-150). Neste Relatório também houve o registro do desequilíbrio no fluxo de informações Norte-Sul e da indispensabilidade da democratização da comunicação, que inclui direitos específicos, entre outros: a) direito de reunião, de discussão, de participação e direitos de associação relacionados; b) direito de inquirir, de informar e ser informado e direitos de informação relacionados; c) direito a cultura, a eleição, a intimidade, e direitos de desenvolvimento humanos relacionados” (p. 150).

O direito à comunicação exige mais do que o reconhecimento formal da liberdade de expressão, reivindicando o pluralismo e a diversidade³ dos meios de comunicação. Ele alberga

3 ARAÚJO explica que a pluralidade faz referência à quantidade de pessoas e grupos sociais que controlam os meios de comunicação; enquanto que a diversidade atine à diversidade de raça, sexo, classe social, opiniões e interesses de pessoas e grupos sociais que controlam os meios de comunicação. (2013/2014, p. 125, notas de rodapé 50 e 51).

a possibilidade de “qualquer cidadão ou grupo legalmente organizado exprimir ideias, críticas ou mensagens de toda sorte através dos veículos de comunicação de massa, notadamente o rádio e a televisão” (COMPARATO, 1994, p. 67).

O direito de acesso aos meios de comunicação foi consagrado no Artigo 6 da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, que assegura “a liberdade de expressão, o pluralismo dos meios de comunicação, o multilinguismo, a igualdade de acesso às expressões artísticas, ao conhecimento científico e tecnológico – inclusive em formato digital - e a possibilidade, para todas as culturas, de estar presentes nos meios de expressão e de difusão, são garantias da diversidade cultural” (UNESCO, 2002).

Portanto, o direito à comunicação tem autonomia e ganha ainda mais importância por facilitar o exercício e a concretização de outros direitos como, por exemplo, dos direitos políticos e dos direitos culturais. Isso porque o acesso à informação e o poder para disseminá-las permite a participação cidadã reflexiva e consciente nos mais diversos setores individuais ou sociais. “A liberdade de comunicação social é ambivalente, uma vez que envolve um feixe de direitos e é, ao mesmo tempo, um fenómeno de poder de facto” (CASTRO, 2016, p. 115).

Há o reconhecimento de uma dupla dimensão às liberdades comunicativas: uma subjetiva, de cunho liberal, ligada à livre expressão e informação e, outra, institucional (objetiva) enquanto direitos que garantem uma gama de valores afetos ao sistema democrático e que se traduzem em deveres normativos que reconduzem, em termos genéricos, à garantia de independência perante o poder econômico e estatal, não concentração da propriedade e defesa do pluralismo (CASTRO, 2016, p. 116-117).

A UNESCO divulgou, em 03 de maio de 2017, o relatório “Concentração de Propriedade de Mídia e Liberdade de Expressão: Padrões e Implicações Globais para as Américas”, chamando a atenção para a concentração indevida da propriedade dos meios de comunicação que debilita tanto a liberdade de expressão quanto a democracia, já que restringe o livre fluxo de ideias na sociedade, para o prejuízo de todos. O relatório aborda a dupla proteção dos direitos à liberdade de expressão, do “falante” e do “ouvinte”, e apresenta ações para regular o mercado de mídia, com base no direito internacional.

Sem ignorar a necessidade de uma reforma política global e articulada, a diversidade de meios de comunicação que fomentem discussões, negociações, oposições e o confronto de ideias são pressupostos para a formação de uma opinião pública independente. Portanto, é preciso avançar na análise jurídica de uma regulação constitucionalmente adequada que requer uma atuação positiva do Estado na regulação de aspectos relacionados ao mercado de atuação dos meios de comunicação, no presente caso, a televisão aberta (LIMA, 2011;

COMPARATO, 2001).

Apesar disso, as tentativas de abertura de um debate público, amplo e transparente sobre a regulação dos meios de comunicação, notadamente a rádio e a televisão aberta, são sistematicamente interditas pelos grupos de comunicação que dominam o setor, sob o argumento falacioso de que regular é o mesmo que censurar⁴.

Dessa maneira, é necessário um esclarecimento dos contornos que envolvem a censura.

1.1. A vedação constitucional da censura e a censura interna

No Brasil, as tentativas de se discutir um novo marco regulatório para a radiodifusão são vinculadas à ideia de censura.

O conceito de censura nasceu da luta política pela liberdade de consciência, de pensamento e de expressão, contra as autoridades públicas e eclesiásticas (MACHADO, 2002, p. 40 e ss) que exigiam a submissão prévia e obrigatória das manifestações a um ente, órgão ou censor que, segundo critérios morais, políticos, religiosos procedia a um exame para autorizar ou negar a publicação (JABUR, 2000, p. 218).

A Constituição Federal de 1988, no § 2º do Art. 220 da CF/88, vedou toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, ultrapassando o conceito acima mencionado para abranger medidas outras que possam obstar a divulgação ou impedir que determinadas informações sejam divulgadas. Sendo assim, entende-se que a proibição da censura prévia administrativa afigura-se como uma “regra definitiva de limite dos limites, à margem de qualquer ponderação, insusceptível por esse motivo de ser comprimida através de lei geral ou de uma outra lei especialmente direccionada à protecção de bens jurídicos determinados” (MACHADO, 2002, p. 502), ressalvada a decretação do estado de sítio repressivo, nos termos do Art. 139, inc. III da CF/88, ou do estado de sítio defensivo.

A aceitação do conceito amplo de censura, prévia e posterior, impõe dificuldades para o discernimento entre medidas censórias e aquelas que, embora restritivas, sejam legítimas, quando provenientes, por exemplo, de uma decisão judicial.

Apesar de não ser este o lugar adequado para aprofundar esta problemática, o recurso à ponderação diante do conflito entre as liberdades comunicativas e outros valores e direitos constitucionalmente garantidos não será necessariamente inconstitucional. Com efeito, a

4 Em 2009, quando da realização da 1ª Conferência Nacional de Comunicação (CONFECOM) seis entidades empresariais se retiraram da Comissão Organizadora para tentar impedir o debate sobre a regulação (LIMA, 2011, p. 40-41).

observância dos direitos da personalidade no exercício da liberdade de informação jornalística foi expressamente reconhecida no § 1º do Art. 220 da CF/88 e, conseqüentemente, não há um completo fechamento para uma intervenção judicial prévia, diante de uma violação grave, intolerável e irreparável dos direitos da personalidade, sem que, por outro lado, exista qualquer interesse público relevante (MACHADO, 2002, p. 744-745).

Entretanto, é preciso discutir, no ordenamento jurídico-brasileiro, parâmetros de valoração objetivos que devem nortear a ponderação, pois a indeterminabilidade de critérios juntamente com interpretações diversas para casos semelhantes podem ocasionar o denominado *chilling effect*, ou seja, que na prática as emissoras evitem divulgar ocorrências polêmicas para não incorrerem: a) na obrigação de assegurar tempo para exposição de todos os pontos de vista relevantes; b) no ônus decorrente do exercício dos direitos de resposta pelos supostos ofendidos; c) em condenações para o pagamento de indenizações. Em outras palavras, é preciso tomar cuidado com um possível efeito demasiadamente inibidor que uma atuação judicial despida de parâmetros pode ocasionar na atuação dos meios de comunicação (CASTRO, 2016, p. 202-237).

Vale destacar ainda que a fórmula abrangente de vedação da censura adotada pela Constituição demonstra a proibição, também, de uma censura privada (STROPPA, 2010, 156) ou censura disfarçada (LIMA, 2012, p. 129) exercida pelos próprios grupos dominantes de mídia, os quais impõem deliberadamente que determinadas notícias, contrárias aos seus interesses, não sejam divulgadas excluindo, por exemplo, o debate público de questões relativas à própria democratização das comunicações.

Aliás, o próprio Estado, sendo produtor de publicidade pelos meios de comunicação, é um cliente que, sem dúvida, tem a possibilidade de exercer uma grande pressão em relação às escolhas dos fatos noticiáveis (STROPPA, 2010, 157). “Essa situação origina um duplo discurso dos donos da mídia privada: eles denunciam intervencionismo quando as decisões democráticas não são de seu gosto, mas exigem dinheiro e ajudas públicas quando enfrentam dificuldades econômicas” (SERRANO, 2013, p. 81).

Daí a importância de discutir os critérios que orientam o destino da publicidade oficial, pois, apesar de não haver o impedimento direto de divulgação de fato ou de opinião, continua existindo um grande déficit de informações que certamente decorrem da censura interna que permeia as escolhas dos fatos e opiniões que serão noticiadas pelo meio de comunicação.

2. DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA A PUBLICIDADE OFICIAL

Um dos fatores que contribui para a manutenção do oligopólio da TV aberta existente no Brasil é o direcionamento da publicidade oficial⁵ ou a alocação de recursos públicos pelo Estado, atuação que vem tendo cada vez mais importância diante da crescente fragmentação e disputa pela publicidade comercial.

A Instrução Normativa nº 7, publicada no *DOU* de 23 de dezembro de 2014, editada pela Secretaria de Comunicação Social (Secom) da Presidência da República, e que disciplina a publicidade dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal tornou ainda mais rigorosos os critérios técnicos já em vigor e praticamente excluiu as pequenas empresas de mídia da distribuição das verbas oficiais de publicidade, pois a destinação dos recursos é proporcional ao tamanho e ao perfil da audiência de cada veículo (LIMA, 2015).

Dessa forma, este critério (audiência) contribui ainda mais para os oligopólios de mídia, pois os grandes grupos é que acabam recebendo a publicidade oficial em detrimento de fomentar mídias alternativas em nome da diversidade e da pluralidade.

Nesse ponto Veridiana Alimonti, Gustavo Gindre afirmam que:

Ao final do governo FHC, em 2002, a Globo ficava com 49% de todo o investimento federal em publicidade. Ao longo dos governos do PT, esse percentual oscilou negativamente de 59% (2003) para 36% (2014). Mesmo assim, nos 12 primeiros anos de governos petistas, apenas a emissora de TV aberta da família Marinho recebeu R\$ 6,2 bilhões do total de R\$ 13,9 bilhões gastos pelo governo em publicidade. Bem atrás, a Record obteve R\$ 2 bilhões, SBT R\$ 1,6 bilhão e Bandeirantes R\$ 1 bilhão. Ainda que os aportes estejam menos concentrados nos últimos anos, a verba publicitária segue sendo usada como elemento de concentração e aumento da distância que separa o ator hegemônico e os demais agentes desse mercado.

O Governo Temer também aumentou o investimento em publicidade, havendo um aumento de publicidade para a TV Globo em 23% no ano de 2016, conforme dados organizados por Miguel do Rosário (2016) e extraídos da Secom:

5 Note-se, a propósito, que há quem aponte a diferença estrutural entre a publicidade comercial e a propaganda. Enquanto a primeira constitui função de vender, a segunda teria por ponto de distinção o objetivo de divulgar e promover ideias de conteúdo político, religioso ou filosófico (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001). Todavia, aqui será seguida a nomenclatura utilizada na INSTRUÇÃO NORMATIVA SECOM-PR n. 7 DE 19 DE DEZEMBRO DE 2014.

TV	2016	%	2015	%	Var.%
Globo	14.215.606	42,1%	11.547.385	47,3%	23,1%
SBT	3.667.547	10,9%	2.946.546	12,1%	24,5%
Record	2.940.273	8,7%	2.921.147	12,0%	0,7%
Bandeirantes	1.855.278	5,5%	90.115	0,4%	1958,8%
Fund. N.Sra Aparecida	1.407.301	4,2%	235.248	1,0%	498,2%
TV Capital	1.245.702	3,7%	0	0,0%	-
Fund. João Paulo II	549.401	1,6%	125.705	0,5%	337,1%
TV Ômega	184.914	0,5%	360.066	1,5%	-48,6%
Fox Latin American	145.503	0,4%	790.638	3,2%	-81,6%
Telecine	88.650	0,3%	689.795	2,8%	-87,1%
EBC	68.345	0,2%	220.705	0,9%	-69,0%
Sony	66.000	0,2%	342.504	1,4%	-80,7%
Turner	42.491	0,1%	655.825	2,7%	-93,5%
Discovery	0	0,0%	485.482	2,0%	-100,0%
Total TV	33.789.803	100,0%	24.409.056	100,0%	38,4%
Total Geral	62.166.435		41.554.934		49,6%

Fonte: Secom / Elaboração Cafezinho.

O que impressiona mais, porém, nesse aumento enorme dos gastos com publicidade é a distribuição das verbas federais de publicidade, principalmente em rádios e TVs para diminuir as resistências à reforma da previdência. Dessa forma, os locutores e apresentadores populares de programas televisivos, principalmente no Nordeste, que se dedicarem a dar um enfoque positivo para as mudanças propostas convencendo a opinião pública de que a alteração da previdência, proposta pelo Governo Temer, é benéfica vão receber mais verbas federais de publicidade (ROSA; MONTEIRO, 2017).

Essa situação revela que o Poder Executivo está à mercê da TV para convencer os cidadãos de necessidade de suas políticas e intenções. Mais ainda: revela completa manipulação da opinião pública em frontal desrespeito às normas constitucionais. “Desta forma, a mídia não exerce o direito à liberdade de expressão, mas o direito à censura, na medida em que decide o que nós, cidadãos, vamos conhecer e o que não” (SERRANO, 2013, p. 78).

Segundo Celestio Joanguete: “A decisão de distribuição da publicidade proveniente das entidades estatais ou públicas deve ser feita por quotas e não tendo em conta a maior ou menor circulação ou abrangência de um órgão de comunicação social” (2017).

Owen M. Fiss defende a necessidade da fixação de critérios para a distribuição dos subsídios estatais, os quais não podem ser considerados como simples opções discricionárias dos governantes, mas sim como decisões constitucionalmente vinculadas à promoção da abertura, do pluralismo e da robustez do discurso público amplificação a voz daqueles que geralmente não conseguem se fazer ouvir. Indica como critérios: relativo grau de exclusão de

determinados grupos e ideias do discurso público; a efetiva necessidade do financiamento para que as ideias sejam divulgadas; a promoção de projetos que esclareçam questões que preocupam as pessoas; e o potencial silenciador dessas alocações sobre as vozes daqueles que estão excluídos do acesso aos meios de comunicação de massa (FISS, 2005, p. 67-98)

Os altos investimentos estatais geram uma autocensura vinculada ao temor de perda dos investimentos e, ao mesmo tempo, os meios de comunicação também se sentem à vontade para eventuais pressões pela manutenção das publicidades em troca de pautas positivas gerando um círculo pernicioso entre o poder político e os meios em que o interesse público é solapado pelo interesse na venda da informação, como o que o Brasil presencia.

Portanto, a métrica que toma em demasiado destaque apenas os índices de audiência não contribui para garantia de variedade de meios e, conseqüentemente, de fontes adequadas de informação para os cidadãos.

3. CONCESSÕES DE TV ABERTA E A LEI Nº 13.424, DE 28 DE MARÇO DE 2017

As emissoras de TV aberta (radiodifusão de sons e imagens) dependem de concessão, permissão ou autorização do Poder Executivo da União, após realização de prévia licitação⁶ entre os interessados, exigida a apreciação do Congresso Nacional – por um prazo determinado de quinze anos (Art. 223, § 5º da CF/88) em virtude de serem reconhecidos como serviços públicos (as ondas hertzianas são de domínio público e não privado)⁷, nos termos dos artigos 21, XI, XII, “a”, 49, XII e 223 da CF/88.

Para que não haja renovação da concessão, permissão ou autorização exige-se um quórum de dois quintos dos membros do Congresso Nacional em votação nominal (§ 2º do Art. 223). Já o cancelamento, durante a vigência do contrato, somente pode decorrer de decisão judicial (§ 4º do Art. 223).

Apesar de a Constituição proibir a formação de monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação (§ 5 de seu Art. 220) a ausência de complementação para definir os contornos que caracterizariam o monopólio e o oligopólio nos meios de comunicação minou a eficácia da norma que não foi apta para reduzir a concentração de propriedade que marca o setor, como já mencionado.

6 Decreto 2.108/96, que alterou o sistema de outorgas regulamentado pelo Decreto 52.795/63 e estabeleceu a exigência de licitação aos interessados a executar o serviço de radiodifusão de sons e imagens e a dispensa de processo licitatório para televisões e rádios com fins exclusivamente educativos.

7 Como pontua MACHADO, 2002, p. 521-525, ao fazer referência à Portugal, a escassez do espectro de frequências eletromagnéticas já foi superada, mas, mesmo assim, o tratamento diferenciado continua sob a justificativa do elevado potencial comunicativo e intrusivo dos meios de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Conforme esclarece Bráulio Santos Rabelo de Araújo, a proibição do monopólio e oligopólio nos meios de comunicação social não se limita a um viés meramente econômico, diante da importância que o sistema de comunicação tem para a democracia, ao divulgarem (i) as informações relativas ao exercício do poder público, (ii) as demais informações socialmente relevantes, *v.g.* as relativas à economia, ciência e tecnologia, cultura e política nacional e internacional, e (iii) as opiniões e interesses de representantes de distintos setores sociais, de maneira a garantir:

- (i) que o controle dos veículos de comunicação esteja, na maior medida possível, pulverizado entre a diversidade de cidadãos e grupos de interesse da sociedade; e
- (ii) que o sistema de comunicação seja capaz de apresentar de forma ampla e equilibrada:
 - a) fatos e informações socialmente relevantes;
 - b) opiniões e interesses representativos dos diversos grupos que compõem a sociedade; e
 - c) uma programação cultural que reflita a diversidade cultural da sociedade (2013/2014, p. 123-124).

A área de licenciamento e distribuição do espectro é uma das determinantes para que haja a garantia da pluralidade. Tanto é assim que dentre os indicadores de desenvolvimento da mídia, formulados pela UNESCO, houve o destaque para a preocupação com o “licenciamento e distribuição do espectro” na categoria que teve como norte a verificação da “pluralidade e diversidade da mídia, igualdade de condições no plano econômico e transparência da propriedade” (2010).

Conforme esclarece Venício Lima, a TV aberta é considerada radiodifusão e tem na Lei 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) o principal instrumento regulador da atividade de radiodifusão de sons e imagens do país; a TV paga é tratada como telecomunicação e é regida por normas que dependem da tecnologia utilizada: a televisão via cabo obedece a uma Lei (Lei 8.977/1995); e as televisões via micro-ondas (MMDS), via satélite (DTH) ou chamadas de “serviço especial” (TVA) são reguladas pelo Decreto 2.196/1997 (2011, p. 82).

Há, porém, singelos limites para as outorgas de concessão ou permissão para execução do serviço de radiodifusão estipulados Art. 12 pelo do Decreto-Lei 236/67. Tal legislação busca restringir a concentração ao prever uma limitação máxima, por entidade, de 10 (dez) outorgas de estações radiodifusoras em todo o território nacional, sendo no máximo 5 (cinco) em VHF e 2 (duas) por Estado (artigo 12º, caput), o que representa um limite ao alcance territorial da transmissão de sinais e, conseqüentemente, à audiência das emissoras. Neste limite não devem ser consideradas, porém, as estações repetidoras e retransmissoras de televisão pertencentes às estações geradoras (artigo 12º, §2º). O § 3º do artigo 14 do Decreto

nº 52.795/1963, com redação dada pelo Decreto nº 2.108, de 24.12.1996, também veda a mesma entidade ou as pessoas que integram o seu quadro societário e diretivo de serem contempladas com mais de uma outorga do mesmo tipo de serviço de radiodifusão na mesma localidade.

Ainda no § 7º do Art. 12 do Decreto-Lei 236/67 há vedação de que as empresas concessionárias ou permissionárias de serviço de radiodifusão estejam subordinadas a outras entidades que se constituem com a finalidade de estabelecer direção ou orientação única, através de cadeias ou associações de qualquer espécie.

Entretanto, a interpretação dada pelo Ministério das Comunicações tornou tais limitações praticamente inócuas, pois: “considera ‘entidade’ como significando ‘pessoa física’ e, ademais, não leva em conta o parentesco”; “em relação ao parágrafo 7º, o Ministério das Comunicações não considera as ‘redes’ – formadas com a ‘afiliação’ contratual de emissoras – como constituindo subordinação ‘com a finalidade de estabelecer direção ou orientação única’ (LIMA, 2011, p. 86). A própria ANCINE, ao divulgar o estudo “TV Aberta no Brasil: aspectos econômicos e estruturais”, reconhece que as limitações existentes não afastaram a possibilidade de concentração de concessões e autorizações de radiodifusão, no seguinte sentido:

Em geral, as redes se estruturam ao redor de uma emissora principal – a CdR –, com maior poder econômico e responsável pela marca comercial (branding) principal do conjunto de emissoras afiliadas, pela maior parte da programação dos conteúdos veiculados por elas e pela captação do maior volume de verbas publicitárias, que serão distribuídas entre as emissoras afiliadas.

[...]

Todavia, as CdRs costumam celebrar acordos de afiliação⁸, para que consigam alcançar uma cobertura a nível nacional (ANCINE, 2015, p. 26).

Resultado desse desrespeito aos limites é a consolidação de um regime de mídia privatizado, com concentração de poder econômico horizontal⁹ e vertical¹⁰ e que não tem qualquer limitação à propriedade cruzada¹¹.

8 Os acordos de afiliação entre as CdRs e outras concessionárias geradoras permitem que as primeiras passem a transmitir grande parte da grade de programação para a segunda e, assim, contornar os limites estipulados pelo Art. 12 pelo do Decreto-Lei 236/67, acima citados (ANCINE, 2015, p. 26).

9 Concentração de poder econômico em um determinado mercado relevante, *v.g.*, mercado de rádio em determinado município (Braulio, p. 128, nota de rodapé 56).

10 Concentração de poder econômico mediante o controle de empresas que atuam em etapas distintas da produção de uma mercadoria, *v.g.*, o controle de empresas de produção e de distribuição de conteúdo (Braulio, p. 128 nota de rodapé 57).

11 A propriedade cruzada refere-se à situação de um mesmo proprietário, pessoa física ou jurídica, controlar diferentes veículos de comunicação como, por exemplo, jornal, revista, rádio AM, rádio FM, TV aberta, TV paga, provedor de internet – no mesmo mercado seja local, regional ou nacional (cf. Lima, Cultura do Silêncio e democracia no Brasil, p. 157, nota de rodapé 2). Mencione-se, por exemplo, o Art. 38, 4 da Constituição da República Portuguesa que proíbe expressamente a concentração por meio de participações múltiplas ou cruzadas.

No Brasil, houve a escolha por um sistema de radiodifusão que privilegia a atividade privada comercial (*trusteeship model*) estruturada a partir das redes nacionais¹² de televisão, de capital fechado e administração familiar, em que os conglomerados que lideram as maiores redes privadas (Globo, Record, Band, SBT, Rede TV!, CNT e Gazeta) controlam, direta e indiretamente, a programação brasileira (ANCINE, 2015). Por meio de empresas afiliadas as redes de comunicação burlam as limitações ao oligopólio e difundem sua programação quase por todo o território nacional: a Globo atinge 98,6%, o SBT (85,7%), Record (79,3%) e Band (64,1%), apesar de a Constituição Federal impor no Art. 221, incisos II e III o fomento à produção independente e regional (PELLEGRINI, 2015).

Para além de todo esse cenário, a discussão sobre a necessidade de regulação vem sendo feita na sociedade civil. Cite-se a formulação do anteprojeto de lei da mídia democrática, chamado ora de “projeto de lei da mídia democrática” ora “projeto de lei da comunicação eletrônica”, pela campanha “Para expressar a liberdade”, lançada em agosto em 2012. De forma geral, o anteprojeto traz a regulamentação das comunicações no tocante ao disposto nos artigos 5º, 21, 220, 221, 222 e 223 da CF/88 (FNDC, 2014).

Mas na contramão do diálogo com os movimentos sociais pela democratização das comunicações no Brasil houve, em 28 de março de 2017, a publicação da [Lei nº 13.424, resultado](#) da Conversão da Medida Provisória nº 747, de 2016¹³, que altera as Leis nºs 5.785, de 23 de junho de 1972, 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, 4.117, de 27 de agosto de 1962, 6.615, de 16 de dezembro de 1978, para dispor sobre o processo de renovação do prazo das concessões e permissões dos serviços de radiodifusão.

Pelas novas regras fixadas no Art. 3º, as entidades cujas concessões ou permissões se encontrem vencidas e que não tenham apresentado seus pedidos de renovação dentro do prazo poderão fazê-lo no prazo de noventa dias, contado da data de sanção desta Lei, desde que não tenha havido manifestação do Congresso Nacional na forma estabelecida no § 2º do art. 223 da Constituição Federal. Note-se que a referida possibilidade não exigiu qualquer justificativa para a perda do prazo e muito menos estipulou um período temporal, ou seja, pode haver prazos escoados há anos. O único limite foi a hipótese de ter havido manifestação expressa do Congresso Nacional pela não renovação.

Mesmo aquelas emissoras que já tiveram as suas outorgas declaradas peremptas

12 A infraestrutura física de transmissão de sinais em rede se dá através de estações geradoras, retransmissoras e repetidoras, cujas definições são dadas pelo Decreto 5.371/05. No Brasil, as emissoras se organizam em redes nacionais de televisão, estruturadas por cabeças de rede (CdRs) nacionais, regionais e estaduais que, em diferentes graus, inserem programas e publicidade e montam a grade de programação a ser transmitida por um conjunto de emissoras locais a suas respectivas áreas de cobertura (ANCINE, 2015, p. 13).

13 Fica um questionamento antecedente sobre a existência de relevância e urgência a amparar a referida MP 747, conforme exigido no Art. 62 da CF/88.

também terão o prosseguimento do pedido de renovação, caso o Congresso Nacional ainda não tenha se manifestado sobre o caso (Art. 2º, parágrafo único). Ainda, as entidades que não apresentarem pedido de renovação no prazo de doze meses que antecedem o final da outorga serão notificadas pelo órgão competente do Poder Executivo para que se manifestem no prazo de noventa dias, contado da data da notificação (Art. 4, §3º da Lei nº 5.785/1972 com a redação dada pela Lei Nº 13.424/ 2017).

Na exposição de motivos para edição da MP 747/2016, constou a seguinte justificativa:

A situação atualmente enfrentada por esta Pasta representa grande dificuldade do cumprimento dos procedimentos pelo setor regulado, que continuamente perde o momento legal vigente para protocolar os pedidos de renovação. Resulta disso o fato de esta Pasta dispor de centenas de pedidos de renovação, cujos interessados não se atentaram para o prazo legal, o que já está comprometendo a prestação e a continuidade do serviço público de radiodifusão – destacado no original.

Dessa forma, as regras para as concessões foram flexibilizadas a partir de uma permissão ampla e sem exigência de qualquer justificativa pelo atraso na formulação do pedido de renovação, facilitando e cooperando com a desídia das empresas que não fizeram o pedido de renovação dentro do prazo legal. Esta situação deveria, na verdade, implicar na possibilidade de abertura de licitações em que outras empresas pudessem concorrer pela exploração de espectro eletromagnético (BARBOSA, 2017). Não há justificativa plausível para as alterações promovidas pela Lei nº 13.424/2017 que, na verdade, facilitam a manutenção do sistema nos mesmos radiodifusores.

Outra alteração promovida foi a revogação das alíneas a, b e c do Art. 34 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962) que exigiam dos candidatos à concessão: prova de idoneidade moral; demonstração dos recursos técnicos e financeiros de que dispõem para o empreendimento; a indicação dos responsáveis pela orientação intelectual e administrativa da entidade. Além disso, foi excluído do texto da referida lei (§ 3º do Art. 33) a exigência de cumprimento de “todas as obrigações legais e contratuais” e o atendimento “ao interesse público” como requisito para o direito à renovação das outorgas.

Referidas exclusões enfraquecem ainda mais a quase inexistente fiscalização que o poder público deve fazer quando de uma concessão ou de sua renovação. Em síntese, no atual modelo de mercado de TV aberta existente no Brasil, essas exclusões fragilizam ainda mais a contribuição que tais meios deveriam dar para a consolidação democrática, pois simplesmente retiraram a obrigação de ter o interesse público como orientador para continuarem com a concessão.

A alegada desburocratização não é motivação apta para desqualificar as responsabilidades que os meios de comunicação devem ter. “Se o (antigo) Ministério das Comunicações (hoje Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações) já pouco fiscalizava o cumprimento dessas “obrigações legais e contratuais” e nada olhava para o atendimento “ao interesse público” no momento de renovar licenças, agora isso nem mais será solicitado (Barbosa, 2017).

Ainda, a Lei nº 13.424/2017 retirou a exigência, que constava na alínea c do Art. 38, de prévia autorização do Poder Executivo para qualquer alteração nos objetivos sociais das empresas concessionárias, assim como de cessões de cotas e de ações que alterassem o controle societário das empresas, inclusive para as outorgas que estiverem funcionando em caráter precário, isto é, que ainda não tiveram os seus processos de renovação concluídos.

A justificativa dada para a referida alteração foi no seguinte sentido: “[...] que qualquer acúmulo de análises no Ministério não acabe frustrando oportunidades negociais, tampouco prejudicando interesses econômicos dos particulares e interesses sociais da população que almeja se manter com bons veículos de comunicação” (Exposição de Motivos MP 747/2016).

Todavia, para além de critérios econômicos, como o alegado, é premente a observação das regras mínimas existentes para que não haja uma concentração ainda maior na exploração dos canais. Esta alteração prejudica a concorrência legalizando um “verdadeiro balcão de negócios das concessões de rádio e TV” (Barbosa, 2017).

3.1. O coronelismo eletrônico

Se não bastasse a estrutura oligopolizada e privatizada que conforma a TV aberta no Brasil, a utilização das concessões de TV, comercial, educativa e comunitária, como ‘moeda de barganha’ entre o governo e políticos (‘coronelismo eletrônico’) e consolidada no Brasil urbano da segunda metade do século XX (LIMA, 2015, p. 327), permanece mesmo com a redação dada pelo Art. 54 da Constituição Federal de 1988 que veda categoricamente, desde a expedição do diploma, os Deputados e Senadores de “firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes” (art. 54, inciso I, alínea a); e que, “desde a posse, não poderão ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades referidas no inciso I, a” (art. 54, inciso II, b).

Apesar dessas normas constitucionais, a Comissão de Ciência e Tecnologia,

Comunicação e Informática (CCTCI) e a Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações entendem que as vedações constitucionais supracitadas não vedam a propriedade, havendo apenas proibição de que os parlamentares gerenciem ou dirijam os meios (LIMA, 2015, p. 327).

Nesse contexto, na prática, há um esvaziamento da vedação constitucional e o próprio poder concedente muitas vezes é confundido com o próprio concessionário. A situação revela um óbvio conflito de interesses, uma vez que cabe ao Congresso Nacional apreciar os atos de concessão e renovação das licenças de emissoras de rádio e TV, além de fiscalizar o serviço.

Venício Lima explica que:

Ao controlar as concessões, o novo coronel promove a si mesmo e aos seus aliados, hostiliza e cerceia a expressão dos adversários políticos e é fator importante na construção da opinião pública, cujo apoio é disputado tanto no plano estadual como no federal. No coronelismo eletrônico, portanto, a moeda de troca continua sendo o voto, como no velho coronelismo. Só que não mais com base na posse da terra, mas no controle da informação, vale dizer, na capacidade de influir na formação da opinião pública (2015,328).

Após uma verificação minuciosa nas declarações de bens dos candidatos eleitos para o legislativo, utilizando o sistema DIVULGACAND 2010/2014, disponível no sítio do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) foi constatado um número expressivo de legisladores que declararam ao órgão seja na forma de quotas, propriedade do capital social ou participação societária, sendo necessária a consulta na Receita Federal para obter dados completos, um total de 31 deputados (6% da casa) e 9 senadores (11% da casa), que detém participação em uma ou mais empresas de comunicação (COELHO; STROPPIA, 2017, p. 125-226).

O projeto “Excelências”, ligado ao Transparência Brasil, revela que, na atual legislatura na Câmara dos Deputados (2015-2019), 43 deputados são concessionários de serviços de rádio ou TV, o que representa 8,4% do total dos membros da Casa; 19 senadores são concessionários – o que representa 23,5% dos membros da Casa, sem contar os “laranjas” que dificultam a localização (VIEIRA, 2014).

Buscando combater essa situação, foram apresentadas duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 246 e 379, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), distribuídas por dependência ao Min. Gilmar Mendes, sendo o pedido desta um pouco mais abrangente e no seguinte sentido:

[...] declare inconstitucional, com eficácia erga omnes e efeito vinculante: (i) o controle de concessão, permissão ou autorização de radiodifusão por pessoa jurídica que possua político titular de mandato eletivo como sócio ou associado, direto ou indireto; (ii) a participação, direta ou indireta, de político titular de mandato eletivo como sócio ou associado de pessoa jurídica concessionária, permissionária ou autorizatória de radiodifusão; (iii) a outorga e a renovação, pela União (Presidência

da República e Ministério das Comunicações), de concessão, permissão ou autorização de radiodifusão a pessoa jurídica que possua político titular de mandato eletivo como sócio ou associado, direto ou indireto; (iv) a aprovação, pelo Congresso Nacional, da outorga e da renovação de concessão, permissão ou autorização de radiodifusão a pessoa jurídica que possua político titular de mandato eletivo como sócio ou associado, direto ou indireto; (v) a diplomação, pelo Poder Judiciário, de político eleito que seja, direta ou indiretamente, sócio ou associado de pessoa jurídica concessionária, permissionária ou autorizatária de radiodifusão; (vi) o empossamento, pelo Poder Legislativo, de político eleito que seja, direta ou indiretamente, sócio ou associado de pessoa jurídica concessionária, permissionária ou autorizatária de radiodifusão; e (vii) a omissão da União (Ministério das Comunicações) em fiscalizar concessões, permissões e autorizações de radiodifusão de forma a evitar a continuidade da prestação do serviço de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, diretos ou indiretos (Supremo Tribunal Federal, ADPF 379)

Os argumentos jurídicos tecidos nas ADPF corroboram que a outorga ou renovação de concessões, permissões e autorizações a pessoas jurídicas ligadas a políticos que exercem mandatos eletivos impede a livre expressão, o livre exercício da atividade de imprensa, o controle público do exercício do poder estatal, a realização de eleições livres, a divulgação de informações acerca do exercício do poder estatal e dos temas de interesse, sendo deletérias para o regime democrático. Nesse sentido, foi o parecer favorável do Procurador Geral da República à ADPF 379. Já, a Advocacia Geral da União defendeu a rejeição dos pedidos deduzidos na ADPF 379, aduzindo que não se pode aferir diretamente das concessões aos parlamentares a manipulação da opinião pública.

Apesar de o STF não ter julgado as referidas ações, deve-se salientar o voto da Min. Rosa Weber no julgamento da Ação Penal 530, porque reconheceu que os artigos 54, I, “a” e 54, II, “a” da Constituição Federal de 1988 contêm uma proibição clara que impede deputados e senadores de serem sócios de pessoas jurídicas titulares de concessão, permissão ou autorização de radiodifusão. Disse: [...] Há um risco óbvio na concentração de poder político com controle sobre meios de comunicação de massa. Sem a proibição, haveria um risco de que o veículo de comunicação, ao invés de servir para o livre debate e informação, fosse utilizado apenas em benefício do parlamentar, deturpando a esfera do discurso público”. (WEBER).

Uma investigação promovida por Organizações da Sociedade Civil (REPRESENTAÇÃO, 2015) foi endereçada à Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, em São Paulo, relatando que, após pesquisa no site do Sistema de Acompanhamento de Controle Societário – Siacco, da Anatel, verificou-se que atualmente 43 parlamentares – 34 deputados e 9 senadores – são sócios de pessoas jurídicas prestadoras de serviços de radiodifusão. Na representação houve pedido de atuação do Ministério Público para pedir o cancelamento das concessões, permissões e autorizações de radiodifusão outorgadas a pessoas

jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados. A representação contra os políticos radiodifusores de todo o país segue tramitando junto às Procuradorias Regionais dos Direitos do Cidadão do MPF em cada um dos 18 estados de origem dos políticos listados.

A partir disso, várias ações foram iniciadas em vários estados do país. Já existem decisões judiciais em tribunais superiores retirando as concessões de parlamentares, como, por exemplo, a decisão liminar concedida em razão do Agravo de Instrumento nº 0012093-34.2017.4.01.0000/PA (processo original nº 0027003-40.2016.4.01.3900) em que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), em Brasília, suspendeu a concessão da Rádio Clube do Pará (PRC5), de propriedade do senador Jader Barbalho (PMDB-PA) e de sua ex-esposa, a deputada federal Elcione Barbalho (PMDB-PA), fixando multa pecuniária de R\$ 50 mil por dia. Além dessa ação, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou outras quatro ações judiciais para cancelar as concessões de radiodifusão que têm como sócios detentores de mandatos eleitorais no Pará e Amapá¹⁴ (VIEIRA, 2014).

O Ministério Público Federal no Distrito Federal (MPF/DF) propôs várias ações civis públicas para anular a renovação e/ou concessão **de** outorga **de** cinco empresas **de** rádio e **TV de** deputados e ex-deputados federais. Para o MPF, houve favorecimento pessoal nas **concessões**, uma vez que os parlamentares – sócios das empresas – participaram das votações em que foram analisados e **deferidos** os pedidos **de** concessão e renovação **dessas** outorgas. (MPF/DF)

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) **determinou** o cancelamento das concessões **de** cinco emissoras **de** rádio que têm como sócios proprietários os **deputados** federais Luiz Felipe Baleia Tenuto Rossi (PMDB) e Paulo Roberto Gomes Mansur (PRB). A medida atende a pedido do Ministério Público Federal que, por meio da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão em São Paulo, ajuizou ações civis públicas contra os parlamentares em novembro de 2015. Com as **decisões**, fica suspensa a execução dos serviços **de** radiodifusão da Rádio Cultura FM Santos LTDA., da Sociedade Rádio Cultura São Vicente LTDA. e da Empresa **de** Comunicação PRM LTDA., **de** Beto Mansur, bem como da Rádio Show **de** Igarapava LTDA. e da Rádio AM Show LTDA., que contam com a participação **de** Baleia Rossi em seus quadros societários¹⁵ (MPF/SP).

14 Numerações processuais: Sistema Clube, RBA, Elcione Barbalho e Jader Barbalho: nº 0026999-03.2016.4.01.3900; Beija-Flor Radiodifusora e Cabuçu Borges: nº 0027000-85.2016.4.01.3900; Carajás FM e Elcione Barbalho: nº 0027001-70.2016.4.01.3900; Belém Radiodifusão e Jader Barbalho: nº 27002-55.2016.4.01.3900; Rádio Clube PRC-5, Elcione Barbalho e Jader Barbalho: nº 0027003-40.2016.4.01.3900.

15 Os números processuais das ações propostas em São Paulo são 0023970-18.2015.4.03.6100, 0023969-33.2015.4.03.6100 e 0023971-03.2015.4.03.6100. Para consultar a tramitação, acesse <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>.

Essa atuação do Ministério Público Federal no combate ao coronelismo eletrônico, levou o Presidente da República a apresentar Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 429), distribuído à Ministra Rosa Weber. Nesta ação, pede-se que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de decisões judiciais que têm impedido a outorga ou a renovação de concessões de rádio e TV a detentores de mandato eletivo. Sustenta-se que decisões nesse sentido ofendem preceitos fundamentais como o do valor social do trabalho e da livre iniciativa, da primazia da lei, da livre expressão e da liberdade de associação. Houve pedido de medida cautelar para determinar que houvesse a suspensão da tramitação de todas as ações que tratam do tema, sob a justificativa de possibilidade de suspensão dos serviços. Todavia, a Min. Rosa Weber indeferiu o pedido.

De fato, espera-se que o Supremo Tribunal Federal julgue procedentes as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 246 e 372 e improcedente a Arguição 429, impedindo a continuidade do vínculo histórico entre parlamentares e as concessões de rádio e TV, situação absurda e nefasta para o regime democrático.

CONCLUSÃO

A regulação e a fiscalização do setor de comunicação social é uma imposição constitucional, como se extrai da interpretação dos dispositivos constitucionais. Por meio de normas casuísticas e voltadas para flexibilizações, sem sopesar o interesse público e dialogar com movimentos sociais representativos que discutem a democratização da comunicação, o avanço é bastante duvidoso. Nesse passo, é que está a Lei nº 13.424 de 28 de março de 2017, resultado da Conversão da Medida Provisória nº 747, de 2016.

Há estudos e convenções internacionais combatendo o oligopólio midiático e, no Brasil, a ausência de regulação gera um sistema centralizado, com concentração de poder econômico horizontal e vertical e que não tem qualquer limitação à propriedade cruzada. Dessa forma, a interdição das discussões sobre a regulação é muito eficaz, bastando uma pauta que vincule, de maneira falaciosa, a regulação à censura. Todavia, na verdade, atualmente, o principal problema está na censura interna ocasionada pela dependência que os meios têm do poder econômico e político.

O direcionamento da publicidade oficial não pode ser considerado como simples opção discricionária do governo, mas sim como opção constitucionalmente vinculada à promoção da abertura, do pluralismo e da robustez do discurso público, voltadas para o pluralismo e a diversidade. Por isso, não é possível a destinação dos recursos seja apenas orientada pelo tamanho e perfil da audiência de cada veículo, como desenvolvido.

Valoriza-se a atuação que o Ministério Público Federal vem fazendo no combate ao coronelismo eletrônico sendo inconcebível admitir a outorga ou renovação de concessões, permissões e autorizações para as pessoas jurídicas ligadas a políticos que exercem mandatos eletivos em confronto com as normas constitucionais. Tal prática impede a livre expressão, o livre exercício da atividade de imprensa, o controle público do exercício do poder estatal, a realização de eleições livres, a divulgação de informações acerca do exercício do poder estatal e dos temas de interesse, sendo deletérias para o regime democrático. Enfim, espera-se que o Supremo Tribunal Federal julgue procedentes as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 246 e 372 e improcedente a Arguição 429, impedindo a continuidade do vínculo histórico entre parlamentares e as concessões de rádio e TV.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA (ANCINE). (2015). *TV Aberta no Brasil: aspectos econômicos e estruturais*. Disponível em: <http://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/televisao/pdf/Estudo_TVAberta_2015.pdf>. Acesso em: 15 abr.2017.

ALIMONTI, Veridiana; GINDRE, Gustavo. *Donos da mídia e de muito mais*. Disponível em: <<http://www.vigencia.org/artigo/5-donos-da-midia-e-de-muito-mais/>>. Acesso em: 10 jun.2017).

ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. Limites à concentração de propriedade dos meios de comunicação – Poder do Estado e papel do SBDC. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE* | Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 105-137, set. 2013/fev. 2014.

BARBOSA, Bia. O escárnio de Temer com as concessões de rádio e TV. *Blog do Intervezes*, 29/03/2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervezes/o-escarnio-de-temer-com-as-concessoes-de-radio-e-tv>. Acesso em: 10 jun.2017.

BRASIL. *Código Brasileiro de Telecomunicações* (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 11 de jun.2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em:< www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 jun.2017.

BRASIL. *Lei nº 13.424*, de 28 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13424.htm> **Acesso em: 10 jun.2017.**

BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES. *Exposição de Motivos nº 00066/2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-747-16.pdf>.

Acesso em: 10 jun.2017.

BRASIL. SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. *Instrução normativa Secom-PR n. 7*, de 19 de dezembro de 2014. Disponível em: < <http://www.secom.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/arquivos-de-instrucoes-normativas/2014in07publicidade.pdf>> Acesso em: 10 de jun.2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM COMUNICAÇÕES E PUBLICIDADE – CONTCOP. *Petição inicial da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 11*. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4003096>>. Acesso em: 15 set.2016.

CASTRO, Raquel Alexandra de Jesus Gil Martins Brízida. *Constituição, lei e regulação dos media*. Coimbra: Almedina, 2016.

COELHO, Thales; STROPPA, Tatiana. Oligopólio midiático e o coronelismo comunicacional: empecilhos a formação de uma opinião pública livre. *AMPLIANDO Revista Científica da Facerb*, v. 4. n. 1. Jan./Jun.2017, p. 119-132. Disponível em: < <http://www.cnecrij.com.br/ojs/index.php/ampliando/article/view/378>>. Acesso em: 20 mai.2017.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. (2016). *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros* [livro eletrônico] : TIC domicílios 2015 / Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR [editor]. -- São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil. 3.700 Kb; PDF. Disponível em: <http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Dom_2015_LIVRO_ELETRONICO.pdf> Acesso em: 10 fev.2017.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, p. 149-166, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Nótula sobre o direito à comunicação social. In: Cavalcanti Filho, José Paulo (org). *Informação e poder*. Rio de Janeiro: Record, 1994

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e Prefácio de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FÓRUM NACIONAL PELA DEMOCRATIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO. FNDC. *Projeto de lei*. Disponível em: <http://www.paraexpressaraliberdade.org.br/?page_id=762>. Acesso em: 14 out. 2014.

GUIMARÃES, Juarez; AMORIM, Ana Paola. *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão*. São Paulo: Boitempo, 2013.

GRUPO DE MÍDIA DE SÃO PAULO. *Mídia Dados – 2016*. Disponível em:<

https://dados.media/#/view/CATEGORY/RADIO/MDB_RAD_PROJECAO_DE_DOMICILIOS_COM_RADIO>. Acesso em: 21 de jun. de 2017.

INTERVOZES (Coletivo Brasil de Comunicação Social) *et. al. Representação*. Disponível em:<[http://www.fndc.org.br/system/uploads/ck/files/Representa%C3%A7%C3%A3o_Pol%C3%ADticos_MPF\(1\).pdf](http://www.fndc.org.br/system/uploads/ck/files/Representa%C3%A7%C3%A3o_Pol%C3%ADticos_MPF(1).pdf)>. Acesso em: 05 jun.2017.

INTERVOZES (Coletivo Brasil de Comunicação Social). *Dossiê Violações do direito à comunicação*. Brasília, DF, 2008.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JOANGUETE, Celestio. A publicidade deve ser distribuída por quotas, 2017. Disponível em: <<http://www.irex.org.mz/2017/06/06/a-publicidade-deve-ser-distribuida-por-quotas-celestino-joanguete/>>. Acesso em: 15 jun.2017.

LIMA, Venício Artur de. *Cultura do silêncio e democracia no Brasil: ensaios em defesa da liberdade de expressão (1980-2015)*. Brasília: Editora UnB, 2015.

LIMA, Venício Artur de. Por que não há uma narrativa pública alternativa? *Observatório da Imprensa*, edição 845, 06/04/2015. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/jornal-de-debates/por-que-nao-ha-uma-narrativa-publica-alternativa/>>. Acesso em: 15 de jun.2017.

LIMA, Venício Artur de. *Regulação das comunicações: história, poder e direitos*. São Paulo: Paulus, 2011.

LEMONS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia*. São Paulo: Paulus, 2010.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL . *MPF/DF questiona concessões de rádio e TV de parlamentares*. Disponível em:<<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-df-questiona-concessoes-de-radio-e-tv-de-parlamentares>>. Acesso em: 15 jun.2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF/SP obtém cancelamento das concessões de rádios administradas pelos deputados Beto Mansur e Baleia Rossi*. Disponível em:<<http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/apos-acoes-do-mpf-sp-trf-3-cancela-concessoes-de-emissoras-de-radio-administradas-pelos-deputados-baleia-rossi-e-beto-mansur>>.Acesso em: 20 jun.2017

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). *Petição inicial da Arquição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 246*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4183656>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). *Petição inicial da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 10*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3984619>>. Acesso em: 10 jan.2015.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). *Petição inicial da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 379*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4900898>>. Acesso em: 10 jun.2017.

PELLEGRINI, Marcelo. Rádio e TV no Brasil, uma terra sem lei. *CARTA CAPITAL*. 10 nov. 2015. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/radio-e-tv-no-brasiluma-terra-sem-lei-8055.html>>. Acesso em 14 jul. 2016.

PRESIDENTE DA REPÚBLICA. *Petição inicial da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 429*. Disponível em:<[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=599650387#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20\(63062/2016\)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=599650387#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20(63062/2016)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial)>. Acesso em: 10 de jun.2017.

RAMONET, Ignacio. Meios de comunicação: um poder a serviço de interesses privados? In: MORAES, Dênis; RAMONET, Ignacio; SERRANO, Pascual. *Mídia, poder e contrapoder: da concentração monopólica à democratização da informação*. São Paulo: Boitempo, 2013.

ROSA, Vera; MONTEIRO, Tânia. Planalto apela à verba de publicidade para aprovar reforma da Previdência, O Estado de S. Paulo, 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,planalto-apela-a-verba-de-publicidade-para->>. Acesso em: 18 jun.2017.

ROSÁRIO, Miguel. Mais informações sobre os gastos do governo Temer com publicidade. 17/10/2016. Disponível em:< <http://www.ocafezinho.com/2016/10/17/mais-informacoes-sobre-os-gastos-do-governo-temer-com-publicidade/>>. Acesso em: 05 mai.2017.

SACAVINO, Susana. *Direitos Humanos e Políticas Públicas no Brasil*. Disponível em: <http://portal.uasb.edu.ec/padh_contenido.php?pagpath=1&swpath=inf&cd_centro=5&ug=ig&cd=1587>. Acesso em: 02 jun.2017.

SANTOS, Suzy dos. E-Sucupira: o Coronelismo Eletrônico como herança do Coronelismo nas comunicações brasileiras. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação*. Dezembro de 2006, p. 1-27. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/e-sucupira-o-coronelismo-eletronico-como-heranca-do-coronelismo-nas-comunicacoes-brasileiras%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/e-sucupira-o-coronelismo-eletronico-como-heranca-do-coronelismo-nas-comunicacoes-brasileiras%20(3).pdf)>. Acesso em: 05 jun.2017.

SERRANO, Pascual. Democracia e liberdade de imprensa. In: MORAES, Dênis; RAMONET, Ignacio; SERRANO, Pascual. *Mídia, poder e contrapoder: da concentração monopólica à democratização da informação*. São Paulo: Boitempo, 2013.

STROPPA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da*

liberdade de informação jornalística. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010,

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação penal 530*, voto da Min. Rosa Weber. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516225>. Acesso em 15 de jun.2017).

THE ECONOMIST. *Democracy in an age of anxiety*. 2016. Disponível em:< <http://www.eiu.com/topic/democracy-index>>. Acesso em: 10 jun.2017.

UNESCO. *Concentración de medios y libertad de expresión: Normas globales y consecuencias para las Américas*. Uruguay: Oficina Regional de Ciencias de la UNESCO para América Latina y el Caribe, Oficina de UNESCO en Montevideo, 2017. Disponível em:< <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002480/248091S.pdf>>. Acesso em: 10 mai.2017.

UNESCO. *Un solo mundo, voces múltiples: comunicación e información en nuestro tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org>>. Acesso em: 12 out. 2006.

UNESCO. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em 05 abr. 2012.

UNESCO. *Indicadores de desenvolvimento da mídia: marco para a avaliação do desenvolvimento dos meios de comunicação*. – Brasília: UNESCO, 2010. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001631/163102POR.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2010.

VIEIRA, Ramênia. Justiça federal suspende concessão de rádio dos parlamentares Jader e Elcione Barbalho. 14/06/2014. Disponível em< <https://www.fndc.org.br/clipping/justica-federal-suspende-concessao-de-radio-dos-parlamentares-jader-e-elcione-barbalho-953431/>> Acesso em: 20 jun.2017.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO À EDUCAÇÃO PERANTE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Douglas Henrique de OLIVEIRA¹
Luiz Henrique Batista de Oliveira PEDROZO²

RESUMO

Este estudo foi desenvolvido com o intuito de investigar criticamente o tratamento concedido ao Direito à Educação pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Com isso, pretende-se compreender o compromisso instituído nessa lei, sempre atento a outros diplomas legais os quais versem sobre assuntos correlatos, de modo a desmistificar seu significado tendo como alvo não apenas o público com formação jurídica, mas principalmente os que atuam diretamente na área da Educação, sempre atento aos problemas e desafios encontrados no cotidiano de quem lida com o tema. Assim, na busca pela construção de um espaço para a reflexão, almeja-se contribuir para a efetivação do Direito à Educação, um dos grandes desafios que se apresenta para o futuro.

PALAVRA-CHAVE: Direito à Educação, Estatuto da Criança e do Adolescente, Direito Social, Educação

ABSTRACT

This study aims in critically investigate the treatment given to the Right to Education by the Child and Adolescent Statute. For such, we intended to understand the commitment established in this law, aware of other closely correlated legal acts, in order to demystify its meaning aiming not the legally qualified public only, but those who directly work in the Education field, always aware of the problems and challenges in everyday life for those who deals with this subject. Thus, in the quest for creating a space for reflection, we strive to contribute to the enforcement of the right to education, one of the major challenges the near future presents

KEY-WORDS: Right to education, Child and Adolescent Statute, Social Right, Education

-
- 1 Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (2012), onde também obteve o título de bacharel em Direito (2006/2010). Extensionista em projetos do Departamento de Direito Público da UEL, integrou o Projeto Rondon que operou no Rio Grande do Sul em Julho de 2009. Foi conciliador do Tribunal de Justiça entre os anos de 2007 e 2008, possui experiência na área de Infância e Adolescência, Direito Civil, com ênfase em Direito de Família, Direito Penal e Direito do Estado. Foi Procurador Jurídico da Câmara Municipal de Ivaiporã, é Procurador do Município de Ibiporã e Advogado.
 - 2 Advogado. Graduado em Ciência Jurídica (UENP, 2002), especialista em Direito Aplicado (EMAP, 2004) e em Direito Previdenciário (FAAT, 2008). Mestre em Ciência Jurídica (UENP, 2016) com dissertação defendida na área da Responsabilidade do Estado: questões críticas. Possui experiência jurídica em Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Tributário, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Constitucional, Processo Administrativo, e Planejamento e Gestão Pública. Possui experiência acadêmica nas áreas de Filosofia Geral, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Gestão Pública, Direito Constitucional e Direito Civil. Atuou como assessor jurídico junto a Fundação Cultural de Ibiporã - FCI (2012 a 2013). Atuou como Defensor Público Municipal junto a Defensoria Pública Municipal de Ibiporã (2013 a 2016). Atuou na assessoria jurídica do Fundo de Aposentadorias e Pensões dos Servidores Municipais (2009 a 2015) e na assessoria jurídica do Instituto de Previdência de Ibiporã (2016). Foi Diretor de Pareceres da Procuradoria Geral do Município de Ibiporã (2011 a 2016). Desde 2009 ocupa o cargo de Procurador Público Municipal na Prefeitura Municipal de Ibiporã-PR mediante aprovação em concurso e, desde fevereiro de 2017 é professor da Univale (Faculdades Integradas do Vale do Ivaí) em Ivaiporã - PR.

INTRODUÇÃO

Abordar o tema da educação frente ao que preceitua a legislação brasileira é sempre uma tarefa árdua e, de certo modo, angustiante. Árdua porque, mesmo inconscientemente, os que engendram esforços nesse sentido eventualmente são alvo de muitas críticas por parte dos que lidam diretamente com a profissão. Angustiante, pois entender como o sistema deveria funcionar, frente ao existente hoje, é motivo de preocupação.

Não obstante essas questões, a experiência tem mostrado que o estudo da legislação sobre a educação pode se tornar um grande aliado do profissional da área. Isso porque, se levado em conta o fato de que os problemas os quais existem na educação são, em boa parte, de responsabilidade do Estado, entender como este deveria agir é pressuposto essencial para pautar as reivindicações cabíveis.

Justamente com esse intuito, o de munir os estudiosos de mínimos conhecimentos jurídicos os quais eventualmente podem não fazer parte de sua formação, já que o Estado da Criança e do Adolescente, em regra, não é estudado nas grades graduações, é a razão pela qual se realiza esse trabalho.

Com esse propósito, analisar-se-á o tratamento concedido ao Direito à Educação pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sobretudo pelos artigos 53 a 59, contidos no capítulo IV da lei, de modo a identificar, dentre outras coisas, os direitos da criança e do adolescente, as obrigações criadas para o Estado, para a Escola e para os pais.

No entanto, diferentemente de outras iniciativas do gênero, mais do que estudar o texto legal, pretende-se lançar um olhar crítico sobre a legislação estudada, de modo a não apenas identificar o significado do texto legal, mas tecer considerações as quais vinculem o texto à realidade vivenciada em nossa sociedade.

Faz-se mister ressaltar ainda, que este trabalho foi desenvolvido não só com base na experiência profissional dos autores enquanto procuradores municipais, mas também, no decorrer da participação no grupo de estudos GPCERTOS da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Para tanto, foram feitas pesquisas bibliográficas, com enfoque em doutrina, jurisprudência, legislação e artigos em meios eletrônicos que possibilitassem a análise crítica das políticas públicas educacionais no Brasil.

Educação e direitos sociais: aspectos preliminares

Os artigos 53 a 59, capítulo IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, reservaram um espaço para tratar da educação, um dos mais importantes temas a compor o núcleo de

direitos contidos no princípio da proteção integral. Entretanto, não há como falar em educação sem deixar de contextualizar seu surgimento com a evolução dos direitos sociais, justamente porque estes são gênero do qual é espécie a educação.

Para fins da exploração desses artigos de lei, importa lembrar que a Revolução Francesa foi o marco de um modelo denominado historicamente de Estado Liberal, marcado, sobretudo, por possibilitar aos burgueses o acúmulo de riquezas por meio da garantia dos direitos individuais de livre iniciativa e propriedade.

Paralelamente a esta situação, o que se observava à época era a extrema pobreza do restante da população, explorada pelo sistema encabeçado pelos burgueses e deixada de lado pelo Estado, o qual não se envolvia nas relações privadas de produção.

Estas diferenças sociais se aprofundaram e expuseram a insuficiência do modelo liberal, contexto no qual surge o Estado Social, compelido a adotar políticas públicas destinadas à melhoria das condições de vida dos mais pobres, especialmente da classe trabalhadora, como forma de compensar as desigualdades originadas pelos novos modos de produção (LEITE, 2009, p. 36).

De modo gradual, o Estado passou a desenvolver ações interventivas no intuito de promover direitos básicos como a saúde, a moradia, o trabalho, o lazer, a assistência, e, inclusive, a educação, a fim de proporcionar um mínimo de bem-estar para a população.

Não obstante a falência desse modelo, sobretudo por causa das dificuldades financeiras em manter todo o aparelho estatal destinado a satisfazer seus objetivos, os ideais nucleares do Estado Social irradiaram-se para a posteridade e influenciaram inclusive a Constituição Federal de 1988, que assim expressou:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

É a partir deste ponto que se deve desenvolver a seguinte análise: a educação, mais do que um direito, é um dever do Estado - sendo certa a existência de toda uma estrutura, a qual Marx denominaria superestrutura, alicerçada na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, para reger esta relação jurídica.

Da mesma forma, é importante compreender que a responsabilidade em proporcionar a educação é assumida pelo Estado em sentido amplo, ou seja, pela União, pelo Estado-membro, Distrito Federal e Municípios, mas que a cada um se incumbe um papel distinto dentro do sistema por meio da distribuição de competências através das leis supramencionadas.

Por outro lado, deve-se frisar que o papel assumido pelo Estado na educação não impede a iniciativa privada de também atuar no setor, desde que, algumas condições sejam devidamente atendidas, como, por exemplo, o cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino, a autorização de funcionamento e a avaliação de qualidade pelo Poder Público, conforme o artigo 209 da Constituição Federal e artigo 7º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

É forçoso dizer ainda que, em momentos distintos, leis repetem o tratamento sobre o mesmo assunto, de modo a demonstrar os já notórios excessos do legislador, o qual em muitas oportunidades as cria de modo desenfreado sem olhar atentamente o já existente a respeito de determinado assunto.

Sobre esse problema, inclusive, pertinente se faz a crítica formulada pelo doutrinador Jean Cruet (1903, p. 15) no início do século XX, quando da análise político-jurídica de Portugal, críticas estas que se mostram bastante atuais quando alocadas à realidade brasileira a que nos referimos:

No dia em que o legislador souber corrigir o dogma hereditario da sua soberania nominal pela noção experimentalmente adquirida, e, a cada lei nova, duramente confirmada, da sua inutilidade prática; no dia em que elle tiver a consciencia mais nitida e mais instante de preencher uma função, aliás muito util, e não de exercer um poder indefinido, não haverá interesse em procurar na omnipotencia dos Parlammentos um limite artificial, tal como a fragil barreira d'um Supremo Tribunal constitucional: as melhores fronteiras não são as fronteiras convencionaes...

A crença na omnipotencia da lei augmenta a intensidade das lutas politicas. Uns imaginam que a lei tudo pode tirar-lhes, outros que tudo pode dar-lhes: o receio daquelles faz a esperança d'estes, mas não serão chimericos um e outra?

Se a lei se apresentasse a todos como a expressão aproximada do equilibrio real da sociedade, e não como a ordem arbitraria d'uma vontade incondicionada, os cidadãos comprehenderiam por si mesmos quão mal avisados andam pedindo ao Parlamento leis perfeitas. Seria bem facil responder-lhes: para fazer leis excellentes, era preciso primeiro uma sociedade melhor. (sic)

A par disso, há de se compreender que infelizmente existe um distanciamento entre o que a lei brasileira dispõe sobre a educação e como ela se realiza no dia-a-dia, o qual não

anula o esforço aqui perpetrado, pois o raciocínio ora trabalhado é pressuposto necessário para o desenvolvimento de ações no sentido da efetivação da realidade proposta pela lei em prol da sua utilidade.

Da educação enquanto direito da criança e do adolescente

Não obstante existirem outros dispositivos os quais disciplinam o cerne do direito à educação pertencente às crianças e adolescentes, o assunto é tratado, sobretudo, no artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual merece total transcrição para a compreensão dos objetivos desse trabalho.

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na Escola;

II - direito de ser respeitado por seus educadores;

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias Escolares superiores;

IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;

V - acesso à Escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Conforme se pode observar, o direito à educação é complexo e descrito de modo minucioso na legislação, de forma a possibilitar às crianças e aos adolescentes uma série de prerrogativas passíveis de serem exigidas do Estado e, principalmente, da Escola.

Quanto ao dispositivo transcrito, deve-se notar em seu caput a intenção em conceder um contorno para o que se entende por educação e quais suas finalidades. Neste sentido, expressa que ela deve visar o pleno desenvolvimento da pessoa, prepará-la para a cidadania e qualificá-la para o trabalho, conforme também se observa no artigo 205 da Constituição Federal e artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Quanto a isso, resta observar quão profunda é a proposta quando se fala em educação. A lei introduz uma idéia que vai muito além da simples exposição de conteúdo previamente estabelecidos para o cumprimento de um programa o qual não propicia o surgimento de um cidadão crítico e reflexivo pronto para o mercado de trabalho.

O compromisso firmado é de uma grandeza ainda não vivenciada por toda sociedade, e, sobre isso, disserta GOMES (2008, p.247):

Há de ser uma educação integral do sujeito, capaz de desenvolver neste a compreensão do sentido da convivência democrática, dotada de certos pressupostos que a caracterizam, a começar pelo reconhecimento do valor intrínseco de cada indivíduo enquanto pessoa a fundamentar sua qualificação como sujeito dotado de dignidade. Esse é titular de direitos, mas também compromissado com deveres de participação política, econômica e social na vida da sociedade a que pertence, a qual hoje apresenta dimensões locais, regionais e globais.

É importante frisar que a educação não é incumbência apenas do Estado. A família também é importante sujeito dentro desse processo e sua ausência dificulta em demasia as atividades desenvolvidas nas Escolas, tanto para o titular do direito, como para a coletividade que passa por uma sala de aula.

Para que a educação se efetive da maneira como foi concebida pela lei, há a necessidade de um olhar mais profundo na questão qualitativa do ensino, e não apenas na quantitativa, como até hoje se faz em virtude da evasão Escolar, dentre outros problemas. O grande desafio que desponta é justamente esse.

Com este intuito, é válido apontar, a título de exemplo, a necessidade de uma maior valorização do profissional da educação Escolar, tanto na questão salarial (o que vem sendo fomentado com a implementação do piso salarial), como no que tange às condições de trabalho, pois, não obstante os avanços obtidos, não são raros os casos de profissionais que desenvolvem doenças físicas e psíquicas em razão da permanência em um ambiente de trabalho violento.

Há necessidade de investimentos estratégicos e efetivos na educação. Estratégicos, visto que é necessário se fazer uma boa gestão dos recursos públicos, e efetivos porque é preciso que se alcance o tão almejado padrão de qualidade, ou seja, o esforço perpetrado deve ser muito maior do que o é realizado nos dias de hoje, como bem elucida SANTIN (2006, p. 30).

A situação brasileira é paradoxal, porque o Estado cobra tributo no patamar europeu e fornece serviços no estilo africano. Cobra muito e dá pouco em troca, normalmente com serviços de baixa qualidade. É o padrão “mau e caro”, quando deveria ser “bom e barato” ou no mínimo “caro e suficiente”.

Uma coisa é certa: o caminho para maiores investimentos já fora traçado pelo artigo 212 da Constituição Federal, o qual passou a possibilitar a fixação de percentuais mínimos do orçamento para a aplicação na educação. O problema é que, infelizmente o espírito da norma tem sido prejudicado pela resistência política em promover o seu cumprimento, sob as mais diversas alegações.

No que pertine aos incisos do dispositivo em estudo, percebe-se no primeiro, a reiteração do disposto no artigo 206, I da Constituição Federal, o qual também garante a igualdade de condições para o acesso e permanência na Escola, o que vai de encontro com o princípio da igualdade reiteradamente consagrado no Direito Brasileiro.

O teor da referida norma se mostra importante por superar uma situação anterior, em que a Escola era considerada artigo de luxo e acessível apenas a uma pequena parcela da população. Hoje, com a elevação da Educação à condição de Direito Social a ser garantido

pelo Estado, mediante desenvolvimento de políticas públicas adequadas, à toda criança e adolescente deve ser proporcionado condições para frequentar uma boa Escola. Porém, sabemos que não basta apenas a oferta regular de vagas nas Escolas, é necessário se criar condições para que crianças em diferentes condições sociais freqüentem e se mantenham no meio Escolar.

Assim, tanto as crianças que possuem dificuldades de deslocamento, quanto as que possuem necessidades especiais, que se encontram em situações de risco, sofrendo com a violência doméstica, por exemplo, as que são obrigadas a trabalhar ou, aquelas cujos pais se recusam deliberadamente a matriculá-las nas Escolas, devem ser alvo de atenção especial do Estado, o qual tem por obrigação agir de forma eficaz, sistemática e qualificada, no encalço do pequeno cidadão para lhe proporcionar a educação adequada, como bem ressalta ALVES (2010, p. 235-240), ao abordar o tema das políticas públicas estatais.

Políticas públicas são entendidas como **o Estado em ação**. É uma ação **sistemática e qualificada**, de um determinado governo, com o objetivo precípua de intervir em contextos sociais específicos a fim de **promover a inclusão social**. Cada tipo de política pública decorre de posições políticas fundamentais. (grifos nossos)

O inciso segundo do dispositivo supramencionado assegura ainda, o direito da criança e do adolescente a ser respeitado por seus educadores, de modo a vedar qualquer tratamento vexatório, cruel, violento, constrangedor, degradante ou desumano por parte de qualquer agente que atue na educação, o que não deve ser confundido com a utilização de metodologia exigente e disciplina.

A esse respeito, é importante salientar que o tratamento recíproco também deve ser exigido, conforme se extrai da interpretação do artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, em referência aos direitos e deveres individuais. Conforme se verifica com bastante freqüência, os educadores figuram como vítimas de violências das mais diversas formas cometidas pelos próprios alunos, na mais legítima demonstração de que a Escola, e a educação como um todo, passa por sérias dificuldades.

Dos direitos, o aluno-cidadão tem ciência. Agora, de seus deveres, do respeito ao conjunto mínimo de normas de relações interpessoais, nem sempre se mostra cioso. E um dos papéis da Escola centra-se nesta questão, ou seja, de contribuir para que o aluno-cidadão tenha ciência de seus direitos e obrigações, sujeitando-se às normas legais e regimentais, como parte de sua formação (FERREIRA, 2008, p.59-60).

Há necessidade da realização de um trabalho amplo para o resgate do respeito ao educador, o que certamente perpassa pelos investimentos já referenciados, e por atividades com os alunos desde as primeiras séries a respeito da noção de cidadania, o conjunto de

direitos e deveres a ela inerentes, bem como, a necessidade da observância das regras para a manutenção do bom ambiente Escolar e de outros lugares por onde passarão. Para tanto, a vivência do regimento interno e do regulamento Escolar são imprescindíveis à estruturação do caráter do pequeno cidadão.

Nota-se também, que é em nome da segurança e da integridade física da criança, que vem sendo construído com o passar dos anos em nosso país, a exemplo do que ocorrera em todas as demais nações capitalistas, um sistema contínuo de vigilância, onde através das leis criadas pelo próprio Estado, permite-se, em especial, aos agentes das normas de educação, penetrarem legalmente na família e tornarem-se intercessores entre ela e a justiça (SALIBA, 2004).

A preparação do adulto útil e dócil ao sistema deveria se iniciar com a “educação” das crianças. É nesse momento que, nos países industrializados, se difundem as escolas laicas, públicas e obrigatórias, tendo como uma de suas finalidades a difusão de uma moral mais rígida, bombardeando para dentro das famílias, através da criança, as normas de bons hábitos, comportamentos sadios, higiênicos e disciplinados, introduzindo no lar a “civilização dos costumes”. (SALIBA, 2004, p. 05)

O inciso terceiro do artigo em testilha garante o direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias Escolares superiores. Não obstante os elogios tecidos por ELIAS (2004, p.51), no sentido do dispositivo evitar que o estudante seja prejudicado nos casos em que professores, sejam quais forem os motivos, não tenham sido felizes em sua avaliação, entende-se que efetivação do preceito perpassa por alguns obstáculos.

Em princípio, é necessário reconhecer que o direito de contestar critérios avaliativos é legítima manifestação do exercício de direitos e deveres intrínsecos ao ser cidadão. Justamente nesse ponto reside a dificuldade, pois muitas crianças e adolescentes não recebem a educação capaz de fomentar o espírito cidadão, algo a depender da superação dos obstáculos a que se fez referência quando se comentou o caput deste dispositivo legal.

Além disso, percebe-se uma postura por parte do Estado em não incentivar o conhecimento das vias legais dentro do sistema de educação, tanto para os professores, quanto para os próprios alunos, comportamento também averiguado em outros setores da Administração Pública.

Como consequência, a possibilidade de realizar o disposto no referido inciso se torna desconhecida pela grande maioria dos estudantes, seja por ausência de espírito cidadão e democrático, seja pela ausência da disseminação da informação em regimento ou regulamento

Escolar acessível a todos.

O inciso quarto garante o direito de organização e participação em entidades estudantis, o que representa um desdobramento do regime democrático e proporciona um espaço onde o estudante possa se interessar por cidadania, participação popular e política, desde o início de sua formação.

O grande exemplo desse tipo de organização é o Grêmio estudantil, regulamentado pela lei 7.398, de 4 de novembro de 1985, a qual estabelece ser esse uma entidade autônoma representativa dos interesses dos estudantes secundaristas, com finalidades educacionais, culturais, cívicas, desportivas e sociais.

O inciso quinto garante à criança e ao adolescente acesso à Escola pública e gratuita próxima de sua residência, tema sobre a qual vale remissão ao posicionamento de ELIAS (2004, p. 53):

A questão da Escola pública e gratuita próxima da residência há de ser entendida com a observância de critérios que possam variar conforme as circunstâncias. Assim, por exemplo, em cidades grandes, o ideal é que o aluno estude no bairro onde reside ou em algum próximo, se naquele não houver Escola pública. Há, contudo, cidades pequenas com somente uma Escola pública; neste caso, importa que haja vaga para todos os moradores daquela cidade. Enfim, essa questão de proximidade da residência há de ser vista caso por caso. É possível até que a Escola mais próxima para alguém seja em Município diverso daquele onde reside, quando limítrofes.

Entretanto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 639.337 de 23 de agosto de 2011, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, afirmou que o Judiciário pode obrigar o Poder Executivo Municipal a matricular crianças em Escolas e creches próximas de suas residências ou dos locais de trabalho dos seus pais, em atendimento ao compromisso firmado entre o Estado e a educação na Constituição Federal.

Quanto ao parágrafo único do dispositivo transcrito, o qual menciona ser direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais, por se tratar de assunto atinente ao papel dos pais, reserva-se a oportunidade de ser trabalhado em outro tópico nesse trabalho.

Ainda no tocante aos direitos das crianças e adolescentes quando o assunto é educação, faz-se conveniente lembrar o disposto no artigo 58 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual menciona que no processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura.

O referido artigo enfoca a necessidade de o processo de educação, em alguns casos, se amoldar as necessidades e peculiaridades de cada educando, conforme também preceitua a

Constituição Federal, a qual, em seu artigo 210, institui a necessidade do respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

Em razão do exposto, o ensino religioso, por exemplo, é matéria a ser tratada com reservas, pois, além de facultativo, deve prioritariamente, respeitar a diversidade cultural religiosa do nosso país, vedadas quaisquer formas de proselitismo, ou seja, a tentativa de conversão dos estudantes para alguma religião, conforme o artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Talvez o caso mais emblemático em relação à necessidade de respeitar os valores culturais do contexto social da criança ou adolescente, diga respeito à população indígena, cuja educação recebe tratamento especial nos artigos 78 e 79 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, os quais dispõem acerca de programas integrados de ensino e pesquisa, educação Escolar bilíngue e intercultural, programação planejada com as próprias comunidades indígenas, dentre outras coisas.

A esse respeito, importantes são as lições de ELIAS (2004, p.56):

Na questão das diferenças culturais devem-se, todavia, evitar radicalismos. Nada que estimule separações, seja de ordem social seja racial, deve ser considerado. Há de se estimular na criança uma mente sadia, dando-lhe a plena consciência de que, qualquer que seja a sua origem, ela não é inferior nem superior a ninguém.

Realizados os devidos apontamentos a respeito dos direitos das crianças e dos adolescentes no que se refere à educação, resta oportunamente investigar quais deveres recaem sobre o Estado em relação ao tema sob a óptica do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dos deveres do Estado na prestação educacional

Discorrer sobre as obrigações do Estado em relação a um direito social é tarefa complexa, pois sua regulamentação dificilmente fica adstrita a apenas um diploma legal. No entanto, é certo que os dispositivos nucleares se encontram no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, em consonância com o artigo 208 da Constituição Federal, assim estatui:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

- I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - atendimento em creche e pré-Escola às crianças de zero a seis anos de idade;
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente

trabalhador;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-Escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

1. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
2. O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.
3. Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à Escola.

O dispositivo em questão retoma, em seu caput, a idéia já exposta a respeito da posição ocupada pelo Estado frente à Educação. Esta, elevada a categoria de Direito Social, passa a ser dever do Estado, o qual deve proporcionar o acesso e permanência da criança e do adolescente no sistema educacional.

Os incisos que seguem buscam esmiuçar as tarefas a serem engendradas pelo Estado as quais levam à concretização do direito à educação. No entanto, é preciso alertar desde já que alguns incisos encontram-se desatualizados, em razão de outros diplomas normativos terem sido alterados sem que a atualização necessária fosse realizada no ECA, conforme se observará.

O inciso primeiro dispõe ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria. Quanto ao disposto, necessário se fazem as seguintes considerações.

A princípio, cumpre ressaltar que, desde a edição da Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, passou-se a adotar uma nova classificação para os níveis de ensino, seguindo uma orientação da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a ciência e a cultura). Segundo esta, o ensino pode ser superior ou básico, sendo este composto pela educação infantil, fundamental e média.

Portanto, partindo-se dessa reorganização, pode-se mencionar também que, de acordo com as divisões de competências dentro do sistema de educação, coube aos Municípios o papel de, em caráter prioritário, desenvolverem as ações voltadas à garantia do ensino fundamental, nos moldes do artigo 211, §2º da Constituição Federal e artigo 11, V da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Sobre essa responsabilidade abarcada pelos Municípios, em específico, assevera SANTIN (2006, p. 35):

Como paradigma, o constituinte previu expressamente a direção a seguir pelos Municípios, na atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil, com aplicação de percentual na manutenção e desenvolvimento do ensino (arts. 211, § 2º, e 212, caput, CF). O traço principal da política pública municipal de educação é o ensino fundamental e a educação infantil. Se o agente público municipal não aplicar os esforços e recursos para a efetivação do ensino fundamental e da educação infantil, canalizando para outros setores, seja da própria educação ou de outra área estatal, estará agindo em descumprimento com a política pública educacional em

evidente inconstitucionalidade ou desvio de finalidade. O Município pode até atuar no ensino secundário e universitário, mas não pode deixar de priorizar o ensino fundamental e a educação infantil.

Tem-se ainda, que o inciso em estudo faz referência ao ensino fundamental para aqueles que não tiveram acesso na idade própria, conforme artigos 37 e 38 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, estendendo a necessidade de se implementar programas, por exemplo, voltados à educação de adultos e idosos, o quais são possíveis de serem encontrados em algumas localidades.

Desta feita, o ensino fundamental deve observar o conteúdo e as metas traçadas pela legislação específica (artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação) e, devido ao seu caráter de obrigatoriedade, os pais ou responsáveis podem vir a sofrer sanções administrativas e criminais se não providenciarem a matrícula das crianças e adolescentes, conforme artigos 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, 129, V do Estatuto da Criança e do Adolescente e 246 do Código Penal.

O inciso segundo faz referência ao dever de o Estado proporcionar a progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do ensino médio e, quanto a isso, faz-se necessário destacar que a redação do dispositivo se encontra desatualizada. A lei federal nº 12.061 de 27 de outubro de 2009, expandiu os compromissos firmados com a oferta do ensino médio, alterou o dispositivo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e passou a determinar ser dever do Estado a garantia da universalização do ensino médio.

Por se tratar de lei especial quanto ao tema educação, deve-se interpretar o Estatuto da Criança e do Adolescente à luz da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, de forma a entender pela possibilidade de se exigir do Estado, inclusive pela via judicial, a oferta de vagas para todos os estudantes no ensino médio, o que até então não era possível em sua plenitude.

Para tanto, os Estados-membros, principais responsáveis por assegurar essa etapa do ensino, conforme artigo 211, §3º da Constituição Federal e artigo 10, VI da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, poderão financiar seus investimentos com o auxílio do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação), criado pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006.

Por fim, assim como em relação ao inciso anterior, resta observar que o ensino fundamental deve observar o conteúdo e as metas traçadas pela legislação específica, a saber, o contido nos artigos 35 e 36 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

O inciso terceiro do presente artigo dispõe acerca do atendimento educacional aos

portadores de deficiência, o qual é regulado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, nos artigos 58 a 60, que por sua vez discriminam as peculiaridades, métodos a serem utilizados e finalidades a serem alcançadas nesse atendimento.

No mais, o ponto crucial em relação ao tema paira justamente sob a determinação da lei em prestar esse atendimento preferencialmente na rede regular de ensino, ideia também compartilhada pelo artigo 208, III da Constituição Federal. Notórias são as dificuldades enfrentadas pelo professor, que carece de maior valorização e encontra dificuldades para exercer autoridade e manter disciplina na sala de aula.

No entanto, as dificuldades ficam ainda maiores quando o ambiente Escolar conta com alunos que necessitam de uma atenção diferenciada, e o Estado não consegue fornecer a estrutura adequada ao atendimento desses alunos, ou sequer contratar professores com formação adequada ou capacitar seu contingente para lidar adequadamente com situações que requerem cuidados especiais.

Da redação do inciso quarto se infere o dever de atender em creche e pré-Escola as crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade, o que, mais uma vez deve ser analisado com reservas, em razão de a própria Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional nº 53 de 19 de dezembro de 2006, passar a prever, no artigo 108, IV, o dever de atender às crianças de até 6 (seis) anos, justamente em razão do acréscimo de um ano Escolar no ensino fundamental.

Ademais, o ensino nessa faixa etária, denominado de educação infantil, deve observar os preceitos e finalidades delineadas no artigo 29 a 31 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o qual institui, dentre outras coisas, a existência de instituições próprias (creches e pré-Escolas) para prestar esse tipo de atendimento.

O inciso quinto do dispositivo em análise assegura o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

Não obstante o assunto fugir um pouco do tema criança e adolescente, resta observar, em relação ao ensino superior, que o Estado optou por não buscar a universalização, tampouco sua progressiva extensão, quadro que pode vir a sofrer mudanças com o passar dos anos e com o efetivo acesso de toda a população à educação básica.

Além disso, é possível inferir uma nítida influência do princípio republicano, o qual iguala os cidadãos e confere o mérito àqueles com melhor capacidade de desenvolver seus potenciais, o que, como se sabe, não é unânime. Tanto isso é verdade, que o Estado nos últimos anos tem adotado ações afirmativas no claro intuito de equilibrar cidadãos, que até então não recebiam o mesmo preparo, para as provas de ingresso no ensino superior.

O inciso sexto do artigo em questão, inspirado no artigo 208, VI da Constituição Federal, busca garantir a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador, em atendimento as próprias regras que disciplinam a profissionalização do adolescente.

Ora, a educação é prioridade para aqueles que não atingiram a maioridade. Portanto, não poderia a lei possibilitar o trabalho a partir dos 16 (dezesesseis) anos e a aprendizagem a partir dos 14 (quatorze) anos sem determinar a criação de mecanismos capazes de determinar a inclusão desse adolescente na Escola.

Além do mais, na aprendizagem é condição intrínseca para a validade do vínculo trabalhista a garantia de acesso e frequência ao ensino regular obrigatório, conforme artigo 63, I do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob pena de caracterizar relação de emprego e ensejar a observância de uma série de direitos trabalhistas.

O inciso sétimo estabelece o dever de o Estado fornecer, durante o ensino fundamental, material didático-Escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde em atendimento ao próprio princípio da proteção integral, pois, como se sabe, as crianças e os adolescentes possuem outras necessidades que se não observadas, inviabilizam sua educação.

Entretanto, a redação deste inciso deve ser analisada em conjunto com o que dispõe a Constituição Federal, a qual após a Emenda Constitucional nº 59 de 19 de dezembro de 2006, estendeu a todo o ensino básico as obrigações referenciadas do poder público. Como consequência, passa ser possível exigir do Estado uma atenção especial ao ensino médio também.

O parágrafo primeiro do artigo transcrito dispõe que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. Quanto a isso, fazem-se necessárias algumas reflexões.

Antes de adentrar a questão, a leitura do dispositivo deve ser realizada levando em conta as recentes alterações na Constituição Federal e Lei de Diretrizes e Bases da Educação, as quais passaram a propor a universalização do ensino médio. Com isso, o acesso e a garantia a essa modalidade de ensino passa a ser também direito público subjetivo.

Quanto a esse termo, é cabível breve explanação. Primeiro, deve-se visualizar que a relação jurídica existente de acesso ao ensino obrigatório é de natureza pública, de modo a figurar em um dos pólos necessariamente um ente público. Segundo, por direito subjetivo, há que se ter em mente os direitos aos quais o cidadão faz jus por preencher requisitos para exigir e por ser dever do Estado prestá-lo.

Tendo em vista o descrito, pode-se dizer que o acesso ao ensino básico, e não apenas fundamental, pode ser exigido do Estado, haja vista a existência de uma relação a qual obriga

este a disponibilizar aos cidadãos, por exemplo, vagas a que tem direito em virtude de mandamento legal. Nesse sentido, explana FERREIRA (2008, p.35):

Direito Público subjetivo é a faculdade de se exigir a prestação prometida pelo Estado. Duarte (2003: 133) conceitua direito público subjetivo (*stricto sensu*) “como uma situação jurídica subjetiva em que o titular tem o direito a um comportamento positivo ou negativo por parte do sujeito passivo que, por sua vez, tem um dever em relação a esse sujeito”. Estende o conceito para a exigibilidade difusa e coletiva e também para incluir as políticas públicas, apresentando-se como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal.

Quanto ao tema, importante é o conteúdo do artigo 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, por apresentar um rol de sujeitos que podem pleitear a oferta do acesso ao ensino básico, a saber, cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público.

Em virtude da natureza desse dever de oferecer o acesso ao ensino, o parágrafo segundo do artigo em análise apresenta até mesmo a hipótese de responsabilidade da autoridade competente, conforme artigo 5º, §§3º e 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, caso haja descumprimento das obrigações estabelecidas no parágrafo anterior.

Por fim, o parágrafo terceiro estabelece o dever do poder público em recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à Escola e, quanto a isso, tema sobre o qual, mais uma vez, a reflexão proporciona o entendimento de que essas obrigações foram estendidas a todo ensino básico.

Existem também outros artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente que descrevem obrigações estatais paralelas no que tange a perseguição à melhor prestação da educação. É o caso do artigo 57, segundo o qual, o poder público estimulará pesquisas, experiências e novas propostas relativas a calendário, seriação, currículo, metodologia, didática e avaliação, com vistas à inserção de crianças e adolescentes excluídos do ensino fundamental obrigatório.

O dispositivo em comento trata da questão do constante aperfeiçoamento da educação e dos métodos de ensino. Para tanto, o poder público deverá estimular pesquisas, experiências e novas propostas, nos moldes do descrito no dispositivo.

Educar é um processo complexo, abrangente e muito dinâmico. Os métodos que funcionaram há 10 (dez) anos atrás, já encontrariam dificuldades para serem aplicados hoje, pois as famílias mudaram e, com elas, a sociedade. Por isso, há uma constante necessidade de rever o modo como se opera o processo de ensino para incluir e despertar a atenção do aluno.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal, em seu artigo 206, II e III, afirma que

o ensino será ministrado com base na liberdade de aprender, ensinar e pesquisar, e no pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, de modo a se coadunar com o trazido pelo artigo em questão.

Ademais, pelo artigo 59 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os Municípios, com apoio dos Estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.

A educação é um processo de múltiplas facetas e, por isso, envolve também o estímulo a cultura, ao esporte e ao lazer no ímpeto de formar o cidadão, conforme dispõe uma série de textos legais, como o artigo 217, §3º da Constituição Federal, 16, IV, 71, 73 e 74 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A questão do esporte e do lazer reveste-se de importância capital, quando se sabe que estes podem ajudar o menor a ficar longe dos perigos da droga, do alcoolismo e de outros vícios que deturpam a personalidade do ser humano e podem levá-lo a um futuro de sofrimento e, por vezes, a uma vida criminosa (ELIAS, 2004, p.57).

Por esta razão, o artigo 69 do Estatuto da Criança e do Adolescente obriga principalmente os Municípios a criarem espaços para propiciar as atividades supramencionadas. Cumpre observar, não obstante ser o Município o principal ente responsável por encabeçar esses esforços, que a distribuição de receitas na federação cria a necessidade de se buscar recursos junto aos Estados-membros e a União.

Ademais, as novas metas as quais estão sendo discutidas para o plano decenal da educação, regulamentado pelo artigo 214 da Constituição Federal, vêm com o propósito de ampliar substancialmente o ensino em tempo integral, o que demandará a construção de mais espaços com a destinação referida no artigo em tela, pois parte das atividades serão aí desenvolvidas.

Tecidos os comentários acima acerca do papel do Estado na garantia do direito à educação das crianças e adolescentes, resta, a partir de agora, investigar as obrigações de outros atores os quais possuem tarefas de igual importância quanto à efetivação do referido direito.

Dos deveres dos pais na educação da criança e do adolescente

Tentar iniciar uma explanação acerca das obrigações de pais e mães na educação de seus filhos é tarefa que intimida, ante o universo e extensão do assunto. No entanto, para os fins propostos neste trabalho, resta focar as atenções apenas em alguns aspectos do tema, a

começar pelo disposto no artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Este estatui que os pais ou responsável possuem a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino. Em primeiro momento, é preciso apontar que as obrigações dos pais relativas à educação da criança e do adolescente se estendem, por força do princípio da proteção integral, dentre outros, aos tutores e guardiões eventualmente incumbidos da tutela ou guarda.

Quanto ao tema, devido à natureza da obrigação, reconhece-se que existem regras a possibilitar a punição do pai ou responsável, em se tratando do descumprimento das determinações expostas, tanto na esfera administrativa, caso do artigo 129, V do Estatuto da Criança e do Adolescente, como na esfera criminal, conforme preceitua o artigo 246 do Código Penal, ao tratar do crime de abandono intelectual.

Noutro giro, ao se observar o relacionamento entre a Escola e pais ou responsáveis, verifica-se que o problema está longe de ser tão somente a matrícula. Hoje, matricular uma criança ou adolescente na Escola se transformou em sinônimo de transferência de responsabilidade.

Por isso, o dispositivo merece uma interpretação mais abrangente, de modo a se entender, com base no princípio da proteção integral, que já não basta a matrícula na Escola. É necessário acompanhar e vivenciar as dificuldades que a criança ou adolescente passam na Escola, debater e contribuir na mediação dos conflitos, pois, nos termos do artigo 229 da Constituição Federal, é dever dos pais prover não só a matrícula, mas a educação dos filhos, como um todo.

A mesma advertência vale para o artigo 53, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual menciona ser direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais, o que configura não só um direito, mais sim, verdadeiro dever.

Como já antecipado, a efetivação do dispositivo passa por algumas dificuldades, pois se sabe que muitos pais se limitam a fazer a matrícula e ir ao fim do ano para buscar as notas e saber se o filho foi aprovado ou não. Nesse sentido, é importante lembrar a iniciativa de alguns poucos Municípios, os quais implantaram o chamado Boletim Online, um sistema em que é possível saber a grade de aulas, as ocorrências e avisos da Escola, além das faltas e as notas Escolares.

Outrossim, é preciso iniciar uma reflexão acerca da criação de mecanismos que contribuam para a aproximação dos pais com relação à Escola, sobretudo, de caráter protetivo, como é o caso do artigo 129, incisos I a IV do Estatuto da Criança e do

Adolescente, os quais prevêm a possibilidade de encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família, inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico e encaminhamento a cursos ou programas de orientação.

Por fim, em referência a parte final do dispositivo citado, sobre a participação na elaboração das propostas educacionais, constata-se que dificuldades como o despreparo e a falta de tempo hábil, fazem com que a efetivação do proposto pela Lei não se realize de modo profundo, de modo que, na prática, o que se vê é desperdício de oportunidades de discussões e debates, sobretudo, quando se refere a reuniões das associações de pais, mestres e funcionários onde questões importantes que envolvem a comunidade Escolar poderiam ser melhor analisadas e geridas.

Mas não é só ao Estado e aos pais que o Estatuto da Criança e do Adolescente reserva obrigações. Os estabelecimentos de ensino, assim denominados de maneira genérica e abrangente, apesar de fazerem parte do Estado, também receberam atribuições específicas, como se passa a estudar.

Dos deveres dos dirigentes de estabelecimentos de ensino na educação da criança e do adolescente

A questão dos deveres dos dirigentes de estabelecimentos de ensino perante a educação da criança e do adolescente é tratada, sobretudo, no artigo 56 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê a obrigação de comunicar ao Conselho Tutelar os casos de maus-tratos envolvendo seus alunos, reiteração de faltas injustificadas e de evasão Escolar, esgotados os recursos Escolares, e elevados níveis de repetência.

O referido dispositivo, em seu inciso primeiro, revela a necessidade de se comunicar ao Conselho Tutelar os casos de maus tratos envolvendo alunos, mesmo quando haja apenas suspeita. Quanto a isso importa reconhecer que maus tratos é crime, capitulado pelo artigo 136 do Código Penal, e que qualquer pessoa poderá relatar as autoridades sua ocorrência, principalmente se levar em conta o combate da violência contra a criança, dever assumido pela sociedade.

No entanto, não obstante o acima comentado, deve-se entender que o inciso só faz esse destaque em relação aos dirigentes de estabelecimentos por serem agentes públicos e por possuírem um maior contato com os alunos, de modo que a comunicação de casos de maus tratos ganha um contorno de dever emanado do diploma o qual rege sua relação funcional.

No mais, quanto a este inciso, vale destacar o que dispõe o artigo 245 do Estatuto da

Criança e do Adolescente, o qual além de estender a obrigação de comunicar aos profissionais da saúde, insere também a responsabilidade criminal daqueles agentes públicos os quais deixam de avisar a autoridade competente os casos que, em razão da profissão, tem conhecimento.

Já o inciso segundo dispõe acerca do dever de informar a reiteração de faltas injustificadas e de evasão Escolar, esgotados os recursos Escolares. Por ser órgão da sociedade incumbido da tarefa de zelar pela tutela dos direitos da criança e do adolescente, o Conselho Tutelar deve ser comunicado nos casos mencionados, pois se tratam efetivamente de situações que violam o direito à educação.

Para tanto, dois pontos devem ser observados. Primeiro, no tocante ao esgotamento dos recursos Escolares, o que deve respeitar o previsto no regimento interno e o regulamento Escolar, e segundo, em relação ao artigo 12, VIII da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a qual estipula o dever de notificar às autoridades a relação dos alunos que apresentem quantidade de faltas acima de cinquenta por cento do percentual permitido em lei.

Finalmente, o inciso terceiro aborda a necessidade de notificar o Conselho Tutelar sobre os casos de elevados níveis de repetência. Trata-se de um grande problema o qual não encontra respostas imediatas na lei, sendo certo, porém, que o órgão deve investigar as causas da repetência junto à família e buscar proporcionar um ambiente propício à continuação da educação do aluno, mas sempre atento aos conflitos que as diferenças de idade podem gerar no ambiente Escolar.

CONCLUSÃO

Como se apreende do exposto até então, a Constituição Federal de 1988 instituiu no rol de seus direitos sociais o Direito à Educação, o qual, em atendimento até mesmo do princípio da proteção integral, gerou uma série de desdobramentos legais para diversos sujeitos envolvidos na garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Segundo o estudo, não só existem mecanismos os quais garantem o Direito à Educação para a criança e o Adolescente (o que até pouco tempo atrás era privilégio de uma minoria), como também, uma série de obrigações que vinculam a atuação do Estado, dos estabelecimentos de educação e da própria família.

Foi possível também verificar, em termos práticos, o quanto a ausência de um dos sujeitos descritos acima no processo de educação sobrecarrega o sistema e potencializa os problemas que dificultam o aprendizado, razão pela qual se buscou propor, ao longo do trabalho, meios de tentar superar situações que apresentam diversas dificuldades.

Ademais, pode-se constatar também, em contraposição às normas instituídas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a existência de vários problemas limitadores da efetividade do preceito legal, o que, como já se antecipou na introdução, não anula o esforço aqui perpetrado.

Isso porque, a experiência tem mostrado cada dia mais, que a reflexão acerca da legislação aplicável ao meio educacional, tem se mostrado capaz de municiar os profissionais que atuam na área com mecanismos aptos a promover a interpretação crítica dos problemas por eles enfrentados, proporcionando-lhes melhores meios de superar as dificuldades.

REFERÊNCIAS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de jul. de 2014.

Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em 10 de jul. de 2014.

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei Federal nº 9.394 de 20 Dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 10 de Nov. de 2012.

ALVES, Fernando de Brito Alves. Constituição e participação popular – A Construção Histórico Discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2010.

CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRUET, Jean. A Vida do Direito e a inutilidade das Leis. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos e Cia, Livraria Editora, 1908, p. 15

ELIAS, João Roberto. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Professor: reflexos na sua formação e atuação. São Paulo: Cortez, 2008.

GOMES, Sérgio Alves. Hermenêutica Constitucional: Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: Ltr, 2009.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. Sociologia do Direito: O fenômeno Jurídico como Fato Social. Rio de Janeiro: Zahar editor, 1970.

SALIBA, Maurício. Disfarce e vigilância. Ourinhos – São Paulo: Revista de Humanidades e Ciências Sociais Aplicadas, Nº 02, 2004

SANTIN, Valter Foletto. Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e pressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27^a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

UMA REFLEXÃO SOBRE A PENA DE MORTE E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Bruno José Valentim da SILVEIRA¹
Marina Calanca SERVO²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo abordar e discorrer a respeito da pena de morte, a punição máxima dentro do ordenamento jurídico penal. Em verdade, trata-se de um tema extremamente polêmico e discutido ao redor do mundo, sobre o qual, inicialmente, será realizada uma análise do seu desenvolvimento histórico até sua aplicação atual, com a finalidade de refletir sobre a possível ampliação dos casos previstos no direito brasileiro e as consequências advindas do seu emprego, dentre elas o controle criminal, abordando e confrontando ainda com os principais argumentos apresentados pelos que se opõem a essa aplicação. Por fim, sem deixar de tratar da problemática relativa à inserção desta pena no ordenamento, a terceira parte é direcionada ao processo de aplicabilidade de tal punição no Brasil, se diferenciando dos demais que são estritamente teóricos. A pesquisa foi realizada através de revisão bibliográfica do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Pena de Morte; Teoria das Janelas Quebradas; Cláusulas Pétreas.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the death penalty, the maximum punishment within the criminal legal system, an extremely controversial subject and discussed throughout the world. Initially, it will be analyzed from its historical development all the way to its current application, with the objective of reflecting on the possible extension of the cases foreseen in the Brazilian legislation and the consequences deriving from its employment, including criminal control, addressing and facing the main arguments put forward by those who oppose this request. Finally, this question will also be analyzed about the insertion of this penalty into the system, and this third part will be focused on the application process, differing from others that are strictly theoretical. The research was carried out through a bibliographic review of the theme.

KEY-WORDS: Death Penalty; Broken Window Theory; Immutable Clauses

INTRODUÇÃO E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

A pena de morte encontra vedação na Carta Magna, salvo em tempos de guerra, situação em que a única possibilidade de aplicação se faz, nos termos do art. 5º, XLVII³, sendo o procedimento previsto no Código Militar (Penal e Processual).

Entretanto, parte significativa das pessoas considera tal pena como uma punição

-
- 1 Graduando do curso de Direito na União das Faculdades dos Grandes Lagos de São José do Rio Preto – SP e Bacharel em História pela Unesp de Franca - SP.
 - 2 Especialista em Direito na área de concentração de Direito Penal e Processo Penal. Professora de Direito Penal e Processual Penal na União das Faculdades dos Grandes Lagos de São José do Rio Preto – SP. Advogada.
 - 3 De acordo com o art. 5º, da Constituição Federal, em seu inciso XLVII, “não haverá penas:a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”;

arcaica de país ocidental, de modo que, cogitar adotá-la é vistotal qual um “retrocesso” civilizatório. Mas será essa análise tão simples a ponto de classificá-la apenas como um costume brutal e animalesco aceitável em povos atrasados em termos civilizatórios?

A história humana é um tema complexo e tridimensional e não permite, em hipótese nenhuma, uma análise simplista colocando todas as civilizações que já existiram, desde o “aprendizado” da agricultura e da escrita, em uma análise única sobre a pena de morte.

Cada civilização apresentou peculiaridades, tanto em costumes quanto em leis, e embora muitas tivessem de fato utilizado a pena de morte, como podemos constatar através dos códigos de Hamurabi; dos Hititas; de Drácon de Atenas; nas leis romanas das doze tábuas, dentre outras;diversas legislações não o fizeram. Portanto, para manter uma análise mais concreta e próxima da realidade, é imprescindível iniciar a análise histórica na Idade Média, especialmente no período cristão, uma vez que os valores e dogmas dessa religião influenciaram diretamente nossa civilização, conforme veremos.

APLICAÇÃO DA PENA CAPITAL NA IDADE MÉDIA

Ao retomarmos a Idade Média, adentramos a idade das trevas, período sombrio, violento e caótico que perdurou por muitos séculos até que finalmente as luzes da renascença trouxeram o humanismo, e a razão, de volta à Europa, ao menos quando enxergamos a história através das lentes do Direito Penal, em especial na análise dos povos denominados de “Bárbaros”, nos primeiros séculos do cristianismo⁴.

Em sua obra, ItaloMereu traz ao conhecimento de que durante a alta idade média, após a conversão dos povos bárbaros, as penas tinham um caráter compensatório e não coercitivo. Ou seja, no caso de homicídio, o réu seria obrigado a pagar uma compensação pecuniária à família da vítima e não sendo sentenciado à morte que, como pena, não era usada nos primeiros séculos do cristianismo “naquele período estaria em uso o preço de sangue- ou seja, o valor em dinheiro que o assassino devia pagar à família da vítima para evitar sua vingança”.⁵

Essa tradição penal, da aplicação da pena com caráter compensatório, se tornou comum no período dos reinos germânicos em razão dos valores cristãos, em especial o mandamento “não matarás”, que alegavam que o homem era uma criação de Deus e, portanto,

4 A mera palavra, bárbaros, nos traz à mente a ideia de pessoas selvagens e brutais, que seriam capazes de tirar a vida de outro indivíduo. Entretanto, pelo menos após as conversões ao cristianismo, esse estereótipo não faz jus à realidade do período, como será exposto.

5 PERTILE, Antonio. **Storia Del diritto italiano dallacadutadell'impero romano ala codificazione**. 2ª ed., Turim, Utet, 1882, 6 vols., *apud* MEREU, Italo. **A morte como pena: ensaio sobre violência legal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 09.

somente este poderia tirar-lhe a vida, qualquer tentativa do contrario seria uma ofensa ao Criador.

Com esses princípios, os povos germânicos, que antes do cristianismo tinham a ideia da “Vingança do Sangue”, na qual a morte de um ente querido deveria ser paga com a morte do ofensor ou de alguém querido a este, passaram a adotar o “Preço de Sangue”, no qual a morte de um ente querido deveria ser compensada com pagamentos pecuniários.

Entretanto, com o passar dos séculos a posição da Igreja em relação à pena de morte foi modificada e a crença de que um homem não devia matar outro começou a ser relativizada através do argumento de que o homicídio deveria passar a ser punido com a decapitação, evitando assim que o assassino pudesse continuar lavando o sangue de suas mãos com seu poder aquisitivo:

Tendo compreendido que, em muitas terras sujeitas ao nosso domínio, há alguns estatutos, os quais impõem a quem comete homicídio somente penas pecuniárias, ou corporais, que podem ser evitadas ou redimidas por dinheiro, e que devido à debilidade de tal pena, os ricos e poderosos e muitos outros mais não têm medo de derramar sangue e de cometer homicídios; e, porém, não querendo suportar que em nosso Estado alguém seja assassinado por dinheiro, ordenamos que no futuro, em todas as nossas terras, seja inviolavelmente observado o Estatuto de Milão (1351) que trata disso [...]. Se alguém cometer um homicídio, que seja decapitado; e, em tal caso, que lhe sejam confiscados os bens, os quais caibam à comuna de Milão, respeitando-se, contudo, a razão dos credores[...]⁶.

Do século XI em diante o posicionamento da Igreja entrou em uma contradição entre a ideologia e a efetividade⁷, pois o primeiro defendia que o homem não tinha o direito de tirar a vida de outro e o segundo passa a adotar o princípio da intolerância como modo de manter e ampliar seu domínio sobre as pessoas, com o objetivo de defender a fé cristã:

A religião anunciada por Cristo não é uma das tantas que podem muito bem coexistir, mas é a verdadeira, a única; portanto, qualquer outra não só é loucura e erro, mas representa um perigo social. Professar uma outra religião, ou professar a própria religião cristã de modo diferente da religião católica e apostólica é por si só uma mal social. Surge assim a necessidade da defesa da fé ortodoxa, concebida como defesa tanto dos indivíduos quanto da sociedade como um todo.⁸

Para solucionar esse conflito e guiar em definitivo a Igreja, Santo Agostinho passou a racionalizar a ideia de que a violência pode ser usada se o fim for justo, formulando teoria que justifica a perseguição e a pena de morte, enquanto São Tomás justificava a morte dos hereges e a concepção do “Bem Comum”, como um novo conceito para àquela época, no qual, se for para proteger o interesse da sociedade ou coletividade se fazia justa a eliminação de indivíduos problemáticos, portanto, o homicídio promovido pelo Estado passaria a ser

6 **Ob. cit.**, p.10.

7 **Op. cit.**, p.14.

8 B.Biondi, **Il diritto romano cristiano**, Milão, Giuffrè, 1952, I, pp.254 ss. *apud* MEREU, Italo. **A morte como pena**: ensaio sobre violência legal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.16.

considerado lícito a partir desse ponto.

Outro fator determinante para a transformação da igreja foi a Legislação de Justiniano⁹ que, embora tivesse semelhanças com o Direito Romano, diferenciava-se desse, pois transformava o Estado no braço secular da Igreja, tornando a defesa da fé o principal objetivo da lei. Sendo, portanto, uma legislação romano-cristã.

Com o Direito Justiniano, nasce para o direito penal a figura do “herege”, através do delito de heresia, que é equiparado ao crime de lesa-majestade, sendo, portanto, punido com a morte.

Nesse ponto, a instituição da Igreja se aproxima do Estado e a morte como pena passa a ser adotada cada vez mais e para crimes variados, criando uma espécie de banalização e descontrole na utilização de uma punição que jamais deveria se tornar leviana.

Nota-se então que, à medida que o Estado ganhava força e centraliza seu poder, a pena de morte passava a ser cada vez mais utilizada, em um primeiro momento com a justificativa de promover o bem comum, mas rapidamente saindo do controle e servindo para garantir a supremacia do Estado (e da Igreja) sobre os indivíduos;

APLICAÇÃO DA PENA CAPITAL DO RENASCIMENTO AO ABSOLUTISMO

Então chegamos ao século XVI, período áureo do renascimento, aonde as luzes da antiguidade retornam para uma Europa pronta para se tornar o centro civilizatório da humanidade. Entretanto, para o nosso estudo sobre a utilização da morte como pena, a perspectiva do século XVI pode ser considerada inversamente proporcional à visão clássica que a história nos transmite desse período.

Embora seja um século com inegáveis avanços em várias áreas da ciência, no estudo penal o século XVI pode ser considerado o momento em que a utilização da pena de morte alcança uma situação crítica, pois o seu uso se torna banal, tanto em frequência como em variações de crimes, como: roubo; furto; cortar árvores; falsificar moedas; por ordem do Santo Ofício (inquisição); celebrar missa sem ser padre; entre outros. E, para os crimes considerados mais graves, a pena de morte vem acompanhada de tortura e suplício, com o objetivo de fornecer um exemplo e coagir as pessoas a não praticarem tais crimes.

A violência legal adotada pelo Estado se torna endêmica, passando a se tornar um grande perigo o fato de ser suspeito de um crime, e, ser preso passou a ser o mesmo que ser condenado. O Direito Penal se torna uma arma para os Príncipes (Estado), que o usam tanto

9 Tratava-se de uma estrutura legislativa unitária para todo o Império Bizantino, embora tenha sido promulgada em 554 d.c., permaneceu desconhecida pelo ocidente por toda a alta Idade Média, sendo descoberta em 1135, durante o saque de Amalfi.

para se livrar de opositores indesejados como para punir criminosos.

Esse poder “absoluto” que o Estado passa a possuir é consequência de um novo conceito que surge no final do Século XVI, a “razão do Estado”, o qual pode ser compreendido como a construção de argumentos e meios aptos a fundar, conservar e ampliar o Estado. Sendo uma ampliação da ideia já presente no supracitado “Código de Justiniano”, associado à ideia de que o Estado é a representação do “Bem Comum” e, portanto, seria impensável o questionamento de seus métodos e ações. Não sendo surpresa que, com a sedimentação do conceito de Estado e de sua Soberania, este passa a possuir uma moralidade diferente daquela do indivíduo, passando a possuir atributos, privilégios, exceções e derrogações distintas do direito comum.

Portanto, o poder do Estado agora é muito superior ao do indivíduo que nem mesmo pode questionar tal situação sob pena de ser considerado um “tumultuador da ordem” e condenado de acordo - com o suplício e a morte.¹⁰

Naturalmente, o único método processual com que se conduz a instrução é de inquirição ou de ofício. E, portanto, não há formas certas. Nenhuma garantia para o acusado. Também aqui se repete o determinado pelos pontífices: *omnis iuris et statutorum forma, solemnitate, et substantia ommissis*. Basta a simples suspeita da autoridade para desencadear todo o processo. O “réu” não saberá nem o nome de quem o acusa, nem as testemunhas que tem contra ele. Se o “réu” não confessar, será submetido a tortura.¹¹

O advento dos séculos XVII e XVIII observa esse cenário decair, pois as penas propostas tornam-se ainda mais graves e sangrentas. Porém, na segunda metade do século XVIII as ideias Iluministas trazem uma grande reflexão sobre o “status quo” da sociedade europeia e uma série de filósofos - como Beccaria em seu “Dos Delitos e das penas” - passam a questionar o poder absoluto que os Estados, na figura dos Reis, haviam acumulado, levando a uma série de propostas e movimentos contra o Estado Onipotente e ao uso da pena de morte. Esse período turbulento e reflexivo conduzirá a movimentos revolucionários e reformistas.

Basta pensarmos no período Iluminista que nos vem à cabeça a ideia de luta contra a tirania e pelos direitos dos homens, tratando-se, assim como a renascença, de um dos períodos mais glorificados pelos historiadores.

10 MEREU, Italo. **A morte como pena**: ensaio sobre violência legal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.46-47.

11 **Ob. cit.**, p. 48.

Embora as revoluções e reformas Iluministas tenham trazido ao mundo muitas mudanças, a pena de morte acabou sendo preservada, apesar de o rol de crimes punidos com tal pena ter sido reduzido, ficando apenas os crimes de lesa-majestade, agora travestidos de lesa-pátria ou anti-revolucionário, ou seja, os revolucionários atacaram o poder absoluto do Estado, mas não seu status de representante do “Bem Maior”.

Portanto, qualquer indivíduo que se colocasse contra essa entidade superior, poderia ser punido com a morte. E assim aconteceu, mesmo que fosse um movimento que questionava o uso excessivo da pena de morte, a revolução acabou por condenar a morte entre trinta a quarenta mil pessoas, tudo em nome de preservar o Estado de seus inimigos. Portanto, mesmo com um rol reduzido de crimes, as condenações à pena capital somente aumentaram, porque os revolucionários passaram a sacramentar ainda mais o Estado, mesmo que sem os Reis.

APLICAÇÃO DA PENA CAPITAL NO SÉCULO XIX

O século XIX viu uma série de transformações ocorrerem na Europa, advindas da revolução Francesa e do conceito no qual as leis, e o Estado, deveriam ser humanizados, portanto, criaram-se diversos códigos para representar esse novo paradigma europeu e entre eles o mais importante, pois nortearia a maioria dos outros códigos desse século, foi o Código de Napoleão.

Entretanto, no direito penal e processual, tudo permaneceu como no antigo regime, com as mesmas penas feitas para sustentar a “Razão do Estado”, agora chamada de “realpolitik”, tornando o Estado em algo impassível de críticas ou questionamentos.

O retorno do antigo modelo medieval se mostra claro no direito processual, aonde se utilizará um “Sistema Misto”, uma mistura entre o sistema inquisitório e o acusatório, no qual o Estado tem grande controle sobre o que e quando será julgado, criando uma insegurança jurídica quando o assunto é de interesse governamental. Portanto, temos as velhas estruturas do antigo regime mascaradas com uma nova nomenclatura. Da mesma forma, nesse novo século “humanitário” a pena de morte continua fortemente presente na maioria dos códigos europeus.

Nesse contexto, o embate mais acalorado entre os defensores da abolição da pena de morte e os favoráveis a ela se deu na Itália pós-unificação. Isso ocorreu, principalmente, pelo fato de a Toscana, antes da unificação, ser um dos poucos países europeus em que a pena capital havia sido efetivamente abolida, ao passo que no restante da Itália ainda era utilizada.

Portanto, quando o governo da Itália unificada demonstrou seu desejo de ver uma legislação única para todo o território do novo país criou-se um ambiente fértil para os mais

acalorados debates acerca do tema. Deveria a pena de morte ser imposta para a Toscana ou deveria o restante da Itália se adequar ao exemplo Toscano e abolir de vez a pena de morte em todo o seu território.

Os abolicionistas utilizaram muitos argumentos, morais e jurídicos, para validar seu ponto de vista, entre eles os mais recorrentes foram a abolição da pena de morte como sendo um passo para o “progresso” da humanidade; o direito à vida como inalienável, proibindo o Estado a proferir uma condenação à pena capital. Já os que defendiam a morte como pena argumentavam que o Estado era uma Entidade Superior e, portanto, poderia dispor da vida de indivíduos se o objetivo fosse a manutenção da ordem social.

Entretanto, é interessante observar que, em ambos os casos, defendia-se o “bem comum”, seja na crença de que a “coletividade” deveria progredir em direção a um futuro mais civilizado; ou na ideia de que o “Estado”, representante e guardião dos valores morais de uma sociedade, teria o direito de impor seu poder sobre qualquer indivíduo “transgressor” se o objetivo fosse preservar a harmonia social.

Por fim, com a ascensão de um governo de esquerda, a pena de morte foi abolida do direito penal Italiano e substituída pela prisão perpétua. Foi uma batalha travada nas universidades, nos tribunais e, também, nas ruas, pois todo o povo participou ativamente dessa discussão.

Com o intuito de substituir a pena capital, as pessoas passaram a procurar um sucessor à altura. Embora a prisão perpétua fosse a primeira opção, dificilmente poderia ser dito que se tratava de uma punição mais “humana” do que a pena de morte, uma vez que essa matava lentamente os condenados, que raramente passavam de quatro anos de encarceramento. Esse substituto seria encontrado no sistema penitenciário, como nos mostra Sergio García Ramírez:

Era necessário abolir a pena de morte, mas para fazê-lo seria necessário um sucessor efetivo, um instrumento de redenção que respeitaria a vida do acusado e garantiria a vida em sociedade. O Congresso determinou que o remédio seria encontrado no sistema penitenciário.¹²

Sendo o principal argumento para essa vitória, o direito à vida, e esse passaria a se tornar um ponto fundamental nas discussões a respeito desse tema em vários países da Europa e América, que tentariam acompanhar o pioneirismo italiano.

APLICAÇÃO DA PENA CAPITAL NO SÉCULO XX

12 RAMÍREZ, Sergio García. **Death Penalty: A cruel and inhuman punishment, Concerning the Death Penalty Abolition: A Long Road**, 2013, p94.

O século XX se mostraria uma arena tão fértil quanto a anterior para o debate centenário sobre o uso da morte como pena, com movimentos coletivistas de cunho ultranacionalistas, como o Fascismo e o Nazismo, com a defesa da reinstituição da pena capital como um elemento moralizante e uma forma de proteger a “sagrada” superioridade do Estado; os movimentos coletivistas de cunho internacionalistas, como o Comunismo Russo e Chinês, que usariam a pena de morte como uma ferramenta para defender o Estado e a Revolução contra indivíduos “reacionários”; e a ascensão dos partidos e ideias Sociais Democratas após a Segunda Guerra Mundial, baseados nos ensinamentos do italiano Antonio Gramsci e sua hegemonia cultural, que defendiam (e ainda defendem) fervorosamente a abolição da pena capital não apenas em seus países, mas em todo o mundo, através da Organização das Nações Unidas (ONU).

Nota-se que, em que pese consistir em uma discussão antiga, o uso ou, não uso, da pena de morte ainda é um assunto atual e, embora tenha sido abolida de quase todo o mundo ocidental, ainda existem defensores e muitos dos argumentos que impossibilitavam o seu uso estão se desgastando, tornando possível que venhamos a vê-la reinstituída em mais países ocidentais.

QUEBRA DE PARADIGMAS: PREVISÃO E APLICABILIDADE DO INSTITUTO

Ocorre que, a discussão deve seguir uma direção ética e abranger não só o campo utilitarista, mas também sobre a possibilidade do Estado, em sua superioridade baseada no “Bem Coletivo”, positivar a pena capital e o respectivo procedimento para viabilizá-la.

No Brasil, a pena de morte passou a ser vedada na Constituição de 1946, sendo excepcionada a aplicação em tempo de guerra, o que evidenciava o cunho humanitário da Constituição que afastou também as penas de banimento, confisco e de caráter perpétuo.¹³

Mantida tal vedação, a atual Constituição ampara o direito à vida, no *caput*, do artigo 5º, abrangendo o direito de cada indivíduo de não ser privado desse bem jurídico de maneira artificial – salvo em caso de guerra declarada.

13 De acordo com o artigo 141, da Constituição de 1946, “a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro”.

A Constituição Federal de 1988 manteve o sistema inquisitivo somente no tramitar do inquérito policial, determinando a aplicação dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal durante o tramitar da ação, que deverá ocorrer perante um juiz natural e somente se torna possível a execução da pena após sentença condenatória.

Resta evidente que a Carta Magna solidificou direitos e garantias após longo e penoso período de regime de exceção, buscando evitar arbitrariedades através de princípios que não podem ser arrancados da nossa legislação, em decorrência do efeito “cliquet”, também denominado de proibição da “evolução reaccionária” (Canotilho, 2002, p. 338) ou princípio da continuidade, consistente na vedação ao retrocesso, ou seja, proibição de redução dos direitos humanos já conquistados e positivados.

Assim, obtidos determinado grau de realização de direitos, estes passariam a constituir uma “garantia institucional e um direito subjectivo”, conforme apresentado por Canotilho:

A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (...) em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana¹⁴.

O doutrinador aponta que os direitos fundamentais devem ser dotados de garantia e estabilidade em relação as conquistas já alcançadas pela sociedade em relação ao legislador. Tratam-se de direitos subjetivos, de natureza negativa, de modo que não poderão ser suprimidos pelo Estado, uma vez que “a violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’”.¹⁵

Em outras palavras, qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios, se torna inconstitucional.

Ora, junto com os demais princípios, a Constituição Federal dispõe sobre a proibição de penas cruéis e da pena capital, no inciso XLVII, do artigo 5º¹⁶, de modo que tal dispositivo, previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais, nos faz acreditar inicialmente que, uma vez vedada a pena de morte, não seria mais possível a aplicação em decorrência do efeito

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 339.

15 Ibid.

16 De acordo com o artigo 5º, XLVII, da Carta Magna, “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;”

“cliquet” mencionado anteriormente.

O mesmo entendimento é apresentado por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, no Curso de Direito Constitucional, ao afirmar que somente se faz possível a pena de morte em caso de guerra devidamente declarada:

o constituinte prevê apenas um caso em que o comportamento de um ser humano pode conduzir a supressão da vida pelo Estado (...) a excepcionalidade da hipótese obrigou o constituinte a decliná-la expressamente, de onde se segue que, afora essa situação, nenhuma outra dá entrada a ação do Estado contra a vida. Fica, assim, vedada a pena de morte em qualquer outra circunstância.¹⁷

De acordo com o professor Vidal Serrano Nunes Jr¹⁸, mesmo por emenda constitucional é vedada a instituição da pena de morte no Brasil, sob pena de se ferir a cláusula pétrea do artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal¹⁹ e, da mesma forma, entendem os doutrinadores que nem mesmo o poder constituinte originário poderia ampliar as hipóteses de pena de morte [nem mesmo uma nova Constituição] em decorrência da vedação ao retrocesso.

Resta nítido que, para tais juristas, a morte como pena é considerada como “retrocesso absurdo” e só pode ser aceita com a finalidade de defesa do Estado, o que nos remete ao antigo ideal do “bem comum”, apresentado por São Tomás. Entretanto, é interessante observar que, em que pese apontada como “retrocesso”, não é apresentada a razão ou momento comparativo que está sendo utilizado como padrão para tal alegação de retrocesso.

Ora, aparentemente o alegado “retrocesso” se faz em relação a visão de um mundo igualitário idealizado por socialistas. Nesse caso, a reflexão é imprescindível, vez que o caminho evolucionário dos povos não se faz em linha reta, bem como a adoção de princípios de ideólogos franceses como verdades absolutas, sem qualquer questionamento, se mostra - no mínimo, temerária.

É importante ressaltar que o cerne deste artigo consiste na análise da importância e dos efeitos da ampliação na adoção da pena capital. Ainda assim, abordaremos mais adiante, de maneira sucinta, a possibilidade de efetivação dessa mudança.

Nota-se que o próprio dispositivo mantém possível a aplicação da pena de morte, em caso de guerra declarada, situação mencionada pelos doutrinadores e prevista no Código

17 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257.

18 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 139.

19 Encontra previsão no mencionado dispositivo que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais e, dentre os direitos e garantias fundamentais, a proibição da pena de morte.

Penal Militar. Nesse caso, a pena será executada por fuzilamento, após sentença definitiva de condenação, que deverá ser comunicada ao Presidente da República, e não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação – salvo se imposta em zona de operações de guerra e o exigir o interesse da ordem e da disciplina, caso em que poderá ser aplicada desde logo, nos termos dos artigos 56 e 57 do Código Penal Militar²⁰.

Entretanto, não se trata do único caso previsto atualmente, considerando que existe ainda a aplicação da pena de morte, também de maneira excepcional – mas, em tempo de paz, em razão de necessidade de destruição de aeronave considerada hostil em território nacional, conforme o artigo 303, §2º, incluído pela Lei nº 9.614, de 1998 e regulamentado através do Decreto Lei 5.144/2004.

De acordo com o artigo supracitado, a aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim; se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional; para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis; para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21); bem como para averiguação de ilícito.

Dispõe ainda o parágrafo primeiro, do artigo 303 que “a autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado”, Porém, se forem esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

A denominada “lei do abate” gera polemica e divergências entre doutrinadores que discutem a (in)constitucionalidade da mesma, tema que deixaremos de adentrar com a finalidade de manter a atenção no cerne deste artigo.

Mas é imprescindível observar que nenhum princípio é absoluto (ainda que previstos no artigo 5º, da Constituição Federal) e, havendo políticas compensatórias, se torna possível até mesmo a redução de direitos fundamentais.

Ora, ao se mencionar a (im)possibilidade de aplicação da pena de morte, não se faz sustentável a proibição baseada na vedação do retrocesso, no direito à vida ou dignidade da pessoa humana, vez que cabe ao Estado atuar em favor da sociedade e não em proteção do indivíduo em detrimento desta, ainda mais quando se faz rompido o contrato social.

20 O procedimento para aplicação da pena encontra previsão no Código de Processo Militar, em seu Capítulo III, ao dispor sobre disposições especiais relativas à Justiça Militar em tempo de guerra – artigos 707 e seguintes.

A discussão vai além.

A pena, como resposta estatal a rescisão da ordem social, tem tríplice finalidade, de maneira que não busca somente a punição (1) do agente que praticou conduta criminosa, mas também a prevenção (2)²¹ geral e especial e a ressocialização (3)²².

Mas o preceito principal relacionado a pena, bem como ao direito penal, aponta que estessamente deverão ser aplicados como ultima “ratio”, ou seja, quando nenhum outro âmbito de atuação estatal se mostrar suficiente para manutenção do controle da sociedade.

Também por serem a ultima esfera a ser aplicada é que o controle social não deve ficar restrito ao sistema penal ou a letra da lei penal, como afirmam Zaffaroni e Pierangeli, vejamos:

Assim, para avaliar o controle social em um determinado contexto, o observador não deve deter-se no sistema penal, e menos ainda na mera letra da lei penal, mas é mister analisar a estrutura familiar (autoritária ou não), a educação (a escola, os métodos pedagógicos, o controle ideológico dos textos, a universidade, a liberdade de cátedra etc.), a medicina (a orientação ‘anestesiante’ ou puramente organicista, ou mais antropológica de sua ideologia e prática) e muitos outros aspectos que tornam complicadíssimo o tecido social. Quem quiser formar uma idéia do modelo de sociedade com que depara, esquecendo esta pluridimensionalidade do fenômeno de controle, cairá em um simplismo ilusório²³.

Ora, em concordância com os renomados doutrinadores acima mencionados, não se trata de utilização de uma pena capital ou da própria legislação penal como forma de controle da criminalidade, principalmente considerando que tal controle somente pode ser realizado pelo direito penal como ultima “ratio”.

Entretanto, em específicos e determinados crimes, a previsão e efetividade dessa pena acarretaria redução inequívoca da criminalidade – quando todos os outros meios de prevenção se apresentassem falhos.

No que diz respeito a essa efetividade, podemos associá-la com a “teoria das janelas quebradas”, momento em que se torna inequívoca a necessidade e a importância da sua aplicação.

A teoria desenvolvida na escola de Chicago por James Q. Wilson e George Kelling, evidencia que a desordem e a impunidade relativas a uma prática criminosa irão gerar ainda

21 A finalidade de repressão e prevenção de novos crimes está previsto no artigo 59, do Código Penal, que dispõe que “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis** dentre as cominadas (...)”.

22 Já a finalidade de ressocialização do indivíduo condenado, está prevista no art. 1º, da Lei 7.210 de 1984 – Lei de execuções penais, que determina que “a execução penal tem por objetivo (...) **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado** e do internado”.

23 Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63.

mais desordem e criminalidade, como em uma progressão aritmética: “Desordem e crime geralmente estão inextricavelmente ligados, como em um tipo de sequência de desenvolvimento’ (...)de modo que, os esforços para reduzir a desordem podem finalmente se traduzir em reduções da atividade criminal também”²⁴.

Baseada em experiências realizadas por psicólogos em bairros que apresentavam condições econômicas opostas entre seus moradores, foi possível atestar que a criminalidade não está diretamente associada a pobreza, mas a própria condição humana. Para realizar o experimento, os psicólogos abandonaram dois carros idênticos em pontos diversos da cidade, sendo um deles em um bairro nobre e outro na periferia de Nova York.

Tão logo colocado na periferia, o primeiro veículo foi totalmente depredado, enquanto o outro permaneceu intacto no bairro nobre, ainda que também abandonado. Entretanto, visando a continuidade da pesquisa, os pesquisadores quebraram uma das janelas do segundo carro (deixado no bairro nobre) e, em pouco tempo, o veículo estava da mesma forma que o carro que havia sido deixado na periferia.

Assim, a Teoria das Janelas Quebradas desenvolvida, através de diversas experiências, conduziu a conclusão de que o cada ataque depredador se mostra como reafirmação da desordem social que, combinada com a sensação de impunidade, resulta em maior sensação de segurança na prática da desordem, conduzindo a uma violação crescente até que tais atos e indivíduos se tornariam incontroláveis:

A teoria das janelas quebradas aborda a primeira peça do quebra-cabeça de forma direta e provocativa: é a variação na desordem nos bairros que explica a variação do crime, mantendo a desvantagem estrutural constante. O verdadeiro gatilho é a própria desordem.²⁵

É interessante observar que, baseado na teoria, em Nova York foi implementada a política de “tolerância zero”, no qual passou-se a combater todas as transgressões, ainda que pequenas, com a finalidade de redução dos índices de práticas criminosas – o que ocorreu.

Ora, não se busca, com esse artigo, a defesa da implementação da mesma política criminal ou a aplicação da pena de morte de forma indiscriminada visando causar temor e pânico social em nosso país.

Na realidade, a intenção é demonstrar que em casos específicos e graves, como crimes hediondos, a aplicação de uma pena capital para réu reincidente específico – obviamente após devido processo legal, terá, como resultado a repressão e reestabelecimento da ordem social.

24 HARCOURT, Bernard E.; LUDWIG, Jens. **Broken Windows: New Evidence from New York City and a Five-City Social Experiment**. p. 280.

25 **Ob. cit.**, p. 281.

Mais do que isso! A mera previsão de pena capital para crimes hediondos resultaria na prevenção geral e especial – estipulada como uma das finalidades da pena com previsível e substancial redução da prática de tais crimes, quando outros âmbitos de proteção estatal não foram capazes de realizar a prevenção.

APLICABILIDADE PRÁTICA: INSERÇÃO DA PENA CAPITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Partindo então da premissa que a previsão de pena capital para crimes determinados e somente em caso de reincidência específica, constitui progressão legislativa, a segunda problemática evolui a aplicabilidade prática relacionada a possibilidade de ser essa pena inserida no ordenamento jurídico.

O fundamento mais utilizado a esbarrar na pena de morte é relacionado às cláusulas pétreas consistentes em limitações materiais ao poder de reforma, são justificadas como garantias de estabilidade da Constituição; conservação em face de alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura do ordenamento jurídico.

Entretanto algumas vezes as cláusulas pétreas se tornam empecilhos para o próprio desenvolvimento do povo ao qual elas deveriam proteger. Quando isso ocorre, esses entraves constitucionais deixam de ser uma salvaguarda para se tornarem uma barreira.

Mas de onde vem esse poder absoluto das cláusulas pétreas?

Mencionamos “poder absoluto” uma vez que nem mesmo os representantes do povo, após o longo processo necessário para a aprovação de uma emenda constitucional, são capazes de mudá-las.

Essa intangibilidade vem do Poder Constituinte Originário, ou seja, da vontade do próprio legislador constituinte, de acordo com o qual, qualquer alteração daquelas normas, seria uma violação inaceitável ao corpo constitucional. Essa presunção seria aceitável se tivéssemos certezas absolutas e imutáveis sobre os temas abordados, entretanto, as certezas e convicções de uma geração podem não ser as mesmas de outra geração futura e isso poderia levar ao que é chamado de “choque de gerações”. Ou seja, as cláusulas pétreas poderiam, devido à sua imutabilidade, levar a um tumulto social, pois, pelo menos uma parte da população, se sentiria presa a normas que já não os representariam mais.

Esse conflito entre a imutabilidade das cláusulas pétreas e a vontade da população nos levaria a um paradoxo, pois no artigo 1º da Constituição Federal determina-se que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

É possível afirmar então que o povo é o detentor do Poder Constituinte Originário, e

como tal tem o poder para alterar qualquer norma, pois o poder constituinte pode tudo.

Porém, a problemática surge com o fato de o Poder Constituinte Originário só ser exercido no momento da promulgação da Carta Magna, ou seja, após a criação da constituição, o poder constituinte originário já não tem atuação e passa a ser substituído pelo poder constituinte reformador, que é exercido pelos representantes do povo, através das emendas constitucionais. Mas é justamente contra as emendas constitucionais que as cláusulas pétreas atuam.

Então a única forma de mudar uma constituição obsoleta, seria através de uma revolução e a proclamação de uma nova constituinte?

Não necessariamente. Como nos explica Adriano Sant'Ana, existe um terceiro poder constituinte, capaz de resolver esse impasse. Trata-se do Poder Constituinte Evolucionário, que tornaria possível a superação de cláusulas pétreas sem uma ruptura da ordem constitucional vigente.

No que concerne às limitações materiais impostas pelas circunstâncias históricas, na medida em que os motivos que ensejam as cláusulas pétreas estiverem superados, mormente em razão da evolução da sociedade, e não estando mais presentes as situações conjunturais que as reclamaram, seria possível a superação de tais obstáculos através do poder constituinte evolucionário. A atuação deste poder tornaria possível a superação de cláusula pétrea sem uma ruptura da ordem constitucional vigente.²⁶

O Poder Constituinte Evolucionário é uma manifestação do próprio Poder Constituinte Originário, ou seja, a vontade da população, aplicado posteriormente à promulgação da carta magna. E para que este seja aplicado faz-se necessário uma participação efetiva e direta da população no processo de alteração das normas, através de plebiscitos ou referendos, ambos expressamente previstos na constituição de 1988.

A carta magna de 1988 estabelece as cláusulas pétreas ao no seu artigo 60, parágrafo 4º, no qual ela determina que “ Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”. Essa limitação se aplica aos representantes, detentores do poder constituinte reformador, e não a ao povo, detentor do poder constituinte originário e evolutivo, uma vez que não faria sentido a um poder que não tem limites limitar a si mesmo.

A revolução irá ocorrer quando não se puder mudar através do Direito. Entretanto, a revolução é prescindível na proposta aqui defendida, uma vez que a própria Constituição brasileira de 1988 estabelece que as limitações materiais aplicam-se apenas às emendas constitucionais (artigo 60, parágrafo 4º, CF), ou seja, trata-se de uma limitação tão somente à atuação dos representantes, e não do povo, pois este não poderia limitar-se a si próprio. Em síntese: as cláusulas pétreas excluem as transformações constitucionais do poder constituinte reformador, mas não do poder constituinte, seja revolucionário ou evolucionário.²⁷

26 PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição Viva, Poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na Democracia Participativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 212.

27 PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição Viva, Poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na**

Portanto existem duas formas para realizar a mudança em uma situação em que a sociedade deseja mudar, mas as leis a impede de fazê-lo: Através de uma revolução; ou através do uso do poder constituinte evolucionário. Entretanto, uma revolução sempre trará incertezas e a possibilidade do desencadeamento de violência, e, portanto, deve ser evitada sempre que possível. Por fim nos resta, como um meio-termo legislativo, o uso do poder constituinte evolucionário.

Nesse caso, o processo para a alteração das cláusulas pétreas seguiria os ditames normais previstos na constituição - aprovação nas duas casas do congresso, em dois turnos, e a subsequente sanção pelo presidente da república- entretanto a esse, já longo e exaustivo processo, seria acrescida a consulta da vontade popular, seja através de plebiscito ou referendo, lembrando que o primeiro é uma consulta prévia e o segundo posterior.

Como vimos acima, o processo para a alteração de cláusulas pétreas seria longo e custoso, dando o devido tempo para que a população o discutisse com a seriedade e profundidade que tal alteração merece, concedendo oportunidades para os representantes dos diversos pontos de vistas apresentarem a defesa dos seus argumentos, de modo a impossibilitar alteração tempestuosa e impensada. Entretanto, apesar de ser um processo penoso, a constituição teria um mecanismo de mudança, que a permitiria se adequar a novos tempos e, principalmente, novas ideias.

Portanto, mesmo um tema complexo e polarizador como a adoção da pena de morte, poderia ser debatido dentro da sociedade sem a tradicional vedação imediata, baseada em cláusulas imutáveis previstas na constituição.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, é possível perceber que o debate acerca da validade do uso ou não da pena capital no nosso ordenamento jurídico não é um ponto tão pacificado como muitos gostariam de acreditar.

Essa pena foi amplamente usada a partir da baixa idade média, porém, nesse período os réus eram, como regra, condenados sem o direito da ampla defesa ou contraditório, e em grande parte das vezes essas condenações eram feitas pelas práticas de crimes contra o Estado(Rei) ou Igreja. Nesse período a pena capital foi utilizada de maneira vulgar e com a descarada pretensão de proteger o Estado daqueles que pensavam de maneira diversa, e não para proteger os indivíduos honestos contra as agressões de outros.

Democracia Participativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 219.

Resta evidente que essa utilização indiscriminada é a causa do repúdio da sociedade em face da pena de morte e, de fato, assim tem que ser. Entretanto, o sistema jurídico brasileiro atualmente apresenta garantias processuais para evitar esse retrocesso, o que nem sempre é relevado ao discutir o tema.

Nota-se que uma dessas garantias consiste no mencionado “efeito cliquet”, deve ser aplicado sim como barreira para afastar retrocessos, como a retomada do procedimento arbitrário e inquisitivo que resultava na pena capital. Entretanto, o mesmo não se aplica quanto a possibilidade de ampliação, em nosso ordenamento, da previsão dessa pena, considerando principalmente que a mera previsão da pena de morte já acarretaria redução da prática de determinados crimes ou, ao menos, da reincidência do indivíduo.

Sendo necessário ressaltar que, plausível a implantação da pena de morte no corpo jurídico brasileiro, tal punição somente recairia para crimes extremamente graves, crimes que causassem tamanho impacto na vida da vítima, que seus efeitos não poderiam ser compensados por qualquer outro método disponível pelo direito, no caso àqueles denominados como hediondos, ou ainda, parte deles, considerando a o rol previsto no artigo 1º, da Lei 8.072 de 1990.

De modo que a pena de morte continuaria sendo aplicada em seu caráter excepcional – como o é atualmente, sendo, porém, ampliada a possibilidade em proteção da própria sociedade, do bem comum em detrimento de um indivíduo que teve diversas outras possibilidades concedidas pelo próprio Estado, mas insistiu na prática criminosa.

No que condiz a aplicabilidade prática, o poder constituinte evolucionário relativiza o conceito de imutabilidade das cláusulas pétreas, uma vez que o povo é o titular do poder constituinte e este não tem limites.

Não podemos deixar de mencionar também outro argumento levantado pelos críticos da pena capital: o erro judiciário. Sendo que se este ocorresse a um inocente condenado à morte não haveria como remediar a situação.

Trata-se de uma preocupação válida, pois, de fato, o judiciário comete erros. Entretanto, se nós deixarmos de utilizar algo pelo medo de o mesmo falhar, deveríamos nos abster do uso de aviões e automóveis, uma vez que todos os anos milhares de pessoas morrem em acidentes ocasionados por falhas mecânicas e humanas.

Por óbvio que, os erros judiciários, consistem em uma problemática que deve ser corrigida para que se tornem menos frequentes, mas negar o uso de um dispositivo justificando nas chances de falha não se sustenta. Ainda assim, a pena capital somente seria aplicada a criminosos reincidentes.

Portanto, a aplicação da pena capital apenas em casos de crimes hediondos e réus reincidentes específicos, acarretaria por minimizar a possibilidade do erro judiciário; conceder segunda chance ao condenado; restringir a punição apenas aos crimes mais graves; e também proteger a sociedade de criminosos notadamente perigosos.

Por fim, é válido ressaltar que a pena de morte é um dispositivo judiciário que foi usado por longo tempo e, durante todo o período existiram críticas, em especial a banalização do mesmo. Entretanto, com o advento dos séculos XIX, XX e o ideal socialista do “evolucionismo” da sociedade, no qual uma sociedade deveria sempre estar avançando em direção ao modelo de sociedade idealizada pelas correntes humanistas, criou-se a ideia de que a pena capital era a representação máxima doarcaico.

Visão que tornou a sociedade intolerante para com o debate desse notável e complexo tema, ignorando a necessidade de tecer um argumento racional e ponderado acerca do assunto, que mostra-se como meio para atingir o verdadeiro progresso, desde que, da mesma forma que as demais penas, jamais seja aplicada levemente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr., Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 12. ed.rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. **Código de Processo Penal Militar**. Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

_____. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

_____. **Código Penal Militar**. Decreto Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

_____. **Lei nº 7.2010** de 11 de julho de 1984, institui a Lei de Execução Penal.

HARCOURT, Bernard E.; LUDWIG, Jens. **Broken Windows: New Evidence from New York City and a Five-City Social Experiment.** Disponível em: <http://home.uchicago.edu/ludwigj/papers/Broken_windows_2006.pdf>. Acesso em: 21 de junho de 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito**

Constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013

MEREU, Italo. **A morte como pena:** ensaio sobre violência legal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 09.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição Viva, Poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na Democracia Participativa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RAMÍREZ, Sergio García. **Death Penalty:** A cruel and inhuman punishment, Concerning the Death Penalty Abolition: A Long Road, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.