

I Encontro **de PESQUISA**

“Um Olhar Interdisciplinar”

Renê Francisco Hellman
(Coordenador)

Alencar Frederico Margraf
Donizeth Aparecido dos Santos
Eliane Young Blood
Sandra Regina Merlo
(Organizadores)

O direito contemporâneo e sua visão interdisciplinar
Coletânea do I Encontro de Pesquisa da FATEB

 Editora
FATEB

Copyright do texto © 2015 – Editora FATEB

O direito contemporâneo e sua visão interdisciplinar: Coletânea do I Encontro de Pesquisa da FATEB

Renê Francisco Hellman (Coordenador)

Alencar Frederico Margraf, Donizeth Aparecido dos Santos, Eliane Young Blood, (Organizadores)

Paula Regina Pontara
(Editora)

Renê Francisco Hellman
(Coordenador Geral do I Encontro de Pesquisa da FATEB)

Comitê Gestor
Eliane Young Blood
Ivo Neitzel
Priscila Bahena da Silva e Silva

Comissão de Avaliação
Alencar Frederico Margraf – Direito
Expediterson Braz Marques – Engenharia de Produção
Pedro Fernandes Neto – Engenharia Civil
Ricardo Domingues Ribas – Educação Física
Elisangela Lagos – Ciências Contábeis
Gislene Lösnitz Bida – Pedagogia
Pauline Balabuch de Goes – Administração
Rodrigo José Ferreira Lopes – Administração
Rubiane Ganascim Marques – Engenharia Química

Comissão de Execução
Donizeth Aparecido dos Santos
Getulio Nunes Gonçalves
Marcia Maria Galucha Esculápio
Osvaldo Vieira
Denise Zempulski
Sandra Regina Merlo



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.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

CAPÍTULO 1 – A efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica

DISCURSO JURÍDICO: ENTRE O PROCEDIMENTO E A SUBSTÂNCIA.....	07
Alencar Frederico Margraf	

ACESSO À JUSTIÇA: DO SEU HISTÓRICO ÀS SUAS PROMESSAS.....	32
Alessandro Coimbra dos Santos	
Emerson Rodrigo Ribeiro Martins	

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA HERMENÊUTICA JURÍDICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO ÀS CLAÚSULAS DE BARREIRA.....	51
Luciana Moriwaki	
Renata Young Blood	

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS.....	69
Renê Francisco Hellman	
Gedean Almeida Domingues	

O ACESSO À JUSTIÇA E A CAPACIDADE POSTULATÓRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: UMA LEITURA A PARTIR DA OPACIDADE DO DIREITO.....	83
Renê Francisco Hellman	
Késia Regina dos Santos Lima	

DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE IDENTIFICAR OFENSORES ANÔNIMOS POR MEIO DE MEDIDAS CAUTELARES.....	98
Renato Bernardi	
Leonardo Góes de Almeida	

CAPÍTULO 2 – Administração pública e os dilemas do Estado contemporâneo

PROGRAMA FEDERAL “MAIS MÉDICOS” E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA RESPOSTA AO CLAMOR POPULAR.....	119
Elaine Cristina Soares	

DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA IDOSA NO BRASIL: UM DESAFIO PARA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONTEMPORANEIDADE.....	134
Elisa Stroberg Schultz	
Andressa Pacenko Malucelli	
Maria Luiza Deschamps	
Nathalia Calza	
Denise Stroberg Schultz	

ESTELIONATO ELEITORAL PELA VIA DA DIGNIDADE HUMANA E O PROGRAMA DE DISTRIBUIÇÃO DE RENDA DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA.....146
Josias Dias de Camargo Filho

A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E O DIREITO TRIBUTÁRIO.....164
Luciana Moriwaki
Renata Young Blood

“O QUE OS OLHOS NÃO VEEM (MAS) A POPULAÇÃO SENTE”: A REALIZAÇÃO DA COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DA FIFA SENDO RESPONSÁVEL PELO RETORNO ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS.....182
Pollyana Cristina dos Santos
Alencar Frederico Margraf

INCLUSÃO QUILOMBOLA POR MEIO DA REPRESENTATIVIDADE SOCIAL.....205
Priscila Sutil de Oliveira
Alencar Frederico Margraf

CRISE FUNCIONAL DO ESTADO MODERNO.....220
Tiago Arantes Franco
Alencar Frederico Margraf

GLOBALIZAÇÃO E OS CONTRATOS DE TRABALHO INTERNACIONAIS.....236
Elaine Cristina Soares
Flávio Pierobon
José Antônio Miguel
Raquel Cristina Silva das Neves

CAPÍTULO 3 – Constitucionalização do direito privado

INTERDISCIPLINARIDADE E A EXPANSÃO JUDICIAL.....252
Alencar Frederico Margraf

LIBERDADE CONTRATUAL E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....274
Isaquel Maia
Jacieli Aparecida Almeida Bueno

EFETIVAÇÃO DE ALGUNS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA.....285
Luciana Moriwaki
Melissa Andrea Smaniotto

A FUNÇÃO SOCIAL DA MULTA CONTRATUAL.....303
Marcos Vargas Fogaça
Mateus Vargas Fogaça

A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE POR MEIO DE <i>REVENGE PORN</i>	324
Vinicius Rafael Rissetti	

CAPÍTULO 4 - Garantismo e sistema criminal

CRIMINALIDADE INFANTIL E POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTENÇÃO.....	337
Christian Del Anhol	
Alencar Frederico Margraf	

SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA SOB O VIÉS PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....	351
Josias Dias de Camargo Filho	

O TRIBUNAL DO JÚRI E A OMISSÃO DO ESTADO.....	371
Lucas Mainardes	
Gilson Garcia Gomes	
Alencar Frederico Margraf	

PRODUÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS E DESENVOLVIMENTO PROCESSUAL.....	382
Meg Francieli Svistun	
Alencar Frederico Margraf	

O “POPULISMO PENAL” E A REALIDADE CRIMINAL BRASILEIRA.....	399
Perla Savana Daniel	

REFLEXÕES SOBRE OS CONCEITOS CONTEMPORÂNEOS DOS DIREITOS HUMANOS.....	417
Rauli Gross Junior Andresa Martins	
Rodrigo Simionato	

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: LIMITAÇÃO AO PODER PUNITIVO.....	430
Rodrigo Sautchuk	
Everson Aparecido Conteli	

REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM A EXCLUSÃO SOCIAL.....	451
Tania Leticia Wouters Anez	

APRESENTAÇÃO

Caro leitor,

Os trabalhos aqui publicados foram submetidos, avaliados e apresentados no I ENCONTRO DE PESQUISA DA FATEB. Trata-se de evento que teve como mote principal a promoção da interdisciplinaridade científica, abrindo a possibilidade para que acadêmicos, professores e pesquisadores pudessem discutir suas ideias nas áreas de Administração, Ciências Contábeis, Direito, Educação Física, Engenharia Civil, Engenharia de Produção, Engenharia Química e Pedagogia.

Nesta coletânea você encontrará os artigos que discutiram temas atuais e relevantes da área jurídica. Estão eles divididos em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, os artigos relacionam-se com a temática da efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica; no segundo estão as discussões sobre administração pública e os dilemas do Estado contemporâneo; no terceiro os autores tratam a respeito dos efeitos da constitucionalização do direito privado e no quarto e último capítulo são abordados temas a respeito do garantismo e o sistema criminal.

Desejo a todos uma proveitosa leitura.

Agosto de 2015.

Prof. Renê Francisco Hellman
Coordenador-Geral da FATEB

DISCURSO JURÍDICO: ENTRE O PROCEDIMENTO E A SUBSTÂNCIA

Alencar Frederico Margraf¹

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: A efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica

RESUMO

Tendo em vista as recentes mudanças do ordenamento jurídico brasileiro, bem como da expansão da jurisdição constitucional, ressurgiu a discussão sobre qual instituição possui o monopólio da última palavra. A legitimidade constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal em relação à proteção das normas constitucionais vem suscitando inúmeras discussões, tanto na ordem jurídica quanto na ordem política, uma vez que passou a utilizar como fundamentação de suas decisões a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais. O presente artigo busca fomentar o leitor em pesquisar o verdadeiro sentido da disputa pela última palavra e demonstrar a necessidade de adequação da teoria da separação dos poderes e da teoria do discurso jurídico (procedimentalista e substantivista) com a realidade social contemporânea.

Palavras-chave: Separação dos Poderes; Diálogo; Procedimentalista; Substantivista.

ABSTRACT

Given the recent changes in the Brazilian legal system, as well as the expansion of constitutional jurisdiction, resurfaced the discussion about which institution has the monopoly of the last word. The constitutional legitimacy conferred on the Supreme Court in relation to the protection of constitutional norms has raised numerous discussions, both in law and in political order since started to use as grounds for their decisions the need for enforcement of fundamental rights. This article seeks to encourage the reader to find the true meaning of race for the last word, and demonstrate the need for an adequate theory of separation of powers and the theory of legal discourse (proceduralist and substantivist) with contemporary social reality.

Keywords: Separation of Powers; Dialogue; Proceduralist; Substantivist.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busatto de Ensino. Pós-Graduado *latu senso*, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR; Professor Pesquisador-Orientador no Programa de Pesquisa da Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

1. INTRODUÇÃO

A luta pela hegemonia de uma função sobre a outra sempre existiu, no entanto, há muito tempo não se observava de modo escancarado essa ruptura, até mesmo porque havia entre eles o reconhecimento de que deveriam proporcionar um bem maior, ou seja, a proteção da população brasileira em face de abusos totalitários presenciados no século XX, seguindo assim, os padrões da política do *Welfare State*.

Na última década, as três esferas passaram a colidir com as diretrizes da Constituição Federal mitigando a existência do Princípio da Separação dos Poderes, argumentando para tanto a necessidade da concretização da democracia em todos os setores do Estado e a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de segunda dimensão, para toda sociedade brasileira.

A principal dúvida é saber se o Judiciário está legitimado a utilizar o discurso argumentativo (substantivista) em suas decisões ou se ele deve se limitar a realizar um discurso de fundamentação (procedimentalista), no qual deve ser ater às normas constitucionais sem expandir a interpretação do texto para além do que os legisladores fixaram.

2. METODOLOGIA

Neste artigo buscar-se-á apresentar a importância do conhecimento constitucional e das modificações da sociedade para a realização de um discurso jurídico capaz de proteger as pessoas e seus direitos. Para a elaboração da deste texto foi utilizado o método dedutivo, consubstanciado por meio de pesquisa de livros, artigos científicos, revistas e sítios da internet sobre o tema ora discutido. Com o procedimento funcionalista será apresentado que é indispensável a evolução das teorias do discurso, principalmente em relação aos casos de revisão judicial das leis e o controle de constitucionalidade praticado pelo Supremo Tribunal Federal, buscando-se, na verdade, a elaboração de uma teoria do diálogo entre as funções do Estado.

3. RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO

Não é de hoje que o ser humano possui um fascínio pelo poder. Como já disse Ives Gandra da Silva Martins “a história humana outra coisa não é o do que a História da luta pelo poder”², que, da mesma maneira, fundamenta a busca insaciável pela imortalidade proporcionando a glorificação em vida e ao mesmo tempo assegurando perpetuação do nome mesmo após sua morte³.

Luis Legaz y Lacambra afirma que, com o decisionismo (o “decisionismo” é importante, desde que haja fundamentação) dos juízes e da “politicagem” dos legisladores, percebe-se claramente que a postura destes dois

² MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Separação de Poderes no Brasil**. Curso Modelo Político Brasileiro. Vol. IV. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização-PrND. 1985. p. 5.

³ HOBBS, Thomas, 1588-1679. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**/ Thomas Hobbes; tradução Rosina D'Angina; Consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2ªed. —São Paulo: Martin Vlare, 2012. (Coleção obra prima de cada autor. Serie ouro;1). p. 85.

setores vêm causando grande tensão entre eles, e por isso, proporcionando uma disputa pelo poder que a muitos anos estava esquecida⁴ ou pelo menos enfraquecida.

De acordo com Thomas Hobbes o Estado é a única entidade soberana, mas que precisa de mecanismos para realizar as funções primordiais para que o Leviatã possa evoluir conforme as necessidades e o desenvolvimento social⁵. Por sua vez Montesquieu⁶ destaca que essas funções necessitam de independência, mas que não estariam totalmente desligadas de sua origem, ou seja, do seu soberano. Ele não foi o único a verificar a existência das diversas funções realizadas por uma entidade realmente soberana, Aristóteles, John Locke e Thomas Hobbes, dentre outros, também realizaram estudos sobre este assunto e demonstraram ser realmente necessário o exercício destas funções dentro do Estado, mas que somente à entidade superior caberia o reconhecimento do poder máximo. Diante disto, percebe-se que, a teoria da separação dos poderes, posteriormente elevado a *status* de princípio e doutrina⁷, pretendia-se retirar da pessoa do monarca ou do príncipe a função exclusiva de legislar, executar e julgar as situações dentro do Estado a que pertence.

A separação entre a Justiça e Administração decorreu do reconhecimento da incompatibilidade das decisões tomadas nas duas atividades por uma única pessoa. Assim, paulatinamente os príncipes foram perdendo o costume de intervir diretamente na elaboração das leis e posteriormente deixaram de realizar o trabalho do Judiciário, ficando encarregado, “apenas”, da função central de gerenciamento do Leviatã⁸. Portanto, o Estado continuaria sendo soberano e as funções apenas seriam fracionadas em instituições subordinadas ao seu criador, ficando evidente que a *separação dos poderes* surgiu realmente como um combate ao absolutismo monárquico⁹.

Apesar da longevidade do raciocínio, devem ser reconhecidas que tais modificações somente ocorreram devido a insatisfação social pela maneira que o Leviatã estava sendo gerenciado, bem como devido à forma que os monarcas/príncipes exerciam as três funções. Destaca-se então, que o modelo vivido pela sociedade não era mais aceito, e por essa razão surgiram as grandes modificações sócias¹⁰.

Em virtude desta insurgência populacional, precisamente no ano de 1789 com a Revolução Francesa, movimento este que teve como um dos líderes o abade Emmanuel Joseph Sieyès, que por meio do seu panfleto “O que é o Terceiro

⁴ LACAMBRA, Luis Legaz y. **Horizontes del pensamiento Jurídico: estudios de filosofía del derecho**. Barcelona: Casa Editorial Bosch. 1947. p. 333.

⁵ HOBBS, Thomas, 1588-1679. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**/ Thomas Hobbes; tradução Rosina D'Angina; Consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2ªed. –São Paulo: Martin Vlare, 2012. (Coleção obra prima de cada autor. Serie ouro;1). p. 15.

⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do espírito das leis*. Montesquieu; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção a obra prima de cada autor; 9).

⁷ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra Editora Limitada, 1989.

⁸ RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Ciencia del Derecho**. Traducción de Luis Recasens Siches. Madrid: 1930. p. 146.

⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? : a genealogia filosófica de uma grande aventura humana** / Simone Goyard-Fabre; tradução Claudia Berliner.- São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). p. 311.

¹⁰ CALMON, Pedro. **Curso de teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 204/206.

Estado?”¹¹, defendia a soberana exercida pelo povo, culminou na construção de um documento que seria responsável por reger toda organização e funcionamento do novo Leviatã francês, e por estarem construindo uma nova França, este documento passou a ser chamado de Constituição.

Para a elaboração da Constituição deve-se sempre observar o comportamento da sociedade e integrar ativamente a população para melhor organizar a estrutura do Estado^{12_13}. Assim sendo, busca-se analisar a sociedade como um todo e depois, num juízo hipotético de valor deve-se transpassar para o documento supremo a forma de conduta realmente desejada¹⁴, destaca-se que tal procedimento não foi colocado em prática pela Assembleia Constituinte brasileira pré-constituição de 1988¹⁵. Esta seria, guise-se, a tradução mais simples, frágil e superficial de toda teoria de Kelsen para explicar o “ser” e o “dever-ser” de uma norma.

Na evolução histórica da humanidade percebe-se que uma das primeiras medidas tomadas pelos constituintes foi reconhecer a necessidade de incorporar nas Constituições regras e normas consideradas de extrema importância para a organização Estatal (dentre elas, v.g., a separação das suas funções). A proteção tendia à permanência da paz social, passando, portanto, a serem chamadas de normas fundamentais¹⁶. Percebe-se então a necessidade de utilizá-la realmente como um guia a ser seguido por todas as pessoas, sejam elas da esfera pública ou privada¹⁷.

Oscar Vilhena Vieira afirma que a rápida transformação ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro proporcionou o reconhecimento de que o STF está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais¹⁸, no entanto, deve-se salientar que tais direitos são disciplinados conforme o momento histórico de uma coletividade¹⁹. Justamente devido a nova postura do Supremo,

¹¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?**. Organização e introdução: Aurélio Wander Bastos. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

¹² Cfr. Peter Häberle: “Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a esfera pública (Öffentlichkeit), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como mero objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2002. p. 31.)

¹³ Cfr. Konrad Hesse: “Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo tarefas por ele colocadas.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1991. p. 20)

¹⁴ Kelsen, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**/ Hans Kelsen: tradução João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 244/249.

¹⁵ Nos anos anteriores à promulgação da CF de 1988 a população brasileira se manifestaram favoráveis à criação de Cortes Constitucionais aos moldes dos modelos europeus para a realização do controle de constitucionalidade das normas, no entanto, tal anseio popular não foi ouvido pelos Legisladores.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.-2ed. rev. E atual.-São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia**. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 46.

¹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. vol.4 São Paulo jul/dec.2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci_arttext. Acessado em: 20/03/2013. p. 441/463.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 92

consubstanciado pela nova doutrina neoconstitucionalista, causou uma mobilização no Congresso Nacional para que acelerassem os andamentos de alguns Projetos de Emenda Constitucional que limitariam tais avanços.

Tudo leva a crer que as Casas Legislativas não reconhecem e não desejam permitir que o STF assumisse a posição de garantidor da Constituição sem a participação e anuência do Congresso Nacional. A questão não fica restrita apenas em relação à disputa pelo poder, mas também, pelo fato de tentar evitar que a decisão de uma pessoa, com ideais absolutistas, passem a decidir sobre assuntos alheios à sua competência, utilizando, por exemplo, a base ideológica do Ministro Humberto Gomes de Barros do STJ (AgReg em ERESP nº 279.889AL) no qual afirmou que “não importa o que pensam os doutrinadores (...) Decido, porém, conforme minha consciência (...) esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele”²⁰. Tal autoritarismo deve ser veementemente criticado, tendo em vista que, por muitos anos se lutou pela independência do absolutismo dos príncipes/monarcas, agora estaria a população de joelhos às palavras do STJ e STF.

A luta pela independência do Judiciário, além de buscar a proteção dos interesses, foi defendida justamente para garantir a simplificação das decisões sem intervenção dos demais órgãos constitucionais. Além disso, buscou-se demonstrar que o conhecimento não tolera as imposições provenientes de “*un mandato*”, tendo em vista que a liberdade do pensamento científico aplicada à ciência jurídica adquire a forma de independência judicial. Por essa razão não é possível aceitar que tribunais superiores prescrevam e imponham uma única e específica interpretação de um texto legal²¹ e da mesma maneira impeça a intervenção de outras instituições (Congresso Nacional) nas funções judiciais, pois se assim o fosse, ter-se-á um judiciário como legislador positivo.

No entanto, na medida em que a sociedade verifica um avanço nos estudos do Direito, no anseio de construir um sistema jurídico avançado, realizador das normas programáticas da Constituição, percebe-se que ainda perdura um preciosismo entre a função Legislativa e a Judiciária no que tange a soberania da sua decisão em face das demais funções estatais.

Em virtude desta disputa, no qual cada um busca a hegemonia da função estatal, vem acarretando um temor na sociedade e aos juristas brasileiros, vez que, tanto o Legislativo quanto o Judiciário esqueceram-se de realizar suas funções e passaram a se preocupar com o que o outro “poder” estaria realizando ou deixando de fazer, e por essa razão passaram a formular teorias para limitar a atuação do seu “oponente” ou teorias que legitimassem sua expansão funcional. Na medida em que cada um dos setores se manifesta (defendendo suas intenções) percebe-se que ambos estão, de certa forma, desrespeitando a Constituição Federal.

O Judiciário está tomando uma posição mais ativista²², v.g, quando edita súmulas vinculantes e o Legislativo uma posição intervencionista quando pretende

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 25.

²¹ RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Ciencia del Derecho**. Traducción de Luis Recasens Siches. Madrid: 1930. p. 147/148.

²² Cfr. Conrado Hübner Mendes: “A insuficiência das categorias jurídicas para explicar fenômenos de maior ou menor ativismo das cortes torna-se bastante evidente na leitura deste livro. Seus artigos limitam-se, praticamente, a classificar o método da corte como “formalista” e “positivista” quando ela toma decisões contidas, ou como “teleológico”, “sociológico”, “estruturalista” etc. quando avança para decisões mais ousadas. Não articulam razões políticas para explicar por que cortes mudaram entre um e outro pólo, apesar de, curiosamente, narrarem os fatos por trás dessas mudanças. Não verbalizam esses plausíveis nexos causais, mas permitem

limitar a atuação dos Ministros do STF. Diante de evidente necessidade surgiu o neoconstitucionalismo que passou a ser defendido como um novo paradigma a ser obedecido²³, pois, além de reconhecer a existência de princípios dentro e fora do catálogo²⁴, era necessário efetivar a supremacia das normas constitucionais sobre as demais²⁵ e abrir a possibilidade de que novos intérpretes constitucionais participassem da evolução democrática-política-jurídica do país²⁶.

Para Ricardo Luis Lorenzetti a Magna Carta deve ocupar o centro do ordenamento jurídico (equiparando o Sistema Jurídico ao Sistema Solar, no qual a Constituição Federal seria o sol; os códigos e as normas infraconstitucionais seriam os planetas e satélites, já os raios solares, que atingem os planetas seriam os princípios não expressos)²⁷, assim sendo, as normas constitucionais e os princípios, conforme ensinamento de Robert Alexy, passam a ser considerados *mandamentos de otimização*, pois podem ser satisfeitos “em graus variados e pelo fato que a medida devida de sua satisfação não depende somente pelas possibilidades fáticas, mas também das jurídicas”²⁸, devendo serem utilizadas da forma mais ampla possível, ou seja, como nortes.

As democracias constitucionais contemporâneas utilizam, de alguma maneira, variações da teoria dworkiniana em relação à utilização da Constituição para a fundamentação/aplicação e diferenciação dos conceitos de *democracia representativa* e *revisão judicial* (por meio do controle de constitucionalidade realizado pelas Cortes), sendo na maioria das vezes, tais proteções associadas “a promessas mais ou menos ambiciosas de proteção de direitos e das minorias”²⁹.

Segundo Conrado Hübner Mendes, para Dworking as Cortes (tribunais) deveriam ser vistos como *fórum do princípio*, enquanto os parlamentos (legislativo) seriam *fórum de utilidade*. Para ele, “a objeção democrática contra a legitimidade da revisão judicial confunde o que a democracia efetivamente significa”. A democracia possui requisitos morais que não poderão ser alcançados por meio de simples procedimento majoritário, “mas pela resposta certa sobre direitos fundamentais”,

que o leitor as especule.” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 183.)

²³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**/ Eduardo Cambi. – 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 78/140.

²⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. p. 9/12.

²⁶ Cfr. Peter Häberle: “*Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.*” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2002. p. 13)

²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 45.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais: teoria e direito público**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª Ed. Malheiros. 2011. p. 90.

²⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 3.

pois pouco importa o procedimento utilizado³⁰. A resposta correta se dá a partir da igualdade de consideração e respeito de cada pessoa para com a comunidade política. “Em resumo, democracia, quando estão em jogo direitos fundamentais, é uma questão de *output* substantivo, não de *input* procedimental”³¹.

Conrado Hübner Mendes defende em sua dissertação de mestrado a necessidade de reanalisar a justificação dada às cortes para realizarem o controle de constitucionalidade, mas não necessariamente defendendo maior liberdade ao Poder Legislativo, mas com intuito de demonstrar que o controle de constitucionalidade, da maneira que vem sendo aplicado no Brasil, acaba superestimando seu papel e sua responsabilidade para efetivação dos direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo atrofiando os demais poderes. Assim, a constituição passaria a ter apenas um guardião, sem que os demais poderes sejam responsabilizados pelas suas decisões políticas ordinárias, pois encaminham ao tribunal o dever de análise e abdicam da tarefa de formular um argumento constitucional consistente e sincero, portanto, ter-se-ia um unitarismo decisional.

Por essa razão Conrado H. Mendes ressalta que “saber quem deve decidir, portanto, não é questão de hermenêutica constitucional, mas de desenho institucional”³². Já em relação à hermenêutica constitucional é uma questão de *como decidir*. Peter Häberle afirma que limitar a hermenêutica “aos intérpretes corporativos ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo”³³. Assim sendo, dizer que o tribunal estaria legitimado “a fazer o que as instituições representativas não têm feito”, seria *ingenuidade ainda mais alarmante*³⁴.

Porém, se a Constituição fosse analisada como uma *máquina procedimental*, a qual determina, por meio da separação dos poderes, quais são as funções do Estado e como elas se controlam, a *revisão judicial* receberia uma explicação mais convincente do que como meros defensores dos direitos fundamentais, uma vez que passariam a decidir apenas sobre a irregularidade apresentada pelos demais

³⁰ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “Se concordarmos que as variáveis de legitimidade da democracia não se esgotam no procedimento, mas abrangem também os resultados, passa a ser aceitável que a substância subordine, em algumas circunstâncias, o procedimento, ou seja, que a instituição que tenha alcançado a resposta mais compatível com um critério substantivo de legitimidade tenha boas razões para prevalecer independentemente de seu pedigree (subvertendo a estrutura formal).” (Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 193)

³¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 2.

³² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 6.

³³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2002. p. 34.

³⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 7.

poderes estatais e não com o objetivo de apresentar uma teoria que corrigiria os atos administrativos ou legiferante, pois esta não seria sua função. Em outras palavras: o judiciário realizaria a revisão judicial de maneira que impedisse a produção dos efeitos daquele texto considerado inconstitucional sem fixar o alcance correto a ser aplicado, pois esta atividade cabe ao Legislativo, bem como, pelo fato de que a Constituição federal, sendo ela um procedimento, apenas demonstra o que deve ou não ser seguido e obedecido, cabendo às Cortes a análise procedimental, e aos representantes do povo a positivação dos direitos fundamentais. Assim sendo, ter-se-á um sistema no qual “o circuito decisório termina na instituição desprovida do lastro representativo, dotada de capacidade de vetar, não a de estatuir.”³⁵

Atribuir às cortes a responsabilidade pela efetivação e concretização dos direitos fundamentais como se eles fossem, realmente, os únicos “guardiões” retiraria a culpa da sociedade e dos legisladores pelas ações de decisões tomadas, demonstrando uma “infantilização paternalista do povo, que abdica de sua autonomia para tomar decisões morais relevantes”³⁶.

Diante de tais colocações percebem-se duas possibilidades: a de tratar as Cortes como guardiãs e permitir-lhes o exercício de uma proteção substantivista da Constituição, e assim, concretizar, efetivar e proteger os direitos fundamentais, nem que para isso necessite atuar como legislador positivo; ou, reconhecer que a Constituição Federal prevê procedimentos a serem obedecidos por todos, sendo as Cortes as responsáveis para fiscalizar a aplicação destas regras procedimentais, e quando verificados o desrespeito, caber-lhes-á vetá-los e declará-los inconstitucionais, mas nunca reescrever o texto.

Assim, Conrado Hübner Mendes relaciona os direitos fundamentais com a separação dos poderes, no intuito de proporcionar a cooperação institucional para sua efetivação, sem que para isso, fixe as cortes como última possibilidade de efetivação destes direitos³⁷. Assim sendo, passa a ser de extrema importância a maneira que se responde as seguintes perguntas: “Quem decide?”³⁸ e “Como decide?”³⁹

³⁵ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “Se a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e de estatuir, caberia ao judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas com a finalidade de qualificar a interlocução institucional com argumentos moralmente densos. Esse veto se justifica não pelo seu conteúdo, que será necessariamente controverso, mas pela razão prudencial de acautelar o sistema político contra sobressaltos majoritários. O que ele faz, portanto, não é assegurar o mínimo ético do regime democrático, mas retardar o processo decisório, esperando que o tempo possa contribuir para uma decisão de maior densidade deliberativa”. (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 10.)

³⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 12.

³⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 39.

³⁸ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “O ponto de partida intuitivo para investigar a natureza de um regime político é buscar pelo ator político central, ou a fonte de onde emergem os comandos jurídicos e políticos. Saber a quem pertence a autoria das decisões coletivas dá a impressão de ser a única pergunta com a qual realmente vale a pena se preocupar. [...] Assim, a autoridade legítima, nesse contexto, é definida num sentido composto, dependendo do tipo, procedimento, tempo e justificação da decisão. Não há espaço para uma resposta

Outra questão relevante é *quando* que se pode decidir. Se nenhuma das funções do Estado possui exclusividade para tomar decisões a respeito dos direitos⁴⁰, pois fazem parte de um “intrincado circuito decisório”, os quais são analisados e discutidos no momento em que cada um dos poderes poderá atuar, ou seja, os parlamentares quando apresentam ou deliberam sobre uma determinada lei, e os magistrados quando são chamados para rever a validade constitucional da lei no caso concreto ou na discussão abstrata.

4. QUEM PODE DECIDIR? RAZÕES QUE FAVORECEM AS DECISÕES DAS CORTES

A Corte assegura a efetividade do processo democrático, pois preserva a competição política, estando autorizada a intervir “quando identifica falhas no mercado político”. Percebe-se um receio de que as minorias e os grupos vulneráveis sejam ignorados ou esquecidos durante o processo democrático, e por essa razão, a Corte deve sempre controlar os diferentes grupos sazonais, levando sempre em consideração, quando for proferir a decisão, “os interesses daqueles que não participam do processo”⁴¹.

A partir daí a Corte poderia combater e corrigir qualquer irregularidade, e o fato de não ser uma instituição eleita facilita tal atividade, uma vez que, após a realização da escolha indireta, pelo Presidente da República e homologada pelo Senado Federal, não estaria sujeita a imposições ou pressões em relação às suas decisões. Assim sendo, caberia apenas monitorar a equidade procedimental e “dar

monolítica e unidirecional.” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 40.)

³⁹ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “*Esta pergunta designa os passos exigidos para a tomada de uma decisão válida e legítima. Preocupa-se com a justiça do procedimento que os membros de uma comunidade escolheram para decidir suas questões comuns. Como já dito, a legitimidade de uma decisão numa democracia constitucional é mensurada tanto por seu conteúdo (output) quanto pelo seu procedimento (input). Em relação a questões que provocam um grau acentuado de desacordo, como geralmente acontece com os conflitos de direitos, a dimensão procedimental se impõe de modo ainda mais impactante como uma das escolhas cruciais a serem feitas. O reconhecimento de um procedimento justo estimula a aquiescência em face de resultados não consensuais. [...] Para além dessas considerações de puros inputs procedimentais, a dimensão do “como” também tangencia as qualidades formais de diferentes outputs que cortes e parlamentos produzem. Cortes tomam decisões que possuem uma racionalidade incremental, tanto prospectiva quanto retrospectiva, em oposição à legislação, que usualmente traduz-se numa regra geral abstrata e prospectiva. Independentemente do conteúdo do output, portanto, suas qualidades formais são inerentes ao desenho procedimental dessas instituições.*” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 42/43.)

⁴⁰ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “Não significa que a corte tenha a exclusividade na interpretação da constituição. Num regime constitucional, por definição, todos os poderes tomam suas decisões tendo em vista a constituição. Portanto, interpretam-na.”⁴⁰ (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 63.)

⁴¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2002. p. 46.

voz a setores marginalizados da sociedade” e “garantir que o jogo de interesses seja disputado sob bases igualitárias”⁴².

Portanto, o respeito ao procedimento não transformaria nenhuma das instituições como guardiãs da Constituição, ao passo que, a prevalência de uma Corte substantivista criaria um regime de guardiões, bem como privaria o povo de se autogovernar-se, pois estariam submissos às decisões de uma Corte protetora (e porque não de uma elite pensante?) e concretizadora de direitos fundamentais.

Contudo, se entender que a corte protege os direitos fundamentais e realiza o controle de uma justiça democrática, possibilitará a abertura da atividade jurisdicional e a criação do juiz Hércules⁴³. O *fórum do princípio*, tão defendido por Ronald Dworkin, seria responsável pela criação de uma democracia como um regime moralmente desejável, não podendo ser efetivada apenas com a existência e o respeito aos procedimentos “formalmente igualitários”. De nada adiantaria a obediência ao procedimento se conjuntamente não fosse aplicado os ideais democráticos de “igual consideração e respeito”, sendo que a escolha da decisão abarca direitos não necessariamente relacionados com a estrita competição política⁴⁴. Diante disso a Corte estaria legitimada a proteger os direitos das minorias e a impedir a tirania da maioria.

Sabe-se que a “democracia” buscou, ao longo dos séculos, garantir o respeito à vontade da maioria, desde que esta não seja utilizada para reprimir e suprimir direitos das minorias e “negar a importância da proteção de direitos das minorias equivaleria a retomar argumentos de uma tradição intelectual insustentável e derrotada pela história”⁴⁵.

Juntamente com esse entendimento surge, na modernidade, o ideal de que o Direito somente poderá ser alcançado se estiver de acordo com a Constituição, ou seja, leva-se a acreditar que qualquer ato, lei ou comportamento devem estar vinculados à norma suprema, o que não é verdade. O certo é que não se pode confrontá-la ou contrariá-la, mas, não necessariamente, que estejam corroborados ou vinculados à ela.

⁴² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 58.

⁴³ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “*Hércules seria o epítome da teoria normativa desconectada da realidade. [...] Teorias normativas estariam obcecadas em limitar o poder dos juízes sem perceber que ele já está limitado por diversas fontes. Cortes não estão no vácuo ou numa torre de marfim. Precisam de cooperação.*” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 136.)

⁴⁴ Cfr. Conrado Hübner Mender: “*O juiz só poderia optar por proteger exclusivamente os aspectos procedimentais da competição política se fizer uma escolha substantiva prévia sobre qual a melhor concepção de democracia. Mas é justamente a recusa de que juízes façam escolhas substantivas que fundamentam aquela posição.*” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 59.)

⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 60.

Devido às necessidades do Estado proteger os cidadãos contra abusos dos chefes de Estados, como os ocorridos com as Grandes Guerras, vislumbrou-se nas constituições o dever de atribuir às suas normas um caráter imperativo e de certeza, nas quais seriam previstos regras de comportamento e princípios supremos como mandamentos a serem seguidos e respeitados. Tais disposições seguem um planejamento do Estado para garantir as condições necessárias para a fruição e gozo da liberdade dos cidadãos. Ou seja, determina claramente um procedimento a ser aplicado internamente, que garantirá o desenvolvimento e a evolução do Estado.

Um dos principais argumentos utilizados pelos defensores de uma corte responsável para rever os atos/leis do legislativo foi esclarecida da seguinte maneira por Conrado Hübner Mendes: “Se couber ao próprio legislador examinar a compatibilidade de seus atos com a constituição, ele fará inevitavelmente um julgamento em causa própria.” Assim a corte, teoricamente, seria um agente externo, imparcial, neutro e que não sofre pressão política, portanto, capaz de analisar, impedir e limitar a atuação do legislador que fosse contrária a Constituição do Estado, pois os ministros não estariam comprometidos com a resposta a ser dada, mas “com o valor por trás dessa técnica formal”⁴⁶.

Sendo assim, defender que a atuação das Cortes em relação aos atos do legislativo trata-se de “um sinal de modéstia e do reconhecimento de nossa incapacidade de saber, por antecipação, quais são as melhores soluções para situações que envolvem direitos fundamentais”⁴⁷. Até mesmo porque, nas Cortes, realmente acontece o que se almeja para os parlamentos no que tange à possibilidade de deliberação das partes. Nos tribunais, “as partes podem participar do processo decisório, às vezes de modo ainda mais intenso e influente, por fornecerem razões, não somente um voto”⁴⁸, situações estas que não ocorrem nas casas legislativas.

Trata-se de um dever da Corte responder todos os argumentos apresentados pelas partes. Sabendo que nem sempre tal exigência é obedecida, Conrado H. Mendes diz que se deve dar todo respeito àqueles juízes que “estão abertos a

⁴⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 64.

⁴⁷ Cfr. Conrado Hübner Mender: “Mesmo que rejeitemos a ideia de uma interpretação judicial isenta de vontade, que seja uma mera aplicação neutra do direito, ponto de vista mais obviamente implausível no terreno constitucional, o argumento não subestima a vantagem institucional da corte em relação ao legislador. Este é obrigado a produzir normas prospectivas, gerais e abstratas, que regula situações no atacado. Nem sempre terá facilidade para perceber as implicações de direitos fundamentais. Quando muito, é capaz apenas de especular sobre quais serão seus efeitos reais na sociedade. A corte, ao contrário, analisa a lei após essa ter sido processada por episódios reais. Mais do que isso, a corte é treinada numa metodologia decisória mais pertinente para lidar com as mínimas nuances morais de um caso de direitos fundamentais: decide caso a caso, de modo incremental, construindo uma jurisprudência rica em detalhes que a regra geral jamais poderá alcançar. Diferentemente do legislador, que olha somente para o futuro, a corte tem uma abordagem um tanto retrospectiva quanto prospectiva (e modula os efeitos que a decisão presente terá em casos futuros). É uma metodologia que opera de baixo para cima (bottom up), dos casos concretos para generalizações modestas.” (Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 65.)

⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 69.

serem efetivamente influenciados pela diversidade de argumentos”⁴⁹ apresentados nas respectivas ações.

5. QUEM PODE DECIDIR? RAZÕES QUE FAVORECEM AS DECISÕES DOS PARLAMENTARES

Conrado H. Mendes utiliza dos pensamentos de Jeremy Waldron para demonstrar os motivos pelos quais a revisão judicial seria inadequada, para tanto, afirma ser necessário analisar quatro fatores: “i) instituições democráticas em bom funcionamento; ii) instituições não representativas em bom funcionamento; iii) um compromisso genuíno da maioria da sociedade com a idéia de direitos; iv) um persistente desacordo de boa-fé sobre direito.”⁵⁰ Se verificada a ausência ou uma irregularidade em pelo menos um destes fatores, poderá se admitir que o Judiciário realize a revisão judicial. No entanto há a obrigatoriedade de demonstrar o contexto específico que está inserido o fato discutido, não podendo, simplesmente, assumir uma função soberana, até mesmo porque, somente seria “chamado” a agir em casos atípicos e patológicos.

Quando se fala que as questões democráticas seriam meramente procedimentais, e de fácil solução, poderá acarretar outros tantos problemas tendo em vista que as cortes não teriam experiências democráticas, pois são totalmente imunes aos conflitos ideológicos; eles estariam apenas apegados à forma e totalmente insensíveis à justiça.

Em relação ao parlamento, sempre se fala que as deliberações devem ser respeitadas por dois fatores: primeiro porque os representantes foram eleitos pelo povo, sendo a maior expressão de legitimidade democrática; e segunda, porque a lei necessita da aprovação da maioria e “a maioria pode estar certa.”. Até mesmo porque, “não há nada tirânico no fato de que uma minoria perca no parlamento, mesmo que com frequência.” Somente será legítima a preocupação em face do comportamento do parlamento “quando as maiorias tópicas se alinham às maiorias decisórias”, tratando-se de uma verdadeira “situação atípica, especialmente quanto ao seu terceiro elemento (o compromisso de levar direitos a sério)”⁵¹.

A questão levantada (tirania) não pode ser vista como um procedimento desrespeitado ou violado, mas de maneira substantiva, pois “independe do modo como a decisão é tomada”, mas da decisão tomada sobre os direitos em questão. Assim sendo, qualquer uma das instituições do Estado (Executivo, Legislativo ou Judiciário) podem se tornarem tirânicos, não por causa do procedimento que estão adotando, mas sim por violação à interpretação dada ao Direito.

⁴⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 69.

⁵⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 79.

⁵¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 87.

Por essa razão, deve ser destacado, mais uma vez, que a abertura proporcionada pelas Corte para que os cidadãos possam deliberarem, apontarem os fatos, e questionarem sobre determinado direito trata-se de uma necessidade, até mesmo porque os “direitos serão melhores respeitados se cada cidadão efetivamente gozar do *status* de agente autônomo, com sua opinião contada igualmente nas decisões coletivas.”⁵²

6. ARGUMENTOS QUE PREJUDICAM A CREDIBILIDADE DO SISTEMA REPRESENTATIVO

Para Conrado H. Mendes, algumas críticas em relação ao sistema representativo brasileiro servem para aumentar o anseio popular (e dos operadores do direito) pela supremacia do poder Judiciário, pois este, mesmo não sendo uma instituição representativa e eleita, estaria mais preocupada com a sociedade, em face das suas decisões se voltarem a aplicação direta de princípios e direitos fundamentais, do que os próprios representantes do povo. Para tanto, destacou que “a eleição é, por si só, um mecanismo oligárquico e anti-igualitário. Ela exclui e discrimina. Não se permite ao povo governar, ainda que indiretamente, mas apenas selecionar seus governantes e julgar seu desempenho, periodicamente.”⁵³

Ainda como maneira de defesa à atuação do judiciário, Conrado H. Mendes, citando Jenny Pickerill, relata que é impossível acreditar que o parlamento, de acordo com sua composição e organização, estariam dispostos a levar o Direito a sério. Os legisladores estariam mais preocupados com a conveniência política do que com os direitos fundamentais. Estes, “quando aparecem na balança, são um entre outros componentes, não a preocupação primária”, pois estão, na maior parte de tempo, preocupados “a satisfazer interesses imediatos de seus eleitores”⁵⁴, pois estes podem exigir agressivamente uma determinada conduta dos representantes eleitos, no momento em que realizam suas próprias interpretações constitucionais⁵⁵.

As cortes atuam de maneira diversa dos legisladores, pois a própria instituição favorece um ritmo diferenciado, a maneira pausada e cautelosa com que interpretam as normas bem como suas aplicações, faz com que decisões movidas por impulsos sejam praticamente inexistentes. Fato este não verificado nas Casas Legislativas no Brasil. Tais argumentações podem ser muito bem exemplificadas

⁵² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 88.

⁵³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 72.

⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 72.

⁵⁵ Cfr. Peter Häberle: “Toda utilização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. (...) Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2002. p. 13/14.)

com o recente arquivamento da PEC 37 por evidente pressão popular, a qual objetivava impedir que os membros do Ministério Público realizassem as investigações criminais⁵⁶.

Em outra passagem, Conrado H. Mendes esclarece que os “juízes não são melhores do que ninguém, nem possuem capacidades argumentativas superiores. Estão apenas num ambiente institucional mais adequado para um determinado tipo de decisão”⁵⁷.

Apesar de tais esclarecimentos resta ainda uma grande dúvida: no direito contemporâneo, quando o Supremo Tribunal Federal realiza o controle de constitucionalidade, o discurso a ser utilizado para proteção de uma sociedade democrática deverá ser o *procedimentalista* ou o *substantivista*? Quando se fala da aplicação da Constituição Federal, em sede de proteção dos direitos fundamentais, deve-se utilizar a *teoria da fundamentação* ou a *teoria da argumentação*?

7. ENTRE O PROCEDIMENTALISMO E O SUBSTANTIVISMO

Essas duas modalidades criam duas espécies de discursos: um de justificação ou de fundamentação de caráter geral e universal; e outro de argumentação, que está voltado para a aplicação das normas no caso concreto.

No entanto, haveria a necessidade de, antes de ser aplicada uma norma num determinado caso que ela fosse elaborada com o devido cuidado e analisando todas as características relevantes sobre o fato (até então hipotético). Ou seja, a norma a ser aplicada deve estar fundamentada em um processo discursivo e deliberativo anterior e que “tenham participado todos os possíveis afetados e tenham sido levadas em conta todas as circunstâncias do caso”⁵⁸.

Diante de tais apontamentos percebe-se a criação de duas correntes: i) os *procedimentalistas*, que utilizam o discurso de fundamentação da norma, os quais se preocupam “com a busca de solução imparcial”⁵⁹ para a validação da norma, sem que sejam levados em consideração as variantes existentes no caso concreto, analisando tão somente os procedimentos normativos para a resolução de eventuais conflitos; ii) os *substantivistas*, de modo diverso, entendem que as circunstâncias fáticas são mais relevantes do que o procedimento fixado pelos legisladores, até mesmo porque estes não possuem a capacidade de prever o futuro e saber,

⁵⁶ Basta verificar a deliberação realizada sobre o Projeto de Emenda Constitucional n.º 37/2011 em que, inicialmente, na primeira votação havia sido aprovada pela Câmara dos Deputados, mas que na segunda votação, em face das manifestações populares e os protestos dentro da Casa Legislativa, ocorreu a modificação maciça dos representantes do povo, pois apenas 9 mantiveram o posicionamento inicial; 430 alteraram e dois não votaram. Assim a PEC 37/2011 foi arquivada por evidente pressão popular. (Informações disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>. Acessado em 30 de junho de 2014).

⁵⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 74.

⁵⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 281.

⁵⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 288.

antecipadamente, qual será a reação da sociedade com o dispositivo legal criado por meio do procedimento legislativo⁶⁰.

Em se tratando de controle de normas e realização da justiça por meio do Judiciário a discussão passa a ser mais acirrada, primeiro porque para os procedimentalistas o Supremo Tribunal Federal não possuiria legitimidade para declarar uma norma inconstitucional, pois carece de representatividade popular e não estaria respeitando o procedimento previsto na CF e no processo legislativo para realizar tal correção, ou seja, não haveria legitimidade para se tornar um legislador positivo; segundo, porque não cabe ao STF realizar uma interpretação das normas com base nos direitos fundamentais ou com as circunstâncias fáticas que são verificadas na sociedade. A atuação da Corte somente estaria justificada, para os procedimentalistas, caso fosse verificado um desrespeito e um desvio do procedimento que protege a representação popular, momento em que, “para assegurar a efetiva participação do povo no poder e a participação da minoria”⁶¹, estaria o STF, legitimado a atuar.

A consequência lógica de quem defende o procedimentalismo é criticar a expansão da atividade judicial, ou a politização do judiciário. A atuação mais incisiva do judiciário nas situações fáticas da sociedade e a tendência em realizar a interpretação das normas constitucionais com a finalidade de efetivar e concretizar a realização dos direitos fundamentais (principalmente os direitos sociais, ou de segunda dimensão), seria a principal crítica dos procedimentalistas, uma vez que, comprometeria a imparcialidade da instituição e desprestigiaria a atuação dos parlamentares⁶². Até mesmo porque “o debate sobre os significados e obrigações jurídico-constitucionais não deve ser resolvido pelo Poder Judiciário”⁶³⁻⁶⁴.

Por essas razões o procedimentalismo torna-se criticável⁶⁵, pois pressupõe que as instituições democráticas estejam bem desenvolvidas e organizadas,

⁶⁰ Cfr. Eduardo Cambi: *“A verdade jurídica diferencia-se da religiosa e da científica, uma vez que não é revelada, já que não vem de Deus nem do legislador, nem descoberta, porque não está no objeto observado. Caso contrário, o intérprete se tornaria um profeta, um ser iluminado, capaz de reproduzir a vontade de Deus ou do legislador.”* (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 284.)

⁶¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 282.

⁶² Cfr. Eduardo Cambi: *“O Legislativo não está vinculado a nenhuma limitação quanto ao conteúdo das leis infraconstitucionais, sendo a discricionariedade do legislador, substancialmente, ilimitada. Em razão disto, o modelo puramente procedimental é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais.”* (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 285.)

⁶³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 283.

⁶⁴ Para Luigi Ferrajoli, citado por Eduardo Cambi, o Direito nada mais é do que um universo simbólico, com significados e variações diversos, o qual necessita para ser fundamentado e efetivado, de um “senso cívico”, ou seja, que ao ser aprovado um determinado procedimento, este seja realizado conforme circunstâncias verificadas na sociedade e aprovada por ela, cabendo tão somente sua aplicação. Assim sendo, os legisladores ao aprovarem o procedimento, o mesmo não pode ser considerado irregular apenas pelo fato da Corte interpretar que o seja, pois necessita, primeiramente a confirmação pela sociedade que aquele procedimento está equivocado ou desatualizado, portanto, devendo ao Legislativo corrigi-lo, e não o Judiciário. (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 283.)

⁶⁵ Cfr. Eduardo Cambi: *“Não basta assegurar direitos sem que seus titulares possuam condições mínimas de, efetivamente, desfrutá-los. Quem é analfabeto, tem dor e fome, não é livre: não há liberdade, onde existem miséria e exclusão social em níveis eticamente inaceitáveis. Desse modo, a democracia de Habermas é*

disponibilizando meios adequados para que a população possa participar e deliberar juntamente com seus representantes eleitos e, com isso apresentarem todas as variantes existentes na sociedade. A partir destas discussões entre representantes e representados seriam elaboradas as leis (procedimentos) de maneira clara e aprovada pelo senso comum⁶⁶. Impedindo assim, qualquer interferência do Judiciário.

Contudo, deve-se esclarecer que a criação de uma Lei pelo Legislativo não deve ser confundida com a norma produzida pelo Judiciário. Enquanto uma é elaborada segundo interesses políticos, a outra está vinculada diretamente com a experiência do caso concreto⁶⁷. Para ser validada uma norma é necessária a separação/distinção de dois momentos: i) aquele em que a validação de uma norma não coincide, necessariamente, com a situação concreta, pois é verificada no campo hipotético; ii) aquele em que a validação da norma depende dos fatos ocorridos na sociedade para ela ser considerada válida. A partir daí surgem duas modalidades: “a fundamentação da validade de uma norma geral e a justificação da aplicação de uma norma a um caso particular”⁶⁸.

Em contrapartida, têm-se os substantivistas, que defendem a necessidade do Judiciário realizar a tarefa interpretativa dos textos conforme a vontade geral, concretizando direitos fundamentais e, principalmente, os direitos sociais, nem que, para isso seja necessário contrariar os anseios das maiorias transitórias que ocupam o legislativo ou o executivo nacional, efetivando e construindo, realmente, um Estado Democrático de Direito.

Apesar de transparecer ser a melhor corrente a ser aplicada deve-se levar em consideração que a Constituição deve ser vista como um procedimento a ser seguido e obedecido, mas não de modo pura e acabada. A aplicação do substancialismo, da mesma maneira, também não deve ser vista e aplicada individualmente, pois seriam desnecessários os trabalhos dos legisladores, bem como um problema ainda mais grave em função do liberalismo interpretativo que ocorreria entre os operadores do Direito no Brasil, pois desconhecem e ignoram a unicidade do Sistema Jurídico para ampliar os alcances conceituais dos princípios apenas para poder “defender seus direitos”. Portanto “a radical separação, no plano

procedimental e não pressupõe a efetivação dos direitos fundamentais (especialmente, os sociais)”. (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 285.)

⁶⁶ Cfr. Eduardo Cambi: “(...) a comunicação livre de restrições somente é possível quando há distribuição simétrica de oportunidades entre todos os participantes do discurso. Porém, tais condições são irrealizáveis, especialmente nas sociedades mais desiguais, que carecem de medidas institucionais básicas de efetivação dos direitos fundamentais.” (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 286.)

⁶⁷ Cfr. Eduardo Cambi: “(...) a) em verdade, a lei atende mais a interesses políticos e, portanto, econômicos; logo, não se pode afirmar que esteja comprometida com a justiça social; b) a norma é abstrata, tendo, necessariamente, que ser concretizada na experiência vital do caso concreto; pressupõe uma complexa tarefa hermenêutica; não possui uma vontade constante, sendo dependente da hermenêutica para deixar de ser um enunciado vazio, capaz de múltiplas e contraditórias alternativas de solução.” (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 287.)

⁶⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 281.

constitucional, entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) não leva a qualquer avanço na nossa indagação”⁶⁹

Ou seja, os procedimentos elaborados pelos representantes do povo devem ser vistos como uma moldura de um quadro a ser pintado, e o conteúdo inserido na tela branca decorrem diretamente das circunstâncias fáticas verificadas na sociedade. Utilizando da ideologia procedimentalista descrita por Robert Alexy, mas sem se filiar categoricamente ao procedimentalismo, pode-se dizer que os operadores do direito são praticamente uns pintores (artistas); eles possuem uma tela branca em uma moldura. A moldura é um limite (procedimento) que deve ser respeitado, até mesmo porque não tem como ir além dele; e a tela branca é a possibilidade interpretativa substancial, pois a cada evolução e modificação verificada pelo artista, será uma tinta diferente aplicada na tela branca; a cada evolução (e aprimoramento técnico e ideológico do artista) será uma pintura diferente e um foco diferente, mas que não pode ultrapassar a barreira da moldura (procedimento); assim ambas se completam sem que uma se sobreponha a outra.

Por meio da aplicação conjunta dos textos legais (procedimentos - moldura) tem-se a limitação legal do comportamento humano e das instituições do Estado, ao passo que, os elementos variáveis (substância – tela branca) passam a ser transformadas em normas (pintadas) conforme a sociedade evolui, desenvolve e se modifica.

Portanto, a aplicação pura de uma das teorias (procedimentalista e substancialista) causará mais desconforto e conflito entre as instituições do que a aplicação harmônica de ambas. Na verdade, os conflitos ideológicos sempre são necessários e úteis para a evolução do Estado, isto quando são expostos com um compromisso constitucional, seja ele procedimental ou substancial, para se chegar num consenso sobre o tema discutido⁷⁰. Assim sendo, evoluir é preciso, e observar as evoluções e as mudanças é indispensável para a adequação da realidade com o ordenamento jurídico.

8. APROXIMAÇÃO, DIÁLOGO E ACONSELHAMENTO

O diálogo, ora idealizado, entre as instituições públicas, bem como entre elas e a população, não pode ser vista como uma disputa, ou um cabo de força, na qual vence aquele que manda mais⁷¹, pois o que está em jogo é o bom funcionamento do Estado e a proteção dos direitos fundamentais da população.

⁶⁹ Cfr. Konrad Hesse: “Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1991. p. 14)

⁷⁰ Cfr. Peter Häberle: “Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (Konflikt-und kompromissrecht).” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2002. p. 51.)

⁷¹ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “Não se trata de um jogo de soma zero, com vencedores e perdedores num braço-de-ferro institucional. Consiste, com mais frequência, numa relação “ganha-ganha”, em que ambos os lados tem parte de seu objetivo atendido. Exceto em momentos atípicos, o processo não é o de um choque frontal entre vontades diametralmente opostas e inconciliáveis dadas a priori, uma disputa entre tudo ou nada. O cotidiano político é guiado por acomodações. A corte influencia o rumo das decisões parlamentares sem criar um impasse. Não é um obstáculo insuperável nem um salvador do povo.” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219.

Torna-se indispensável o diálogo em qualquer esfera política do Estado, pois se trata de sinal de respeito, de igualdade e reciprocidade. Tendo em vista a dificuldade de ser posta em prática a Teoria do Diálogo, e por essa razão confrontada pelos adeptos à Teoria da Última Palavra, passa a ter papel relevante em relação a Separação dos Poderes pois tende a demonstrar que nenhuma das instituições teriam o monopólio da última palavra sobre alguma coisa, e que as decisões das Cortes sobre a constitucionalidade das normas não seriam realmente “o fim da linha”.⁷² Assim o diálogo seria um produto necessário para a evolução da separação dos poderes em face do seu desenho institucional, o que não significa dizer que as funções estejam sempre dispostas à essa aproximação, caso em que, acarretará na constatação, novamente, de uma situação atípica.

A realização deste diálogo entre as demais instâncias poderá escancarar que “há mais no controle de constitucionalidade do que interpretação e aplicação do direito”. O contato com as partes; a participação do *Amicus Curiae*; a repercussão geral; a influência externa que a corte vem sofrendo contemporaneamente e o diálogo com as demais funções, demonstra que as cortes estão realmente interessadas nas situações fáticas e políticas que cercam o caso em apreço, ou seja, não há uma decisão isolada⁷³ e desmedida de uma elite tirânica e, supostamente, intelectual no Judiciário.

Se o Judiciário possui três opção quando deparado com uma suposta inconstitucionalidade normativa (declarar constitucional; declarar inconstitucional; ou não decidir) deve-se dar destaque à possibilidade de “decidir não decidir”. Alguns autores (Alexander Mordecai Bickel, Cass R. Sunstein, Neal Katyal...) passaram a defender uma Corte que decida menos e que aconselhe mais, ou seja, uma corte minimalista.

Com o aconselhamento realizado pelas Cortes, elas, por não serem vinculantes e obrigatórias, passariam a ser aplicadas e respeitadas com mais facilidade do que uma decisão que valide ou invalide uma lei, pois não haveria questionamento sobre a legitimidade da corte para proferir esta decisão. Caso o conselho não fosse “ouvido”, quer pelas entidades ou pela sociedade, constatar-se-á, mais uma vez, uma situação atípica dentro do Estado, e, portanto, cabível uma decisão mandamental por parte do judiciário.

Na realidade, mesmo que não seja perceptível no dia a dia, há pelo menos uma observação pelos poderes sobre quais as tendências e posicionamentos tomados por eles, uma vez que, o Legislativo observa os “conselhos” proferidos nas decisões da Corte, bem como, esta observa as novas tendências da sociedade por meio dos projetos e das leis que vem sendo aprovadas pelo Congresso. Conclui-se então, mesmo que as instituições não assumam externamente, que há, pelo menos,

Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 130)

⁷² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 97.

⁷³ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “Os juízes de uma corte colegiada, no seu dia a dia decisório, negociam e barganham seus votos. A decisão final da corte, com frequência, consiste numa cacofonia de opiniões distintas longe da imaginada qualidade da argumentação com base em princípio.” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 127)

uma troca de informação e entre elas. Até mesmo porque, “em geral, o parlamento não tem grande interesse em lutar pela sobrevivência de uma lei antiga que não integra a agenda prioritária.”⁷⁴

Por meio deste pensamento têm-se duas variações: para aqueles que defendem a ideia da Corte com suprema e soberana na função de interpretar; e aqueles que defendem a corte como uma dentre várias outras instituições que também realizam essa atividade. Assim, a *supremacia judicial* teria, da mesma maneira, duas variações: ou ela significaria exclusividade judicial ou não. Portanto, segundo Conrado H. Mendes, para evitar confrontos entre as funções estatais, a melhor saída seria pela segunda opção em ambas variantes.

Com tais apontamentos torna-se um pouco mais claro que a Constituição não promove a Corte como a única instituição capaz de interpretá-la e nem determina que as demais instituições estatais sejam submissas às decisões da Corte, pois a harmonia e o respeito entre elas fazem parte das normas programáticas da Constituição. Somente com a existência da teoria da separação dos poderes bem compreendida é que poderá ser verificada que o Estado está organizado e seguindo os mandamentos constitucionais, pois, em sendo verificada a incompreensão e a irregularidade (quer pelas instituições quer pela população), portanto, uma situação atípica, caberá sim ao Judiciário realizar um “aconselhamento” por meio de suas decisões.

As teorias do diálogo constitucional não consideram viável a existência de uma revisão judicial a qual declare inconstitucional uma lei elaborada pelo parlamento somente pelo fato de estar a Corte analisando o caso, mas consideram importante que as decisões sejam com o intuito de apontar a incompatibilidade da lei com a Constituição e exigindo um procedimento acelerado de emenda ou correção da lei pelos parlamentares. Somente em situações atípicas e de exceção é que o Judiciário poderia adotar um posicionamento mais incisivo e ativo. A esperança em tal sistema é que “por meio de alguns incentivos institucionais, o parlamento possa levar os direitos a sério”.⁷⁵

Mesmo que ocorra essa correção ou aconselhamento pela Corte, não há razões para se dizer que há uma última palavra realizada pelo Judiciário, pois ele “precisa de cooperação de outros agentes para implementar suas decisões e, portanto, não decide o que quer”. Para tanto, basta verificar a decisão proferida pelo STF em relação ao caso da progressão de regime para os crimes hediondos, em que, mesmo existindo uma decisão pela inconstitucionalidade da lei dos crimes hediondos, somente passou a ser respeitada após o pronunciamento do Senado Federal, o qual, em 3 dias, considerou correta e válida a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime. Assim sendo, “parece claro que a decisão judicial está longe de representar a última voz.”⁷⁶

⁷⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 130.

⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 156.

⁷⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da

Um dos problemas verificados na atualidade quando se fala do STF ou dos tribunais seria a recusa dos teóricos normativista (positivistas) em aceitar que há forças políticas e ideológicas que influenciam as decisões judiciais⁷⁷. O juiz não está preso às disposições legais e, conseqüentemente, o mito de que o poder judiciário estaria distante da política, deve ser superado. Portanto, há sim uma interdependência entre as instituições. Até mesmo porque os juízes “são produtos da sociedade em que vivem”⁷⁸.

9. TEORIA DA ÚLTIMA PALAVRA E OS SUPOSTOS DEFENSORES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se fala da teoria da Separação dos Poderes, imediatamente surgem argumentações da existência do juiz heroico ou de um legislador exemplar, bem como a necessidade de independência das funções, da teoria da balança⁷⁹, teoria dos freios e contrapesos, e, por fim, sobre o indispensável monopólio da última palavra⁸⁰.

A separação dos poderes, sem a teoria da última palavra, poderia apontar três vícios: i) anarquismo (por multiplicar os intérpretes sem a hierarquização das suas funções ou sem uma autoridade estável); ii) irracionalidade (por não levar a sério os princípios e os direitos como uma corte o faria); iii) e tiranismo (por não existir uma proteção às minorias, as quais sempre são protegidas pela corte).⁸¹

Com isso percebe-se que a própria separação das funções do Estado possuem diversas conceituações e aplicações, variando em alcances e limites, o que sem dúvida demonstra a imaturidade do sistema jurídico brasileiro e de todos que, de certa forma, interpretam a Constituição Federal⁸².

Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 134.

⁷⁷ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “A interpretação extrajudicial é um fenômeno real e inevitável, ainda que nem sempre percebido.” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 128)

⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 136.

⁷⁹ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. **A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória**. Coimbra Editora. 1994. p. 32.

⁸⁰ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “Nossa tendência de pensar a separação de poderes como luta adversarial teria ofuscado a forma como as políticas públicas de fato emergem. (...) A corte cumpre uma função, mas não abre a porta sozinha.”⁸⁰ (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 138)

⁸¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 127.

⁸² Cfr. Conrado Hübner Mendes: “Só existirá um sistema jurídico maduro quando se puder perceber que, pelo menos autoridades públicas e, se possível, a maioria dos cidadãos comuns aceitem tais regras secundárias” (aquelas que atribuem poderes dentro de um Estado). (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de

Os conceitos e aplicabilidade desta teoria, bem como de princípios, ou das normas de conteúdo vago, previstos na Constituição, oscilam historicamente⁸³, evitando a necessidade de correção e reformulação constante da Constituição. Deve-se ficar em destaque que as mudanças de aplicabilidade destas normas são determinadas “mais por uma dinâmica política do que por um gradual refinamento estritamente intelectual.”⁸⁴ Podendo cair em desuso ou receber novos contornos conforme anseio e desenvolvimento da sociedade.

A Constituição, enquanto reguladora de comportamentos e portadora de normas escritas, não delinea a maneira pela qual deve ser elaborada e fundamentada a separação dos poderes, até mesmo porque, a simples análise interpretativa de sua essência torna-se, de certa forma, limitada e alienada da realidade. Sendo assim, a questão ora debatida sobre a “última palavra” ou “ativismo” deve ser analisada com a ciência de que as relações entre as instituições estatais sofrem diretamente os reflexos da política interna do Estado e da sociedade, existindo, portanto, oscilações entre destaque e ofuscamento de um ou de outro Poder, mas não significa dizer que exista realmente uma questão hierárquica entre eles, mas tão somente, uma questão de reciprocidade com a sociedade, que ora “legítima” e confia numa determinada instituição, e outrora recrimina, descredencia e condena seus comportamentos. Ou seja, “a opinião pública interage e é responsável por flutuações de legitimidade.”⁸⁵

Essa oscilação passa a ser indispensável para a evolução política de um Estado, caso contrário voltar-se-ia para a formação absolutista do poder, com governos autoritários e violadores de direitos.

Com a valorização de uma instituição em face do descrédito (momentâneo) da outra, proporcionará, sem dúvida na evolução e desenvolvimento daquela que estaria sendo inferiorizada, uma vez que, o desejo pelo retorno ao prestígio e respeitabilidade passa a ser questão de sobrevivência. A história do desenvolvimento dos estados demonstra que nenhuma instituição “consegue sustentar sua autoridade por muito tempo se insistir numa postura que não seja aceitável numa determinada cultura política”.⁸⁶

Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 46)

⁸³ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “*Como a constituição é um texto aberto e flexível, interpretações são contingentes e sujeitas a mudanças constantes. Não serão aceitas como corretas para sempre. Há um contínuo percurso de atribuição de novos significados.*” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 135)

⁸⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 37.

⁸⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 186.

⁸⁶ Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 188.

O que não se sustenta mais é a aceitação da superioridade de uma instituição, e um falso monopólio, por simples legitimidade democrática realizada por meio de eleições majoritárias do parlamento, e da mesma forma não se pode aceitar “passivamente qualquer ativismo judicial”.⁸⁷ Da mesma maneira, não se pretende defender a existência de uma subordinação do procedimento constitucional à substância principiológica, ou de uma negativa de obediência às decisões judiciais ou decisões legislativas por estarem em desacordo com a realidade social, mas que cada uma das instituições possam se interagir e corrigir os próprios atos, bem como indicar aos demais os equívocos que estão cometendo, ou seja, a manutenção de um aconselhamento por meio de suas decisões, até mesmo porque, “decisões continuam a ser obrigatórias, mesmo que discordemos”⁸⁸. Por essa razão que elas necessitam de participação recíproca e não com caráter autoritário.

A disputa pela última palavra e a possibilidade de existir uma instituição que ao proferir uma decisão poderá causar maiores problemas do que uma decisão conjunta, pois qualquer que fosse ela, sem o diálogo, tratar-se-á de uma imposição de cima para baixo, e não o oposto⁸⁹. Portanto, o juiz deixou a muito tempo de ser mera boca da lei. Na atualidade tem-se um juiz constitucional, “que reage conforme variáveis outras que não somente a norma, a razão, ou as recomendações que a teoria normativa lhe endereça.”⁹⁰

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução das sociedades ao longo dos séculos tem demonstrado a constante luta pelo aperfeiçoamento e bom funcionamento das instituições que tomam as decisões dentro do Estado. Consequentemente, em virtude de abusos e

⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 194.

⁸⁸ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “*Numa sequencia de perguntas e respostas, talvez consiga sintetizar sem mais rodeios: a última palavra sobre direitos importa? Sim, mas menos do que se supunha. Importa para quê? Para firmar decisões com pretensão de maior durabilidade; para resolver, ainda que temporariamente, uma demanda por decisões coletiva que valha para todos. Qual, então, o critério para a escolha da autoridade detentora dessa prerrogativa? A confiança da comunidade na instituição que tenha maior probabilidade de produzir a melhor decisão. E se essa instituição for, comparativamente, menos democrática do que as alternativas? Mesmo que se aceite a hipótese da qualidade mais ou menos democrática de instituições isoladas, dentro da lógica da separação de poderes, aquela que for “mais democrática”, caso discorde, sempre poderá responder. Se outra, de fato, for “mais democrática”, dificilmente será derrotada por muito tempo.*” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 181).

⁸⁹ Cfr. Conrado Hübner Mendes: “*Novamente, o arquiteto institucional pode ficar irrequieto. A hipótese de desafio ou de discordância lhe remete a desobediência, o que romperia a coerência do estado de direito, geraria instabilidade ou mesmo o risco de anarquia. O conceito de diálogo inter-institucional pode realmente levar a mal-entendidos. Se sua orientação fosse “todos podem decidir tudo todo o tempo, os riscos de impasse, paralisia, colapso e vácuo de poder saltariam aos olhos.*” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 210).

⁹⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014. p. 192.

violações de direitos quando apenas uma destas instituições passa a ter a possibilidade de “falar por último”, passou-se a formular teorias de fracionamento e limitação dos poderes.

Segundo Daniel Mitidiero, em 1700 a sociedade lutou contra os abusos dos chefes do Estado (monarcas); nos 1800 buscou-se limitar a atuação dos parlamentares, e agora chegou o momento de impor algumas barreiras ao Judiciário. Tais apontamentos são importantes para se compreender que as oscilações são realmente importantes e necessárias para a evolução das instituições estatais, pois assim, cada uma, quando em desvantagem de aceitação popular, tende a corrigir seus erros para voltar a ter credibilidade.

Diante de tais apontamentos torna-se compreensível e aceitável a evolução da teoria da separação dos poderes e não sua abolição, até mesmo porque, a ausência da fragmentação das funções do Estado acarretaria um retrocesso do Direito e o retorno de decisões unitárias.

Em que pese os apontamentos favoráveis à aplicação de um discurso de fundamentação ou de argumentação em relação às normas e princípios constitucionais, tem-se que reconhecer que, a utilização de uma teoria pura do discurso jurídico constitucional torna-se incompleto em face das características e circunstâncias que o Estado Brasileiro se encontra.

Da mesma maneira que Lenio L. Streck afirma que o Brasil é um país de modernidade tardia, pois não efetivou e concretizou os direitos sociais dispostos na Constituição Federal, bem como em face da ausência de uma democracia adequada e desenvolvida que possibilite a participação efetiva da população nas deliberações do Estado, não há outra possibilidade senão a de reconhecer que o Poder Legislativo está muito distante de providenciar a efetivação de políticas públicas de inclusão e de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Portanto, a situação atípica quanto a realização da democracia é diária, e o desrespeito aos direitos fundamentais são corriqueiros.

Em sendo assim, não há como negar a legitimidade do Judiciário em realizar a revisão judicial, o controle de constitucionalidade e a decidir substantivamente os processos em análise, uma vez que a fragilidade e vulnerabilidade da população brasileira são reflexos do descaso e o do descomprometimento das outras instituições públicas em não cumprirem com as diretrizes constitucionais por eles mesmo criadas.

11. AGRADECIMENTOS

Primeiramente parabeno à Faculdade de Telêmaco Borba pela iniciativa na realização de um evento tão grandioso e respeitável. Nos dias contemporâneos cada vez mais se vê rarefeito o desejo pela pesquisa e incentivo aos acadêmicos para o desenvolvimento de novas teorias e defesas de posicionamentos de extrema relevância jurídica.

Por fim, agradeço à instituição de ensino FATEB, por ter atribuído a mim a função de Professor Pesquisador, bem como o responsável pela orientação dos trabalhos a serem desenvolvido no Grupo de Pesquisa “Administração Pública e Dilemas do Estado Contemporâneo”.

Agradeço também aos alunos, membros do Grupo de Pesquisa, que sem as ponderações e participação de todos, as pesquisas e o desejo pela produção científica não teriam sido os mesmos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais: teoria e direito público**. 2ª Ed. Malheiros. 2011.

CALMON, Pedro. **Curso de teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? : a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1991.

HOBBS, Thomas, 1588-1679. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2ªed. –São Paulo: Martin Vlare, 2012. (Coleção obra prima de cada autor. Serie ouro;1).

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LACAMBRA, Luis Legaz y. **Horizontes del pensamiento Jurídico: estudios de filosofía del derecho**. Barcelona: Casa Editorial Bosch. 1947.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Separação de Poderes no Brasil**. Curso Modelo Político Brasileiro. Vol. IV. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização-PrND. 1985.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acessado em: 30/06/2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**.- 2ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis.** Montesquieu; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção a obra prima de cada autor; 9).

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra Editora Limitada, 1989.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Ciencia del Derecho.** Traducción de Luis Recasens Siches. Madrid: 1930.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?** Organização e introdução: Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia.** 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. **A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória.** Coimbra Editora. 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV.** vol.4 São Paulo jul/dec.2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci_arttext. Acessado em: 20/03/2013.

ACESSO À JUSTIÇA: DO SEU HISTÓRICO ÀS SUAS PROMESSAS

Alessandro Coimbra dos Santos⁹¹ e Emerson Rodrigo Ribeiro Martins⁹²

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: A efetivação do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica

RESUMO

Superada a fase da justiça privada, o Estado em busca de atingir a pacificação social, passou a assumir a obrigação de prestar a necessária tutela jurídica aos titulares de direitos subjetivos violados, devendo assim, disponibilizar instrumentos capazes de assegurar a efetiva concretização do direito que por ele é declarado. Com isso surge a questão do acesso à justiça, que não pode mais ser visto como apenas a garantia de pleitear algo perante o judiciário, mas deve ser analisado se ao final foi possível atingir um resultado justo e em tempo adequado. Diante da questão torna-se importante analisar a evolução que tem ocorrido em relação ao tema a fim de compreender os reais objetivos que visam ser atingidos com as mudanças no ordenamento jurídico hodierno, em especial, relacionadas ao projeto do novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Acesso À Justiça; Evolução Do Acesso À Justiça; Efetivação Do Direito.

RESUMEN

Superar la fase de justicia privada, el Estado busca alcanzar la paz social, ha asumido la obligación de proporcionar la protección jurídica necesaria a los titulares de derechos subjetivos vulnerados y por lo tanto deben proporcionar instrumentos para garantizar la realización efectiva del derecho a una se declara. Así, la cuestión del acceso a la justicia, que ya no puede ser visto como algo garantizado para abogar en los tribunales, sino que debe examinar si al final fue posible alcanzar surge un resultado justo y oportuno. Antes de que el tema se vuelve importante analizar la evolución que se ha producido en relación con el tema a fin de comprender los verdaderos objetivos que tienen como objetivo lograr con los cambios en el sistema jurídico actual, en particular en relación con el nuevo Código de Procedimiento Civil proyecto.

Palabra clave: Acceso A La Justicia; Evolución Del Acceso A La Justicia; La Realización Del Derecho.

1. INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é analisar, no primeiro momento, as diferentes transformações que direta ou indiretamente, contribuíram para o desenvolvimento da ideia de acesso à justiça, bem como, as diferentes inovações, em suas respectivas épocas, que justificam o atual esforço legislativo e social na

⁹¹ Acadêmico do 6º Período do Curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba (FATEB); e-mail: alecoimbrasantos@yahoo.com.br

⁹² Acadêmico do 6º Período do Curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba (FATEB); e-mail: emerson7martins@gmail.com

busca por uma justiça efetiva, que supere não somente o problema do acesso à justiça, mas, sobretudo, que ao término do processo, haja à satisfação desta interação entre a população e o próprio judiciário.

Ver-se-á, no decorrer desta análise, a construção paulatina de normas cujo caráter revela-se em seu aspecto valorativo, isto sendo, em virtude da própria insegurança jurídica gerada pelos absurdos cometidos em nome da lei, fazendo nascer, desde então, um estado comum entre os indivíduos, onde às garantias e princípios priorizam a dignidade da pessoa humana, desaguando tais anseios no nascimento do movimento neoconstitucionalista.

Neste afã, admite-se como sendo indispensável, à própria efetivação de um ideal de acesso e satisfação da justiça, a atuação íntegra do Estado, de modo que esta atuação possa solucionar, em tempo adequado e de maneira economicamente viável, às demandas sociais e individuais, cumprindo, assim, os atributos inerentes à sua própria função.

No Brasil, percebe-se que embora tenha ocorrido um considerável avanço, concernente ao acesso à justiça, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, especialmente pela previsão expressa deste princípio, o maior avanço processual desde então, fica por conta da Emenda Constitucional de Nº 45/2004, tendo como principal atributo positivo a introdução do princípio da duração razoável do processo.

Nesta baila, o projeto do novo Código de Processo Civil, surge como uma resposta em meio à penumbra legislativa até então carente de inovações.

2. METOLOGIA

O presente artigo busca através de revisões bibliográficas compreender as evoluções históricas do acesso à justiça, objetivando a análise das promessas com relação ao tema, em especial as concernentes às mudanças pretendidas no projeto do novo Código de Processo Civil.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. Evolução Histórica do Acesso à Justiça - Fontes do Direito e Fontes Históricas

Para que se possa ter uma clara compreensão do real estado vivenciado, tanto teoricamente, quanto em sua prática, como relação ao acesso à justiça em nosso país, necessitará, pois, de uma, ainda que breve jornada retrospectiva com o fim de que possamos valorar as transcendentais questões respectivas ao tema.

3.1.1. O direito na Mesopotâmia e no Egito

Considerando as diferenças comuns à vida em sociedade, bem como, os conflitos gerados por tal condição, não se obsta à confirmação de que: com o nascimento dos primeiros grupos sociais, nasceu também, com os conflitos,

a necessidade de se instituir um mediador, que de forma imparcial, interpretasse e julgasse cada caso.

O direito antigo compreende, claramente, três grandes estágios de evolução: o primeiro seria o proveniente dos deuses, o segundo, aquele confundido com os costumes ou consuetudinário, e, finalmente o terceiro, o qual o direito passa a ser reconhecido na forma da lei. E, é neste último estágio, em que se originam as primeiras normas escritas, como o Código de *Ur-Nammu*, o de *Esnunna*, o de *Hamurabi*, o de *Manu*, o de *Sólon* e a *Lei das XII Tábuas*, o que nos parece lógico afirmar, como sendo também, os primeiros registros expressos de direito ao acesso à justiça, ainda que não houvesse uma distinção entre as prescrições civis, religiosas e morais⁹³.

Entre 2140 e 2004 a.C., surge o primeiro documento escrito da história do direito, o rei *Ur-Nammu*, promulga o código que traria como título o seu próprio nome. A sua origem e aplicação mostra os “esforços em direção a certa unificação da legislação que incluíram a promulgação da primeira compilação importante de precedentes judiciais ou julgamentos típicos”⁹⁴.

Surgem, ainda na Mesopotâmia, outros dois novos códigos, o Código de *Lipit-Ishtar*, editado numa data próxima a 1930 a.C., redigido, possivelmente em 1934-1924 a.C., e o Código de *Esnunna*, mais extenso e que já tratava de assuntos da área cível e penal, corroborando, tais códigos, para a promulgação do então Código de *Hamurabi*⁹⁵.

Cria-se aqui, portanto, a ideia, ainda que teoricamente, da oficialidade de garantias que visavam conter a opressão dos mais fortes em detrimento dos mais fracos.

Já no Código de *Hamurabi*, percebe-se, pois, uma considerável inovação legal à sua época, um exemplo claro se dá pela nova concepção a qual passa a ser tratada a delimitação do *direito de família*. O Código ainda abarcava institutos de grande relevância, como o da adoção e o da sucessão. Sobretudo, o seu maior legado, atribui-se à regulamentação do *direito privado*, pois com base em artigos do supracitado código, admite-se, a partir de então, a existência de diversas modalidades contratuais⁹⁶.

Outra forma, não obstante ao que se percebe logo no primeiro estágio do direito antigo, em que a lei era fruto de um poder divino, ou dos deuses, é o funcionamento da sociedade do Egito faraônico, onde se tinha na representação da deusa *Maat* a expectativa de uma justiça para os diversos casos, e, na figura do faraó a aplicação desta justiça divina simbolizada pela deusa *Maat*⁹⁷.

⁹³WOLKMER, Carlos *et al.* **Fundamentos de história do direito** - 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 18-19.

⁹⁴WOLKMER, Carlos, *et al.* **Fundamentos de história do direito** - 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. -Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 37-38.

⁹⁵WOLKMER, Carlos, *et al.* **Fundamentos de história do direito** - 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 38- 39.

⁹⁶WOLKMER, Carlos, *et al.* **Fundamentos de história do direito** - 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. -Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 40- 41.

⁹⁷WOLKMER, Carlos, *et al.* **Fundamentos de história do direito** - 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. -Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 42- 43.

Todavia, mesmo não se tendo, ainda, a confirmação quanto à existência de um Código Normativo no Egito, há registros que comprovam a existência de leis escritas, apresentadas numa ordem dedutiva e racionalmente dispostas⁹⁸.

3.1.2. O direito na Grécia Antiga

Ao estudar as fontes do direito na Grécia antiga, deve-se levar em consideração um longo período, sendo comum dividi-los em: *arcaico* - do século VIII ao VI a.C., quando se iniciam as Guerras Pérsicas; *clássico* – dos séculos V e IV a.C.; *helenístico* - desde Alexandre Magno até a conquista romana do Mediterrâneo oriental; *romano*- Tendo como marco inicial a partir da derrota de Antônio e Cleópatra por Augusto⁹⁹.

Há que se destacar aqui, um ponto crucial na história da Grécia antiga (cuja ligação ao tema deste trabalho, faz-se indissociável) que:

“O povo grego, em determinado ponto da história (por volta do século VII a.C.), começou a exigir leis escritas para assegurar melhor justiça por parte dos juízes. Christopher Carey, em seu livro *Trials from classical Athens* (Julgamentos da Atenas clássica), defende essa posição, provavelmente a mais antiga, de que “foi um desejo de colocar limites no exercício do poder por aqueles que detinham a autoridade”. O propósito seria o de remover o conteúdo das leis do controle de um grupo restrito de pessoas e colocá-lo em lugar aberto, acessível a todos. As palavras de Teseu nas Suplicantes de Eurípedes (produzida por volta de 420 a.C.) têm sido utilizadas como apoio nessa posição: “Quando as leis são escritas, o pobre e o rico tem justiça igual”¹⁰⁰.

Outra característica, a qual se deve notar na Grécia antiga, é o da importância atribuída pelos gregos à parte processual do direito, que foi também evidenciada por Aristóteles em sua obra, *Constituição de Atenas*. Destacando as três principais reformas democráticas de Sólon, afirma que:

“O que se segue parecem ser as três características mais populares da constituição de Sólon. A primeira e mais importante é que ninguém pode tomar dinheiro emprestado sob garantia da liberdade de alguém; a segunda é que ninguém pode tirar proveito daqueles que foram injustiçados; e a terceira, que dizem ter sido a que mais contribuiu para o fortalecimento da democracia, institui o direito de participar do dicastério, pois quando o povo tem o direito de votar nos tribunais, controla a constituição”¹⁰¹.

Sobretudo, deve-se ainda, serem enfatizadas duas práticas que se tornaram comuns quanto ao exercício do direito processual. A primeira recorria-se a pessoas de confiança, para que então, estas, pudessem mediar os conflitos, no sentido de conciliação e não de julgamento, propriamente dito, equiparando-se a um ato

⁹⁸WOLKMER, Carlos, *et al.* **Fundamentos de história do direito** - 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. -Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 42-43.

⁹⁹WOLKMER, Carlos, *et al.* **Fundamentos de historia do direito** - 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. -Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 49.

¹⁰⁰WOLKMER, Carlos, *et al.* **Fundamentos de historia do direito** - 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. -Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P.60

¹⁰¹MORAES, Jairo Coelho. O fenômeno jurídico na antiguidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2828, 30 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18805>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

arbitrário privado. E, na segunda, o árbitro era designado pelo magistrado, tendo como principal função o ato de julgar e não mais privativamente, mas agora, um arbítrio público¹⁰².

3.1.3. As fontes do Direito Romano

Diante da amplitude do legado deixado pelo direito romano, cuida-se apenas de apresentar, de modo superficial, as principais fontes as quais se remetem a ideia de justiça, visto que seria impossível o exaurimento desta fonte inesgotável de informações respectivas ao tema ora exposto.

O direito romano, enquanto realza (753 a.C. a 510 a.C.), tem como fontes do direito os costumes e a lei, esta última, como fonte secundária, que nascia de uma proposta do rei para o povo, estes, reunindo-se em comícios curiatis, votavam tal proposta, e, se aceita fosse, após a ratificação do senado, tal proposta se tornava de carácter obrigatório¹⁰³.

Já na fase da república (510 a.C. a 27 a.C.), eram fontes do direito: os costumes, as leis escritas, o *senatus consultos*, a jurisprudência e os editos dos magistrados¹⁰⁴.

Relacionando este período ao direito privado, este pode ser entendido como sendo: “a fase em que se lançam os alicerces desta elaboração técnica do direito, que brilha na época seguinte”. Paralelamente ao *jus civile*, nasce também, o *jus gentium*, O qual apresenta-se como um direito mais maleável, ou menos formal, amoldando-se a uma sociedade com características comerciais¹⁰⁵.

No contexto do direito romano, do Baixo Império (284 d.C. a 565 d.C.), as Constituições imperiais fortaleceram-se na hierarquia das fontes do direito, nascendo, logo após, as primeiras Codificações.

Contudo, o principal marco desta época é dado quando o Imperador Justiniano ordena a compilação de todas as fontes antigas de direito romano e a sua harmonização com o direito do seu tempo, sendo intitulado como *Corpus Iuris Civilis*. Este código constituiu a base do direito no Império Bizantino e um dos principais fundamentos do Direito Comum no Ocidente medieval¹⁰⁶.

¹⁰²Wolkmer, Carlos, *et al.* **Fundamentos de historia do direito** - 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. -Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 64

¹⁰³MAGALHÃES, Rodrigo Almeida, Henrique Viana Pereira.**O Direito Romano e suas fases:** principais eventos, organização social, política, judiciária e fontes do direito. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7179> Acesso em: 29 jul 2014

¹⁰⁴MAGALHÃES, Rodrigo Almeida, Henrique Viana Pereira.**O Direito Romano e suas fases:** principais eventos, organização social, política, judiciária e fontes do direito. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7179> Acesso em: 29 jul 2014.

¹⁰⁵CRETELLA JR., José. **Curso de Direito Romano** - 31ª ed. São Paulo, Forense Jurídica, 2009.

¹⁰⁶MAGALHÃES, Rodrigo Almeida, Henrique Viana Pereira.**O Direito Romano e suas fases:** principais eventos, organização social, política, judiciária e fontes do direito. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7179> Acesso em: 29 jul 2014

3.1.4. A revolução francesa e as transformações do direito

O direito, no século XVIII, ganha um status de direito escrito, sobrepondo-se ao antigo modelo jurídico costumeiro. Com a Revolução, surge a noção de soberania nacional e o fortalecimento da lei dentre as fontes jurídicas¹⁰⁷.

Com o fim do absolutismo, o povo passa a desfrutar de maior autonomia, entretanto, foi a burguesia quem conduziu o processo, consolidando o que seria as bases da sociedade burguesa e posteriormente capitalista.

Junto aos ideais iluministas, quanto à aplicação da lei, especialmente quando nos julgamentos dos fatos, realidade característica durante o século XIX, nota-se o desenvolvimento da influente *École de Exegese*, comum nos países que aderiram ao espírito napoleônico¹⁰⁸.

O direito, seguido da promulgação constitucional dos direitos do homem e dos cidadãos, revela-se, agora, num aspecto positivado em relação ao direito natural, assim tais positavações são “cada vez mais amplas, para cumprir os *objetivos* políticos a que passou a servir”¹⁰⁹.

Após a inovação legal, a qual se percebe, o direito pós-revolução, onde a aplicação do direito se dava de maneira dinâmica, diante da previsibilidade oferecida pela lei, surge não muito adiante, o amargo desconforto derivado da insegurança jurídica do mesmo sistema, quando em 1945, nos julgamentos de Nuremberg, comprova-se, que a própria lei, outrora vista como sinônimo de eficácia, agora, sendo utilizada como argumento de defesa às atrocidades cometidas pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial¹¹⁰.

Assinala-se, desde então, que o direito e a lei, embora ligadas por um liame subjetivo, seriam distintamente tratadas, nascendo, neste sentido, uma breve noção de neoconstitucionalismo, onde os princípios e valores ganham proteção constitucional, devendo assim, constituir os fundamentos de um Estado firmado nos ideais de igualdade, liberdade e Justiça.

Faz-se necessário observar, que somente a partir desta nova interpretação valorativa do direito, dada a importância atribuída à dignidade humana, nasceria também, um amplo e complexo terreno a ser desbravado, e, que corresponderia à necessidade de se ter, além do reconhecimento deste direito, também, o acesso efetivo à justiça.

3.2. O Acesso à Justiça na Concepção de Mauro Cappelletti

Neste diapasão, tem-se de imediato, na figura representativa do ilustre processualista italiano, Mauro Cappelletti, como sendo um grande expoente no que concerne à espinhosa caminhada para a construção de um ideal de acesso à justiça comum a todos.

Na obra, “*Acesso À Justiça*” é elencado sistemicamente os obstáculos a serem transpostos nesta árdua tarefa. Estes, em suas palavras são:

¹⁰⁷FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O Legado da Revolução Francesa** in Revista Síntese Nº 47, p.7 de 11, setembro/dezembro 1989; SRF Vol. 16, No 47 (1989):

¹⁰⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O Legado da Revolução Francesa** in Revista Síntese Nº 47, p.7 de 11, setembro/dezembro 1989; SRF Vol. 16, No 47 (1989).

¹¹⁰GOMES, Luiz Flávio. **Primeiras linhas do Estado constitucional e humanista de direito.** Disponível em: <http://www3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2010012709340525&mode=print> Acesso em: 31 jul 2014

- “a) Custas Judiciais;
- b) Possibilidades das Partes- Referentes às vantagens e desvantagens estratégicas de algumas espécies de litigantes;
- c) Problemas Especiais dos interesses difusos- Referente à “dificuldade em mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental”;
- d) As barreiras ao acesso: Em Uma Conclusão Preliminar, tem-se a dificuldade de se fazer valer um direito moderno, de bem estar social, a todos, especialmente as pessoas comuns. E, como fator complicador- Adverte o autor que tais obstáculos devem ser inter-relacionados, como o caso em que haverá um prejuízo para a parte que, em decorrência da diminuição dos custos, como a dispensa de um advogado, por exemplo, não terá a capacidade de representar os seus próprios casos”¹¹¹.

Nesse sentido as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, podem ser classificadas em três ondas e da seguinte maneira:

“A primeira “onda” desse movimento novo foi à assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”; e o terceiro, e mais recente, é o que nos propomos a chamar simplesmente de “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”¹¹².

Diante do exposto, nota-se, uma maior ênfase dada à terceira “onda”, momento em que há uma grande inclinação a diversas reformas como a:

“Alteração nas formas de procedimento, mudança na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo, destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial”¹¹³.

Por fim, há o risco de incorrer no erro de se admitir o uso habitual de procedimentos rápidos e com pessoas com remunerações baixas, resultando, conseqüentemente, num produto barato e de má qualidade¹¹⁴.

3.3. O Neoconstitucionalismo no Brasil

¹¹¹CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.6-11.

¹¹²CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988 p. 12.

¹¹³CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988 p. 26.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988 p. 58.

No Brasil, o movimento do neoconstitucionalismo começa a ocupar o seu espaço somente em 1988, momento em que se promulga a Constituição Federal da República, encerrando um ciclo de imposições autoritárias emanadas de um Estado ditador, e, iniciando-se um novo, com fulcro nos direitos fundamentais, especialmente na proteção do princípio da dignidade da pessoa humana¹¹⁵.

Nos termos da Constituição Federal em seu artigo 3º, dispõe *in verbis*

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II- garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Outras características do texto constitucional são atribuídas à Constituição Federal, revelando seu aspecto neoconstitucionalista, dentre as quais seriam:

“a rigidez do texto constitucional, a previsão de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, supremacia da Constituição, a concretização da democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”¹¹⁶.

No entanto,

“o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda”¹¹⁷.

Doravante, no que pese favorável ao fortalecimento do movimento neoconstitucionalista, constituem-se entre as principais condições a de que: “o neoconstitucionalismo, deve ser concebido como uma visão que conecte o Direito

¹¹⁵ OLIVEIRA, Luiz Fernando de. **Revista Jurídica** ISSN 2236-5788 , Ano IX, n. 14, 2008 - 2009, p. 63 - 68, Anápolis/GO, UniEVANGÉLICA. Disponível em <http://revistas.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica> Acesso em 29 jul 2012

¹¹⁶ FERREIRA, João Paulo Schwandner. **Ponderações Sobre o Neoconstitucionalismo Brasileiro**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/23970/ponderacoes-sobre-o-neoconstitucionalismo-brasileiro#ixzz37yRxSfB> Acesso em: 30 jul 2014

¹¹⁷ SARMENTO. Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.19.

com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jus naturalismo”¹¹⁸.

3.4. A Evolução do Acesso à Justiça no Brasil Após o Advento da Constituição Federal de 1988

Partindo do pressuposto o qual confere à Constituição Federal a premissa de ser o cerne em que se concentra toda a expectativa inerente ao acesso à justiça, logo, os princípios e garantias constitucionais, assumem um papel importante quanto à efetivação do processo, dentre os quais, nota-se: o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, sendo que na redação do artigo 5^a, XXXV, encontra-se uma manifestação da importância que é dada ao alcance de todos ao poder judiciário quanto à prestação jurisdicional.

Tais princípios e garantias, embora devidamente impostos constitucionalmente, não sustentam, por si só, toda a complexidade prática a que se submete à efetiva aplicação do acesso à justiça, especialmente em nosso país, onde se deve analisar uma realidade que desafia a concretização deste ideal, observado os inúmeros percalços enfrentados até aqui.

Neste sentido, a Emenda Constitucional de Nº 45/2004 representou um considerável avanço em seu aspecto reformador, apresentando-se, a partir de então, como sendo um forte mecanismo em detrimento à ineficiência processual somada ao descrédito do judiciário, ensejando uma conquista, ainda que exordial, na busca pelo acesso à justiça em solo pátrio¹¹⁹.

Atribui-se, portanto, à emenda constitucional, Nº 45/2004, um grande avanço no que tange a aplicação do princípio do acesso à justiça, principalmente pela introdução do princípio da duração razoável do processo.

Porém, não houve ainda, uma efetiva mudança em relação à tempestividade da tutela jurisdicional, pois mesmo sendo esta, garantida como um direito fundamental há muito que se fazer para efetivá-la, diante da impotência do poder judiciário frente à demanda de processos a serem julgados, corroborando assim, para o enfraquecimento e desrespeito deste importante princípio.

Nesse sentido, as reformas no direito processual civil (por exemplo), refletem uma tomada de posição com o propósito do abandono a preocupação exclusiva com os conceitos formais buscando uma efetiva solução dos conflitos jurídicos¹²⁰.

No entanto, no que tange à duração razoável do processo, não pode deixar de serem observados outros direitos como o contraditório e a ampla defesa, fazendo com que a duração razoável do processo seja aquela que resulta da observância do princípio da legalidade e da garantia de tempo adequado ao cumprimento dos atos

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.19.

¹¹⁹ LENZA, Pedro. **Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional nº 45/2004. Esquematização das principais novidades Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6463>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

¹²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol1. 54 ed. rev. e atual, Forense, Rio de Janeiro, 2013p. 15

indispensáveis à observância de todos os princípios formadores do processo legal.¹²¹

Assim,

“A duração exagerada dos processos, hoje, decorre não propriamente do procedimento legal, mas de sua inobservância, e da indiferença e tolerância dos juízes e tribunais diante dos desvios procrastinatórios impunemente praticados por aqueles a quem aproveita o retardamento da conclusão do processo”.¹²²

De modo que o problema no Brasil passou a não ser do acesso ao judiciário, mas a saída dele.¹²³

3.5. A Evolução do Acesso a Justiça na Legislação Processual Brasileira

O Estado ao vedar a justiça privada assumiu o dever perante os titulares de direitos subjetivos violados ou ameaçados de prestar-lhes a necessária tutela jurídica. Com vista no cumprimento deste dever, cabe ao Estado providenciar meios instrumentais de realização do direito material em situação de crise.¹²⁴

Assim não basta que os direitos materiais sejam declarados, é preciso que eles possam ser efetivados, e para tanto se torna necessário ao Estado além de declará-los garantir meios para que a população tenha acesso a eles.

Nesse diapasão, o direito processual tem por finalidade resguardar a própria ordem jurídica, de modo que através da pacificação dos litígios o órgão jurisdicional cumpra a função eminentemente pública de assegurar o império das leis e a paz social.¹²⁵

Cabe ao legislador, tendo em mente que a sociedade está em constante evolução, fazer com que as leis acompanhem os anseios sociais, devendo a legislação processual acompanhar tal progresso adequando os regulamentos a realidade social tendo como fulcro a satisfação das pretensões dos jurisdicionados de acordo com o Direito, em tempo razoável e de forma satisfatória.¹²⁶

Tal fato pode ser observado na exposição de motivos do atual Código de Processo Civil, que teve por intuito pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico de seu tempo, assim redigiu-se a Lei N.

¹²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto *apud* Moreira. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol1. 54 ed. rev. e atual, Forense, Rio de Janeiro, 2013p. 45

¹²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol1. 54 ed. rev. e atual, Forense, Rio de Janeiro, 2013p. 45

¹²³ MELO, André Luís Alves de. **Acesso ao Direito e à Justiça não se Confunde com o Judiciário**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-ago-13/acesso_direito_justica_nao_confunde_judiciario> Acesso em: 30 jul 2014

¹²⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol1. 54 ed. rev. e atual, Forense, Rio de Janeiro, 2013 p. 4

¹²⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol1. 54 ed. rev. e atual, Forense, Rio de Janeiro, 2013 p. 4

¹²⁶MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>>Acesso em: 29 jul 2014 p. 2-3

5869, de 11 de Janeiro de 1973 que buscava conferir novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos.¹²⁷

O Código de Processo Civil de 1973 que buscava adequar-se a realidade brasileira, passou a suceder o antigo Código de 1939 que desde sua criação já enfrentava divergências e críticas que acarretaram várias alterações responsáveis por transformar a legislação processual brasileira em uma “colcha de retalhos”.¹²⁸

Todavia, o atual diploma processual civil, na sua época de entrada em vigor não apresentou alterações significativas se comparado ao seu antecessor. Assim as categorias fundamentais mantiveram o mesmo modelo e não apresentou alterações nas fases do processo de conhecimento. Pode-se dizer que não houve uma revolução, pois o Código de Processo Civil de 1973 apresentava um modelo processual equivalente ao anterior (embora tenha aperfeiçoado a estética e alguns institutos), além de continuar com característica de “Código individualista”, pois não alterou os estilos de processo e procedimento do Código da década de 1930.¹²⁹

Assim o direito processual civil ao seguir o programa da pandectística, encapando logo em seguida pelo modelo italiano, reproduziu ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX tomando como base a cultura oitocentista do Processualismo europeu. Nesse sentido, o direito processual toma como referencial o Código Civil de 1916 de Clóvis Beviláqua, e incorporando a sua característica passa a ser considerado em linhas gerais, um Código individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, pensado a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva.¹³⁰

Os caracteres individualistas dos diplomas civis começam a ser superados pela socialização do direito constitucional, ocorrido após as duas grandes guerras, que faz com que a seara processual tenha que se adaptar às novas concepções que valorizam o social e revelam a existência de direitos coletivos e difusos que até então não estavam relacionados com o processo. Assim passa a ocorrer conforme reclamava Cappelletti, uma revisão dos rumos do direito processual.¹³¹

Nesse contexto, agora em se tratando de processo, ressurgem uma interpretação Neoconstitucionalista, onde o Estado, ao enfrentar a questão da vida em sociedade, percebe que esta é formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações distintas, tornando-se assim utópica a utilização

¹²⁷NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante** – 11 ed. rev. ampl. e atual. Até 17.2.2010, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010 p.155

¹²⁸MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014 p. 3

¹²⁹MIOTTO, Carolina Cristina *apud* Dinamrco. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014 p. 4

¹³⁰MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid** in Revista de Processo nº 183 (2010) p. 182

¹³¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol1. 54 ed. rev. e atual, Forense, Rio de Janeiro, 2013 p. 14

de uma lei genérica e universal com abstração ou eficácia ilimitada. Por conseguinte o Estado deve buscar a justa inserção do indivíduo na sociedade.¹³²

Assim, diante de casos aprendidos com a própria história (como os aqui já citados), onde arbitrariedades, brutalidades e discriminações eram procedidas de leis formalmente perfeitas, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformidade aos princípios de justiça que deveriam ser colocados em uma posição superior, com isso, tais princípios foram infiltrados na Constituição com a finalidade de controlar a lei.¹³³

Desse modo, através da utilização principiológica constitucional, torna-se possível o combate a alterações feitas por maiorias políticas, que legitimadas na contra mão da programaticidade constitucional, retiram conquistas da sociedade¹³⁴.

A lei passa a não valer mais por si, ficando dependente de sua adequação aos direitos fundamentais, exigindo-se assim que o princípio da legalidade deixe de ser visto em sua dimensão formal e passe a ter conteúdo substancial requerendo sua conformação coma Constituição.¹³⁵

Como consequência a jurisdição deve compreender a lei interpretando-a a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais, nesse sentido a obrigação do jurista não é mais apenas revelar as palavras da lei, mas a de projetar a sua imagem, corrigindo-a e adequando-a a tais princípios.¹³⁶

Nesse diapasão, o Direito Processual sofre influência desta renovação do pensamento jurídico fazendo com que o processo volte a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional passando a exigir dos sujeitos processuais uma preparação técnica que lhes tornem capazes de operar, por exemplo, com cláusulas gerais, princípios gerais da proporcionalidade e controle difuso de constitucionalidade.¹³⁷

Assim a Constituição Federal de 1988 apresenta especial relevância para as reformas advindas no diploma processual civil brasileiro, que ocorreu através do estabelecimento da garantia da tutela constitucional do processo a e com a corroboração aos instrumentos da jurisdição constitucional das liberdades¹³⁸.

Outra significativa alteração implantada à Constituição Federal de 1988 está relacionada à legitimação para a propositura de ações, que “passou de singular por excelência para coletiva por opção”, como consequência o processo além de atender o indivíduo passou a atender a coletividade. No entanto o marco inicial das tutelas coletivas ocorreu antes da promulgação da Constituição, sendo representado

¹³²MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo** – 3 ed. rev. e atual - Revista dos Tribunais, 2008, São Paulo.p. 42-43

¹³³MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo** – 3 ed. rev. e atual - Revista dos Tribunais, 2008, São Paulo.p. 45-46

¹³⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 7. ed. rev. atual. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2007. P.55.

¹³⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo** – 3 ed. rev. e atual - Revista dos Tribunais, 2008, São Paulo.p. 46

¹³⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo** – 3 ed. rev. e atual - Revista dos Tribunais, 2008, São Paulo.p. 46-47

¹³⁷DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. V. 1 – 11º ed. rev. e atual – Juspodivm, Salvador, 2009 p. 25-26

¹³⁸MIOTTO, Carolina Cristina *apud* Dinamrco. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010**. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014 p. 7

pela Lei n. 7.347 de 1985, que institui a Ação Civil Pública que teve como propósito originário a salvaguarda dos valores ambientais.¹³⁹

Outras importantes reformas ocorridas no diploma processual civil brasileiro que antecederam a atual carta magna da República podem ser observadas através das Leis nº. 5.925 e nº 6.014 de 1973 e a Lei n. 6.071 de 1974, onde através destas, ocorreram respectivamente alterações nos artigos 5º, 10 e 22 do Código de Processo Civil de 1973 e objetivaram a adaptação do diploma processual a outros diplomas vigentes.¹⁴⁰

Tais mudanças ocorridas no diploma processual mostram uma tentativa de adaptar o diploma legal as mudanças de mentalidade ocorridas e repercutidas no ordenamento jurídico. Mas o grande marco para as reformas ocorridas advém a partir da Constituição Federal de 1988.

Isto ocorre devido ao fato de que vários princípios que estão relacionados ao processo foram consagrados no rol dos direitos fundamentais na Lei Maior, passando a não mais haver como o jurista dedicar-se ao estudo do direito processual sem que fossem observados tais princípios.¹⁴¹ Assim princípios consagrados na Constituição Federal, dela são também emanados para a seara processual.

Quanto aos princípios aplicáveis ao direito processual, existem duas categorias, uma informativa que contém regras de cunho generalíssimo e abstrato, aplicáveis a todas as regras processuais, e outra denominada de gerais ou fundamentais, que servem de guia ao legislador no trabalho de elaboração da norma jurídica processual.¹⁴²

Do primeiro decorre o princípio *lógico*, onde deve existir uma lógica na concepção normativa dos atos processuais de modo a permitir o descobrimento da verdade subjacente ao processo; *jurídico*, dele infere-se que tudo que se faça no processo deve estar em conformidade com a lei, garantindo-se a igualdade das partes e a justiça da decisão; *político*, exigindo-se que a normatização processual seja coerente com a concepção democrática que se molda à estrutura adotada pelo país; e o *econômico*, onde se visa à obtenção do máximo do rendimento com o mínimo de dispêndio.¹⁴³

Dentro dos princípios fundamentais, pode-se destacar o devido processo legal, consagrado no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, e está relacionado ao processo cujo procedimento e consequências tenham sido previstas em leis e em sintonia com os valores constitucionais. Deste princípio decorrem outros também

¹³⁹MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014p. 8

¹⁴⁰MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014p. 9

¹⁴¹DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. V. 1 – 11º ed. rev. e atual – Juspodivm, Salvador, 2009 p. 26

¹⁴²WAMBIER, Luiz Rodrigues, Eduardo Talamini, Flávio Renato Correia de Almeida. **Curso Avançado de Direito Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, V1 – 10 ed. rev. atual e ampl, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008 p. 80-81

¹⁴³WAMBIER, Luiz Rodrigues, Eduardo Talamini, Flávio Renato Correia de Almeida. **Curso Avançado de Direito Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, V1 – 10 ed. rev. atual e ampl, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008 p. 80-81

consagrados no rol dos direitos fundamentais, como o da inafastabilidade, da universalidade e da efetividade da tutela jurisdicional e visam não apenas permitir o acesso ao judiciário, mas juntamente com os mecanismos processuais devem propiciar aos jurisdicionados, decisões justas, tempestivas e úteis. Assim, o Estado deve garantir a assistência judicial aos menos favorecidos, além de garantir às partes um tratamento igualitário de modo que estas possuam paridade de armas, além de assegurar que as mesmas tomem conhecimentos dos atos processuais.¹⁴⁴

Diante de tais princípios consagrados na Constituição Federal e que mostravam a mudança na mentalidade ocorrida durante o século XX, várias modificações ocorrem no ordenamento jurídico brasileiro, como a criação do Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

Já no diploma processual civil, diante da ânsia e da necessidade de progresso científico, ocorre em 1992 o início de um movimento reformador, assim com a finalidade de proporcionar uma reforma global no Código de Processo Civil de 1973, foi constituído uma comissão composta por juristas com a incumbência de criar anteprojeto que deveriam extinguir empecilhos ao acesso à justiça.¹⁴⁵

Essas reformas acabaram inserindo no ordenamento jurídico a antecipação da tutela, novas regras para o cumprimento das sentenças que envolviam obrigações de fazer ou de não fazer, a introdução do art. 461-A relativos a obrigações de dar e a abolição do processo autônomo de execução da sentença judicial (com algumas ressalvas).¹⁴⁶

Pode-se citar, ainda, como exemplo decorrente do movimento reformador, a inclusão do procedimento monitório no rol dos procedimentos especiais; alteração na matéria do recurso de agravo; o peticionamento mediante fax; a prioridade de tramitação nas causas em que figurassem interesses de pessoas com mais de sessenta e cinco anos (alterado posteriormente para sessenta anos).¹⁴⁷

Outra importante medida tomada na busca da efetividade do provimento judicial foi a Emenda Constitucional nº 45, onde se evidencia a preocupação do legislador diante de um quadro de demora na prestação jurisdicional e de um elevado formalismo que travavam a justiça brasileira.¹⁴⁸ Dessa maneira ocorreu uma

¹⁴⁴WAMBIER, Luiz Rodrigues, Eduardo Talamini, Flávio Renato Correia de Almeida. **Curso Avançado de Direito Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, V1 – 10 ed. rev. atual e ampl, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008p. 82-83

¹⁴⁵MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014 p. 10

¹⁴⁶JUNQUEIRA, Carla Santos. **As Reformas Processuais Civis Responsáveis pela Busca do Sincretismo e da Instrumentalidade do CPC Brasileiro**. Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8726%3C> Acesso em: 30 jul 2014

¹⁴⁷MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014 p. 10-11

¹⁴⁸ JUNQUEIRA, Carla Santos. **As Reformas Processuais Civis Responsáveis pela Busca do Sincretismo e da Instrumentalidade do CPC Brasileiro**. Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8726%3C> Acesso em: 30 jul 2014.

priorização de um processo de resultados, buscando oferecer ao jurisdicionado um resultado processual efetivo, célere e justo.¹⁴⁹

Assim efetivo será o processo justo, que deve ser compreendido como aquele que ao seu final garante as partes o resultado desejado pelo direito material respeitando a celeridade sem desprezar a segurança jurídica.¹⁵⁰

Nesse sentido, o momento histórico em que ocorre a busca por constantes reformas do procedimento, objetivando o resultado justo, exige do interprete e aplicador do direito processual civil um cuidado mais acentuado com o caráter realmente instrumental do processo, onde a inobservância de tal caráter pode frustrar por completo as metas reformistas do direito positivo.¹⁵¹

3.5.1. Objetivos do projeto do novo Código de Processo Civil

Por ocasião das novidades constitucionais apresentadas, e tendo em vista o anseio social, que clama por um processo mais ágil, sensível e efetivo, destaca-se recentemente como importante marco, a instituição (Ato n. 379/2009) de uma comissão de juristas cuja finalidade era a edição de um novo Código de Processo Civil.¹⁵²

Para Fux o principal objetivo da comissão era o de “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”. Para isso, os institutos consagrados no atual Código de Processo Civil que apresentaram resultados positivos, continuaram presentes no Novo CPC, e, a eles, serão acrescidos outros institutos que visam simplificar e dar coesão ao sistema, permitindo ao magistrado concentrar-se de forma intensa no mérito da causa.¹⁵³

Objetivando a concretização das metas visada pelo Novo CPC, são elaboradas cinco diretrizes que devem ser seguidas:

A primeira tem como fulcro as medidas que visam assegurar a razoável duração do processo (Art. 5, LXXVII, CF), assim criou-se no Capítulo VII do Livro IV, o instituto do “incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”, onde a partir deste, será possível a aplicação da mesma sentença às causas que tratem de questões jurídicas idênticas.¹⁵⁴

¹⁴⁹MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014 p. 10-11

¹⁵⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto *apud* Bedaque. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol1. 54 ed. rev. e atual, Forense, Rio de Janeiro, 2013 p. 16

¹⁵¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol1. 54 ed. rev. e atual, Forense, Rio de Janeiro, 2013 p.16

¹⁵²MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014p. 14

¹⁵³MIOTTO, Carolina Cristina *apud* Fux. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014 p. 14

¹⁵⁴MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em

A segunda visa tornar o processo um instrumento social. Assim busca-se garantir as partes a possibilidade de criação da solução do próprio litígio por meio dos institutos da mediação e da conciliação (Art. 134 do PL 8.046/2010).¹⁵⁵

A terceira busca a simplificação do processo, para isso busca-se a realização de alteração, por exemplo, no que se refere aos recursos e a efetivação das tutelas de urgência e de evidência.¹⁵⁶

A quarta tem a finalidade de extrair do processo o maior rendimento possível, nesse sentido a possibilidade jurídica do pedido, deixa de ser uma das condições da ação, assim a sentença que seria de carência de ação, diante de lei revogada, passa a ser de improcedência, findando-se assim o litígio.¹⁵⁷

E por fim, a quinta está ligada ao aspecto organizacional, buscando fazer com as regras do processo civil, dispostas nos livros, títulos e capítulos ocorra da forma mais didática e eficaz possível.¹⁵⁸

Assim diante da análise de tais diretrizes, difícil saber se o novo Código de Processo Civil alcançará o êxito pretendido, mas por si, mostram a tentativa do legislador em adaptar o diploma processual civil a nova realidade, buscado fazer com que ele se coadune com os anseios de nossa sociedade e aos princípios consagrados na carta constitucional, visando garantir um processo de resultado desapegando-se gradativamente de um elevado formalismo que por muitas vezes tornavam-se verdadeiros óbices à efetivação de um processo justo, em um tempo adequado e economicamente viável.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se a inegável necessidade do Estado (uma vez que este se incumbiu em zelar pela pacificação social) de, além de declarar direitos, garantir meios para que o indivíduo possa contemplar a sua concretização. Nesta esteira, percebem-se as diferentes formas com que o tema fora tratado ao longo da história, onde de início, se quer cogitava-se sobre o acesso à justiça propriamente dito.

Com o desenvolvimento do Estado, nota-se à inserção do indivíduo ao judiciário, sem que haja todavia, por parte do mesmo, uma preocupação com a efetivação do direito pretendido.

<<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014 p. 15

¹⁵⁵MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014 p. 15

¹⁵⁶MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014p. 15

¹⁵⁷MIOTTO, Carolina Cristina *apud* Fux. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014 p. 15

¹⁵⁸MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro**: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135/66>> Acesso em: 29 jul 2014 p. 16

Já no século XX, em virtude dos inúmeros percalços ocorridos, os quais geraram diversas transformações que repercutiram, sobretudo no mundo jurídico, impulsionando o nascimento de uma nova mentalidade, onde as normas aderem-se num carácter mais axiológico, tornando-se necessário a previsão de garantias mínimas ao indivíduo, devendo, pois, tais garantias estarem asseguradas pela constituição, que passa a assumir o centro do ordenamento jurídico, protegendo a dignidade da pessoa humana, ensejando assim a ideia do neoconstitucionalismo, cujas raízes mostram-se presentes no atual diploma constitucional.

Assim, tendo em vista as contribuições auferidas através das garantias constitucionais, tornam-se patentes, as deficiências quanto à aplicabilidade de um processo justo para todos, com isso, não basta apenas garantir ao indivíduo a possibilidade de poder pleitear algo perante o judiciário, mas é preciso, garantir, sobretudo, que ao final possa ser a ele garantido o seu direito pleiteado de forma justa com o tempo adequado.

Para solucionar tais problemas e visando atingir o objetivo supramencionado, várias modificações ocorreram no ordenamento jurídico pátrio, em especial, destacam-se as inovações que pretendem garantir um processo de resultados, desapegando-se das formalidades que até então, diante de casos concretos poderiam representar grandes óbices para a efetivação da justiça.

Destaca-se, recentemente, o projeto do novo Código de Processo Civil, que vislumbra a possibilidade de superar, além do problema do acesso à justiça, garantir a saída de modo justo, em tempo razoável, e economicamente viável, de modo a corroborar com o texto constitucional. No entanto, ainda é difícil saber se o novo Código de Processo Civil alcançará o êxito pretendido, mas a partir da análise dos seus objetivos, torna-se possível perceber a tentativa do legislador em adaptar o diploma processual civil a nova realidade, buscado fazer com que ele se coadune com os anseios de nossa sociedade e aos princípios consagrados na carta constitucional.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro, Garth Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. De Ellen Gracie North Fleet. Porto Alegre. Fabris. 1988.

SANTOS, Carla. **As Reformas Processuais Cíveis Responsáveis pela Busca do Sincretismo e da Instrumentalidade do CPC Brasileiro**. Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8726%3C> Acesso em: 30 jul 2014

CRETELLA JR., José. **Curso de Direito Romano** - 31^a ed. São Paulo, Forense Jurídica, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. V. 1 – 11^o ed. rev. e atual – Juspodivm, Salvador, 2009

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O Legado da Revolução Francesa** in Revista Síntese Nº 47, setembro/dezembro 1989; SRF Vol. 16, n. 47, 1989.

FERREIRA, João Paulo Schwandner. **Ponderações Sobre o Neoconstitucionalismo Brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23970/ponderacoes-sobre-o-neoconstitucionalismo-brasileiro#ixzz37yRrxSfB>> Acesso em: 30 jul 2014

GOMES, Luiz Flávio. **Primeiras linhas do Estado constitucional e humanista de direito**. Disponível em: <http://www3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2010012709340525&mode=print> Acesso em: 31 jul 2014

LENZA, Pedro. **Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional nº 45/2004. Esquematização das principais novidades**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6463>>. Acesso em: 21 jul. 2014

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida, Henrique Viana Pereira. **O Direito Romano e suas fases: principais eventos, organização social, política, judiciária e fontes do direito**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7179> Acesso em: 29 jul 2014

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo – 3 ed. rev. e atual - Revista dos Tribunais**, 2008, São Paulo.

MELO, André Luís Alves de. **Acesso ao Direito e à Justiça não se Confunde com o Judiciário**. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2008-ago-13/acesso_direito_justica_nao_confunde_judiciario> Acesso em: 30 jul 2014

MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010**. Disponível em <http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaetro_nicadaunifebe/article/view/135/66>Acesso em: 29 jul2014.

MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid** in *Revista de Processo* nº 183 (2010)

MORAES, Jairo Coelho. **O fenômeno jurídico na antiguidade**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2828, 30 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18805>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante – 11 ed. rev. ampl. E atual. Até 17.2.2010**, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2010

OLIVEIRA, Luiz Fernando de. **Revista Jurídica** ISSN 2236-5788, Ano IX, n. 14, 2008 - 2009, p. 63 - 68, Anápolis/GO, UniEVANGÉLICA. Disponível em <http://revistas.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica> Acesso em 29 jul 2012

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 7. ed. rev. atual. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol1. 54 ed. rev. e atual, Forense, Rio de Janeiro, 2013

WAMBIER, Luiz Rodrigues, Eduardo Talamini, Flávio Renato Correia de Almeida. **Curso Avançado de Direito Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, V1 – 10 ed. rev. atual e ampl, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008

WOLKMER, Carlos, *et al.* **Fundamentos de historia do direito** - 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Págs. 18 e 19.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA HERMENÊUTICA JURÍDICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO ÀS CLAÚSULAS DE BARREIRA.

Luciana Moriwaki¹⁵⁹, Renata Young Blood¹⁶⁰

Área de Concentração: Direito.

Grupo de Trabalho: A efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica.

RESUMO

O objetivo desse trabalho foi analisar o princípio da Igualdade quanto ao seu conteúdo e o seu tratamento jurídico no Brasil. Sendo um Estado Democrático de Direito, a concretização desse direito fundamental justifica a democracia, tendo o direito a função de oferecer um tratamento equivalente que assegure a igualdade e de oferecer um tratamento diferenciado que promova a igualdade. A dimensão formal da igualdade- igualdade perante a lei- trata todos de maneira igual, sem quaisquer distinções, mas não é suficiente. A leitura do princípio da igualdade revela a dimensão material que vai além de uma postura de não discriminação perante a lei, reclamando por atitude positiva por parte do Estado no sentido de promover oportunidades a todos através de normas e políticas públicas, com a finalidade de reduzir as desigualdades de fato.

Palavras-Chave: Princípio da Igualdade. Isonomia. Discriminação.

ABSTRACT

The aim of this work was to analyse the principle of legal equality as its content and its legal treatment in Brazil. Being a Law Democracy's State, the accomplishment of this fundamental law justify the democracy, having the Law the function to offer a equivalent treatment that assures the equality and to offer a different treatment that promotes equality. The formal dimension of equality- equality before the law- treats everybody in the same way, without distinction, but it's not enough. The reading of the principle of equality reveals the material dimension that goes through the stance of non discrimination before the law, complaining for a positive attitude by the State in the sense of the forwards opportunities to everyone through the rules and public

¹⁵⁹ Acadêmica do décimo período do curso de Direito, do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais(CESCAGE). Cirurgiã-dentista. Graduada em Odontologia pela Universidade Estadual de Ponta Grossa(UEPG). Pós graduada em Ortodontia pela Faculdade de Odontologia Uningá.e-mail: worthwhile@bol.com.br.

¹⁶⁰Coordenadora do Curso de Direito do CESCAGE, Professora de Direito Administrativo e Direito Constitucional, Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Pós graduada em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/ISAE), Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). e-mail:Renata.youngblood@yahoo.com.br

politics, with the purpose to reduce the fact's inequalities. The High Court understands that the barrier's clauses in the public service exams gives prestige to the principle of equality, being in the perfect consonance with the protected interests by the Federal Constitution.

Key words: Principle of legal equality. Isonomy. Discrimination.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da Isonomia, ostentado pela Constituição Federal de 1988, sob a epígrafe “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito e a sociedade moderna pugna pelo tratamento justo aos que ainda não conseguiram a viabilização e a implementação de seus direitos mais básicos e fundamentais para que tenham não somente o direito a viver, mas para que também possam ter uma vida digna.

A Carta Magna, em seu Preâmbulo e em seu artigo 1º, fundamenta a instituição de um Estado Democrático de Direito com a precípua finalidade de assegurar o exercício dos direitos fundamentais, sociais e individuais, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, encarados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e no pluralismo político.

Direitos fundamentais não sobrevivem nem se realizam sem um Estado Democrático de Direito. Existe uma relação mútua de existência. A concretização da democracia se dá através da realização dos direitos fundamentais, os quais são o núcleo essencial e axiológico de todo ordenamento jurídico dos Estados Democráticos, limitando e direcionando a atuação dos poderes constituídos.¹⁶¹

Nesse diapasão, a cláusula da isonomia é tida como “signo fundamental da democracia”.¹⁶² Carmen Lúcia Antunes Rocha o considera bem “mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”.¹⁶³

Acrescenta Paulo Bonavides¹⁶⁴ que a isonomia é o centro modular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica. Segundo o autor, de “todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social”.

O liame entre direito fundamental à isonomia e democracia é de tal profundidade que a igualdade é concebida como um dos princípios informadores daquele regime político, ao lado dos princípios da liberdade e da maioria. Em sua obra, Aristóteles afirmava que na democracia o governo é dominado pelo número (maioria) e que sua alma consiste na liberdade, sendo todos iguais. A igualdade,

¹⁶¹ PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

¹⁶² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.210.

¹⁶³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 118

¹⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 340.

assim, é o primeiro atributo que os democratas põem como fundamento e fim da democracia. Logo, toda democracia tem por fundamento o direito de igualdade e tanto mais acentuada será a democracia quanto mais se aprofunda na igualdade.¹⁶⁵

Para tanto, conceituou-se o princípio, analisou-se o seu conteúdo jurídico, o direito fundamental à diferença, suas dimensões (igualdade formal e material) e o seu tratamento jurídico.

Por fim, interpretou-se a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto às cláusulas de barreira (cláusulas de afunilamento) e o princípio da igualdade, observando o entendimento da Corte e sua aplicação nos casos concretos analisados.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho teve como metodologia a pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial no site do Supremo Tribunal Federal relativas às cláusulas editais e o princípio da igualdade, afunilando o tema da isonomia. Extraíu-se três julgados pertinentes ao direito administrativo e as cláusulas de barreira. O método adotado foi o dedutivo, pois o estudo teve como ponto de partida a Constituição Federal de 1988 para então analisar a legislação vigente e o posicionamento do Pretório Excelso nas decisões acerca do tema.

3. DIREITO FUNDAMENTAL À ISONOMIA

Os direitos fundamentais são aqueles direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, ou seja, os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta, sendo que cada Estado qualifica os seus direitos, como o objetivo de criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e dignidade humana.

Conceitua os direitos fundamentais da pessoa humana, o professor José Afonso da Silva como “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.¹⁶⁶

O Brasil, como um Estado Democrático de Direito, tem como pressuposto a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo condição sine qua non para a concretização de uma democracia. Além de estarem na essência do Estado Democrático, delimitam o poder estatal e funcionam como diretrizes para a atuação de todos os poderes constituídos, influenciando todo o ordenamento jurídico.

Segundo o ilustre Ministro Gilmar Mendes, os direitos fundamentais da pessoa humana vão além do aspecto da garantia de posições individuais para alcançar o status de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e que permeiam por todo o direito positivo. São, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático.¹⁶⁷

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso. . **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23º ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 129.

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23º Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.173.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3º Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.33.

Os direitos fundamentais da pessoa humana são o fundamento da Constituição e no preâmbulo da Carta Magna observa-se a precípua finalidade de assegurar o exercício dos direitos fundamentais, sociais e individuais, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, encarados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e no pluralismo político.

Atribuiu-se significado privilegiado aos direitos fundamentais da pessoa humana, tanto que existe um rol extenso e minucioso desses direitos (setenta e oito incisos e quatro parágrafos), não sendo um rol exaustivo (*numerus clausus*), mas meramente exemplificativo, como se extrai do artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Maior. O constituinte quis outorgar ao conteúdo dos direitos fundamentais (artigo 5º) identidade e continuidade, rubricando-os com a cláusula da eternidade, tornando ilegítima qualquer tentativa de reforma constitucional tendente a suprimi-los (artigo 60º, parágrafo 4º).

A democracia é o regime político que garante a realização dos direitos fundamentais, que são o núcleo essencial da ordem jurídica dos Estados Democráticos, limitando e direcionando a atuação dos poderes constituídos.

A cláusula da isonomia é tida como signo fundamental da democracia, bem como assevera Paulo Bonavides que a isonomia, de maneira inuidosa, é o centro modular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica, sendo o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social.¹⁶⁸

O princípio da igualdade ou da isonomia perfila entre o rol dos direitos fundamentais garantidos na Constituição da República Brasileira, sendo justificativa da democracia e do Estado Social Brasileiro.

3.1. Conceito de Isonomia

O Direito tem o escopo de oferecer um tratamento equivalente que assegure a igualdade e de oferecer um tratamento diferenciado que promova a igualdade.

Repete-se à exaustão, a máxima aristotélica, que se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade – e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si.

Nessa toada, é o pensamento de Aristóteles¹⁶⁹:

“Para pessoas iguais o honroso e justo consiste em ter a parte que lhes cabe, pois nisto consistem a igualdade e a identificação entre pessoas; dar, porém, o desigual a iguais, e o que não é idêntico a pessoas identificadas entre si, é contra a natureza, e nada contrário à natureza é bom”.

Aristóteles aponta o aspecto eminentemente jurídico da igualdade, onde as pessoas devem ser tratadas como iguais ou desiguais pelo Direito sendo que, por causa desse tratamento (desse regime jurídico), decorrem para elas direitos e deveres. A máxima inicia com a referência à igualdade, que é presumida e, quem ou

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ªed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 514.

¹⁶⁹ ARISTÓTELES. **Política**. 3 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p.228.

o que for considerado igual a outro deve ser igualmente tratado; o tratamento desigual justifica-se quando houver um motivo adequado para discriminar, impondo-se tratamento desigual. Ao final a máxima informa que o tratamento desigual é exceção, sustentando-se, apenas, na exata medida da desigualdade, para anulá-la, diminuí-la ou compensá-la.¹⁷⁰

Segundo Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu livro de notável leitura sobre o princípio da Igualdade, “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”.¹⁷¹

Continua sabiamente:

“A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político- textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes”.¹⁷²

Não admite privilégios e distinções como em um Estado Liberal e representa o fundamento da democracia. O princípio da igualdade veda qualquer tratamento desuniforme às pessoas.

A igualdade é princípio que visa duplo objetivo: de um lado propiciar garantia individual contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos.¹⁷³

3.2. Conteúdo Jurídico da Igualdade

Na análise do conteúdo jurídico do princípio da Igualdade, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece a necessidade cumulativa de três critérios para se reconhecer quais diferenciações estariam autorizadas sem que houvesse quebra com o instituto isonômico. Os critérios são: fator de desigualação; correlação lógica abstrata existente entre o fator de *discrímen* e a disparidade determinada no tratamento jurídico desigual; correlação lógica e os interesses erigidos pelo sistema constitucional.

O fator de diferenciação relaciona-se com a norma jurídica não pode eleger como fator de discriminação um traço tão específico que individualize atual e definitivamente, de maneira absoluta, um sujeito a ser atingido pelo regime diferenciado; e o fator de desigualação adotado deverá residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, sendo que os elementos alheios, não existentes nelas mesmas, não poderão justificar regimes diferentes.¹⁷⁴

A existência de correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação legal é tida como ponto nodular para a análise de determinada situação jurídica em face do princípio da igualdade. Assim, é necessária a investigação, de um lado, daquilo que é escolhido como critério de discriminação e,

¹⁷⁰ Ibid., p.230.

¹⁷¹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.09.

¹⁷² DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.10.

¹⁷³ Ibid., p.23.

¹⁷⁴ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.23 e 29.

de outro, se há justificativa racional (pertinência lógica) para lhe atribuir tratamento jurídico desigual.¹⁷⁵

Requer-se que o liame existente entre o fator de *discrímen* e seu tratamento diferenciado tenha um fundamento lógico concreto, isto é, que tenha pertinência com os interesses acolhidos pela Constituição. Logo se vê que não é qualquer diferença, em que pese real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais.¹⁷⁶

Comenta o ilustre professor que ocorre *desacato* ao princípio da igualdade quando a norma jurídica singularizar apenas um indivíduo determinado, ao invés de prestigiar uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada; quando a norma acolher critério diferenciador que não se situa nas pessoas, coisas ou fatos; quando a norma não possuir correlação racional em abstrato entre o fator de *discrímen* e o regime diferenciado conseqüente; quando a norma jurídica estabelecer *discrímen* cujos efeitos são contrapostos ou dissonantes dos valores prestigiados constitucionalmente; e quando da interpretação da norma jurídica se extrair *desequiparações* que não foram reconhecidas por ela claramente, ainda que pela via implícita.

Reflete-se que o princípio constitucional da igualdade conduz ao princípio da não discriminação, sendo que a própria Constituição da República de 1988 repugna a discriminação ilícita a ponto de consignar sua vedação em diversas partes de seu texto, como bem se observa, por exemplo, no artigo 3º, IV; no artigo 5º, XLI; no artigo 7º, XXXI e artigo 227.

A discriminação ilícita só ocorre quando a situação *desacata* os direitos fundamentais do ser humano com base em critérios injustificados, estigmatizando a coletividade e elegendo apenas um indivíduo.

Por outro lado, a discriminação lícita ou tratamento diferenciado se justifica quando um grupo de indivíduos, uma parcela da sociedade possuem um traço justificador de tal distinção, como forma indissolúvel de satisfação da isonomia enquanto pressuposto da plena dignidade humana, do respeito ao pluralismo e como exigência do regime democrático.

3.3. Direito Fundamental à Diferença

O Brasil é um Estado plural, traduzido em grupos humanos distintos por aspectos como idade (nascituro, crianças, adultos e idosos), sexo (homem e mulher), origem (nacionais, naturalizados e imigrantes), raça (branco, negro, indígena, etc.), condição econômica (miseráveis, pobres e ricos), saúde (portadores de deficiência física ou mental, de Aids), condição social, escolaridade, cultura, credo religioso, convicção filosófica e tantos outros. Outro fator relevante nessa pluralidade são os aspectos geográficos, como a extensão territorial, clima, vegetação, solo, que influenciam a pessoa humana a se adaptar às peculiaridades do meio em que se inserem.

O reconhecimento e o respeito a esse pluralismo está intimamente relacionada a ideia dignidade da pessoa humana, elevado ao status de fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, incisos III e V, da Constituição da

¹⁷⁵ Ibid., p.37-40.

¹⁷⁶ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.10.

República), o que exige especiais posturas estatais de proteção daqueles que são diferentes em razão de quaisquer fatores.

Dignidade, pluralismo, diferenças, igualdades e tolerância são situações jurídicas que devem andar juntas num Estado Democrático de Direito, onde a dignidade da pessoa humana é o elemento norteador e axiológico de todo o sistema jurídico.

Embora não exista norma constitucional expressa de que é direito de todos o respeito às suas diferenças, também não há qualquer tentativa de negar-lhe existência. A compreensão da existência do direito à diferença passa necessariamente pela fenda do artigo 5º, parágrafo 2º da Carta Magna, o qual autoriza a extração de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios constitucionais adotados. Portanto, o direito fundamental de ser diferente, e de ser respeitado por conta de seus fatores diferenciais, está subentendido nos princípios constitucionais, mais especificamente, na dimensão substancial do direito fundamental à igualdade (artigo 5º, caput), bem como decorre de elementos encontrados nos princípios fundamentais estatuídos pelo constituinte consistentes na democracia, dignidade humana e pluralismo (artigo 1º, caput e incisos III e V).

O caput do artigo 5º assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, consagrando a índole formal da igualdade, que não é o suficiente, devendo o Estado dispor de mecanismos para assegurar os direitos de certas categorias diferenciadas.

Essa iniciativa é dada pela própria Lei Fundamental que, em diversas situações, atribui tratamento desigual para situações desiguais, diferenciando aqueles que realmente são diferentes em razão de algum fator racionalmente explicável, a exemplo: artigo 3º, III (estabelece como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais); artigo 5º, VIII (reconhece a pluralidade de crenças religiosas, filosóficas e políticas), XLVIII (distingue os apenados de acordo com a sua idade, sexo e natureza da infração penal), L (homenageia a maternidade das presidiárias e a importância da amamentação) e LXXIV (garante assistência jurídica aos necessitados através da Defensoria Pública – artigo 134); artigo 7º, XII (garante salário-família ao trabalhador de baixa renda), XX e XXXI (protegem o mercado de trabalho da mulher e daqueles que portam alguma deficiência) e XXXIII (proíbe o trabalho infantil); artigo 12, parágrafo 3º (elencar cargos privativos de brasileiros natos); artigo 170, VI e IX (dão tratamento diferenciado a produtos e serviços conforme seu impacto ambiental, bem como às pequenas empresas nacionais); artigo 201, parágrafo 7º, I e II, e parágrafo 8º (definem tempos de serviço e contribuição diferentes para homens, mulheres e profissionais do magistério); artigo 203 (garante assistência social aos necessitados); artigo 206 (garante educação com liberdade, pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, e com gratuidade nos órgãos oficiais), artigo 210, parágrafo 2º, e artigo 230 (reconhecem a língua e o ensino, enfim, a cultura indígena); artigo 215, parágrafo 1º (protege as manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e outros grupos) e parágrafo 3º, III (promove a valorização da diversidade étnica e regional); artigo 217, III (concede tratamento diferente para esportes não profissionais); artigo 226, parágrafos 3º e 4º (reconhecem as diversas formas de entidade familiar); artigo 230, parágrafo 2º (garante a gratuidade de transportes coletivos aos idosos), entre outros.

Constata-se que a dimensão material do princípio magno da igualdade muito se aproxima à noção do direito fundamental à diferença, uma vez que a isonomia

reclama, muito mais que o mero tratamento equitativo perante a norma jurídica, uma tomada de decisões e posturas públicas concretas no sentido de se efetivar as individualidades e garantir que as diferenças existentes em determinados grupamentos humanos sejam homenageadas num processo de inclusão social.

Logo, o princípio constitucional da isonomia e direito fundamental à diferença, decorrente do primeiro, estariam um para o outro tal qual estão as faces da mesma moeda.

Flávia Piovesan¹⁷⁷ cita Boaventura de Souza Santos que declara que as pessoas têm o direito de serem iguais quando a diferença as inferioriza e têm o direito a serem diferentes quando a igualdade as descaracteriza, sendo necessário uma igualdade que reconheça as diferenças e uma diferença que não produza ou alimente as desigualdades.

Qualquer concepção contemporânea de constitucionalismo deve observar o pluralismo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo o grande paradigma do Estado democrático de Direito. O pluralismo como conceito filosófico e metafísico da pessoa humana respeita a singularidade e liberdade de cada um, devendo ser lido nos seus diversos aspectos como jurídico, político, ideológico, filosófico, econômico, religioso, educacional, cultural...

Diante das considerações, depreende-se a existência implícita do direito fundamental à diferença, fruto da concepção material do princípio da isonomia e da maturidade democrática, em que se pesam os valores: dignidade da pessoa humana e pluralismo em seus mais diversos aspectos. Além disso, esse direito encontra-se albergado com o status de direito fundamental pelo manto da eternidade (cláusula pétrea), sendo que qualquer tentativa de sua abolição seria ilegítima (artigo 60, parágrafo 4º).

3.4. Dimensões da Igualdade

O direito fundamental à igualdade deve ser compreendido em suas dimensões formal e material, sendo que a acepção formal resta absorvida pela material, completando o significado do princípio da isonomia.

As constituições elaboradas após e com fundamento nas revoluções estadunidense e francesa sempre inscreveram o princípio da isonomia em seu sentido meramente formal, cujo conteúdo significa que a lei é igual para todos, inadmitindo-se privilégios, ou seja, a todas as pessoas é atribuído o mesmo valor perante a lei, vedando-se a discriminação. Trata-se de um princípio de dimensão negativa, na medida em que reprime o tratamento desigualitário ante o ordenamento jurídico, não propondo qualquer tomada de ações concretas (materiais) de mitigação das desigualdades de fato. Nessa acepção negativista, o princípio da igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, mesmo que existam diferenças entre os indivíduos e as situações envolvidas.

Desde o Império, as constituições brasileiras contiveram o direito fundamental à igualdade em sua índole formal – igualdade perante a lei ou igualdade jurídica, no sentido de que a ordem jurídica trata todos de maneira igual, sem quaisquer distinções. No entanto, a leitura do princípio da igualdade do atual artigo 5º, caput,

¹⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas no Brasil. Desafios e perspectivas.** In: Revista Jurídica do Ministério Público. Organização de João Batista de Almeida. Cuiabá: Entrelinhas, ano 2, v.2, nº2, jan./jun.2007, p.135.

não pode seguir o contorno formal, não pode ser tão estreita, deve ser aferido com outras normas constitucionais, sobretudo com as exigências de justiça social.

A dimensão formal da igualdade é insuficiente, não se coadunando à concepção de Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual a Constituição da República de 1988 quis aproximar as duas faces da isonomia, formal e material, não se limitando ao mero enunciado da igualdade perante a lei, mas acrescentou vedações a distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, conforme se observa, por exemplo, do artigo 3º, III e IV; artigo 5º, I; e artigo 7º, XXX e XXXI.¹⁷⁸

A concepção material do direito fundamental à igualdade assenta-se no pensamento aristotélico, no qual o filósofo vinculou a idéia de igualdade à noção de justiça. Segundo tal pensamento, deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam. Como bem anota Celso Antônio Bandeira de Mello, o ensinamento aristotélico é insuficiente ao desate da questão da igualdade, pois, ao instante que lhe reconhece a validade como ponto de partida, nega-lhe o caráter de termo de chegada.¹⁷⁹

Argumentando que a fórmula da igualdade de Aristóteles não possui caráter auto-explicativo e, ainda, demonstrando elevado grau de indeterminação, conclui o professor Celso Antônio Bandeira de Mello que: i) “Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”; e ii) “Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual”.¹⁸⁰

Com a mesma visão, a ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha entende que o direito fundamental à igualdade não deve apenas tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, mas deve, ainda, erradicar as desigualdades criadas pela própria sociedade, estabelecendo os limites e as condições em que as desigualdades podem reclamar tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualação mais injusta.¹⁸¹

Conclui-se que a dimensão material do direito fundamental à isonomia supera a igualdade perante a ordem jurídica (formal), estendendo o conceito de sujeito de direitos de maneira a alcançar o ser humano em sua plena concretização.

Portanto, a índole material ou substancial da cláusula constitucional da igualdade reclama, além da não discriminação perante a lei, uma atitude positiva por parte do Estado Democrático de Direito no sentido de promover oportunidades a todos através de suas normas e políticas públicas, com a finalidade de reduzir as desigualdades de fato, atentando-se para as individualidades daqueles menos favorecidos ou excluídos do grupo social. Nesse exato contexto de realização concreta e efetiva do direito fundamental à igualdade é que se situa, como poderoso instrumento desse processo de inclusão social, as ações afirmativas, viabilizando-se o implemento.

¹⁷⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23º Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.214.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3º Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.10-11.

¹⁸⁰ Ibid, p.14.

¹⁸¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990, p.34.

O princípio da igualdade existe em duas dimensões: a dimensão negativa e a dimensão positiva. A primeira refere-se a proibição à discriminação indevida, conhecida como “discriminação negativa”, que alberga um sentimento ruim. A segunda refere-se a determinação de discriminação devida, chamada de “discriminação positiva” ou “ação afirmativa”. Ao Direito incumbe não apenas defender a igualdade contra violações, mas também promover a igualdade com distinções.

As normas jurídicas não devem ser aplicadas a todos indistintamente, para evitar discriminações negativas, mas devem ser aplicadas de modo a favorecer aqueles que estejam em situações de indevida desvantagem social ou impor um gravame maior aos que estejam numa situação de exagerada vantagem social. Observa-se, por exemplo, no caso dos impostos, que todos os que auferirem renda acima de um valor devem contribuir proporcionalmente para os gastos públicos.

Tanto a discriminação negativa como a positiva podem ser obtidas por mecanismos jurídicos de repressão, tendo conseqüências jurídicas desfavoráveis, como também por mecanismos jurídicos de estímulo, ou seja, tendo conseqüências jurídicas favoráveis.

Denota-se que a função promocional do Direito, segundo Bobbio apud Piovesan¹⁸² através de estímulos e vantagens, de modo coativo ou não, intervém para promover comportamentos desejados, com vistas a modificar a realidade.

Quanto à generalidade com que é formulada, juridicamente, a igualdade, tanto a proibição de discriminação indevida (negativa), quanto a determinação de discriminação devida (positiva), podem ser formuladas com menor ou maior especificidade. Os graus diferentes (e crescentes) de especificação vão da igualdade formal à igualdade material. Percebe-se que a igualdade material é, como categoria jurídica, uma concretização maior, um aperfeiçoamento em relação à igualdade formal e não algo diferente. Dito de outro modo, a igualdade material é, do ponto de vista jurídico, um avanço no sentido de superar as situações injustas de desigualdade. O conceito jurídico de igualdade é, portanto, suficientemente abrangente para compreender as dimensões formal e material da igualdade.

3.5. Tratamento Jurídico da Igualdade

O sentido da isonomia moderna “é vedar que a lei enlace uma conseqüência a um fato que não justifica tal ligação. É o caso do racismo em que a ordem jurídica passa a perseguir determinada raça minoritária, unicamente por preconceito das classes majoritárias”¹⁸³, ou seja, não pode existir uma lei que discrimine em função desse critério, por exemplo, sob pena de inconstitucionalidade.

O artigo 5º, inciso I, anuncia que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos dessa Constituição”. Só a Constituição pode promover desequiparações entre homem e mulher. As demais normas não o podem fazê-lo. O destinatário desse comando constitucional é o próprio legislador que deverá abster-se de editar leis com desequiparações fundadas nesses critérios.

¹⁸² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

¹⁸³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 321.

Toda vez que uma lei perde o critério da proporcionalidade, expurga a isonomia. Isso acontece, por exemplo, quando cometido uma infração de trânsito, não se pode criar uma multa equivalente a uma pequena fortuna.

Com propriedade, ensina Celso Ribeiro Bastos que:

“É por isso que o princípio da isonomia é dos mais importantes da Constituição: ele incide no exercício de todos os demais direitos. É como se disséssemos: é garantido o direito de propriedade, de liberdade, de comunicação, respeitado o princípio da igualdade. Toda vez que o critério adotado perde legitimação, isto é, não se afigura mais aos olhos da sociedade com razão para diferenciar as pessoas, esse elemento tem de ser expurgado do sistema”.¹⁸⁴

O atual artigo isonômico passou a liderar a lista dos direitos fundamentais, que foram transformados em parágrafos do artigo igualizador. O escopo desse princípio é a de informar e condicionar todo o restante do direito. “É como se tivesse dito: assegura-se o direito de liberdade de expressão do pensamento, respeitada a igualdade de todos perante esse direito.”¹⁸⁵

A igualdade não resguarda nenhuma situação jurídica específica, mas apenas garante ao indivíduo contra a má utilização que possa ser feita do ordenamento jurídico.

O homem sempre se preocupou com o problema das desigualdades, sendo objeto de estudo e surgimento de alguns conceitos, dentre eles o da igualdade substancial e o da igualdade formal.

Continua relatando o ilustre professor que a igualdade substancial consiste no “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.”¹⁸⁶

A igualdade formal, por seu turno, consiste “no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional.”¹⁸⁷

O ordenamento jurídico constitucional enfatiza a igualdade formal, ou seja, garante igualdades e algumas desigualdades, desde que positivas com vistas ao bem comum. Dilucida o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu livro: “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” que as discriminações devem ser aceitas no ordenamento jurídico brasileiro desde que guardem relação com este. Essas discriminações consistem em atos legitimados pelo legislador a fim de suprir uma desigualdade já existente.¹⁸⁸ Como diria Aristóteles: “A igualdade consiste tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

¹⁸⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 322.

¹⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 323.

¹⁸⁶ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.5.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p.7.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p.40.

Segundo o professor Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁸⁹, “para que o discrímen legal seja convivente com a isonomia, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público”.

Portanto a igualdade vive entre muitos, mas quando existe desequilíbrio, deve-se reequilibrar a situação de desigualdade com atos imediatos e mediatos. As discriminações positivas auxiliam a recompor o reequilíbrio imediato, pois há uma desequiparação entre as pessoas e uma atitude instantânea dos governantes.

Esclarece ainda que:

.... “As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”.¹⁹⁰

Então, por exemplo, nada obsta que sejam admitidas apenas mulheres – desequiparação em razão do sexo – a concursos para preenchimento de cargo de polícia feminina.

Discute-se a questão das desigualdades no acesso a Universidades Públicas de pessoas com pouca condição socioeconômica em face de grupos mais abastados. O reequilíbrio dessa situação de maneira imediata pode ser a criação de cotas de vagas nessas Universidades, e como medidas mediatas, a melhoria do ensino público no ensino fundamental e médio, sendo gradativamente suprimidas essas cotas, até que todos tivessem igualdade no ponto de partida, como ensina Kant apud Piovesan.¹⁹¹

Não é qualquer distinção entre as situações que autoriza discriminar. A diferença deve ser relevante para o discrímen que se pretende introduzir legislativamente. Importa que haja correlação lógica entre o critério desigualador e a desigualdade de tratamento além de que retrate concretamente um bem – e não um desvalor – absorvido no sistema normativo constitucional. Permeia o nexos lógico a desequiparação existente entre grandes grupos empresariais e empresas de porte médio, onde se configuraria privilégios para os primeiros em detrimento desses

¹⁸⁹ Ibid., p.41.

¹⁹⁰ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.17.

¹⁹¹ PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

últimos, ofendendo o preceito isonômico por adversar um valor constitucionalmente prestigiado –o princípio da justiça social e o princípio da livre concorrência - artigo 170, caput, e artigo 173, parágrafo 3º, da Constituição Cidadã, respectivamente.

Adverte em seu livro “O conteúdo jurídico do princípio da Igualdade” que... “não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se argüir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário”.¹⁹²

Pelo princípio da Igualdade, a ordem jurídica pretende firmar a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.

3.6. Análise Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal Quanto à Cláusula de Barreira e o Princípio da Igualdade

Foram coletadas jurisprudências disponíveis na página principal da Suprema Corte relativas às cláusulas editalícias e o princípio da Igualdade, afunilando o tema da isonomia. Extraiu-se apenas três julgados referentes ao direito administrativo e as cláusulas de barreira.

A título de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 635.739 Alagoas, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 24/03/2011, conforme ementa que se segue:

“Recurso extraordinário. 2. Administrativo. 3. Concurso Público. Edital. Cláusulas de Barreira. Estabelecimento de condições de afunilamento para que apenas os candidatos melhores classificados continuem no certame. 4. Configurada a relevância social e jurídica da questão. 5. Repercussão geral reconhecida”.¹⁹³

Nesse recurso foi reconhecida a repercussão de matéria constitucional quanto ao estabelecimento de condições de afunilamento dos melhores candidatos para que continuem no certame, conforme edital de concurso público. No entanto, no que diz respeito ao mérito, os ministros não afirmaram a jurisprudência dominante sobre a matéria, sendo submetida a posterior julgamento.

Nesse julgado, o recorrente não alegou ofensa ao princípio da isonomia nem a ampla acessibilidade, mas questionou quanto a constitucionalidade das cláusulas de barreira ou afunilamento, inseridas em editais de concursos públicos, com o intuito de selecionar apenas os melhores candidatos para prosseguir no certame.

Entendeu o Plenário do Supremo Tribunal que as cláusulas de barreira prestigiam o princípio da igualdade bem como se observa no transcrito:

“Assevera que, ao contrário do entendimento adotado na decisão recorrida, o instrumento convocatório teria privilegiado o princípio da isonomia, porque o sistema de afunilamento serviria para distinguir os candidatos que obtiverem maior pontuação. Sustenta que os candidatos que figurem nas

¹⁹² DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.43.

¹⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3939295>. Acesso em 20 ago 2014.

primeiras posições não podem ser considerados iguais ou em situação equivalente aos que não alcançaram tal classificação, haja vista não terem tirado as mesmas notas”.¹⁹⁴

Pondera o ilustre Ministro Relator que “Cumpra elucidar a validade constitucional de estabelecerem-se, em concurso público, cotas para passar-se a fase subsequente”, delimitando a constitucionalidade das cláusulas de barreira.

No Agravo Regimental em Mandado de Segurança 30.195, Distrito Federal, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma da Suprema Corte, DJe 14/09/2012, decidiu sobre a possibilidade de aplicação de cláusula de barreira para prosseguimento no certame a candidatos portadores de deficiência, onde negou-se provimento ao agravo regimental, conforme o disposto na redação de sua ementa:

“Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Concurso público.

MPU. 3. Aplicação de cláusula de barreira para prosseguimento no certame a candidatos portadores de deficiência. Possibilidade. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”.¹⁹⁵

Conforme voto do Relator Ministro e acompanhamento dos demais ministros, por unanimidade dos votos:

“...é perfeitamente admissível que editais de concurso público estabeleçam um limite de candidatos considerados aptos em determinada etapa para prosseguir nas demais fases do certame. Trata-se de critério de avaliação e de classificação a cargo do organizador do concurso, que deve ser estabelecido com razoabilidade.

Ademais, relevante frisar que a cláusula de barreira para prosseguimento no certame aplica-se a todos indistintamente. Contudo, tendo em vista as peculiaridades referentes à concorrência de candidatos portadores de deficiência, a nota de corte a que se submetem deve ser distinta daquela aplicada aos demais, o que se verificou no caso em comento”.¹⁹⁶

Constata-se que a maioria dos editais de concurso público estabelece um limite de candidatos considerados aptos em determinada etapa para prosseguir nas demais fases. Trata-se de critério de avaliação e de classificação a cargo do organizador do certame, onde se seleciona os candidatos melhores classificados em número razoável, como se observou, no caso sub judice, a reserva do percentual de

¹⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3939295>. Acesso em 20 ago 2014.

¹⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751049>. Acesso em 20 ago 2014.

¹⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751049>. Acesso em 20 ago 2014.

5% legalmente previsto no edital do concurso, para reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência.

No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 23.586, Distrito Federal, Relator Ministro Gilmar Mendes, a Segunda Turma da Suprema Corte negou provimento ao recurso ordinário, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Segue transcrição da ementa desse recurso:

“Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. 1. Impugnação de cláusula de edital de concurso público. Decadência. Termo Inicial. Momento em que a disposição editalícia causar prejuízo ao candidato impetrante. 2. Caráter precário e transitório da concessão liminar mandamental. 3. A estipulação, em edital de concurso público, da denominada “cláusula de barreira”- que estipula a quantidade de candidatos aptos a prosseguir nas diversas fases do certame- não viola o princípio a Constituição Federal. 4. Recurso a que se nega provimento”.¹⁹⁷

O recorrente impugnou a cláusula de edital de concurso público, insurgindo contra a cláusula editalícia, que determina que apenas os candidatos classificados dentro do dobro do número de vagas teriam permissão para continuar no certame, aduzindo violação aos princípios da legalidade e da igualdade.

A cláusula editalícia como uma espécie de regra restritiva que, embora não elimine o candidato pelo desempenho inferior ao exigido (por exemplo: mínimo de acertos, tempo mínimo de prova), obstaculiza sua participação na etapa seguinte do concurso em razão de não se encontrar entre os mais bem classificados, de acordo com previsão numérica preestabelecida no edital. A cláusula de barreira coaduna-se com a razão de existir do processo seletivo, que é a contratação dos melhores candidatos, elegendo critério diferenciador de candidatos, em perfeita consonância com os interesses protegidos pela Constituição Federal.

Nas palavras do nobre Ministro Relator Gilmar Mendes:

“ Não há violação ao princípio da isonomia, como alega o recorrente, pois esse tipo de cláusula editalícia acaba estabelecendo um critério distintivo razoável, que se baseia no desempenho de cada candidato nas fases anteriores do certame- diferenciando-os de acordo com critérios meritórios- e se justifica pela finalidade maior de todo concurso público que é a seleção dos melhores candidatos”.¹⁹⁸

Diante do exposto, deduz-se que as cláusula editalícias que estabelecem condições de afunilamento dos melhores candidatos para que continuem no certame, conforme edital de concurso público, não fere o princípio da igualdade, pois mesmo estabelecendo critério diferenciador entre os candidatos, respeita os princípios tutelados na Carta Maior.

¹⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629664>. Acesso em 20 ago 2014.

¹⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629664>. Acesso em 20 ago 2014.

4. CONCLUSÃO

O Brasil, como um Estado Democrático de Direito, tem como pressuposto a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo condição *sine qua non* para a concretização de uma democracia. Além de estarem na essência do Estado Democrático, delimitam o poder estatal e funcionam como diretrizes para a atuação de todos os poderes constituídos, influenciando todo o ordenamento jurídico.

A cláusula da isonomia é tida como signo fundamental da democracia, bem como assevera Paulo Bonavides que a isonomia, de maneira inquestionável, é o centro modular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica, sendo o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social.¹⁹⁹

O princípio da igualdade ou da isonomia perfila entre o rol dos direitos fundamentais garantidos na Constituição da República Brasileira, sendo justificativa da democracia e do Estado Social Brasileiro.

O direito fundamental à igualdade não deve apenas tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, mas deve, ainda, erradicar as desigualdades criadas pela própria sociedade, estabelecendo os limites e as condições em que as desigualdades podem reclamar tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualdade mais injusta.

O Brasil, sendo um Estado plural, onde o reconhecimento e o respeito a esse pluralismo está intimamente relacionada a idéia dignidade da pessoa humana, elevado ao status de fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, incisos III e V, da Constituição da República), o que exige especiais posturas estatais de proteção daqueles que são diferentes em razão de quaisquer fatores.

A ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha entende que o direito fundamental à igualdade não deve apenas tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, mas deve, ainda, erradicar as desigualdades criadas pela própria sociedade, estabelecendo os limites e as condições em que as desigualdades podem reclamar tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualdade mais injusta.

Portanto, a índole material ou substancial da cláusula constitucional da igualdade reclama, além da não discriminação perante a lei, uma atitude positiva por parte do Estado Democrático de Direito no sentido de promover oportunidades a todos através de suas normas e políticas públicas, com a finalidade de reduzir as desigualdades de fato, atentando-se para as individualidades daqueles menos favorecidos ou excluídos do grupo social. Nesse exato contexto de realização concreta e efetiva do direito fundamental à igualdade é que se situa, como poderoso instrumento desse processo de inclusão social, as ações afirmativas, viabilizando-se o implemento.

Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, as cláusulas de barreira não ofendem ao princípio da isonomia, ao contrário, privilegiam o instituto, uma vez que o sistema de afunilamento serve para distinguir os candidatos que obtiverem a maior pontuação, haja vista que os candidatos melhores classificados não podem ser considerados iguais ou em situação equivalente aos que não alcançaram tal classificação. A maioria dos editais de concurso público estabelece um limite de candidatos considerados aptos em determinada etapa para prosseguir

¹⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ªed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 514.

nas demais fases. A cláusula de barreira coaduna-se com a razão de existir do processo seletivo, que é a contratação dos melhores candidatos, elegendo critério diferenciador de candidatos, em perfeita consonância com os interesses protegidos pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Martins de. **Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência.** Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ARISTÓTELES. **Política.** 3 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **A Isonomia em face dos art. 39 §1o, 135 e 241 da Constituição Federal.** Parecer, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 12ºed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 DE 1969. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-17-69.htm. Acesso em: 10 mar 2014.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MEDEIROS, M. **Princípios de Justiça na Alocação de Recursos em Saúde.** Texto para Discussão nº 687. Rio de Janeiro, dezembro de 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 3º Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, A. **Direito Constitucional.** 24ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional.** 2 ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.57.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas no Brasil. Desafios e perspectivas.** In: Revista Jurídica do Ministério Público. Organização de João Batista de Almeida. Cuiabá: Entrelinhas, ano 2, v.2, nº2, jan./jun.2007, p.135.

SERRA, J. – **Atacando a indolência.** Folha de São Paulo, 14 novembro, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23º ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa – O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: n. 15, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS

Renê Francisco Hellman²⁰⁰ e Gedean Almeida Domingues²⁰¹

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: A efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica

RESUMO

O princípio da segurança jurídica nas decisões judiciais. A imprevisibilidade das decisões judiciais viola o princípio da segurança jurídica, portanto, traz-se necessário estudar quais as soluções e as consequências desta violação. As possíveis soluções para os problemas apontados como prejudiciais ao ordenamento jurídico brasileiro, e o estudo dos precedentes. A busca pela segurança jurídica e o que fazer para esta não ser violada.

Palavras-chave: segurança jurídica, confiança, imprevisibilidade, igualdade, súmula vinculante, precedentes.

ABSTRACT

The principle of the legal certainty in judicial decisions. The unpredictability of judicial decisions infringes the principle of legal certainty, thus it is necessary to study what are the solutions and the consequences of this violation. The possible solutions for the problems identified as harmful to the Brazilian legal system and the study of the precedents. The seeking for legal certainty and what should be done for no violation.

Key-words: legal certainty, trust, unpredictability, equality, stare decisis, binding precedents.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como finalidade abordar os principais aspectos relacionados ao princípio da segurança jurídica nas decisões judiciais. Demonstrando que este princípio está intrinsecamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, associado à missão de assegurar aos cidadãos a tranquilidade necessária para conduzir a vida sem surpresas.

A partir daí, será tratado o assunto da segurança jurídica sob o

²⁰⁰ Coordenador Geral da FATEB – Faculdade de Telêmaco Borba. Professor de Direito Processual Civil. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Norte do Paraná (UENP). Advogado.

²⁰¹ Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba.

ponto de vista da previsibilidade, visto que, com a imprevisibilidade das decisões judiciais, haverá a violação ao princípio da segurança jurídica, bem como ao princípio da proteção da confiança. O que ocorre no judiciário brasileiro é a falta de sintonia e uniformização na aplicação do direito, pois inúmeros são os julgados díspares em casos semelhantes ou idênticos.

Após será estudada a liberdade do juiz no momento do julgamento, esta liberdade entendida como um instrumento fundamental na busca por uma justiça efetiva e célere, desde que respeitado o dever de fundamentação e a exigência de aplicação da norma com vistas à segurança jurídica.

Extremamente pertinente será a observação de alguns pontos trazidos pela Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como a “Reforma do Judiciário”, como por exemplo, a repercussão geral nos recursos extraordinários e a súmula vinculante.

Por fim, serão estudados os precedentes trazidos ao atual sistema jurídico brasileiro, pela tradição no common law, como sendo mais um mecanismo para se alcançar a segurança jurídica nas decisões judiciais, com coerência, estabilidade e previsibilidade das relações sociais.

2. PRINCÍPIO GERAL DA SEGURANÇA JURÍDICA

Nos dias atuais a necessidade de uma discussão sobre a segurança jurídica é essencial, com o intuito de preservar a sobrevivência da sociedade, tratando este tema não apenas com cunho filosófico, mas buscando também a sua positivação e real aplicabilidade.

Como é notório, a maior finalidade do Direito é a justiça e, para sua concretização, deve haver segurança jurídica. Segundo as palavras do professor José Joaquim Gomes Canotilho²⁰², o princípio geral da segurança jurídica abrange também a ideia de proteção da confiança, assim, ambos outorgam aos cidadãos a segurança/confiança para as suas relações sociais, trazendo estabilidade para as relações jurídicas, certificando-se que o Direito, por meio de um conjunto de leis, de textos jurídicos e princípios fundamentais, dará a devida resposta para as consequências dos atos praticados²⁰³.

Na Constituição Federal, a segurança jurídica encontra-se inserida em diversos princípios que a tutelam, como o princípio da legalidade, da inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito.

E, ao analisar o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, é possível perceber o princípio da segurança jurídica nele estampado de forma explícita:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 257.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 10 março 2014.

propriedade [...] ²⁰⁴ grifo nosso

Tamanha é a importância do tema, que inúmeros doutrinadores fazem menção a ele em suas obras, dentre esses segue o posicionamento do Professor Humberto Theodoro Júnior:

Trata-se da segurança jurídica, que nosso legislador constituinte originário colocou com uma das metas a ser atingida pelo Estado Democrático de Direito, ao lado de outros valores igualmente relevantes, como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça, todos eles guindados à categoria de 'valores supremos da uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social'. ²⁰⁵

Assim, com este breve estudo conclui-se que o verdadeiro Estado de Direito deverá valer-se dos princípios da segurança jurídica e da confiança para alicerçar a construção e posterior manutenção do Estado democrático de direito.

E, ainda, conforme os ensinamentos do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, conclui-se que a segurança atua como uma garantia jurídico-subjetiva para as relações entre os cidadãos imputando a legítima confiança na permanência das respectivas situações jurídicas, a atuação do Estado deve proporcionar uma série de garantias a estes cidadãos, evitando as mudanças legais entre outras situações, a fim de garantir o desenvolvimento social em um Estado democrático de direito. ²⁰⁶

Com isso, fica evidente que o Estado democrático de direito conta com os princípios de "segurança jurídica" e de "proteção da confiança" como elementos constitutivos da própria noção de "Estado de direito". ²⁰⁷

Assim, chega-se à conclusão que o princípio da segurança jurídica representa um dos pilares do Estado. O Estado brasileiro, configurado como Estado Democrático de Direito, pretende conter toda forma de arbítrio estatal. Preza, por isso, pela prática de condutas previsíveis dos administradores e com consequências

²⁰⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 8 p.

²⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. In: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, abr. 2006, p. 97. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm> Acesso em: 10 março 2014.

²⁰⁶ PENARIOL, Eduardo Luiz. A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequentes alterações legislativas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901&revista_caderno=21> Acesso em: 03 maio 2014.

²⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. In: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, abr. 2006, p. 97. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm> Acesso em: 10 março 2014.

correntes identificáveis aos administrados. Portanto, o conceito de segurança jurídica está atrelado à ideia de previsibilidade, regularidade e estabilidade das relações jurídicas.²⁰⁸

No que tange à decisão judicial, a principal preocupação tem sido com relação à instabilidade gerada pelas chamadas “viradas jurisprudenciais”, que ocorrem frequentemente nos tribunais superiores e indicam um déficit democrático na distribuição da justiça.

Esta desenfreada situação de imprevisibilidade assumida pelas decisões judiciais provoca preocupação para um Estado que se diz Democrático de Direito e adepto aos princípios da segurança jurídica e da confiança. Para Luiz Guilherme Marinoni,

[...] mais preocupante, para o Estado Democrático de Direito, são as decisões de juízes e tribunais que, sob a desculpa de aplicar os direitos fundamentais, afirmam valores morais particulares, impondo as suas opções pessoais sobre a vontade do governo majoritário. Isto coloca no lugar da democracia uma aristocracia em desacordo. Uma aristocracia composta por juízes que não se entendem. Note-se que a plurissignificação judicial do sentido da Constituição, própria a um sistema que não convive com a lógica dos precedentes, retira do controle da constitucionalidade a função de salvaguarda da Constituição, fazendo surgir, isto sim, a sobreposição de vontades morais sobre o produto do legislativo.²⁰⁹

Portanto, não há outra conclusão que não seja a de que a imprevisibilidade das decisões judiciais vem contribuindo para o enfraquecimento do regime democrático brasileiro. Pois a mudança de entendimento nos tribunais gera grande intranquilidade e insegurança. Como já foi visto, a segurança jurídica é base para o desenvolvimento da sociedade, neste sentido deve ser respeitada para consagrar a força do Direito na solução de conflitos, na busca pela justiça e estabilidade.²¹⁰

3. LIBERDADE DO JUIZ NO MOMENTO DO JULGAMENTO

A palavra liberdade deriva do latim “*libertas*”, de *liber* (livre), condição daquele que é livre e constitui um elemento fundamental da conduta

²⁰⁸ ZAMARIAN, Livia Pitelli; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. O fornecimento de segurança jurídica pela constituição através da prestação jurisdicional. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 19, jan/jun. 2012. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-341-Artigo_Livia_Pitelli_Zamarian_e_Vidal_Serrano_Nunes_Jr_%28O_Fornecimento_de_Seguranca_Juridica_pela_Constituicao%29.pdf> Acesso em: 17 maio 2014.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo CPC esquece da equidade perante as decisões judiciais. Revista Consultor Jurídico, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-11/cpc-esquece-equidade-decisoes-judiciais>> Acesso em: 29 abril 2014.

²¹⁰ MONTEIRO, Cristina. Decisões judiciais divergentes em casos semelhantes. Necessidade de se decidir de forma íntegra e coerente. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj038181.pdf>> Acesso em: 29 abril 2014.

humana.²¹¹ Para o direito é a isenção de todas as restrições, exceto as prescritas pelos direitos legais de outrem²¹², ou seja, significa dizer que a liberdade é o direito de agir segundo o seu livre arbítrio, de acordo com a própria vontade, desde que não prejudique outra pessoa.

Importante frisar que a liberdade do juiz está limitada ao direito de segurança jurídica garantida à coletividade e condicionada ao princípio do livre convencimento motivado ou princípio da persuasão racional.

O princípio do livre convencimento motivado do juiz encontra-se consagrado no artigo 131, bem como no artigo 458, ambos do Código de Processo Civil.

Para Pontes de Miranda, o princípio supracitado “é aquele que dá ao juiz apreciar as provas livremente, a fim de se convencer da verdade ou falsidade, ou inexatidão parcial, das afirmações sobre os fatos da causa”. Segundo o jurista alagoano, por este princípio, “não se confere ao juiz liberdade absoluta, mas não lhe impõe critérios rígidos e inflexíveis (valores tarifados) na apreciação da prova”²¹³.

A liberdade no julgamento jamais poderá ser considerada uma cara branca dada ao juiz para que julgue como entender adequado, segundo a sua consciência. O dever de motivação imposto pelo princípio da persuasão racional não aceita que o juiz escolha entre duas ou mais opções no julgamento. Não se trata disso. Ao contrário, trata-se de uma exigência de construção racional da decisão judicial, a partir da lei, da jurisprudência, da doutrina e dos precedentes jurisdicionais. E para isso é necessário que a fundamentação seja capaz de demonstrar os caminhos pelos quais passou o julgador no momento do seu convencimento, livrando-o das tentações solipsistas.

Como afirmado em outra ocasião, na companhia de Eduardo Cambi:

A independência do juiz significa proteção contra influências externas ao julgador, servindo de garantia à própria sociedade. Consequentemente, não pode motivar rebeldia do magistrado contra o próprio sistema do qual faz parte, sob pena de *autodeslegitimação*.

A admissão de um sistema judicial que tolere decisões conflitantes, em casos idênticos ou similares, sem respeito à integridade, compromete a concretização do princípio constitucional da igualdade.²¹⁴

Assim, a liberdade do juiz está atrelada à fundamentação das suas

²¹¹ HUPFFER, Haide Maria. O princípio da autonomia na ética Kantiana e sua recepção na obra direito e democracia de Jürgen Habermas. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Haide-Maria-Hupffer.pdf>> Acesso em: 10 maio 2014.

²¹² Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=liberdade>> Acesso em: 04 maio 2014.

²¹³ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, Tomo II, p. 230.

²¹⁴ CAMBI, Eduardo, HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e à segurança jurídica. Revista de Processo. São Paulo, Ano 39, n. 231, maio/2014, p. 360.

decisões, ou seja, um ditame de cunho constitucional, necessário à manutenção da segurança jurídica e sobre isso conceitua Nelson Nery:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.²¹⁵

Portanto, tem-se que o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional é instrumento fundamental na busca por segurança jurídica nas decisões judiciais, indispensável à celebração da justiça, indissolúvel e inseparável do poder judicante e irrenunciável tanto aos órgãos que o representam quanto aos que dele se beneficiam com a exata e imparcial solução das lides e conflitos interpessoais por estes propostos.

4. A CONFIANÇA NAS DECISÕES JUDICIAIS

A expressão confiança é definida pelo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa como “a crença na probidade moral, na sinceridade afetiva, nas qualidades profissionais etc., de outrem, que torna incompatível imaginar um deslize, uma traição, uma demonstração de incompetência de sua parte”. Ainda, é entendida como a “crença de que algo não falhará, é bem-feito ou forte o suficiente para cumprir sua função”. É força interior, segurança, firmeza, crença ou certeza de que suas expectativas serão concretizadas. Traduz-se em esperança, otimismo, sentimento de respeito, concórdia, segurança mútua.²¹⁶

Como já visto no decorrer do presente trabalho, a proteção da confiança é postulado que, apesar de não expresso, se revela no texto constitucional. São inúmeros os caminhos a serem percorridos para se alcançar a aplicabilidade do princípio da confiança, sendo a uniformização de jurisprudências, a repercussão geral dos recursos extraordinários, a súmula vinculante e os precedentes exemplos claros desta empreitada.

A sociedade anseia por decisões justas para solução de suas lides, depositando no Judiciário sua confiança para tanto. Decisões justas, mas, antes de tudo, decisões corretas, previsíveis e estáveis. Entende-se por decisão correta, previsível e estável aquela advinda de um procedimento racional de aplicação do ordenamento jurídico e que passe por um crivo de aceitabilidade racional. Como é cediço e neste trabalho já foi exposto, o ordenamento jurídico pátrio oferece mais de uma solução ao mesmo caso, ou seja, há decisões diferentes para casos idênticos, com isso viola-se o princípio da confiança, por conseguinte traz insegurança

²¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. ed. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 215.

²¹⁶ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 795.

jurídica.²¹⁷

Portanto, para preservar a confiança depositada pela sociedade no judiciário, as decisões deverão ser capazes de utilizar argumentos consistentes, com a devida fundamentação, previsibilidade e estabilidade, suficientes para convencer as partes de que foi tomada a melhor escolha dentre as possíveis.

Previsibilidade das decisões do Poder Judiciário com base nos precedentes é sinônimo de segurança jurídica, exemplo da evolução do direito (*common law*)²¹⁸. Assim, se os precedentes são o reflexo da previsibilidade então esta depende da interpretação judicial e não apenas da norma positivada. É interessante observar que o direito positivado, ao invés de formar um pressuposto, representa um entrave para a segurança jurídica, isso se dá porque o sistema de direito legislado não liga a previsibilidade e a confiança em quem define o que é o direito. Portanto, a previsibilidade está relacionada às decisões do Judiciário, esta previsibilidade garante a confiabilidade da sociedade, dando ao cidadão a consciência dos seus direitos, concretizando a utópica cidadania.²¹⁹

Nas palavras de Roscoe Pound, “O direito deve ser estável, no entanto não pode ser estático”.²²⁰ Esta frase aponta duas ideias, de estabilidade e mudança, que precisam ser harmonizadas. A primeira demanda continuidade e é essencial para que os cidadãos conduzam suas relações sociais com determinada certeza quanto às consequências jurídicas de seus atos. A segunda envolve uma alteração do que está fixo ou invariável. Todavia, sem mudança, não há progresso.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni ensina que:

A ordem jurídica precisa de continuidade para fazer valer a dimensão objetiva da segurança jurídica, com a estabilidade dos atos de poder. De nada adianta a legislação, se houver reiterada alternância de sentido das decisões judiciais, porque não havendo a aduzida continuidade, o Estado de Direito acaba se tornando provisório.²²¹

Destarte, a previsibilidade se mostra como um desdobramento da segurança jurídica, assim como o conceito de estabilidade das decisões. Ou seja, a

²¹⁷ MENDES, Clarissa Braga. Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional. In: Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, Mestrado em Direito Constitucional. Brasília - DF. 2010. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/173-seguranca-juridica-e-justica-das-decisoes-judiciais-em-materia-constitucional>. Acesso Jun 2014.

²¹⁸ *Common Law* o direito se revela pelos costumes e pela jurisdição, é um direito misto, costumeiro e jurisprudencial, é um direito coordenado pelos precedentes: *stare decisis et nonquieten movere*, que de acordo com Peter Colin significa “*stand by preceding decisions*”: *principle that courts must abide by precedents set by judgments made in higher courts*. COLIN, Peter. The dictionary of law. 3. ed. Londres: Peter Collin Publishing Ltd, 2000, p. 350.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Segurança dos atos jurisdicionais (princípio da ?). Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/122-seguranca-dos-atos-jurisdicionais-principio-da->> Acesso em: Jun 2014.

²²⁰ Frase que introduz o artigo: RE, Edward. D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. In: Revista de Processo. São Paulo, V. 73, jan. mar. 1994. p. 47.

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, 2010. p. 130.

estabilidade das decisões, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, para o que é imprescindível à estabilidade.²²²

Não resta dúvida que um dos fundamentos essenciais do sistema jurídico moderno é o princípio da segurança jurídica, que se desdobra essencialmente na obediência à legítima confiança, para esta não existe outro remédio que não seja protegê-la, “porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica”.²²³

5. PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FATORES DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA

O professor José Afonso da Silva leciona que a justiça depende da segurança jurídica para se realizar, pois “certo é que um direito inseguro é, por regra, também um direito injusto, porque não lhe é dado assegurar o princípio da igualdade.”²²⁴

A isonomia há tempos é manifestada como o maior critério conhecido para a justiça, assumindo no Estado de Direito a forma de “princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico constitucional”.²²⁵

Hodiernamente, esse imperativo de igualdade frequentemente passou a resultar na desigualdade entre os jurisdicionados que, sob igual situação, frequentemente passaram a auferir tutelas jurídicas absolutamente diferentes, em questões, de direito, absolutamente iguais.²²⁶

A igualdade sugere que uma regra é igualitária se as diferenças no tratamento correspondem a relevantes diferenças das características em questão. E, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da isonomia impõe “uma correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a discriminação legal decidida em função dele (...)”.²²⁷

Por isso a igualdade de tratamento dos casos leva naturalmente à adesão ao precedente judicial como meio idôneo, pelo qual se efetiva a garantia de

²²² GONÇALVES, Diego da Silva. O sistema de precedentes como garantidor da segurança jurídica, da previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1006-o-sistema-de-precedentes-como-garantidor-da-seguranca-juridica-da-previsibilidade-e-estabilidade-das-decisoes-judiciais>> Acesso em: Jun 2014.

²²³ LARENZ, Larenz. *Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

²²⁴ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 16.

²²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 404.

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=62> Acesso em: 15 jul 2014.

²²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p.38.

igualdade dos jurisdicionados ante a solução dos casos.²²⁸

A legislação constitucional e infraconstitucional vem reconhecendo e autorizando mecanismos processuais hábeis à implantação de um sistema de precedentes, visando sempre à promoção da igualdade e da segurança jurídica.²²⁹

Para Thomas Hansford e James Spriggs II, os precedentes são “decisões proferidas em processos judiciais que, ao anunciar os contornos fáticos relevantes de um caso e atribuir certas consequências jurídicas a eles, orientam a solução a ser dada pelo mesmo ou por outro órgão judicial em casos semelhantes”.²³⁰

Como é espargido, existe nos sistemas jurídicos uma divisão entre os países de origem romano-germânica (*civil law*) e os de origem anglo-saxônica (*common law*).²³¹ O *civil law* é um direito escrito, onde a jurisdição é estruturada com a finalidade de atuação do direito objetivo, ou seja, cumprimento da lei. Neste sistema prevalece a vontade do Estado assim como no *common law*, entretanto, nele há uma maior atenção às decisões do Estado-juiz, enquanto que no *civil law* têm grande importância as decisões do Estado-legislador. O sistema *common law* adota-se um direito aplicado pela jurisprudência, onde prepondera a visão de pacificação dos litigantes.²³²

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, estes sistemas surgiram em “circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas”.²³³

No *common law* os precedentes judiciais são a base fundante para a criação e aplicação do direito. Enquanto que no *civil law* os precedentes, via de regra, não vinculam, mas sim traçam um norte a ser seguido. Desta forma, a principal fonte deste sistema é a lei, funcionando o precedente como um reforço à disposição legal. O ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema *civil law*,

²²⁸ MARIOZI, Bruno Mathias. Precedente judicial: perspectivas teóricas e atuais. Curitiba, 2010. Disponível

em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31454/M1335JU.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul 2014.

²²⁹ ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: Súmula Vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, 2012. Ano 37. V.208. p. 204.

²³⁰ HANSFORD, Thomas G., SPRIGGS II, James F. The politics of precedent on the U.S. Supreme Court. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 18.

²³¹ CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. A aplicação da *common law* no Brasil: diferenças e afinidades. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11647&revista_caderno=9>. Acesso em Jun 2014.

²³² LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. In: Revista Eletrônica – ISSN 2236-8981. v.1. n.6. Dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: Jun 2014.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: Jun 2014.

todavia, a teoria dos precedentes judiciais (*common law*) vem ganhando cada vez mais destaque, ao se cravar uma observância aos julgados e à influência dos costumes nos ditames da Justiça.²³⁴

Como visto, precedente para o sistema *common law* é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como parâmetro para o julgamento posterior de casos análogos. Mas não é qualquer decisão judicial, somente aquelas que têm potencialidade de se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados.²³⁵ Assim, “o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”.²³⁶

Acerca dos precedentes concluiu-se que são um instrumento eficaz de promoção do estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. Frente à igualdade e à segurança jurídica, a ordem derivada de um precedente judicial é muito mais direta, concreta, detalhada, específica, determinada e certa do que aquela que decorre das normas legais ou constitucionais, representando um enorme salto de concretização do Direito.²³⁷

Assim, tem-se que a principal finalidade de uma sistemática de precedentes é a promoção da segurança jurídica e da igualdade material perante as decisões judiciais, sendo uma necessidade imposta pelo princípio da segurança jurídica.

Em síntese: “sem segurança não há liberdade, não há igualdade, não há legalidade, não se pode cogitar da solidariedade social, nem se pode assegurar respeito à dignidade humana”²³⁸

6. CONCLUSÃO

²³⁴ SILVA NETO, Oldack Alves da. Conceitos básicos inerentes à teoria dos precedentes judiciais. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 24 jun. 2013. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44054&seo=1>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

²³⁵ RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, 2010. p. 135.

²³⁷ LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. In: Universidade de Brasília Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Brasília - DF 2013. Disponível em:

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13844/1/2013_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf>.

Acesso em: Jun 2014.

²³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. In: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, abr. 2006, p. 97. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm> Acesso em: 15 jul 2014.

Considerando que o Estado brasileiro intitula-se democrático e de direito, é de fundamental importância que se pense em mecanismos capazes de frear os impulsos totalitários dos agentes públicos que detêm a função de exercer o poder estatal.

Para isso, foram criados limites ao legislador e ao administrador público, além dos próprios freios impostos pela democracia, no momento da escolha popular. No Judiciário, entretanto, considerada a sua peculiaridade de necessitar de profissionais tecnicamente habilitados e distanciados das disputas políticas, optou-se pela seleção em concurso público, de provas e títulos, incidindo a regra democrática limitadora a partir da exigência de fundamentação das decisões judiciais.

Desse modo, o juiz, ao exercer a função de dizer o direito, deve formular raciocínio lógico explicativo das razões que o levaram a decidir desta ou daquela forma, não sendo lícito que sofra quaisquer interferências externas que não se coadunem com o ordenamento jurídico. Essa liberdade de julgamento, no entanto, vem sendo confundida com liberdade desmesurada e boa parte do Judiciário tem entendido que pode julgar a partir de suas impressões pessoais, sem atenção à orientação jurisprudencial, à lei, à Constituição Federal e, até mesmo, às suas próprias decisões de outrora.

Esse cenário gera uma sensação de insegurança jurídica que não se coaduna com as normas instituidoras do Estado Democrático de Direito e a aplicação de um sistema de precedentes judiciais pode ser uma forma adequada de se alcançar a igualdade perante as decisões judiciais e a confiança dos jurisdicionados, que poderão prever condutas a partir da pacificação saudável dos entendimentos jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

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

CAMBI, Eduardo, HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e à segurança jurídica. **Revista de Processo**. São Paulo, Ano 39, n. 231, maio/2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 2000.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11647&revista_cade_rno=9>. Acesso em Jun 2014.

COLIN, Peter. **The dictionary of law**. 3. ed. Londres: Peter Collin Publishing Ltd, 2000, p. 350.

GONÇALVES, Diego da Silva. O sistema de precedentes como garantidor da segurança jurídica, da previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais.

Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1006-o-sistema-de-precedentes-como-garantidor-da-seguranca-juridica-da-previsibilidade-e-estabilidade-das-decisoes-judiciais>> Acesso em: Jun 2014.

HANSFORD, Thomas G., SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the U.S. Supreme Court**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUPFFER, Haide Maria. **O princípio da autonomia na ética Kantiana e sua recepção na obra direito e democracia de Jürgen Habermas**. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Haide-Maria-Hupffer.pdf>> Acesso em: 10 maio 2014.

LARENZ, Larenz. **Derecho Justo** - Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas, 1985.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito**. In: Universidade de Brasília Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Brasília - DF 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13844/1/2013_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf>. Acesso em: Jun 2014.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Eletrônica**, v.1. n.6. Dez.2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: Jun 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo CPC esquece da equidade perante as decisões judiciais. **Revista Consultor Jurídico**, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-11/cpc-esquece-equidade-decisoes-judiciais>> Acesso em: 29 abril 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Segurança dos atos jurisdicionais (princípio da ?). **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011.

MARIOZI, Bruno Mathias. **Precedente judicial: perspectivas teóricas e atuais**. Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31454/M1335JU.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional**. In: **Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**, Mestrado em Direito Constitucional. Brasília - DF. 2010. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/173-seguranca-juridica-e-justica-das-decisoes-judiciais-em-materia-constitucional>. Acesso Jun 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MONTEIRO, Cristina. **Decisões judiciais divergentes em casos semelhantes: Necessidade de se decidir de forma íntegra e coerente**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj038181.pdf>> Acesso em: 29 abril 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. ed. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PENARIOL, Eduardo Luiz. A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequentes alterações legislativas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901&revista_caderno=21> Acesso em: 03 maio 2014.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

RE, Edward. D. Stare Decisis. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 73, jan. mar. 1994.

ROSSI, Júlio César. **O precedente à brasileira: Súmula Vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 10 março 2014.

SILVA NETO, Oldack Alves da. Conceitos básicos inerentes à teoria dos precedentes judiciais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília - DF: 24 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44054&seo=1>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Constituição e segurança jurídica**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, n. 1, abr. 2006, p. 97. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm> Acesso em: 10 março 2014.

ZAMARIAN, Livia Pitelli; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. O fornecimento de segurança jurídica pela constituição através da prestação jurisdicional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, jan/jun. 2012. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-341-Artigo_Livia_Pitelli_Zamarian_e_Vidal_Serrano_Nunes_Jr_%28O_Fornecimento_de_Seguranca_Juridica_pela_Constituicao%29.pdf> Acesso em: 17 maio 2014.

O ACESSO À JUSTIÇA E A CAPACIDADE POSTULATÓRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: UMA LEITURA A PARTIR DA OPACIDADE DO DIREITO

Renê Francisco Hellman²³⁹ e Késia Regina dos Santos Lima²⁴⁰

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: A efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica

RESUMO

A abordagem feita acerca do acesso à justiça no Brasil, sobretudo no Juizado Especial Cível, objeto desta pesquisa, teve como pressuposto que o discurso ou o objetivo do referido órgão Estadual não tem alcançado a eficácia esperada, em virtude da complexidade na linguagem utilizada no judiciário brasileiro. Como a temática já havia sido tratada por diversos pesquisadores versados no assunto, comprovar o pressuposto não foi uma tarefa tão difícil, com isso, esse trabalho de conclusão de curso de direito não traz nenhuma novidade, apenas reitera a tese de que no Brasil o acesso à justiça pelo jurisdicionado, que se vale de sua capacidade postulatória, sem formação técnica jurídica, está comprometida em razão da opacidade do postular direito.

Palavras-chave: Juizado Especial Cível, acesso à justiça, capacidade postulatória, opacidade do direito.

ABSTRACT

The approach done about access to justice in Brazil, especially in the Special Civil Court, the object of this search was the assumption that the speech or the objective of the said State agency has not reached the expected efficacy, due to the complexity in the language used in court Brazilian. How the issue had already been addressed by many researchers versed in the subject, prove the assumption was not such a difficult task with that, this work of completing law school does not bring anything new, just reiterates the thesis that in Brazil access to justice by citizen that draws upon his demand capacity without legal training technique, is impaired due to the opacity of the right.

Key-words: especially in the Special Civil Court, access to justice, demand capacity, opacity of the right.

²³⁹ Coordenador Geral da FATEB – Faculdade de Telêmaco Borba. Professor de Direito Processual Civil. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Norte do Paraná (UENP). Advogado.

²⁴⁰ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba.

1. INTRODUÇÃO

A formação estatal foi pensada de modo que as pessoas transferissem uma parcela da sua liberdade para o domínio comum, a fim de que pudessem conviver, protegendo-se mutuamente das ameaças mais variadas e obtivessem desse novo ente, o Estado, uma contraprestação, no sentido de regulação das suas condutas, possibilitando a convivência harmônica e promovendo os direitos mais básicos. Para isso, o Estado passou a valer-se do Direito como fator de regulação da vida social, com a imposição de normas que tivessem o condão de atender a promoção dos direitos individuais e coletivos e da harmonia social.

Sendo as normas fundamentais no processo de regulamentação e ordenação de um povo, é necessário que elas não apenas sejam acessíveis aos participantes do grupo, como também compreendidas. Há um ditado cristão do primeiro século, baseado na experiência da cultura militar, que o toque incerto ou indefinido de uma trombeta pode comprometer totalmente o resultado de uma guerra, ou seja, o soldado responsável pela comunicação através do sopro da trombeta precisava conhecer os toques e seus significados para que transmitisse a mensagem certa para os seus colegas que estavam no campo de batalha. O mesmo princípio deve nortear a aplicação das normas jurídicas.

O que se vê, entretanto, na operacionalização das normas e na construção dos textos legais e judiciais é o uso excessivo de termos técnicos e em muitos momentos de linguagem rebuscada, o que acaba por afastar o destinatário da norma (cidadão comum) do meio de propagação do ordenamento jurídico estatal (texto legal e judicial), gerando incompreensão ou desconhecimento sobre os direitos e, ao fim e ao cabo, dominação de grande parcela da população por uma elite letrada que detém o poder de manipular a linguagem jurídica.

Desse modo, o presente trabalho tem por finalidade analisar a questão da opacidade da linguagem jurídica e contrapô-la à garantia legal dada, em determinados casos, aos jurisdicionados de postularem em juízo desacompanhados de profissional habilitado, que é apresentada como um fator de promoção do acesso à justiça, mas que, diante do distanciamento entre a linguagem jurídica e a linguagem coloquial, queda por impedir a promoção efetiva dos direitos materiais envolvidos na controvérsia processual.

2. METODOLOGIA

Para esta pesquisa utilizou-se o método dedutivo, com o desenvolvimento de pesquisa bibliográfica.

3. A OPACIDADE DA LINGUAGEM JURÍDICA

A comunicação num aspecto geral é a maneira de se fazer entender, seja através da escrita, da fala, de gestos, sinais, enfim, é um ciclo composto por três etapas: emissão, transmissão e recepção.

Para que o ciclo da comunicação seja completo, as três etapas têm

que ser atingidas de maneira exitosa, ou seja, o emissor através da sua transmissão tem que se fazer compreender pelo receptor, independente do meio utilizado para tanto.

No ramo jurídico a comunicação é exercida, em grande parte, pela linguagem escrita e pela falada. É natural, além disso, que o direito, sendo considerado uma ciência, tenha uma linguagem própria, composta por termos técnicos, a que fez ode Miguel Reale:

Fazendo abstração do problema da relação entre ciência e linguagem, preferimos dizer que, onde quer que exista uma ciência, existe uma linguagem correspondente. Cada cientista tem a sua maneira própria de expressar-se, e isto também acontece com a Jurisprudência, ou Ciência do Direito. Os juristas falam uma linguagem própria e devem ter orgulho de sua linguagem multimilenar, dignidade que bem poucas ciências podem invocar.²⁴¹

Entretanto, o direito, além de ciência, deve ser compreendido a partir de suas outras significações, como alerta Franco Montoro²⁴²: direito como fato social, direito como justo, direito como faculdade e direito como norma, que é a manifestação da imposição estatal sobre o comportamento da coletividade e dos indivíduos que a compõem.

Então, se se entender o direito como norma e considerar-se que ele é destinado à regulação da vida social, é forçosa a conclusão de que a linguagem que instrumentalizará os comandos normativos deva ser acessível a todos os que por ela sejam atingidos, pois caso o processo de comunicação não seja exitoso, completo, claro, será opaco.

Opaco é tudo aquilo que não é transparente, que transmite obscuridade, que possui ausência de nitidez, de clareza²⁴³. Carlos Maria Cárcova, em sua obra denominada “A Opacidade do Direito”, utiliza essa ideia do opaco, afirmando que há um distanciamento entre os conceitos jurídicos e o entendimento que a população tem deles.²⁴⁴

Em seu livro, o autor explana sobre o surgimento das leis e as discussões de seus criadores, de como elas deveriam ser expostas e em qual linguagem, se de maneira escrita e na língua nativa, a fim de possibilitar o seu acesso àqueles que seriam submetidos a elas. Para além disso, formula contundente crítica à linguagem utilizada na formulação das leis, pois, não obstante serem dirigidas à coletividade, são compostas por termos extremamente complexos, distantes da realidade linguística da sociedade.²⁴⁵

O autor revela que houve a percepção e debates desse “flagelo do desconhecimento do direito” por alguns juristas e que houve propostas de que as

²⁴¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª edição, 22ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.p.7.

²⁴² MONTORO, Franco. **Introdução à ciência do direito**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, p. 56.

²⁴³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua Portuguesa**. 3ª ed. totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p 1.447/1448.

²⁴⁴ CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do Direito**. São Paulo: LTR, 1998. p. 35.

²⁴⁵ CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do Direito**. São Paulo: LTR, 1998. p. 19-20.

leis fossem ensinadas nas escolas como disciplina obrigatória, a fim de que o conhecimento delas fosse incutido na sociedade, que é de quem emerge a necessidade da criação das leis, porém, não se sabe ao certo se a sugestão se perdeu no transcorrer do tempo ou não teve o êxito esperado.²⁴⁶

Aborda a questão de que as leis são criadas para serem cumpridas e não conhecidas, ou seja, o objetivo da criação de uma lei não é torná-la conhecida e entendida por aqueles para qual ela foi criada, mas, sim, que ela seja obedecida e cumprida, não cabendo a ninguém alegar desconhecimento, remetendo esse modelo de leis a um regime autocrático.²⁴⁷

Neste aspecto o pensamento de Cárcova converge com o de Marx e Engels, que defendiam a ideia de que a vida de uma sociedade se dá a partir de uma experiência real e comportamental. Logo, pensando em leis, a sua construção deve emanar da sociedade para a sociedade, pois é ela, a sociedade real e atuante, que, através da sua experiência empírica, norteia os seus valores, princípios e comportamentos, em uma linguagem construída por eles de maneira adequada para si.²⁴⁸

Para Luis Alberto Warat, a fictícia crença dos juristas sobre o conhecimento da lei “é um suporte necessário para o funcionamento do direito nas sociedades capitalistas” e nem mesmo seria necessário buscar apoio na teoria marxista para chegar a essa conclusão, pois o próprio positivismo lógico já indicou ser a linguagem da lei uma variação da linguagem natural, que cumpre funções políticas e ideológicas e “opera com um nível de significação prescritiva encoberto nos próprios textos legais”²⁴⁹.

Regina Toledo Damião e Antonio Henriques em seu livro “Curso de Português Jurídico” expõem que o homem é um ser social, que naturalmente existe para os relacionamentos, e para que essa sociabilidade e relacionamento se concretizem é necessária à comunicação de forma verbal ou não verbal²⁵⁰.

Ainda, segundo João Alfredo Medeiros, “A linguagem é um conjunto de sinais convencionais para exprimir estados de consciência. (...) a linguagem pode ser falada, escrita, mímica”²⁵¹.

Conforme se observa a partir dessas definições, a linguagem é essencial para a convivência social, pois é através dela que existe a comunicação, a manifestação da vontade, a exteriorização de sentimentos, emoções, intenções, vontades.

Diante disso, cabível a colocação feita por João Alfredo Medeiros Vieira ao dizer que a linguagem é uma forma peculiar em cada agrupamento

²⁴⁶ CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do Direito**. São Paulo: LTR, 1998. p.22.

²⁴⁷ CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do Direito**. São Paulo: LTR, 1998. p.23.

²⁴⁸ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Lisboa: Editorial Presença, 1980, p.20.

²⁴⁹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ªed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 54-55.

²⁵⁰ DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. **Curso de Português Jurídico**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p.20-21.

²⁵¹ VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **Português prático e forense: regras, noções, exercícios...: vocabulário jurídico...: português para jornalista**. São Paulo: LEDIX, 1991.p.36.

humano²⁵², ou seja, nos diversos agrupamentos da sociedade, em suas esferas, classes, uniões, tribos etc, cada uma dessas células que compõem a sociedade, desenvolve para si uma linguagem apropriada, uma maneira peculiar de se comunicar, um vocabulário único, a sua maneira própria de andar ou vestir, seu próprio modo de se portar.

Ao analisar essas diversidades sob o prisma do direito e a sua linguagem, constata-se que ele é absorvido pela regra, vez que possui a sua própria linguagem, com palavras cultas, polidas, termos peculiares utilizadas por seus operadores, haja vista, por exemplo, a linguagem dos códigos, estatutos, o teor das súmulas, decretos, portarias, e, até mesmo da própria Constituição Federal.

Em uma simples petição inicial ou em uma sentença elaborada por um juiz, ao ser analisada por um cidadão comum, que nunca teve acesso aos bancos de uma universidade de direito, o teor desses documentos é de difícil compreensão, vez que os termos ali dispostos não fazem parte de seu vocabulário diário.

A partir da classificação construída por Franco Montoro, o direito pode ser entendido a partir de vários vieses. O direito enquanto Norma diz respeito à lei, regra social obrigatória, o responsável pela paz e organização social, refere-se ao direito objetivo; o direito enquanto Faculdade diz respeito ao poder, à prerrogativa do Estado de agir ou criar leis, é como definiu Ihering o “*interesse protegido pela lei*”; o direito como Justo faz menção ao direito que é devido por justiça, à conformidade com a justiça; já o direito como Ciência refere-se ao ato de “estudar” direito, e, por fim, o direito como Fato Social está atrelado ao fenômeno da vida coletiva, é o direito analisado sob o prisma da sociologia.²⁵³

Se feita uma simples análise acerca da motivação do surgimento do direito, o que impulsionou o seu estabelecimento na sociedade, de maneira genérica, pode-se dizer que ele emanou a partir da necessidade de manter uma ordem na sociedade, de regular, de maneira harmoniosa e pacífica, a convivência entre as pessoas, dirimindo seus conflitos, disciplinando acerca de como proceder nos atos gerais da vida comum.

Entretanto, diante da distância entre o direito e os seus destinatários, verifica-se uma interferência negativa, pois o direito passa ser um fator de dominação social, não somente pelo fato dele regular a sociedade (através das leis, por exemplo), mas também pelo fato da linguagem ser ininteligível, o que impossibilita a compreensão pela sociedade que rege.

Quando essa opacidade, a princípio trazida a conhecimento por Cárcova, é transportada para a realidade jurídica brasileira dos dias atuais, é fácil comprová-la quando nos deparamos com a exorbitante produção legislativa e jurisdicional.

²⁵² VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **Português prático e forense: regras, noções, exercícios...: vocabulário jurídico...: português para jornalista**. São Paulo: LEDIX, 1991, p.37.

²⁵³ MONTORO, Franco. **Introdução à ciência do direito**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010. p. 56-63.

4. O ACESSO À JUSTIÇA

Dentre as principais características que diferenciam os seres humanos das demais espécies vivas que habitam o planeta, certamente está a capacidade e necessidade que eles têm de desenvolver relacionamentos interpessoais. No entanto, não se pode achar que as habilidades e as necessidades de compartilhar com o outro suas próprias vidas seja algo fácil para os seres humanos. Mesmo nos graus mais intensos e íntimos de relacionamentos, existem constantes conflitos entre as pessoas, pois a sociabilidade é nutrida por diferenças, que, por sua vez, geram atritos e os atritos, conflitos, e estes, finalmente, resultam em litígios.

Dessa forma, pode-se afirmar que em decorrência da sociabilidade existente desde que o homem é homem e que ao longo do caminho, aliado às necessidades individuais, à insuficiência de recursos e às próprias divergências de compreensão de uma pessoa para a outra, que, em última análise resultam em litígios, os indivíduos são levados a um estado de insatisfação por causa de um sentimento de injustiça ou de prejuízo.

Dentro do modelo social estabelecido no Brasil, o cidadão tem no Estado o detentor do poder de mediar conflitos e difundir o bem estar comum, tudo isso norteado por Leis, que objetivam promover a justiça entre os pares. Assim, quando alguém transgredir as Leis, que foram pré-estabelecidas para o bem estar comum, sejam elas nas relações de consumo, empregatícias, contratuais etc., é natural que aquele que se sentiu ofendido busque o Judiciário, a fim de ter sua causa analisada e julgada - ao que se espera - de maneira justa.

A Constituição Federal, no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, assim disciplina, respectivamente: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Esses dispositivos constitucionais asseguram a todos o acesso à justiça, como um direito de natureza fundamental.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em obra intitulada “Acesso à Justiça”, utilizada como base e referência quando se trata da temática, ao descreverem o acesso à justiça delineiam que:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.²⁵⁴

Ora, conceituar o acesso à justiça de maneira pontual é tarefa difícil, como bem dito, porém, pode-se dizer, que o acesso à justiça está relacionado a possibilidade de recorrer-se ao Estado, através do Judiciário, a fim de ter o litígio/problema analisado e solucionado de maneira justa e eficiente.

²⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 6.

Quando se fala e estimula o acesso do cidadão à justiça, em um primeiro momento, ao que parece está a se tratar não apenas de um ato juridicamente legal e garantido, inclusive, constitucionalmente, mas também de um simples exercício, no entanto, na prática o acesso ao Judiciário - que está de portas abertas para a população - encontra sérias dificuldades para atender a todos que o procuram, pois isso envolve trâmites que por vezes são tão complexos e morosos que a justiça acaba não sendo feita.

Isso se dá por pelo menos dois motivos: a morosidade – justificada pela quantidade de processos para serem analisados e julgados por um poder público limitado pelos poucos recursos financeiros e de mão-de-obra; o custo financeiro de um processo – que tem taxas de emolumentos elevadas, para a realidade econômica brasileira, e os honorários advocatícios, uma vez que os profissionais do direito nomeados gratuitamente pelo Estado estão sobrecarregados, com uma demanda superior a capacidade humana de atender.

Portanto, compreende-se que o acesso à Justiça vai muito além do que simplesmente bater as portas do Judiciário. Ter acesso à Justiça é ter resguardada a dignidade da pessoa humana.

Com o passar do tempo, o processo natural de constante evolução da sociedade, da educação, da existência de maiores conflitos sociais, levou o Estado a voltar sua atenção para a questão do acesso à Justiça, e uma busca de sua efetiva resolução.

A ideia de que o acesso à justiça era simplesmente a abertura das portas do poder Judiciário esvaiu-se e compreendeu-se que existe a necessidade não somente da criação do direito do acesso à justiça e a existência desse direito, mas sim a prática efetiva desse acesso:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.²⁵⁵

Para Kazuo Watanabe: “O direito de acesso à Justiça é, portanto, direito de acesso a uma Justiça adequadamente organizada e o acesso a ela deve ser assegurada pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização de direito.”²⁵⁶

Na compreensão de alguns juristas e operadores do direito, o Estado transgredir a própria Lei que defende o acesso à justiça por parte de qualquer cidadão, ao consentir que autos dos processos fiquem anos parados

²⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.10-11.

²⁵⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.85.

aguardando uma decisão da Justiça, com isso a pessoa humana é duramente afetada.

Observando as abordagens feitas pelos defensores da doutrina jurídica, bem como de seus apontamentos sobre o que é necessário para que se efetive o acesso à justiça, observa-se que há uma preocupação com relação à existência do direito e a sua efetividade. Observou-se que existiam obstáculos a serem superados/ultrapassados para alcançar o almejado e completo acesso à justiça.

Em busca da viabilização do acesso à Justiça foram criadas alternativas para dar solução efetiva às demandas, desafogar o Judiciário e conceder às partes uma solução efetiva a seus litígios, como, por exemplo a arbitragem, a conciliação, a concessão de gratuidade nas custas, as Defensorias Públicas, a justiça especializada, dentre outros.

Cappelletti e Garth, quando falam acerca dessas alternativas, destacam o sistema de mediação adotado pelo Estado norte americano de Michigan (1971). O sistema se limita apenas a casos de indenização por danos. Autor e réu são penalizados no caso de recusa de proposta razoável de acordo, bem como, é proporcionada uma determinação imparcial de um acordo razoável, elaborada através de especialistas, o que, segundo os autores, proporciona uma estimativa objetiva do valor da causa, remediando, até certo ponto, a falta de experiência do autor. O Sistema de Michigan, para os autores, demonstra que o princípio de pagar pelo julgamento pode auxiliar na dignificação do acesso à Justiça.²⁵⁷

O Brasil, buscando o acesso facilitado de todos à Justiça, regulamentou a Lei 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para concessão de assistência judiciária aos necessitados.

Conforme é possível observar, a Lei trouxe significativo respaldo para a fruição do acesso à Justiça para aqueles que não possuem recursos financeiros suficientes para arcar com as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento de sua família e o seu próprio, gerando, assim, a faculdade de referida classe socorrer-se do judiciário quando necessitar.

A Constituição da República de 1998 prevê em seu artigo 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;” o que corrobora o instituído pela referida Lei 1.060/50.

A fim de respaldar completamente o disposto no artigo 5º, LXXIV, a Constituição Federal institui no capítulo IV- Das funções essenciais à Justiça, na seção IV – Da Defensoria Pública, artigo 134 a Defensoria Pública:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição

²⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.88/89.

Federal.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.²⁵⁸

E prossegue a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu capítulo III – Do Poder Judiciário, Seção I, Artigo 98, assim dispondo:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.²⁵⁹

Então, com base no dispositivo constitucional supra, em 26 de Setembro de 1995 é sancionada a Lei nº 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECC's) surgiram como uma alternativa para desafogar o Judiciário das causas de menor complexidade, veio como agente facilitador para o acesso efetivo à justiça.

²⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. **Lex: Vade Mecum**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.11.

²⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. **Lex: Vade Mecum**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.39.

As inovações amenizam o labor do Judiciário e trazem esperança para os que necessitam de seus préstimos, enfim, proporciona na prática uma justiça célere, simples e acessível.

A simplicidade e a informalidade estão associadas à ideia de descomplicar o trâmite, as formalidades existentes nos procedimentos sumário e ordinário, de forma ágil que viabiliza a solução do litígio.

O que pode ser observado através do estabelecido pelo artigo 13 da Lei 9099/95, que os atos processuais se validam sempre que cumprirem plenamente a sua finalidade, ou ainda, de acordo com o que prevê o artigo 14, que o pedido pode ser apresentado de maneira oral ou escrita à Secretaria, o que caracteriza a descomplicação, a viabilidade para a Justiça e, principalmente, aos jurisdicionados de sempre que necessário recorrer-se ao Juizado.

A economia processual atrela-se à sintetização dos atos processuais, sem repetição de atos desnecessariamente, o que torna o processo menos oneroso e também menos lento. Segundo Marinoni e Arenhart quando o procedimento é minimizado na inclinação de oferecer justiça, a resposta é mais barata e rápida, o que estimula o acesso à justiça.²⁶⁰

Considerando que o sistema do JECC compreende as causas de menor complexidade, conforme prevê o artigo 98, I da Constituição Federal de 1988, a celeridade assegura que haverá um trâmite em tempo razoável, compatível com a menor complexidade da causa. Marinoni e Arenhart esclarecem que:

Os efeitos do tempo no processo podem ser altamente perniciosos, ... Por isso, e porque o juizado é desenhado precisamente para atender à litigiosidade contida – nascida, em geral de conflitos ocorrido em classes de menos poder aquisitivo -, a resposta jurisdicional deve ser breve, evitando os efeitos do tempo do processo sobre o direito postulado.²⁶¹

Verifica-se, portanto, que os princípios norteadores dos JECC estão ligados entre si e convergem, inevitavelmente, para que o acesso à justiça se efetive de maneira integral, o que torna a justiça próxima, utilizada e compreendida pelo jurisdicionado.

Em seu bojo trouxe inovações para o sistema, conforme se observa do que prevê já no Capítulo II - Dos Juizados Especiais Cíveis, no artigo 2º: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”²⁶²

Traz, ainda, outras facilitações, como o *jus postulandi*, que é a capacidade postulatória da parte, permitida nas causas de até 20 salários mínimos, não exigindo o acompanhamento de advogado, conforme prevê o artigo 9º.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 706.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.707.

²⁶² BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Lex: Vade Mecum**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P.1634.

No Brasil, em 10 de novembro de 1943, quando entra em vigor o Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de Maio de 1943, denominada Consolidação Das Leis do Trabalho (CLT), prevê em seu título X – Do Processo Judiciário do Trabalho, no Capítulo II – Do processo em geral, na Seção IV – Das Partes e dos Procurados, no artigo 791, prevê o seguinte: “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.” É nessa previsão que ganha destaque o *jus postulandi*.

Em 1988 com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em razão do disposto no artigo 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”, garante ao advogado papel de imprescindibilidade, porém, vincula-o aos limites da lei, o que posteriormente garante o direito do *jus postulandi* da parte na Justiça do trabalho, conforme artigo 791/CLT.

Em 1995, com o advento da Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995 são instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que teve sua instituição autorizada pelo artigo 98/CF, tem previsão no seu artigo 9º que: “Nas causas de valor até 20 (vinte) salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.”, em razão de se tratar de lei especial e também pelo respaldo constitucional, o *jus postulandi* é possibilitado e legalmente respaldado.

Ao analisar essa possibilidade, duas perspectivas podem ser analisadas: a de que é possível o fácil acesso do jurisdicionado à Justiça, baseado no princípio da simplicidade e a de que o jurisdicionado pode ser prejudicado pela falta de conhecimentos legais necessários para postular em causa própria.

A faculdade de assistência advocatícia possibilitou à parte o acesso pessoal à Justiça de maneira a proporcionar o conhecimento do funcionamento dinâmico da máquina judiciária, os trâmites processuais, porém, em contrapartida, o jurisdicionado, em geral, não possui os conhecimentos necessários para tal postulação.

A existência desse contraponto entre a simplicidade e o prejuízo tem suas vantagens e desvantagens, que poderiam ser melhoradas e convertidas a fim de que o jurisdicionado que optasse por postular em causa própria tivesse um respaldo jurídico de um profissional competente sempre que necessário, por exemplo.

5. A (IN)EFICÁCIA DO ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

É incontestável o avanço que a criação dos Juizados Especiais proporcionou para o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que nem todos os cidadãos façam uso efetivo dessa ferramenta. Os Juizados Especiais vieram para viabilizar o acesso à Justiça por qualquer cidadão que possua uma causa de pequena complexidade, e que se enquadre no previsto na Lei 9099/95.

Se analisadas as motivações que ensejaram a criação do JECC, tais como desafogar o Judiciário, criar uma justiça especializada em causas de menor complexidade, a tramitação rápida através da utilização da informalidade,

oralidade, dentre outros, pode-se verificar que alguns pontos foram mais exitosos que outros.

Na crítica ao pouco apego à informalidade, que deveria ser a característica preponderante do sistema dos Juizados de menor complexidade, Cappelletti e Garth assinalam:

Primeiro muitos tribunais de pequenas causas tornaram-se quase tão complexos, dispendiosos e lentos quanto os juízos regulares (devido, particularmente, a presença dos advogados e à resistência dos juízes em abandonar seu estilo de comportamento tradicional, formal e reservado). Em segundo lugar, onde os tribunais de pequenas causas se tornaram eficientes, ele têm servido mais frequentemente para os credores cobrarem dívidas do que para os indivíduos comuns reivindicarem direitos.²⁶³

Os autores frisam a importância de garantir uma justiça descomplicada, o importante papel da economia processual, como afiançador de uma justiça barata, onde o fator econômico não é causador de distinção, e a importância da celeridade que extingue a lentidão. Destaca, ainda, a validade da faculdade do *jus postulandi* da parte presente nos Juizados de pequenas causas como fator positivo e eficiente. Por fim, apontam a resistência dos juízes que ainda estão apegados ao comportamento tradicional, formal e reservado.

Ora, não há possibilidade de subsistir uma justiça como o JECC em meio a um cenário onde o juiz, que exerce papel essencial e fundamental para a efetividade da justiça, permanece apegado às formalidades, ao tradicionalismo, ao seu ego. É incabível. Há uma disparidade entre ele (juiz nesses referidos moldes) e o Juizado, que veio para reformular, para diferenciar, para dar nova roupagem, mas o “novo” só terá espaço quando houver desapareço ao “velho”.

Cappelletti e Garth trazem a baila outra problemática existente no Juizado: é que o seu objetivo primordial é amparar os cidadãos comuns, possibilitando que eles pleiteiem seu direito violado, por exemplo, enquanto consumidores, mas, como bem frisam eles, esse sistema tem servido em maior escala para pequenos empresários – consigne-se que por vezes possuem melhores condições financeiras, intelectuais que os seus clientes – cobrarem seus fregueses inadimplentes, causando, assim, ineficácia da função essencial do sistema.

Já Kazuo Watanabe quando trata sobre os Juizados em seu artigo denominado “Modalidade de mediação”, assim se posiciona:

Vejo os juizados de pequenas causas – que começaram como uma forma de permitir acesso mais fácil à camada mais humilde da população – como a experiência, em princípio combatida, que funcionou, sendo utilizada, hoje, como uma forma de solucionar a crise da Justiça e não para facilitar o acesso à Justiça pela população mais humilde.

... Quando se trata de solução adequada dos conflitos de interesses, insisto em que o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso

²⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p.95.

à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário.²⁶⁴

Ora, a indignação de Watanabe resta clara com relação ao desvio que houve com o decorrer do tempo, o que indica uma possível falha no cumprimento fiel aos critérios basilares do JECC.

O sistema do Juizado possibilita o *jus postulandi* da parte, o que garante a ela o direito de pleitear sem a assistência de um advogado, que possui habilidade técnica para tanto, e, que se usufruindo dessa capacidade postulatória, em tese, conseguirá fazer valer seu direito e terá sua causa defendida ou pleiteada de maneira adequada.

Porém, ao que parece, olvidou-se que mesmo que esteja a se tratar de Juizado Especial, o teor opaco das sentenças é o mesmo de sempre, com termos rebuscados, de difícil compreensão, onde a linguagem do “juridiquês” ainda é predominante, e que, embora o país venha se desenvolvendo educacionalmente, a lentos passos, a maior parte da sociedade que se socorre do Judiciário não consegue compreender o teor das decisões, despachos e sentenças, mesmo que esses jurisdicionados possuam formação adequada em nível médio, técnico e até mesmo graduação.

Ao analisar a questão, de que a lei brasileira é opaca, quando avaliado o sistema do juizado, sobretudo a capacidade postulatória da parte, verifica-se que a opacidade também permeia o juizado, o que por vezes traz prejuízos significativos à parte.

Ora, o advogado é quem possui habilidade técnica para postular, bem como conhecimento para compreender e clarear a opacidade existente. A ausência do indivíduo legalmente habilitado para representar a parte, diante da insistente manutenção do estilo formal por parte dos magistrados, que por vezes se negam a adequar-se a essa justiça baseada na informalidade, leva a uma negativa do acesso à justiça pelos jurisdicionados, que se manifesta das seguintes formas: 1) incompreensão do texto legal – quando apresentados, por exemplo, no corpo da sentença; 2) formalização de pedidos incompatíveis com o direito material; 3) ausência de pedido sobre direito que poderia ter sido tutelado; 4) a falta de boa vontade por parte de agentes que operam a Lei - um procedimento burocratizado e pouco próximo da realidade social do cidadão, que decorre da manutenção de certas práticas por juízes, servidores e advogados, que não se coadunam com o princípio da informalidade, que é feito letra morta; 5) linguagem jurídica inacessível ao cidadão sem formação em Direito.

Como bem escreveu Cappelletti e Garth: “Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns”²⁶⁵, mas, infelizmente, essa não é a realidade brasileira. Pelo contrário, a falta de compreensão da lei pode ser, dentre tantos outros fatores, o que tem afastado o

²⁶⁴ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: **Mediação: um projeto inovador**: CJF, 2002. 70 p. (Série Cadernos do CEJ; v. 22). p.45/46.

²⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.p. 155.

jurisdicionado da justiça.

Se um jurisdicionado que não entende as leis que lhe são impostas, sejam como garantidoras de direitos ou de deveres, não compreender que a Justiça está a seu dispor para quando tiver um direito prejudicado e que ele pode se socorrer de seus préstimos, uma vez que ela existe essencialmente para esse fim e só subsiste por isso, a Justiça torna-se ineficaz em seu papel.

6. CONCLUSÃO

Diante do até aqui pesquisado e estudado, foi possível verificar que a linguagem presente no judiciário brasileiro é de fato opaca à compreensão dos cidadãos que não detém conhecimento sobre direito, até porque essa linguagem não é ensinada nas escolas, não faz parte da realidade cotidiana dos jurisdicionados, e por se ter acesso a ela somente nas poucas vezes em que tem contato com o judiciário, a opacidade se perdura.

Mas ao que se percebe não existe uma preocupação efetiva, que gera ações e mobilização, com relação a opacidade da linguagem e do judiciário.

Para além da problemática que se apresenta no período prévio, de compreensão do texto legal, tem-se a pouca efetividade do direito fundamental de acesso à justiça nos Juizados Especiais, que, apesar de contarem com lei específica tratando sobre critérios específicos, que deveriam nortear a atuação prática dos operadores do direito, ainda carece de aperfeiçoamento, pois mesmo a capacidade postulatória conferida às partes em determinados casos queda por afastar o cidadão do real objetivo do direito de acesso à justiça, que é a entrega efetiva da tutela jurisdicional àquele que sofreu ofensa ou ameaça a um direito seu.

A opacidade do direito implica em limitação do conhecimento dos direitos materiais conferidos pela lei ao cidadão e manifesta-se de duas formas dramáticas: no conhecimento desses direitos e na sua tutela jurisdicional, que, apesar de todos os esforços, ainda continua sendo um campo desconhecido para o jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. **Lex: Vade Mecum**. 17^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Lex: Vade Mecum**. 17^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do Direito**. São Paulo: LTR, 1998.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. **Curso de Português Jurídico**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua Portuguesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Lisboa: Editorial Presença, 1980.

MONTORO, Franco. **Introdução à ciência do direito**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª edição, 22ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **Português prático e forense: regras, noções, exercícios...: vocabulário jurídico...: português para jornalista**. São Paulo: LEDIX, 1991.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ªed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: **Mediação: um projeto inovador**: CJP, 2002.

DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE IDENTIFICAR OFENSORES ANÔNIMOS POR MEIO DE MEDIDAS CAUTELARES

Renato Bernardi²⁶⁶ e Leonardo Góes de Almeida²⁶⁷

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: A efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica

RESUMO

A expansão digital no Brasil nas duas últimas décadas trouxe ao Direito inúmeros novos desafios. Afinal de contas, abreviações como "IP" que até então se referiam simplesmente a "Inquérito Policial" hoje ganham nova conotação: o Internet Protocol (IP) sempre possibilitará o rastreamento de uma determinada conexão que será (via de regra) responsabilidade de uma Pessoa Física ou Jurídica. Em alguns casos, quando armazenados logs (ou registros) mais detalhados, a busca poderá culminar no próprio dispositivo informático responsável pela determinada ação na Internet. O presente trabalho almeja dar subsídios para que os operadores do Direito se habituem aos novos desafios virtuais. Feito isso, intenciona demonstrar que todo o arcabouço legal existente para coibir ações ilícitas supostamente amparadas pelo anonimato, é mais que suficiente, destacando-se o Marco Civil da Internet.

Palavras-chave: Internet; Anonimato; Cautelar Inominada.

ABSTRACT

Brazil's digital expansion in the last two decades brought to Law several new challenges. At last, abbreviations such as IP that simply used to refer to "Inquérito Policial" (Police Inquiry), nowadays has a new meaning: Internet Protocol (IP) will always allow to track a specific connection which will be (usually) charged to a Physical or Juridical Person. In some situations, when more detailed logs are stored,

²⁶⁶ Procurador do Estado de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Professor efetivo do curso de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado - e do curso de Graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho. Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu - Especialização - do PROJURIS/FIO. bernardi@uenp.edu.br.

²⁶⁷ Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor do curso de Graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho. Professor do curso de Direito da Faculdade do Norte Pioneiro (FANORPI/UNIESP). Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu - Especialização - do PROJURIS/FIO. Sócio do escritório Freitas Almeida Advogados. leonardo@freitasalmeida.com.br.

the tracking will achieve the computer device itself responsible of such act on the Internet. The current paper aims to permit Law operators to get used to new virtual challenges. Therefore, it intends to demonstrate that the current legal skeleton to restrain illegal actions supposedly hidden by anonymity is more than enough, highlighting the Marco Civil da Internet (Internet Civil Mark).

Key-words: Internet; Anonymity; Unnamed Precaution Measure.

1. SOCIEDADE GLOBAL, GLOBALIZAÇÃO E O CIBERESPAÇO.

O homem sempre procurou estar em grupo para viver e sobreviver, denotando-se assim sua sociabilidade como característica basilar de sua gênese. Sua própria constituição física traz elementos claros quanto a sua finalidade: conviver e se completar com seu semelhante. Desde o núcleo familiar ou até mesmo outros grupos organizados não somente por interesse material, mas tão somente por afeto, tende a propagação em cadeia, formando-se outros pequenos núcleos, até a consecução de um grande grupo social.

A pessoa humana é considerada um animal social e político, um ser gregário conforme formulação clássica de Aristóteles:

Claramente se compreende a razão de ser o homem um animal sociável em grau mais elevado que as abelhas e todos os outros animais que vivem reunidos. A natureza, dizemos nada faz em vão. O homem só, entre todos os animais, tem o dom da palavra; a voz é o sinal da dor e do prazer, e é por isso que ela foi também concedida aos outros animais. Estes chegam a experimentar sensações de dor e de prazer, e a se fazer compreender uns aos outros. A palavra, porém, tem por fim fazer compreender o que é útil ou prejudicial, e, em consequência, o que é justo ou injusto. O que distingue o homem de um modo específico é que ele sabe discernir o bem e o mal, o justo do injusto, e assim todos os sentimentos da mesma ordem cuja comunicação constitui precisamente a família do Estado. (1978, p.18-19).

O homem ao nascer sente a necessidade de se localizar na sociedade, pois o processo de socialização vai desde o nascimento até a morte. Este processo caracteriza-se por “ensinar” o indivíduo a participar da sociedade, caracterizando um grande processo de aprendizagem. Tal fato ocorre porque a pessoa precisa ser “treinada” para exercer os vários papéis que se apresentam em sociedade. Este treinamento inicial ocorre junto à família que prepara a criança para a socialização em outros grupos sociais (GUERRA, 2004, p. 5). Neste processo de socialização,

Berger registra que a pessoa passa a ser identificada com precisão no mapa social e enfatiza que a sociedade é externa a nós. As pessoas se localizam em setores específicos do sistema social, sendo que a sociedade as precedeu e sobreviverá a todos, constituindo “paredes de nosso tempo” (BERGER, 1991, p. 79-86).

Necessária aqui uma conceituação quanto à sociedade, por mais árdua e imprecisa que possa ser. Celso Albuquerque Mello apresenta três usos mais comuns do termo:

a) Um sentido mais lato refere-se à totalidade das relações sociais entre as criaturas humanas; b) Cada agregado de seres humanos de ambos os sexos e de todas as idades, unidos num grupo que se autoperpetua e possui suas próprias instituições e culturas distintas em maior ou menor grau, pode ser uma sociedade; c) As instituições e a cultura de um grupo de pessoas de ambos os sexos e todas as idades, grupo esse inclusive, mais ou menos distinto e que se autoperpetua. (1996, p. 4).

Múltiplas definições que se completam, decorrentes das várias facetas e imprecisões quanto ao termo em questão. Procura-se sistematizar e estabelecer diferenciações entre sociedade e comunidade, levando em consideração a intensidade do vínculo psicológico nos grupos sociais. As comunidades são compostas pelos indivíduos unidos por laços naturais ou ainda são compostas por objetivos comuns que transcendem os interesses particulares de cada pessoa. Simpatia, afinidade e sentimento de pertencer ao grupo caracterizam os indivíduos, assegurando a sua união e a cooperação de cada um. Por sua vez, as sociedades são grupos baseados na vontade livre das pessoas que os integram ou que forma uma associação deliberada para a consecução de determinados fins. Os contratos estabelecem-se na base dos interesses individuais. O querer orgânico traz em si as condições da comunidade: a vontade refletida produz a sociedade.

Inevitável se faz aqui suscitar o termo globalização, através de breve nota introdutória de Zygmunt Bauman:

A “globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes;

para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” – e isso significa basicamente o mesmo para todos. (2007, p. 7).

Não obstante ao enumerado pelo sociólogo, podemos definir globalização como um processo inerente a supra explanada sociedade global relacionado à economia, tecnologia, sociedade, informação e cultura. Não se trata de fenômeno absolutamente novo, pois tem sua raiz na revolução dos meios de produção, transporte e comunicação, e também na liberalização e abertura dos mercados nacionais.

Portanto a globalização não é uma novidade: há séculos ela está em evolução, intensificando os fluxos de pessoas, bens, capitais e hábitos culturais. As Grandes Navegações e a Revolução Industrial foram dois momentos importantes desse antigo processo. Com eles, o espaço geográfico mundial tem caminhado em direção a uma crescente homogeneidade. Fruto da imposição de um sistema econômico mundial, acompanhado por rápidas transformações sociais e culturais.

Embora de complexa conceituação, o historiador Eric Hobsbawm simplificou o conceito de globalização da seguinte forma:

Antes de tudo, a globalização depende da eliminação de obstáculos técnicos, não de obstáculos econômicos. Ela resulta da abolição da distância e do tempo. Os revolucionários avanços tecnológicos nos setores de transportes e comunicações, desde o final da Segunda Guerra Mundial, foram responsáveis pelas condições para que a economia alcançasse os níveis atuais de globalização. (2000, p. 27).

Sob esta égide, introduzindo conceitos mínimos quanto à globalização, pauta-se na ideia que, a Internet, nada mais seria do que a expressão tecnológica daquela. Para melhor aprofundamento, Otavio Ianni leciona:

Quando o sistema social mundial se põe em movimento e se moderniza, então o mundo começa a parecer uma espécie de aldeia global. Aos poucos, ou de repente, conforme o caso, tudo se articula em um vasto complexo todo moderno, modernizante, modernizado. E o significado por excelência da modernização parece ser a comunicação, a proliferação e

generalização dos meios impressos e eletrônicos de comunicação, articulados em teias multimídias alcançando todo o mundo. [...] A noção de aldeia global é uma expressão da globalidade das ideias, padrões e valores socioculturais. Concebe-se como uma teoria da cultura mundial, entendida como cultura de massa, mercado de bens culturais, universo de signos e símbolos, linguagens e significados que povoam o modo pelo qual uns e outros se situam no mundo, ou pensam, imaginam, sentem e agem. (2006, p.119).

E dentro desse ambiente, como consequência das tecnologias, os meios de comunicação auferem maiores recursos, mais dinamismos, alcances longínquos. Esses meios quebram ou excedem fronteiras, culturas, idiomas, religiões, regimes políticos, variedades e dessemelhanças socioeconômicas e hierarquias raciais, de sexo e idade.

Nesse sentido de aldeia global, Ianni complementa que prevalece a mídia eletrônica como um poderoso instrumento de comunicação, informação, compreensão, explicação sobre o que vai pelo mundo. A mídia eletrônica passa a desempenhar o singular papel de intelectual orgânico dos centros mundiais de poder, dos grupos dirigentes das classes dominantes (2006, p. 122). O professor complementa: “Tudo se globaliza e virtualiza, como se as coisas, as gentes e as ideias se transfigurassem pela magia da eletrônica. A onda da modernidade não para nunca, espalhando-se pelos mais remotos e recônditos cantos.” (2006, p. 123).

Esse comportamento influencia a vida das pessoas e das próprias cidades fazendo com que a cidade real venha a ceder espaço para uma cidade virtual, conforme ensinamento de Paul Virilio: “[...] a cidade real cede lugar à cidade virtual, essa metacidade desterritorializada que se tornaria assim a sede dessa metropolítica cujo caráter totalitário, ou antes, globalitário, não escapa a ninguém” (1999, p.18).

A questão da existência de dois espaços distintos, quais sejam, o território delimitado geograficamente (cidade real) e o ciberespaço (cidade virtual) que é o espaço da “inteligência coletiva”, é enfrentada pelo filósofo Pierre Levy (2008, p. 194-195) através da articulação, de maneira que as diferenças entre esses dois ambientes “são também qualidades de processos sociais que se opõem. As instituições territoriais são antes hierárquicas e rígidas, enquanto as práticas dos

cibernautas tem tendência a privilegiar os modos transversais de relação e fluidez de estruturas” (2008, p. 195).

Neste ponto esclarece que as possibilidades técnicas estariam para incitar a colaboração coletiva no trato de problemas e possibilidades de soluções também coletivas, aproximando ao máximo essas ações dos grupos envolvidos. Conclui que sua proposta de articular os dois espaços não pretende eliminar nem mesmo substituir um pelo outro, ao contrário, pretende compensar naquilo que for possível a lentidão, a inércia, a rigidez indelével do território por sua exposição em tempo real no ciberespaço. Visa também permitir a solução e, sobretudo, a elaboração dos problemas da cidade por meio da colocação em comum das competências, dos recursos e das ideias.

Assevera Pierre Levy:

“Habitamos todos os meios com os quais interagimos. Habitamos (ou habitaremos), portanto, o ciberespaço da mesma forma que a cidade geográfica e como uma parte fundamental de nosso ambiente global de vida. A organização do ciberespaço procede de uma forma particular de urbanismo ou de arquitetura, não física, cuja importância só irá crescer. Contudo, a arquitetura suprema procede do político: ela diz respeito à articulação e ao papel respectivo dos diferentes espaços. Colocar a inteligência coletiva no posto de comando é escolher de novo a democracia, reutilizá-la por meio da exploração das potencialidades mais positivas dos novos sistemas de comunicação” (2008, p. 196).

Uma das premissas do presente trabalho se pauta em derrubar o falso mito de que o mundo virtual seria uma espécie de universo paralelo. Não se refuta os ensinamentos de Levy no tocante ao uso do *ciberespaço*, onde se exige profunda reforma das mentalidades, dos modos de organização e dos hábitos políticos. (2008, p. 186). Pelo contrário: invocando-se novamente o filósofo da informação, deve-se relevar:

[...] uma política voluntarista por parte dos poderes públicos, de coletividades locais, de associações de cidadãos e de grupos de empresários pode colocar o ciberespaço a serviço do desenvolvimento de regiões desfavorecidas, explorando ao máximo o seu potencial de inteligência coletiva: valorização das competências locais, organização das complementaridades entre recurso e projetos, trocas de saberes e experiências, redes de ajuda mútua, maior participação da população nas decisões políticas, abertura planetária para diversas formas de especialidades e de parceria etc. (2008, p. 185-186)

Levy Pierre complementa, apontando soluções quanto a uma efetiva democracia no ciberespaço:

A verdadeira democracia eletrônica consiste em encorajar, tanto quanto possível – graças às possibilidades de comunicação interativa e coletiva oferecidas pelo ciberespaço –, a expressão e a elaboração dos problemas das cidades pelos próprios cidadãos, a auto-organização das comunidades locais, a participação nas deliberações por parte dos grupos diretamente afetados pelas decisões, a transparência das políticas públicas e sua avaliação pelos cidadãos. (2008, p. 186).

O nascimento da Rede Mundial de Computadores, ou tão somente, Internet, remonta à ARPA (*Advanced Research Projects Agency*). Fundada em 1957, tratava-se de uma agência federal estadunidense nos moldes da NASA (*National Administration of Space Activities*). Com a finalidade de atender a demandas do Departamento de Defesa dos Estados Unidos em meio a Guerra Fria, desenvolve-se a Arpanet, sendo nada mais do que um protótipo da Internet atualmente:

Temendo as consequências de um ataque nuclear, os Estados Unidos investiram no projeto, liderado pelos pesquisadores da área de computação J.C.R. Licklider e Robert Taylor. A ideia era criar uma rede sem centro, quebrando o tradicional modelo de pirâmide, conectado a um computador central. A estrutura proposta permitiria que todos os pontos (nós) tivessem o mesmo status. Os dados caminhariam em qualquer sentido, em rotas intercambiáveis. Esse conceito surgiu na RAND (Centro de Pesquisas Anti-Soviéticas) em 1964 e tomou vulto cinco anos depois. As conexões cresceram em progressão geométrica. Nem os pioneiros, que trabalharam muitas vezes na base da improvisação, esperavam tamanha rapidez no desenvolvimento da rede. Em 1971 havia duas dúzias de junções de redes locais. Três anos depois, já chegavam a 62 e, em 1981, quando ocorreu de fato a introdução da internet, já somavam 200. (VASCONCELOS, 2006, p. 34)

Mas o surgimento efetivo da Grande Rede se deu com o físico Tim Berners-Lee nos laboratórios CERN, na Suíça, com o conceito de **World Wide Web**, sendo aprimorado pouco tempo depois na Universidade de Illinois nos Estados Unidos da

América. Com o advento do WWW, foi possível a criação do HTTP (protocolo de transferência em Hipertexto), mola mestra para a disseminação da Internet.

Não há grupo ou organização específica que controle essa ampla rede mundial. A verdade é que não há nenhuma centralização gerencial para a Internet. Pelo contrário, é uma junção de milhares de redes e organizações individuais, cada uma delas é gerida e sustentada por seu respectivo usuário. Cada rede coopera com outras redes para administrar o tráfego da Internet, de modo que os dados possam percorrê-las. Juntas, todas essas redes e organizações estruturam o mundo conectado da Internet. Para que redes e computadores contribuam desse modo, entretanto, é imprescindível que haja um acordo geral sobre alguns itens como procedimentos na Internet e padrões para protocolos.

As redes que compõe a Internet podem ser encontradas em empresas privadas, universidades, agências governamentais e serviços comerciais. São fundadas separadamente uma das outras através de várias formas, como taxas de usuários, suporte de associados, impostos e doações.

As redes são conectadas de diversas maneiras. Para fins de eficiência, as redes locais unem-se em consórcios chamadas redes regionais ou *Backbones* (alicerces) - linhas de capacidade exacerbada - carregando grandes quantidades tráfego da Internet. Esses *backbones* são mantidos por agências governamentais e por corporações privadas.

No Brasil, o governo federal mantém alguns *backbones* de alta velocidade que transportam o tráfego da Internet pelo país e pelo mundo.

Conforme definido na alínea “a” do item 3 da Norma 004/95, aprovada pela Portaria nº 148 do Ministério do Estado das Comunicações Internet é o “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores.”

Protocolos como é o caso do IP (*internet protocol*) que a partir de agora deverá ser sempre discernido da abreviatura jurídica costumeira, quer seja, o Inquérito Policial.

2. DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ANONIMATO.

A internet estabelece a conexão de qualquer cidadão com o restante do mundo, podendo este se expressar livremente, expondo sua opinião, pensamento, imagem, enfim, uma gama de possibilidades respaldada pela nossa própria Constituição Federal.

De acordo com nossa Carta Magna em seu artigo 5º, inciso IV, todo cidadão tem direito a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Tal vedação ao anonimato não exige que todas as pessoas sempre se identifiquem, mas estas deverão ser identificadas quando expuserem conteúdos na internet que possam culminar em responsabilidade civil e/ou criminal.

No texto constitucional fica evidenciado o direito fundamental a liberdade de expressão. Os termos empregados pelo constituinte tiveram o propósito de alegar ao máximo o raio desta proteção:

Artigo 5º, IX é livre a expressão da atividade intelectual, artística científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Os termos expostos neste artigo gerou o conflito entre dois princípios fundamentais, segundo entendimento de Canotilho:

[...] Com efeito, ainda que se possa estabelecer definições mais ou menos restritas para o que seja atividade artística, ou científica, as expressões atividade intelectual e de comunicação são amplas o suficiente para abarcarem sob o pálio do direito fundamental em análise todos os tipos de manifestações de ideias, opiniões, ou sentimento, e ainda a transmissão de informações sobre qualquer tema ou assunto. Existem, todavia, alguns domínios específicos sobre os quais há justificada controvérsia a propósito da incidência da liberdade de expressão, como a pornografia e a publicidade comercial. (2013. p.273)

Ademais, toda essa forma de expressão com respaldo constitucional, dá aos cidadãos direitos de se expressarem livremente, não obstante, tem condão de atingir a privacidade. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, configura a privacidade

como direito fundamental expressamente tutelado no art. 5º, incisos X, XI e XII. Porém, diante da magnitude da garantia, esta vem sendo violada frequentemente pelos internautas, a partir do momento em que os usuários dispõem de parcela de sua vida íntima, expondo-a de forma direta ou indiretamente.

O direito à intimidade se apresenta como direito à liberdade de não se expor:

Os conceitos tradicionais de “direito a estar só” ou equivalentes não dizem de seu sentido exato, sequer alcançam muitas de suas exteriorizações. O referencial da dignidade da pessoa humana como fundamento da República dá o tom da proteção à intimidade, como faz em relação ao direito geral à vida privada, de suas múltiplas ligações com os princípios e regras constitucionais. [...] (CANOTILHO, 2013, p.281)

A vontade de se expressar livremente alcança a todos, sendo o veto ao anonimato encontrado no art.5º, IV de nossa Constituição: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Há várias razões de ordem moral e pragmática que justificam a proteção da liberdade de expressão. Por um lado, pode-se afirmar que se trata de uma garantia essencial ao livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana. Com efeito, a possibilidade de cada indivíduo interagir com seu semelhante, tanto para expressar as próprias ideias e sentimento para ouvir aquelas expostas pelos outros, é vital para a realização existencial. (CANOTILHO, 2013, p.255)

Essa liberdade desenhada pela constituição é também a de responsabilidade:

Em outras palavras, é consagrada como grande amplitude a liberdade de manifestação, mas por outro lado, estabelece-se que aqueles que atuem de forma abusiva no exercício de ser direito, e com isso causarem danos a terceiro, podem ser responsabilizados por seus atos. A proibição do anonimato destina-se exatamente a viabilizar esta possibilidade de responsabilização, por meio da identificação do autor de cada manifestação. Ademais, o conhecimento da identidade do autor da manifestação pode ser importante para que seus destinatários possam fazer o juízo de valor a propósito do conteúdo que se exprimiu. A proibição do anonimato, não exclui, contudo, o sigilo da fonte, previsto no artigo 5º, XIV, da Constituição, que visa a proteger o exercício profissional dos jornalistas, de forma a

promover o acesso da cidadania a informações relevantes, que, sem esta garantia, poderiam não chegar ao público. (CANOTILHO, 2013, p. 259)

Assim, segundo o entendimento do autor, existe limite para a liberdade de manifestação do pensamento, principalmente quando dela resultar atos abusivos de direito, que possam causar danos a terceiros.

A liberdade de expressão deve sim ser analisada em consonância com os direitos fundamentais. Contudo, a Internet é hoje talvez o maior instrumento de disseminação de informações ofensivas e desabonadoras, extrapolando seu caráter social, informativo, cultural e democrático. Por ser um instrumento relativamente novo, os seus usuários ainda não se deram conta da repercussão que um simples comentário, mensagem ou notícia pode alcançar.

Surge, então, um novo desafio à ciência do direito: conter e regular o uso abusivo da internet, de molde a preservar outros tantos valores constitucionalmente assegurados, como a intimidade e a honra, sem que isso signifique o "esfriamento" da livre circulação de ideias e a liberdade de expressão, tão bem festejadas pela internet livre e democrática.

A intenção do legislador ao vedar o anonimato foi garantir a liberdade de expressão em sua mais ampla dimensão, sem que isso implique no exercício irresponsável deste direito. Ou seja, a expressão do pensamento é livre, mas se o exercício deste direito gerar injusta lesão a terceiros, poderá ser objeto de reparação. Para tanto, vedou-se o anonimato, no intuito de que a liberdade de expressão seja exercida de acordo com o binômio liberdade/responsabilidade.

3. PROCEDIMENTO CAUTELAR: A TUTELA DO INTERESSE

O Estado, detentor exclusivo da tutela jurisdicional, necessita de um determinado lapso temporal para promover, conhecer, manifestar-se e promover os meios executórios necessários no âmbito de uma demanda. E, assim, devido a essa passagem de tempo, faz-se mister a existência de meios que garantam e assegurem o resultado final do processo e a efetivação do direito aplicado – não bastando, de

tal modo, apenas e tão somente a mera solução do caso concreto em sede de processo cognitivo.

Desta necessidade é que surge o processo cautelar, o qual visa assegurar a tutela do direito em si (sendo um mecanismo judicial de prevenção do próprio direito invocado) e que, na lição de Humberto Theodoro Júnior, se mostra imprescindível à própria função jurisdicional, já que, sem um efetivo mecanismo para “assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, ela correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua.” (2010, p. 23)

Medidas preventivas similares já eram utilizadas desde o direito romano e foi a escola alemã quem primeiramente tentou sistematizá-las. Entretanto, coube a importantes processualistas italianos o reconhecimento pelas primeiras construções científicas mais elaboradas acerca do assunto – reconhecendo, em especial, sua autonomia processual e sua unidade conceitual, classificando-as como um terceiro gênero processual (ao lado das tutelas de conhecimento e das tutelas executivas). (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 25)

3.1 Tutelas de urgência

O Código de Processo Civil brasileiro, visando resguardar a tutela jurisdicional a ser prestada e o direito pleiteado, “prevê a concessão de medidas de urgência que quando houver situação de risco ao provimento final decorrente da demora”.

Ocorre, entretanto, que, dependendo da situação de perigo, essas tutelas de urgência poderão ser efetivadas através de mecanismos distintos: pela antecipação dos efeitos da tutela (ou simplesmente tutela antecipada) ou por meio da tutela cautelar.

A tutela antecipada visa antecipar os efeitos que apenas o provimento final teria capacidade de oferecer. Seria o caso de um beneficiário de plano de saúde que tem necessita e tem direito, por exemplo, aos serviços de assistência hospitalar do tipo “*home care*” e este é negado pela operadora. Tendo em vista a necessidade da

concessão do provimento jurisdicional e a urgência do caso, poderia o contratante deste plano promover a competente ação ordinária de obrigação de fazer cumulada com pedido de antecipação de tutela, visando que a operadora ofertasse tal serviço até a decisão final, sob risco de que, com a demora, o paciente viesse a falecer ou sofrer demais danos.

Ainda sobre este instituto, interessante é a lição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

O juiz concede o provimento condenatório – ainda que em caráter provisório – antes do momento em que normalmente o faria (mas o processo precisa prosseguir, porque tal provimento precisa ser substituído por um de cunho definitivo). A medida concedida pelo juiz já satisfaz a pretensão do autor: concede, total ou parcialmente, aquilo que foi pedido pelo autor, ainda que em caráter provisório. Haverá antecipação de tutela, que se caracteriza pela natureza satisfativa, de mérito, com a concessão, no todo ou em parte, daquilo que foi pedido. (2012, p. 235)

Já a tutela cautelar, ainda que também intencione afastar uma situação de perigo, efetiva-se de maneira distinta, com características próprias. Tal provimento jurisdicional visa, como já apresentado, apenas resguardar os meios necessários para afastar o risco de ineficiência ou incapacidade de cumprimento da tutela judicial final – como é o caso, por exemplo, de devedor que está dilapidando seu patrimônio e o credor, vislumbrando não receber o montante que lhe é devido, propõe a competente ação cautelar de arresto cumulada com pedido liminar, se este último se fizer necessário (como, geralmente, o é).

Por fim, ainda nos ensinamentos de Rios Gonçalves, convém destacar:

O autor não necessita que o juiz, antecipadamente, condene o réu ao pagamento da obrigação. Ele não precisa executá-la desde logo. Para que o risco seja afastado, basta que conceda uma providência acautelatória, de preservação do patrimônio do devedor. Se ele está dilapidando o patrimônio, o juiz determinará o arresto dos bens suficientes para garantir o pagamento. A pretensão do credor, no processo de conhecimento, não estará ainda satisfeita, porque não poderá promover a execução. Será preciso, primeiro, a sentença condenatória. Mas o credor garantirá que, quando isso ocorrer, encontrará, no patrimônio do devedor, bens suficientes. (2012, p. 235)

O processo cautelar possui determinadas características e procedimentos próprios, diferenciando-se das demais tutelas jurisdicionais, como a cognitiva e a executiva.

Dentre tais particularidades, convém destacarmos algumas elencadas por Gonçalves (2012, p. 243-251):

I) Autonomia: O processo cautelar se trata de uma relação jurídica independente, possuindo processo e procedimento singulares e exigindo toda a sucessão de atos próprios de uma lide autônoma;

II) Acessoriedade: As tutelas cautelares visam, como já aduzido, resguardar o resultado útil de um processo principal. Assim sendo, ainda que autônomas, elas não possuem o condão de satisfazer a pretensão autoral deste, mas sim garantir meios assecuratórios para a execução de uma eventual sentença final de mérito procedente;

III) Provisoriedade: Se considera provisória a sentença do processo cautelar, já que esta pode (e, inclusive, espera-se que seja) substituída a qualquer tempo pela sentença definitiva do processo principal. E, assim, não sendo definitiva, não estão sujeitas à preclusão e à coisa julgada material;

IV) Inexistência de coisa julgada material: Ainda que esgotadas todas as vias recursais próprias do processo cautelar e, mesmo assim, mantida a decisão nele prolatada, esta poderá ser alterado no bojo de outro processo (como o principal da lide, por exemplo). De tal forma, como já anteriormente assinalado, a sentença do processo cautelar não possui condão de imutabilidade e definitividade, não fazendo coisa julgada material;

V) Fungibilidade: Sendo a cautelar uma tutela de urgência, é interessante socialmente (em razão de garantir a efetividade da jurisdição) que o Juízo a conceda ainda que de espécie distinta da pleiteada, desde que presentes os requisitos exigidos na legislação para sua concessão;

VI) Revogabilidade: Seja com o julgamento do processo principal ou mesmo porque não mais presentes os pressupostos que a ensejaram, as tutelas

cautelares podem ser revogadas ou mesmo alteradas a qualquer tempo, nos termos do artigo 807 do Código de Processo Civil brasileiro;

VII) Sumariedade da cognição: Diz-se que as cautelares possuem cognição plena e superficial. Plena, pois, em teoria, não há limitações à cognição do juiz. E superficial porque o magistrado, em virtude da natureza urgente da medida, não a analisará com a profundidade exigida – bastando, para tanto, o *fumus bonis iuris*. Assim sendo, esta característica “dirá respeito não apenas ao direito subjacente de que o autor alega ser o titular, mas à própria existência do perigo. Não é preciso que o risco e o perigo fiquem completamente comprovados, basta a possibilidade de que se concretizem”;

VIII) Urgência: O processo cautelar, integrante do rol das tutelas de urgência, pressupõe uma situação de ou perigo. Assim sendo, “a urgência constituirá o próprio mérito da cautelar. É o *periculum in mora*, que, com o *fumus bonis iuris* – a plausibilidade, a verossimilhança do direito alegado –, deverá ser examinado pelo juiz, para a concessão da medida”.

Assim sendo, de tais características se obtém os dois principais requisitos das medidas cautelares: o *fumus bonis iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora) – os quais são, como já acima mencionado, a verossimilhança do direito invocado e o perigo que a demora do provimento jurisdicional definitivo poderá causar às partes e à própria efetivação da jurisdição como um todo.

Tais requisitos estão presentes em todas as cautelares, sendo necessária sua demonstração de maneira clara, precisa e incontroversa para a concessão da medida desejada. E, ainda que o pedido cautelar desejado não seja típico (ou seja, previsto no CPC, os quais são: 1 - arresto; 2 - sequestro; 3 - caução; 4 - busca e apreensão; 5 - exibição; 6 - produção antecipada de provas; 7 - alimentos provisionais; 8 - arrolamento de bens; 9 - justificação; 10 - protestos, notificações e interpelações; 11 - homologação do penhor legal; 12 - posse em nome do nascituro; 13 - atentado; ou, 14 - protesto e apreensão de títulos), o juiz poderá, com base no “Poder Geral de Cautela”, previsto no artigo 798 do mesmo códex, determinar as

medidas provisórias que entender necessárias e adequadas para o caso concreto que está sendo analisado – constituindo, assim, as chamadas “cautelares inominadas”.

Esse Poder Geral de Cautela faz com que o rol das medidas cautelares seja amplo, exemplificativo e não taxativo. Na impossibilidade de o legislador prever todas as situações em que seria possível a concessão de cautelares, este concedeu ao julgamento do magistrado a aplicabilidade ou não deste gênero processual, desde que preenchidos os requisitos básicos previstos pelo ordenamento - quer sejam: *fumus bonis iuris* e *periculum in mora*.

De tal modo, denota-se que, com a instituição do Poder Geral de Cautela e com a fungibilidade entre as medidas cautelares, que o legislador pátrio se mostrou preocupado em garantir a efetividade da prestação jurisdicional – a qual poderia, muitas vezes, vir a ser prejudicada pelo rigor formal característico do processo brasileiro. Neste esteio, entendemos que para “quebras de IP”, sempre será cabível ajuizamento de medida cautelar, haja vista que num primeiro momento não há possibilidade de identificar o usuário já que este estaria supostamente amparado pelo anonimato.

4. DO CABIMENTO DAS CAUTELARES INOMINADAS PARA “QUEBRAS” DE INTERNET PROTOCOL

Conforme visto no segundo capítulo, a liberdade de expressão, como direito individual resguardado pela Constituição Federal como viga de sustentação do estado democrático de direito, não traduz exercício ilimitado do direito de livre manifestação do pensamento, encontrando limites justamente na verdade, obstando que fatos sejam distorcidos e modulados de modo a induzir ilações não condizentes com a verdade, que, traduzindo ofensa à honra objetiva do alcançado pela publicação, consubstancia abuso de direito e ato ilícito que autorizam seja mitigado o sigilo.

Ademais, a Constituição Federal, se por um lado protege a livre manifestação do pensamento e o sigilo – artigo 5º, incisos IV e XII – por outro,

resguarda a vedação ao anonimato e o direito à indenização por violação à intimidade. Relevadas essas premissas, há que se considerar que a violação do dever de sigilo, acobertara-se no manto do devido processo legal, por via de instrumento processual adequando, confortada pela competência do Poder Judiciário, à luz do que dispõe o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.

Ponderando a liberdade de expressão com a vedação ao anonimato, entendemos que todos tem o direito de manifestarem seus respectivos pensamentos como quiserem, mas sempre deverão se identificar (ou serem identificados).

O objetivo do presente trabalho não é discutir eventual responsabilidade civil ou criminal quanto ao mau uso da internet, mas sim que toda a pessoa física ou jurídica tem o direito de pleitear junto ao Judiciário a identificação dos usuários que fazem valer do suposto anonimato para atingir estas.

O teor de cada mensagem deverá ser analisado no caso concreto, demandando-se a ação cabível. Todavia para se discutir o mérito da expressão veiculada na Internet, imprescindível a identificação do suposto ofensor sob pena da impunidade se consolidar, pois o pensamento geral dos brasileiros quanto à internet é que esta na verdade é um “universo paralelo”.

Para que o leitor consiga confluir todas as ideias alinhavadas, imperioso que se coloque no lugar da vítima de uma ofensa anônima na internet: você no mínimo gostaria de identificar o ofensor, não?

Buscando esta identificação, necessário aqui pontuar em breves linhas que o IP (*Internet Protocol*) nada mais é que uma numeração atribuída a toda conexão na Internet. Tal atribuição é feita por um Provedor de Conexão (VIVO, OI, TIM, SERCOMTEL são exemplos de provedores de conexão) de modo que este número de IP atribuído ao usuário é o único naquele momento em todo o mundo.

Para melhor elucidação: toda vez que alguém se conecta na Internet, um provedor lhe fornece um número de IP (cujas máscara é “999.999.999.999”), sendo que necessariamente ao ser requisitado, serão mantidos *logs* (registros) de qual *login* (usuário) se conectou. Via de regra, sempre será vinculado a um CPF ou CNPJ.

Em outras palavras, um número de IP sempre será atribuído a um usuário e os provedores deverão manter registros quanto ao horário que a conexão se iniciou bem como marcar seu respectivo término. Ocorre que, embora sempre tenha sido a prática dos provedores de conexão manter os referidos logs, não havia até a aprovação do Marco Civil da Internet quaisquer leis que obrigava tal conduta ou especificasse o tempo em que estes registros deveriam ser armazenados.

O histórico da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet que passou a vigorar no final de junho de 2014) nos remete ao final da década de noventa, período este em que a Internet se difundiu por nosso país. Desde então inúmeros projetos de Lei foram propostos em no Congresso Nacional, sendo que o Projeto de Lei 2.126/2011 (o que redundou na supracitada lei) acabou por reunir e discutir outros 39 projetos.

Na prática o Marco Civil é a positivação do que já era entendimento majoritário em nossa jurisprudência com o diferencial que enfim se define prazos para o armazenamento de registros de seus usuários, tanto para os provedores de conexão quanto aos de aplicações:

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Frise-se que em ambos dos casos deverão ser armazenados tão somente dados referentes ao início e término da conexão ou no caso das aplicações informações à data e hora vinculado ao IP, respeitando-se a privacidade do usuário quanto ao conteúdo visualizado por este, conforme estabelecido na lei:

Art. 5o Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

Sendo assim, não há que se falar em violação a intimidade ou privacidade, pois o Marco Civil da Internet é taxativo quanto à proteção destas garantias fundamentais ao passo também em que o legislador acerta ao não fazer referência ao anonimato, haja vista que a própria Constituição tutela a vedação do mesmo.

A Internet tão somente é um novo *modus operandi* para se propagar a consagrada liberdade de expressão, viga mestra do atual Estado Democrático de Direito. Entretanto a livre manifestação do pensamento deverá ser mitigada a partir do momento em que o autor se fizer valer de um suposto anonimato, algo impossível se tratando de Internet haja vista os 'rastros' que a mesma mantém de seus usuários, seja através de registros de conexão ou de aplicativos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1978.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BERGER, Peter. *Perspectiva sociológica*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes; **MENDES**, Gilmar F; **SARLET**, Ingo W.; **STRECK**, Lenio L (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo Saraiva/Almedina, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Processo de Execução e Cautelar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *O Direito à privacidade na Internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004..

HOBBSBAWN, Eric. *O Novo Século*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000.

IANNI, Otávio. *Teorias da globalização*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. de Carlos Irineu da Costa. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2008.

MELLO, Celso Albuquerque. *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 25. ed. São Paulo: Editora Leud, 2010.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2006.

VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

CAPÍTULO 2

Administração pública e os dilemas do Estado contemporâneo

PROGRAMA FEDERAL “MAIS MÉDICOS” E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA RESPOSTA AO CLAMOR POPULAR

Elaine Cristina Soares²⁶⁸

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Administração Pública e os Dilemas do Estado Contemporâneo

RESUMO

O presente artigo objetiva estudar o direito fundamental à saúde, a sua classificação dentro do conceito de mínimo existencial e a necessidade de dar efetividade ao mesmo por meio de políticas públicas, bem como a implantação do direito fundamental à saúde por meio do programa do Governo Federal denominado “Mais Médicos”. Considerando a atual repercussão do programa federal “Mais Médicos”, pretende-se situar tal ação governamental dentro do conceito de “políticas públicas”, buscando demonstrar que as políticas públicas são a forma de atendimento pelo Estado do direito fundamental à saúde, esclarecendo, deste modo, porque os clamores populares conseguiram a atenção do Estado e foram atendidos por meio do programa “Mais Médicos”.

Palavras-chave: Direito à saúde; Políticas Públicas; Programa Federal “Mais Médicos”.

ABSTRACT

This article aims at studying the fundamental right to health, its classification within the concept of existential minimum and the need to give the same effectiveness by means of public policies, as well as the implementation of the fundamental right to health through the Federal Government program called "more doctors". Considering the current impact of the federal program "more doctors", it is intended to situate such governmental action within the concept of "public policy", seeking to demonstrate that public policies are shaped by the State service of the fundamental right to health, thus explaining why the popular outcries managed to the attention of the State and were assisted through the program "more doctors".

Key-words: Right to health. Public Policies. Federal Program "More Doctors"..

²⁶⁸Advogada. Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Londrina. Láurea Acadêmica pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em “Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho” pela Faculdade Arthur Thomas de Londrina. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Professora universitária na Faculdade Catuaí de Cambé-PR. e-mail: <elainesoaresadv@hotmail.com>.

1. INTRODUÇÃO

Por meio do presente artigo objetiva-se estudar o direito fundamental à saúde fazendo um breve relato de sua evolução histórica com o fito de identificar o seu atual estágio e entender algumas razões que levam à sua atual inefetividade. Também pretende-se estudar o conceito de mínimo existencial, situando dentre deste conceito o direito à saúde, e as políticas públicas, traçando uma correlação entre estes institutos, indicando a implantação das políticas públicas como forma de dar efetividade ao direito à saúde.

Nesta conjuntura em que se analisa o direito fundamental à saúde e a sua implementação por meio de políticas públicas, surge um importante fato que ganhou grande relevo no atual cenário brasileiro: o famigerado programa do Governo Federal denominado “Mais Médicos” e o projeto “Mais Médicos para o Brasil”. Um programa prevendo diversas ações voltadas à implementação da política pública voltada para a satisfação do direito à saúde.

Considerando isto, pretende-se discutir o direito à saúde enquanto direito fundamental, a sua inclusão dentro do conceito de mínimo existencial e a necessidade de dar efetividade ao direito à saúde por meio de políticas públicas e dada a atual repercussão do programa federal “Mais Médicos”, pretende-se situar tal ação governamental dentro do conceito de “política pública” buscando esclarecer porque as políticas públicas são a forma de atendimento pelo Estado do direito fundamental à saúde e porque os clamores populares conseguiram a atenção do Estado e foram atendidos por meio do programa “Mais Médicos”.

Ainda, pretende-se discutir se a discricionariedade da Administração Pública na implantação do programa em referência.

2. METODOLOGIA

Para a construção deste texto foi utilizado o método dedutivo, realizando-se uma pesquisa bibliográfica.

3. O DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde é universalmente reconhecido como direito subjetivo fundamental. Entretanto, nem sempre foi assim, sendo sua origem bastante recente.

Na Idade Média a doença era considerada um “castigo divino” e tratada pelos padres, a quem incumbiam o “direito” de fazer as curas. Apenas a partir do século XIII é que os hospitais começaram a se secularizar, nada obstante o clero ainda atuasse na cura dos doentes. Mas, ainda assim, até pouco antes do período industrial os hospitais não eram locais adequados para a busca de uma saúde digna, sendo que neste período os doentes eram inclusive isolados da sociedade.

Foi com a Revolução Industrial que este quadro começou a se alterar. A partir do momento em que o proletariado passou a reivindicar melhores condições de trabalho ocorreram consideráveis melhorias na saúde das pessoas em seu âmbito laboral. E iniciados estes movimentos reivindicatórios, prevalece até hoje esta busca pelo reconhecimento e efetividade do direito à saúde (VENDRAME, 2011, p. 4).

Com o surgimento da ONU (Organização das Nações Unidas) e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem a saúde passou a ser considerada direito fundamental de todo e qualquer cidadão, independentemente de raça, credo,

classe econômica ou política. A partir daí foram criados diversos órgãos destinados à implementação dos direitos humanos, sendo que em relação ao direito à saúde foi criada em 1946 a OMS (Organização Mundial da Saúde).

No Brasil, o direito à saúde ganhou *status* de direito social fundamental apenas com a Constituição Federal de 1988. Consoante esclarece Vendrame, no Brasil o direito à saúde enquanto direito social sempre foi relegado a um segundo plano, herança de um passado de mais de 150 anos de cultura escravagista, de diferenças sociais e de desrespeito ao ser humano; “não se pensava em direitos sociais diante de uma realidade que sequer reconhecia a importância dos direitos civis e políticos”, sendo que mesmo após o fim da escravidão, essa realidade de “preconceitos e de participação política restrita se manteve até meados de 1930”, quando após a quebra da bolsa de Nova York passou-se a repensar o modelo de Estado, passando a surgir um Estado do “bem-estar social” (2011, p.9).

Neste mesmo sentido, Barroso (2009, p. 12-14) traz a trajetória do direito à saúde no Brasil:

A trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se no século XIX com a vinda da Corte portuguesa. Neste período, eram realizados apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. É somente entre 1870 e 1930 que o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial. Apesar dos abusos cometidos, o modelo “campanhista” obteve importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro. Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 30, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública. Criam-se os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns destes IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuíram para os institutos de previdência.

Ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. Vinculados aos INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde.

No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública.

Foi só com a Constituição Federal de 1988 que o direito à saúde foi consagrado no rol dos direitos sociais e erigido à categoria de direito fundamental. Antes da Constituição Federal de 1988 já existiam políticas públicas em saúde, todavia, concebidas de forma precária e sem condições de se tornarem efetivas.

A partir de 1930, a partir do processo de industrialização, foram implantadas as

primeiras políticas sociais, porém até 1960 eram voltadas para a criação de condições sanitárias mínimas para as populações urbanas e, em menor grau, para as rurais. O “Ministério da Saúde” foi criado somente em 1953 a partir de um desmembramento do até então “Ministério da Saúde e Educação”. Nesta época as políticas públicas eram realizadas em dois setores: o de “saúde pública” e o de “medicina previdenciária”.

Em 1966 houve uma reestruturação com um declínio da “saúde pública” e um crescimento da “medicina previdenciária”, predominando a participação da Previdência Social nas políticas de saúde. Implantou-se um modelo que privilegiava o produtor privado.

Em 1980 começou um movimento pela “reforma sanitária” que culminou na criação do SUDS (Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde) em 1987 e no SUS (Sistema Único de Saúde) em 1988 por força da Constituição Federal. Ocorreram mudanças que fortaleceram o setor público e a universalização do atendimento mediante a redução do papel do setor privado na prestação de serviços à saúde. Estas mudanças não foram acompanhadas, todavia, da sua devida operacionalização, de modo que não houve significativa melhoria das condições de saúde da população.

Em 1990 foi criada a lei 8.080 que regulamentou o SUS, assim concebido como um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. Foi criado um modelo operacional baseado na universalidade e na equidade. Visou-se atender o texto constitucional que pretende um “novo modelo de saúde voltado para as necessidades da população, procurando resgatar o compromisso do Estado para com o bem-estar social, especialmente no que se refere à saúde coletiva” (VENDRAME, 2011, p. 14).

Buscou-se atender o texto constitucional que prevê a saúde como dever do Estado e um direito a ser garantido por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196 da CF/88).

4. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E MÍNIMO EXISTENCIAL

O direito à saúde é um direito correlato ao direito à vida e vinculado diretamente à ideia de dignidade da pessoa humana, posto que se trata de uma das condições necessárias para assegurar a sobrevivência do ser humano em condições dignas. Trata-se do “mínimo vital”, o mínimo necessário para a garantia da vida humana.

O direito à saúde mostra-se, assim, necessariamente atrelado à ideia de “mínimo existencial”, visto que este último deve ser “compreendido como todo conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável” (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 25).

Entretanto, para que possa ser considerado “mínimo existencial” necessário que tenha *status* de direito fundamental, visto que somente a partir desta condição de direito fundamental é que se torna possível exigir do Estado providências que assegurem a concretização de tal direito.

Os direitos fundamentais ocupam posição de caráter normativo supremo

dentro do Estado, de caráter inafastável e de aplicabilidade imediata. Os direitos fundamentais exigem do Estado providências concretas para a sua efetivação. E diante da proteção constitucional que os institui ou protege, devem ser objeto de efetiva aplicação (na forma do §1º, do art. 5º, da CF/88).

Em nosso ordenamento jurídico foi a Constituição Federal de 1988 que elevou o direito à saúde à condição de direito atribuindo-lhe *status* de direito social, consagrando-o dentro da ideia de “mínimo existencial”, isto é, dentro da ideia de que se trata de um direito que deve ser perseguido por meio de um conjunto de prestações a serem realizadas pelo Estado com o fito de garantir os “bens materiais e imateriais, além das utilidades básicas indispensáveis ao desenvolvimento autônomo e digno da pessoa humana” (CAMBI, 2009, p. 393).

Referido direito fundamental, de caráter subjetivo que é, passou a corresponder também a um dever do Estado. De acordo com a Constituição Federal de 1988 (art. 196), a saúde é dever do Estado e um direito a ser garantido por meio de “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”. Neste sentido Mendes destaca:

Incluído no âmbito da seguridade e ostentando o status de direito fundamental, com referência expressa no caput dos artigos 6º e 196 da Constituição, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Configura um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, ao qual é imposto o dever de prestá-lo... (MENDES, 2009, p. 1421).

Trata-se de direito cuja efetividade deve ser assegurada pelo Estado que deve agir neste intento por meio de políticas públicas, vez que as políticas públicas são o meio adotado para o planejamento e execução dos serviços públicos.

5. O DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS

A saúde, segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde) deve ser compreendida como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social” e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.

Dito isto, tem-se que o direito à saúde não é algo que possa ser alcançado pelo ser humano isoladamente. Infelizmente, o ser humano isoladamente não consegue prover todos os meandros que envolvem a satisfação destas necessidades que irão proporcionar este “completo estado de bem-estar físico, mental e social”. E para que seja possível a consecução deste direito é imprescindível a intervenção do Estado que deve atuar através de políticas públicas.

As políticas públicas possuem ligação direta com a noção de Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito possui como valor fundamental a “dignidade da pessoa humana” e funda-se em imperativos axiológicos de moral e justiça. A atual concepção de Estado Democrático de Direito impõe à ordem jurídica e à atividade estatal a concretização dos direitos fundamentais, posto que fundantes do seu ideal.

No Estado Democrático de Direito é obrigação estatal a implementação de

ações que resguardestem os direitos fundamentais.

O atual Estado Democrático de Direito prevê em seu texto constitucional normas que estabelecem um direito público subjetivo de natureza prestacional, impondo ao ente público atuações positivas. São os denominados direitos sociais prestacionais, voltados à melhoria das condições de vida e à consecução da igualdade material e da justiça social, dentre os quais se insere o direito à saúde.

E a implementação destes direitos prestacionais se dá por meio de “políticas públicas”, que são representadas por ações do Estado de intervenção do Poder Público na vida social. Neste sentido, Lima esclarece que “políticas públicas” são:

[...] atividades estatais destinadas a instituir órgãos, entidades, bens e serviços que concretamente proporcionem aos seus beneficiários, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva. (LIMA, 2011, p. 346)

Por meio das políticas públicas o Estado implementa as declarações contidas nas normas, de modo a dar aplicabilidade prática a conceitos meramente teóricos ou formais, visando concretizar os direitos fundamentais.

Políticas públicas “são ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos” (SANTIN, 2013, p; 21).

É neste contexto que se insere o programa federal denominado “Mais Médicos”. Trata-se de um programa que se insere dentro da política pública voltada para a saúde. Trata-se de um programa que visa atender uma finalidade legal: a de dar efetividade ao direito à saúde por meio de ações governamentais, visto que é dever do Estado garantir o direito à saúde.

Consoante Santin, as políticas públicas são instrumento através do qual são executadas as normas legais ou constitucionais (2013, p. 21). É o instrumento através do qual o Estado dá concretude aos direitos sociais.

As políticas públicas são o meio pelo qual o Estado tenta atender as demandas sociais, ajustando o atendimento das necessidades da sociedade aos recursos financeiros disponíveis do Estado.

Segundo Bucci, “políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes politicamente determinados” (2002, p. 239).

São diretrizes para ações sociais traçadas pelo Estado e que envolvem procedimentos, planejamentos e planos para a aplicação dos recursos do Estado voltados para o atendimento das demandas sociais e do mínimo necessário para garantir a sobrevivência digna das pessoas.

São, deste modo, a forma por meio da qual o Estado planeja e acaba por destinar seus recursos ao atendimento dos direitos sociais mínimos de toda uma coletividade, dando efetividade aos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal.

O Estado não pode sob o argumento de escassez orçamentária deixar de garantir os direitos sociais mínimos, vez que estes integram o que se conceitua como sendo o mínimo vital, o mínimo necessário para assegurar uma existência condigna a todo ser humano. E devido à escassez orçamentária, os recursos disponíveis do Estado são destinados ao atendimento destes direitos não

individualmente considerados e sim dentro de um programa de governo que visa dar atendimento ao direito em tela através de ações que por meio de uma justa aplicação dos recursos deem efetividade aos direitos sociais de modo amplo.

6. AS ATUAIS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

Como visto, o direito à saúde é um direito fundamental que inclusive integra o que se consagrou chamar de “mínimo existencial”. E sendo direito fundamental exige do Estado ações tendentes à concretização e efetividade deste direito. Ações que devem ocorrer dentro de um planejamento e de um conjunto de medidas a que se denomina “política pública”.

É dentro da política pública voltada à saúde que se insere o SUS (Sistema Único de Saúde) e o recente programa do governo federal denominado “Mais Médicos”.

Trata-se de um programa que se insere dentro da política pública voltada para a saúde. Trata-se de um programa que visa atender uma finalidade legal: a de dar efetividade ao direito à saúde por meio de ações governamentais, visto que é dever do Estado garantir o direito à saúde.

Inicialmente o SUS (implantado por força da Constituição Federal de 1988) não conseguiu atender os preceitos normativos, deixando de atender por meio de uma política pública efetiva o direito à saúde. Com relação ao SUS, verificou-se o descumprimento dos dispositivos constitucionais e legais, bem como certa omissão do governo federal na regulamentação e fiscalização das ações de saúde em geral.

O SUS foi previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 198) e efetivamente criado pela lei 8.080 de 19/09/1980.

CF/88 - Art. 198 - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Foi concebido como um “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 4º da lei 8.080/80).

Ao SUS foram impostas amplas e abrangentes atribuições, previstas no art. 6º da lei em referência, dentre as quais é de se destacar a execução de ações de vigilância sanitária, de vigilância epidemiológica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde, a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção, o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde, o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico, a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

E compreende-se como vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários

decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo e o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

Foi criado um sistema de base universalista, descentralizado e dotado de controle e participação social a ser executado nos âmbitos federal, estadual e municipal, onde cada ente possui competências diferenciadas. Neste sentido Silva esclarece:

O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização com direção única em cada esfera do governo, do atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito pessoal, de um lado e de direito social coletivo, de outro. (2009, p. 831)

Apesar da atuação descentralizada das esferas federal, estadual e municipal foram atribuídas competências comuns a todas as instâncias do Poder Público, tal como definido no art. 15 da lei 8.080/80.

Nada obstante a abrangência da norma que instituiu o SUS, observou-se sua insuficiência prática no cumprimento do desiderato constitucional: prestação de serviços voltadas à concretização do direito à saúde. Várias dificuldades são apontadas, conforme dados obtidos do Ministério da Saúde e contidas no documento “HUMANIZA SUS: documento base para gestores e trabalhadores do SUS”, disponível no web site do Ministério da Saúde, dentre as quais:

A fragmentação do processo de trabalho e das relações entre os direitos profissionais; a falta de complementaridade entre rede básica e o sistema de referência; precária interação nas equipes e despreparo para lidar com a dimensão subjetiva nas práticas de atenção; baixo investimento na qualificação dos trabalhadores e no fomento à co-gestão e, ainda, desrespeito ao direito do usuários (<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sas/humanizasus>, acesso em 11 nov.213).

Deste modo, a insuficiência do SUS no cumprimento do desiderato constitucional impediu fosse alcançada a efetividade do direito à saúde concedido aos indivíduos gerando uma grande insatisfação popular.

E a insatisfação da população no Brasil com o não atendimento ao direito à saúde surgiu claramente demonstrado na sequencia de protestos e movimentos populares surgidos no cenário nacional brasileiro a partir de junho de 2013, por meio dos quais a população clamou pelo atendimento de necessidades básicas e urgentes, dentre elas, o direito à saúde.

Surgiu neste cenário a medida provisória nº 621/2013, convertida posteriormente na lei nº 12.871 de 22/10/2013, que criou o famigerado programa “Mais Médicos” visando o atendimento desta política pública voltada ao atendimento

do direito à saúde.

7. O PROGRAMA FEDERAL “MAIS MÉDICOS”

A lei nº 12.871 de 22/10/2013 (criada a partir da medida provisória nº 621/2013) criou o programa “Mais Médicos” em atenção a uma nova política pública voltada ao atendimento do direito à saúde.

Este programa trata da autorização para instalação de cursos de medicina no país e traça novas diretrizes para formação do médico brasileiro para aqueles que ingressarem em cursos de medicina após 1º de janeiro de 2015. Este programa também criou um projeto a que se denominou “Mais Médicos para o Brasil” por meio do qual a prestação de serviços de saúde passou a ser oferecida também por médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras, por meio de “intercâmbio médico internacional” e não apenas por médicos brasileiros ou médicos estrangeiros com diplomas revalidados. Foi criada a figura do médico intercambista que é aquele formado em instituição de educação superior estrangeira com habilitação para exercício da medicina no exterior e que passou a poder trabalhar no Brasil, no âmbito do “Projeto Mais Médicos para o Brasil” mediante apenas a apresentação de diploma expedido por instituição de educação superior estrangeira, a apresentação de habilitação para o exercício da medicina no país de sua formação e demonstração de conhecimentos de língua portuguesa.

A criação do projeto teve por premissa básica a ausência de médicos em 700 municípios espalhados pelo país e que aparentemente não estava sendo suprida.

Por força do aludido projeto, o Brasil, por meio do Ministério da Saúde firmou com a OPAS - Organização Panamericana de Saúde, da OMS - Organização Mundial da Saúde um Termo de Ajuste ao 80º Termo de Cooperação Técnica para desenvolvimento e ampliação do acesso da população brasileira à atenção básica de saúde. A OPAS - Organização Panamericana de Saúde – é um organismo que pertence à OMS - Organização Mundial da Saúde – e que possui representação em território nacional brasileiro.

O termo teve como objeto a participação de médicos cubanos no projeto “Mais Médicos para o Brasil” e ganhou críticas ferrenhas. O termo de cooperação prevê, dentre outros assuntos, que compete ao governo brasileiro garantir aos médicos participantes todos os documentos migratórios pertinentes e necessários para a permanência do estrangeiro em território nacional, a abertura de conta corrente, a inscrição no cadastro de pessoa física, a inscrição provisória no CRM - Conselho Regional de Medicina, o oferecimento de cursos de especialização por instituição pública de ensino superior, pelo prazo de três anos, uma bolsa-auxílio aos médicos cubanos, um período de 30 dias de recesso por ano sem prejuízo da bolsa-auxílio e, ainda, transporte dentro do território nacional, segurança, saúde, e, em caso de morte, repatriação do corpo, mediante liberação da documentação de suporte.

À Organização, por seu turno, caberá, além de apoio logístico e técnico para implementação do programa, a seleção dos médicos cubanos à vista de determinados requisitos específicos previamente disciplinados no termo, bem como cobertura securitária e de seguridade social.

Tal programa ganhou críticas ferrenhas e a legislação que o instituiu tem sido alvo de ações diretas de inconstitucionalidade (ainda sub judice) e outros questionamentos judiciais. Questiona-se a inconstitucionalidade da implementação do programa por meio de medida provisória (ao invés de legislação ordinária de

iniciativa do Poder Legislativo). Também questiona-se a constitucionalidade da dispensa de revalidação do diploma de médicos estrangeiros.

Além destes questionamentos, ainda se perquire acerca da eficiência das medidas tomadas considerando o contexto social e orçamentário.

Questiona-se a discricionariedade da Administração Pública em adotar tal programa que mostra evidências de afronta aos princípios da razoabilidade, da eficiência e daqueles próprios do SUS: acesso universal e igualitário ao serviço público de saúde.

Também critica-se a forma pela qual foi implantado o programa de governo, pois, ao que consta, o governo Federal não ouviu importantes segmentos da sociedade civil, nem técnicos do governo, nem a Agência Reguladora e nem mesmo o Legislativo.

Tais questionamentos jurídicos realmente pertinentes dão à medida aparência de ato de mera “politicagem”, mormente porque o programa surgiu após a expressiva onda de protestos e manifestações que eclodiram em todo o território nacional a partir de junho de 2013.

Sem embargo das discussões acerca do mérito do programa (e que não são objeto do presente estudo), o que se observa é que a criação do programa (embora em desatenção à democracia participativa e em desatenção aos princípios retro enumerados, bem como possivelmente eivado de vícios outros) mostra-se como medida adequada considerando o contexto jurídico, social e histórico em que insere. A medida eleita – adoção de uma nova política pública – mostra-se como a medida apropriada, embora questionável o mérito do programa.

Considerando que o direito à saúde é um direito fundamental social de ordem prestacional que inclusive integra o que se consagrou chamar de “mínimo existencial”, trata-se de direito que nesta condição deve ser implementado por políticas públicas, posto que, como visto, é dever do Estado implementar ações tendentes à concretização e efetividade do direito à saúde.

Consoante o escorço histórico retro, no Brasil as políticas públicas voltadas à saúde jamais foram efetivas e o direito à saúde foi alçado ao status de direito social fundamental somente com a Constituição Federal de 1988 que criou o SUS (Sistema Único de Saúde), órgão criado como meio para a implementação da política pública voltada para a saúde, o qual, contudo, tem se mostrado ineficiente.

Ocorre, entretanto, que a Constituição Federal tornou possível exigir-se do Estado a implementação do direito à saúde, situação que certamente motivou as medidas tomadas pelo governo federal no atual momento histórico em atendimento ao clamor popular.

Mas e a adoção do atual programa se insere dentro da discricionariedade da Administração Pública?

8. O PROGRAMA FEDERAL “MAIS MÉDICOS” COMO FRUTO DAS MANIFESTAÇÕES POPULARES

Antes da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde não era direito social fundamental, de aplicabilidade imediata e que gerava um dever por parte do Estado, muito embora já fosse um direito assegurado a todos os indivíduos por força até da Declaração Universal dos Direitos do Homem (à qual remonta a instituição deste direito).

É recente a elevação do direito à saúde ao status de direito social fundamental, sendo igualmente recentes as atuais características concedidas a este

direito: as de universalidade e equidade e também sua natureza pública.

Reza o art. 196 da Constituição Federal de 1988:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como visto, até então o direito à saúde não tinha que observar os critérios da universalidade e equidade, visto que estes foram instituídos pela Constituição Federal de 1988. Até então a prestação de serviços de saúde era prestada de forma preponderante pelo setor privado e em menor proporção pelo setor público, muito embora, desde há muitos anos exista no Brasil política pública voltada à saúde (desde que consagrado o direito à saúde como direito de todos os indivíduos).

Entretanto, sem as atuais características de universalidade, equidade e de serviço essencialmente público e, principalmente, sem a condição de direito fundamental social (que integra a ideia de mínimo existencial e exige prestações por parte do Estado) qualquer manifestação popular seria inexpressiva, eis que não encontravam um respaldo jurídico apropriado.

Atualmente tal não se apresenta, as manifestações da sociedade exigindo que se dê efetividade ao direito à saúde (dentre outros) encontra guarida no nosso ordenamento jurídico, sendo possível a tomada de medidas que podem compelir o Estado à tomada de providências concretas. É possível exigir do Estado que implemente políticas públicas ou dê efetividade às já existentes de forma a dar efetividade ao direito à saúde em cumprimento ao dever prestacional do Estado.

No entanto, individualmente, não seria possível fazer-se tal exigência, ainda que judicialmente. Por maior que seja o clamor social, o cidadão não está autorizado a vindicar individualmente providências tendentes a satisfazer apenas o seu direito à saúde. Tem-se consagrado a ideia de que o Poder Judiciário não poderia se imiscuir na discricionariedade do Poder Executivo determinando a prática de ações individuais tendentes a tutela de uma ou outra pessoa que batesse às portas do Judiciário.

Souza ao tratar do ativismo judicial em relação à “judicialização do SUS” em ações individuais que buscam o direito à saúde individualmente considerado em relação a determinadas pessoas em casos concretos adverte que nestes casos o Poder Judiciário não poderia intervir para assegurar especificamente a um ou outro indivíduo providências para concretizar o direito à saúde, pois do Estado somente é possível exigir que se dê concretude ao direito à saúde através de políticas públicas.

Souza ainda esclarece que a Administração Pública deve sempre observar os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência expressos no art. 37 da Constituição Federal, sendo que em determinadas ações individuais é possível que sejam violados os princípios da legalidade e da impessoalidade, visto que haverá o atendimento de apenas um indivíduo através da demanda judicial quando a lei exige que a Administração Pública observe o princípio da impessoalidade.

Ademais, é possível que se invada a área de discricionariedade da Administração Pública que possui autoridade para escolher a oportunidade e a conveniência da prática de atos administrativos, dentre os quais os tendentes à

satisfação do direito à saúde.

Souza adverte que “a Lei outorga ao administrador público a discricionariedade para decidir, face aos dados disponíveis, a opção mais apta a realizar o interesse público”, de modo que, tratando-se de ato administrativo discricionário, “ao Poder Judiciário é vedada a violação do mérito do ato administrativo, sob pena de invadir a esfera de autonomia legalmente conferida à Administração para decidir segundo uma estimativa da situação, pautando-se por critérios de conveniência e oportunidade” (2011, p. 254).

No entanto, conclui e ressalva que a tutela jurisdicional é adequada quando há omissão ou falta de política pública implementada pelo Estado. A insuficiência destas políticas, a insuficiência do atendimento ou da disponibilidade do serviço “são situações que autorizariam a interferência Judiciária para garantir, acima de tudo, o direito à saúde” (p. 254).

Tem-se, então, que o direito à saúde deve ser implementado pelo Estado por meio de políticas públicas e somente na ausência de implementação destas ou de insuficiência destas é que seria possível acionar o Poder Judiciário vindicando medidas concretas para dar efetividade ao direito à saúde de todos os indivíduos em geral. Medidas individuais, além de ter extensão restritas, devem ser evitadas, pois o dever prestacional do Estado deve ocorrer no âmbito de uma política pública e não relacionado a ações individuais que favoreçam apenas aquele postulando em Juízo a preservação do seu direito à saúde.

Deste modo, por vias transversas, os movimentos populares clamando por melhorias no atendimento ao direito à saúde de todos em geral acabou exigindo do Estado algo que as pessoas não conseguiriam isoladamente ainda que por via judicial, mormente porque não possuem legitimidade para vindicar uma tutela coletiva. Os movimentos populares ensejam a criação de nova política pública voltada para atendimento do direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988 assegurou ser direito dos indivíduos e dever do Estado a saúde e os meios necessários ao seu asseguramento, promoção e concretização, a qual deve ser concretizada por meio de políticas públicas.

Em razão disto, a criação do programa “mais médicos” veio de encontro ao atendimento do dever estatal de assegurar o direito à saúde, não individualmente, mas através de políticas públicas de abrangência geral.

Adequada, portanto, a implantação da nova política pública em atendimento ao direito à a saúde, situação que insere-se dentro da discricionariedade conferida à Administração Pública. Questionável seria a ausência de adoção de políticas públicas em detrimento de medidas individuais. Implantada a política pública, não mais se discute a discricionariedade do Estado na eleição desta ou daquela política pública, nada obstante seja possível questionar a legalidade de ações determinadas dentro do âmbito da política pública que está sendo implementada.

Embora adequada a eleição pelo Estado de nova política pública, não significa, todavia, tenha sido a medida mais acertada em seu mérito, dado os pertinentes questionamentos jurídicos acerca da questão e dada às fundadas críticas à forma de sua elaboração.

Pertinentes os questionamentos acerca da constitucionalidade da implementação do programa por meio de medida provisória (ao invés de legislação ordinária de iniciativa do Poder Legislativo), acerca da dispensa da revalidação do diploma de médicos estrangeiros e acerca da observância dos princípios da razoabilidade e da eficiência.

Também pertinentes as críticas sobre a forma pela qual foi implantado o programa de governo, pois o governo Federal não ouviu importantes segmentos da sociedade civil, nem técnicos do governo, nem a Agência Reguladora e nem mesmo o Poder Legislativo.

Em razão disto, GONÇALVES entende que as políticas públicas são a forma de distribuição dos recursos do Estado em atendimento às necessidades da população, mas também podem ser conceituadas como “uma forma de exclusão da população na participação das decisões do Estado de forma que o governo usa o capital para manter-se em ascensão e não ter protesto pela sociedade” (2011, p. 55), afirmação que se mostra bem apropriada para o atual momento vivenciado.

9. CONCLUSÃO

O direito à saúde é atualmente concebido em nosso ordenamento jurídico como direito social fundamental e integra o conceito do que se conceituou chamar de “mínimo existencial”. E tratando-se de direito fundamental exige do Estado ações tendentes à concretização e efetividade deste direito, por meio de ações que se denominam “políticas públicas”.

Entretanto, o direito à saúde foi alçado a esta condição somente com a Constituição Federal de 1988, momento a partir do qual passou a ser concebido também como dever do Estado que deve ser assegurado por meio de políticas públicas.

Até então, no Brasil, as políticas públicas voltadas à saúde jamais foram efetivas, posto que o direito à saúde não possuía o atual status de direito social fundamental.

Antes da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde não era considerado direito social fundamental, de aplicabilidade imediata e que gerava um dever por parte do Estado. Também não possuía as características de “universalidade” e de “equidade”, nem sua natureza eminentemente pública, visto que até então a prestação de serviços de saúde se dava de forma preponderante pelo setor privado e em menor proporção pelo setor público.

Neste contexto é que se insere o programa federal denominado “Mais Médicos” e projeto “Mais Médicos para o Brasil”, visto que é um programa de política pública voltado para a saúde. Trata-se de programa instituído para atender uma finalidade legal – a de dar efetividade ao direito à saúde por meio de ações governamentais – e que surgiu como resposta a uma onda de protestos ocorridos no Brasil a partir de junho de 2013.

Mas com a Constituição Federal de 1988 ganhou *status* de direito fundamental e passou a exigir do Estado a criação de políticas públicas de saúde, situação que gerou a criação do SUS, que, todavia, se mostrou ineficiente, gerando as manifestações da sociedade ocorridas a partir de junho de 2013.

Tais manifestações exigindo que se dê efetividade ao direito à saúde (dentre outros) ganharam respaldo jurídico e encontraram uma resposta do Estado.

O clamor popular por ações do Estado que dêem efetividade ao direito à saúde encontra em nosso ordenamento jurídico respaldo, posto que a concretização do direito à saúde pode ser exigido do Estado que deve tomar medidas para tanto, visto que decorre de obrigações legais e agora constitucionais. Todavia, tais medidas estão limitadas à implementação de políticas públicas e não no âmbito de ações individuais, de modo que as manifestações populares, por via transversa, acabaram por exigir do Estado a medida adequada à satisfação do

direito à saúde: a implantação de nova política pública.

As pessoas individualmente consideradas não poderiam se beneficiar isoladamente de decisões judiciais que lhes assegurassem medidas individuais para a preservação ou promoção do seu direito à saúde, sob pena do Judiciário estar imiscuindo-se ilegalmente na seara da discricionariedade do Estado e sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da impessoalidade que regem a Administração Pública.

Embora a implantação do programa federal denominado “mais médicos” tenha sido vista por alguns como medida meramente política e “eleitoreira”, na verdade trata-se justamente da medida possível e cabível a ser tomada pelo Poder Público que em atendimento ao direito à saúde somente pode agir por meio de políticas públicas.

Adequada, portanto, a implantação da nova política pública em atendimento ao direito à saúde, que insere-se dentro do poder discricionário do Estado, o que não significa, todavia, tenha sido a medida mais acertada, dado aos pertinentes questionamentos jurídicos acerca da questão e dada às fundadas críticas à forma de sua elaboração.

Neste contexto, nada mais apropriada do que a própria definição de políticas públicas de que seriam a forma de distribuição dos recursos do Estado em atendimento às necessidades da população, mas também uma forma de exclusão da participação da população nas decisões do Estado como forma de evitar protestos e assegurar a manutenção do poder.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Jan-fev/2009. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 15.12.2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Políticas Públicas: atividade exclusivamente estatal x participação de empresas privadas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. **Política Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 53-71.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Implementação de políticas públicas e efetivação de direitos fundamentais sociais por meio do compromisso de ajustamento de conduta. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. **Política Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 342-361.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTAL DA SAÚDE. Desenvolvido pelo Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br>>, acesso em 11 nov. 2013.

RODRIGUES, Isadora Muller Gradim Moron. Reconstrução dos direitos humanos à luz do princípio da dignidade humana. In: AGOSTINHO, Luís Otávio Vicenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Marim (org.). **Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito**. Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 121-128.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**. 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 13-50.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Gelson Amaro; MATTOS, Karina Denari Gomes de. Ativismo judicial e políticas públicas de saúde: o impacto da tutela jurisdicional de medicamentos no SUS. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. **Política Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 239-257.

VENDRAME, Alan; MORENO, Jamile Coelho. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (org.). **Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 01-19.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA IDOSA NO BRASIL: UM DESAFIO PARA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONTEMPORANEIDADE

Elisa Stroberg Schultz²⁶⁹; Andressa Pacenko Malucelli²⁷⁰; Maria Luiza Descahmps²⁷¹;
Nathalia Calza²⁷² e Denise Stroberg Schultz²⁷³

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Administração Pública e os dilemas do Estado Contemporâneo

RESUMO

O presente trabalho é apresentado como resultado de discussões no Núcleo de Assistência Social, Jurídica e de Estudos sobre a Pessoa Idosa – NASJEPI da Universidade Estadual de Ponta Grossa – PR, onde juntos das atividades e pesquisas desenvolvidas foram analisados os direitos fundamentais da pessoa idosa no Brasil com a perspectiva de proporcionar a categoria maior chance de protagonismo e respeito em nossa sociedade. Junto a esse olhar, observa-se que tais direitos são responsáveis pelas grandes dificuldades do Estado frente à administração pública. Sendo assim, propõe-se um análise sobre quais são esses direitos fundamentais do idoso garantidos e como estão sendo aplicados. A presente pesquisa utiliza-se do método hipotético dedutivo com natureza bibliográfica através de documentação indireta.

Palavras-chave: Idoso, Direitos Fundamentais, Agenda Pública Nacional.

ABSTRACT

Este trabajo se presenta como resultado de las discusiones en el Centro de Asistencia Social, y Estudios Jurídicos sobre la Tercera Edad - NASJEPI Universidade Estadual de Ponta Grossa - PR, donde juntos las actividades e

²⁶⁹ Técnica Jurídica, graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2010), Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, e Mestre pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2013). É professora na graduação do curso de Direito junto a União Latino Americana de Tecnologia – Faculdade de Jaguariaíva (FAJAR) e da Faculdade de Telêmaco Borba (FATEB)

²⁷⁰ Advogada, graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2005) e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR (2008). É professora na graduação do curso de Direito junto a Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

²⁷¹ Acadêmica de Bacharelado em Direito da UEPG e estagiária do projeto de Extensão Núcleo de Assistência Social, Jurídica e de Estudos sobre a Pessoa Idosa.

²⁷² Acadêmica de Bacharelado em Direito da UEPG e estagiária do projeto de Extensão Núcleo de Assistência Social, Jurídica e de Estudos sobre a Pessoa Idosa.

²⁷³ Acadêmica de Serviço Social e estagiária do projeto de Extensão Núcleo de Assistência Social, Jurídica e de Estudos sobre a Pessoa Idosa

investigaciones desarrolladas se analizaron los derechos fundamentales de las personas mayores en Brasil, con la posibilidad de ofrecer una mayor probabilidad de la categoría de liderazgo y respeto en nuestra sociedad Junto con este aspecto, se observa que tales derechos son los responsables de las grandes dificultades de la situación a la administración pública. Por lo tanto, proponemos una revisión de cuáles son esos derechos fundamentales garantizados ancianos y la forma en que se están aplicando. Esta investigación hace uso del método hipotético deductivo con la naturaleza a través de documentación bibliográfica indirecta.

Palabras clave: Derechos Fundamentales de edad avanzada, la Agenda Pública Nacional.

1. INTRODUÇÃO

É possível perceber na história do Brasil um esquecimento da velhice tanto pelo Estado e pela sociedade devido ao próprio sistema que vivenciamos.

As ações do Estado junto a sua administração pública partem da idéia da predisposição da velhice se encontrar junto a uma categoria sem utilidade para a sociedade, seja por não se classificarem como o futuro do país ou como força de trabalho. Foi por muito tempo um segmento esquecido e conseqüentemente vulnerabilizado.

Na contemporaneidade, há aproximadamente vinte anos a partir de pressões de organismos internacionais, e aqui no Brasil como resultante da própria promulgação da Constituição Federal de 1988, Constituição Cidadã, e do Estatuto do Idoso, iniciaram-se os primeiros passos rumo à proteção de uma categoria que já se considerava fora de importância pela produção, mas que por inúmeros determinantes socioeconômicos, culturais e antropológicos não conseguia pertencer à sociedade.

Infelizmente, a preocupação estatal e a inclusão dos idosos como sujeitos prioritários na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso não causaram alteração imediata e significativa na forma de que eram vistos e tratados os idosos brasileiros, e muito menos mudaram o modo de enxergá-los pela sociedade, através da ótica de “peso morto”, ou de uma não participação ativa.

A temática velhice vem ganhando cada vez mais espaço no mundo acadêmico. Contudo, é inegável a existência de conflitos de interesses, quais sejam: ora proteger o idoso, ora dar prioridade ao cruel sistema capitalista voltado à valorização de produção.

Desta forma, partimos do material mais significativo produzido na área para buscar compreender o problema proposto através de pesquisa indireta com cunho bibliográfico e documental. Assim partimos do problema da pesquisa que seria: os direitos fundamentais da pessoa idosa na agenda pública nacional que acabe por mostrar quais são esses direitos, e se são esses direitos que auxiliem com que o idoso sinta-se pertencente à sociedade que esta inserido.

2. METODOLOGIA

A presente pesquisa é de natureza bibliográfica, baseado na

utilização de documentação indireta, por meio de revisão de reflexões legislativas e doutrinárias, como livros, revistas especializadas sobre a temática, periódicos jurisprudenciais, dentre outros, que permitem dar suporte ao texto e suas possíveis conclusões. O método de abordagem a ser utilizado no desenvolvimento da pesquisa será o hipotético-dedutivo. Os procedimentos utilizados contaram com o olhar analítico e o histórico, isto é, analisou-se os direitos da pessoa idosa no Brasil frente a Agenda Pública Nacional, apresentando a relação duas relações junto a suas aplicações.

3. DESENVOLVIMENTO

Em alguns anos, uma grande parcela da população brasileira será idosa, e isso é consequência dos baixos índices de mortalidade e de natalidade verificados nos últimos anos, somados ao desenvolvimento das tecnologias e aos avanços das pesquisas nas áreas da saúde.

Com isso, as pessoas estão alcançando maior longevidade, e procurando incessantemente meios e modos de naturalizar a velhice dentro de uma sociedade voltada à valorização da juventude.

A sociedade, como consequência desse fato, tem experimentado transformações sociais quando se considera o protagonismo do idoso junto à participação na tomada de decisões da administração pública nas questões que emergem desse processo. Sendo assim, temos observado que as temáticas que envolvem a velhice estão assumindo maior visibilidade no âmbito social e estatal, objetivando reflexões, estudos e procedimentos que possam vir a favorecer tratamentos mais inclusivos e garantia de direitos cidadãos para as pessoas que se encontram nesse patamar da vida.

Na história, em nossa cultura, as pessoas eram consideradas velhas quando chegavam aos 40 anos de idade (BERZINS, 2003). Hoje, o enquadramento de uma pessoa nesta classe se dá quando é atingida a idade de 60 anos, conforme a Organização Mundial de Saúde, confirmando a longevidade conquistada nas últimas décadas. (OMS, 2014).

O ciclo de vida do ser humano passa por mudanças gradativas e contínuas no corpo biológico: o nascimento, o crescimento, a fase adulta, o envelhecimento e a morte. Para as ciências biológicas, o organismo envelhece pelo processo gradual de amadurecimento do corpo, ocasionando algumas disfunções e em diferentes graus de intensidade para cada pessoa. (SIMÕES, 1999).

Em vista desses conceitos, o envelhecimento não pode ser tratado como um processo homogêneo para todas as pessoas, pois o modo como se envelhece está intimamente ligado aos hábitos cotidianos de cada indivíduo durante a sua vida e que geralmente são respeitados e resguardados através de direitos fundamentais.

Neri (2008) também contempla um aspecto interessante a ser considerado: as necessidades afetivas que a pessoa desenvolve em todo o ciclo de vida não se dissipam e sempre se manifestam, mas na velhice essas necessidades se acham mais aguçadas: a vontade de viver, a resiliência, a capacidade de vivenciar emoções, entre outras.

Bruno (2003, p. 79-80) ressalta a necessidade da compreensão de que “[...] o tempo da velhice é um tempo de possibilidades de vida”. Então, sendo assim, não se pode “[...] colocar o idoso no tempo passado.”

Enfim, estas considerações nos levam a refletir sobre a complexidade das questões resultantes do processo de envelhecimento na vivência das pessoas, modulados com recentes recursos conceituais, e favorecem o estabelecimento de novas possibilidades de tratar o idoso de forma mais humanizada.

As demandas decorrentes do fenômeno do envelhecimento da população em nosso país estão refletidas nas perversas e excludentes formas de tratamento dispensado aos idosos, gerando a urgência de intervenções, através de ações da sociedade e do Estado, ajustadas às demandas inéditas que surgem no contexto das relações sociais, com a elaboração de novos projetos para o enfrentamento das dificuldades e das fragilidade dessas pessoas a fim de que possam viver dignamente os anos de vida que ainda lhes restam.

No dicionário Aurélio, o termo velhice faz referência à idade avançada, ou à pessoa velha. Ser velho, então, é possuir muito tempo de existência, ser muito idoso. Associado ao termo, o dicionário ainda aponta outros complementos que, além de adjetivar coisas, são utilizados para designar as pessoas: “desusado, antiquado, obsoleto, antigo.” De certa forma, estes adjetivos acabam estigmatizando de modo pejorativo e excludente o idoso dentro das relações sociais.

Esta prática social é lembrada por Guimarães (1997, p. 7): “[...] nos dicionários emocionais da população, velhice é sinônimo de decadência, de decrepitude e de perda de dignidade”.

A velhice para a sociedade moderna, se apresenta como “[...] recusa e banimento, negando ao idoso a possibilidade de ele constituir-se como sujeito” (ALMEIDA, 2003 p. 37).

Então, a velhice construída socialmente perpassa os valores da sua representação enquanto estigma, e a partir desse entendimento, as pessoas procuram formas milagrosas de mascarar os resultados do processo de envelhecimento, sem considerar aspectos mais relevantes, como “[...] mecanismos para ajustar a sociedade ao convívio e acolhimento dos idosos; [...] proteção e inclusão social; [...] garantir-lhes uma melhor qualidade de vida”. (BRUNO, 2003, p. 76)

É, pois acerca desse ponto que Pinheiros e Gomes (2007, p.29 e 30) reconhecem que:

[...] o termo velho é geralmente retratado em um quadro de pobreza e abandono, no qual, o indivíduo é marginalizado, infantilizado e tratado às vezes como inútil. Como coisas velhas que não são recicláveis, são descartados na sociedade do descartável, o velho aponta para esse paradoxo, que é tanto social como psicológico, que é filosófico, ético e também político. Como ele é humano e não pode ser lançado fora, a sociedade tem seus meios sutis de descartá-lo.

Vilas Boas (2005) determina a origem do vocábulo idoso como

sendo derivativo do latim: *aetas*, *aetatis*, *aetatem*, resultando na palavra “idade”. Apenas foi acrescentado o sufixo “oso”, para significar abundância. Então, idoso vai expressar cheio de idade, abundante em idade.

É interessante uma reflexão sobre a nítida contradição que existe entre a origem da palavra idoso e o seu significado no dicionário da língua portuguesa. “Cheio”, “abundante” são expressões que remetem à ideia de algo excepcional, interessante, farto; transmite uma sensação de grandiosidade e imponência. Muito diferente de uma “coisa” obsoleta e fora de uso utilizada para designar pessoas.

Encontra-se freqüentemente nas produções literárias científicas ou populares que tratam dos assuntos relacionados à pessoa idosa, ora o termo “velho”, ora “idoso”, considerando para estas colocações os aspectos relacionados a partir da idade cronológica e das modificações físicas características do processo de envelhecimento biológico.

Vilas Boas (2005 p.3) vai proceder a uma discussão interessante sobre as semelhanças entre os termos velho e idoso, usados aleatoriamente, mas, em certas circunstâncias, com a intenção de afrontar uma pessoa pela sua idade:

[...] são dois termos quase sinônimos, por analogia, uma vez que o processo de envelhecimento afeta a todos, avança com a faixa etária de todos os vivos, mas de modos distintos em tempo e espaço. Velho, porém, é um termo mais depreciativo, se visto na sua pura conotação unívoca, na consequente perda de sentidos e vigor. Há idoso no seu quase pleno vigor e não há velho que não tenha experimentado a fraqueza orgânica visível.

A ideologia sociocultural da contemporaneidade não reconhece o valor social dos seus idosos. Isto se torna um grande problema, na medida em que, como afirma Moragas (1997), as pesquisas na área da geriatria e a gerontologia tem se preocupado em melhorar a vida dos idosos, tanto quantitativa como qualitativamente. Mas a sociedade tende a valorizar a exuberância da juventude como modelo social, e não se dá conta de que as questões que emergem na mesma proporção em que os idosos estão aumentando no cenário social não estão sendo resolvidas, como se as pessoas que envelhecem deixassem de existir socialmente.

Do ponto de vista de Beauvoir (1990 p 13 e 14), a velhice deve ser considerada segundo o contexto social e a maneira como a vida foi vivida:

[...] a sociedade determina o lugar e o papel do velho, levando em conta suas idiossincrasias individuais: sua impotência, sua experiência; reciprocamente, o indivíduo é condicionada pela atitude prática e ideológica da sociedade à seu respeito. [...] uma descrição analítica dos diversos aspectos da velhice não pode ser suficiente; [...] é o movimento de circularidade que temos de apreendê-la.

Esta consideração reafirma a ideia de que não se pode considerar os idosos somente como uma categoria estática dentro da sociedade, pois cada pessoa, ao envelhecer, leva consigo toda a vivência adquirida no seu contexto

histórico. Sendo assim, cada idoso é uma história que precisa ser ouvida com atenção e respeito, e atendida conforme suas expectativas próprias. O primeiro ponto relevante a ser considerado é que, a maneira como a pessoa vive nas fases da vida que antecedem a velhice, pode influenciar de modo incisivo a fase do envelhecimento.

Chega-se à velhice com toda a "bagagem" adquirida durante toda a vida, tanto a física como a emocional. Apesar das mudanças na aparência física, a mente continua com amplas possibilidades de continuar na ativa. Mesmo cada pessoa envelhecendo de maneira única e particular, a sociedade qualifica e generaliza como se as pessoas passassem magicamente para uma categoria; e a partir dos 60 anos é considerado um idoso, ainda que esteja em plenas atividades na sociedade (VIANA, 2008).

A autora vai mais além, e responsabiliza a sociedade pelo tratamento desumano dedicado aos idosos, a partir do instante em que o seu destino lhe é atribuído e imposto; as pessoas idosas recebem tratamento análogo a material descartável, e o humanismo apregoado no âmbito das relações sociais não passam de fachada; as questões que resultam desse descaso ficam envoltas em um silêncio deliberado, não considerando as angústias dos velhos na hora em que são excluídos socialmente. E ainda, o fato de que "[...] a sociedade só se preocupa com o indivíduo na medida em que ele produz" (BEAVOIR, 2009, p. 303).

Como um pedido de socorro em nome dos idosos, Beavoir (2009, p.302-303) deixa transparecer a sua indignação – que é a de todos nós – pelo fato de que a sociedade precisa preparar o seu futuro, deixando muitas possibilidades para que "[...] o homem continue sendo homem quando velho":

Quando se chega a compreender o que é a condição dos velhos, já não é mais possível contentar-se com exigir uma "política da velhice" mais generosa, um aumento das pensões, moradias saudáveis e lazers organizados. É o sistema todo que está em jogo e a reivindicação não pode deixar de ser radical: é preciso mudar a vida.

Diante dessas considerações, a concepção da velhice construída socialmente sugere ações e comportamentos que devem ser reconstruídos e reinterpretados nas relações sociais, uma vez que destes relacionamentos, certamente irão surgir trocas de conhecimentos e garantias de direitos fundamentais buscando a cidadania plena.

3.1. Direitos Fundamentais da Pessoa Idosa

Considerando-se o tratamento dispensado ao idoso na atualidade, e como se estabelecem as relações internas entre as gerações em nossa sociedade, é pertinente pontuar a experiência de interferências externas que podem influenciar na transmissão dessas gerações, dentro da estrutura familiar e do papel social que os idosos ocupam na sociedade.

A velhice vem despertando atenção e exigindo ações imediatas nas diversas áreas do saber e do relacionamento humano, no sentido de compreender e intervir com cientificidade e com especificidade neste novo rosto da sociedade

brasileira, que além das rugas que podem ser facilmente visualizadas, carregam aspectos ocultos que exigem intervenção e esforço maior de promoção da justiça social, com ações reflexivas na subjetividade do cotidiano dessas pessoas que se encontram nesse patamar da vida. A perspectiva deve abranger a compreensão dos processos que envolvem a sua vivência no âmbito da sociedade e as produções que se voltam para minimizar esta conjuntura, incluindo nesse contexto as providências do poder público.

Algumas mudanças ligadas ao reconhecimento dos idosos efetivamente como sujeitos de direitos foram baseadas em estudos biológicos e sociais, respeitando sempre sua situação de experiência e a necessidade de um maior protagonismo de participação na sociedade, seja por questões numéricas, o que é certo para o futuro próximo do país, ou pelo reconhecimento da importância deles junto à política e ao social, num intercâmbio entre gerações.

Dentro dessas mudanças sociais e com a finalidade de efetivá-las, deve-se respeitar o idoso embasado por cinco direitos fundamentais de reconhecimento de sua fase de experiência e vivência que fundamentariam os demais: o direito de ser, levando em conta que o idoso é um ser humano e já nasce com esse direito; o direito de pensar, sendo que o idoso é um ser dotado de inteligência agindo conforme suas faculdades; o direito de sentir, onde poderá experimentar grandes emoções; o direito de querer, ligado a vontade livre; e o direito de sonhar, de modo a não se limitar à razão.

Dentro desse reconhecimento e buscando compreender o idoso como sujeito de direito, faz-se necessário apresentar os direitos reconhecidos dentro da Constituição Federal do Estatuto do Idoso, de modo a demonstrar claramente a situação de protagonismo do Idoso dentro do processo de pertencimento social.

3.2. Direito à Vida e à Saúde

São direitos expostos no Capítulo I, nos artigos 8º e 9º do Estatuto do idoso, e garantidos através de políticas públicas que permitam um envelhecimento saudável, o desenvolvimento com saúde e harmonia, e qualidades dignas de existência. O objetivo principal desses direitos é a efetivação da melhora na qualidade de vida do idoso, voltada a uma velhice digna, plena com reconhecimento de seu papel na sociedade.

Nessa situação, podem-se observar ações para a garantia de efetivação desses direitos em algumas determinações previstas, tais como: direito a prioridade no atendimento a saúde, programas de atenção a saúde do idoso, a alimentação adequada, oportunidade de atividades físicas que garantam ou estimulem a saúde e a integridade física, direitos a alimentos quando necessário, entre outras.

3.3. Direito a Liberdade, ao Respeito e a Dignidade

São direitos expostos no artigo 10º do Estatuto do Idoso. Pode-se enxergar como os mais propícios a garantir a dignidade da pessoa humana e a sua

condição de sujeito de direito. O direito à liberdade para a velhice é relativizado e vai diminuindo na medida em que o idoso limita-se por circunstâncias físicas e mentais.

O direito à liberdade está relacionado ao de locomoção, de expressão, de crença, de diversão, de refúgio, de participação da vida familiar, comunitária e principalmente política. Já o direito ao respeito preserva a identidade, a imagem, valores e ideias, garantindo a integridade física, psíquica e moral do idoso.

Uma das maneiras de efetivar a liberdade de locomoção é a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos para os idosos a partir de 65 anos, independentemente da sua renda. O direito ao transporte é reconhecido pelo Estatuto do Idoso em seus artigos 39 a 42, e basta o idoso com 65 anos ou mais apresentem algum documento com foto. Fica a critério dos municípios, por meio de lei local, instituir a gratuidade para idosos de 60 a 64 anos e seus respectivos parâmetros. Quanto as viagens interestaduais em transporte coletivo, é assegurado a reserva de duas vagas gratuitas para idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos, e se estas já estiverem preenchidas, é de direito do idoso adquiri-las pela metade do valor da passagem.

A dignidade é um dos direitos que atua na proteção da velhice contra tratamentos desumanos, violentos, aterrorizantes, vexatórios e constrangedores. Com relação a esse direito, podem-se identificar os projetos na área da educação, trabalho, justiça e defesa como orientadores e efetivadores, pois se preocupam com as questões relacionadas ao acesso à cidadania.

3.4. Direito à Convivência Familiar, Comunitária e Intergeracional

São os direitos expostos nos artigos 3º do Estatuto do idoso. Eles afirmam o protagonismo pela participação do idoso de modo que fica claro que ele pertence à sociedade.

Quanto ao direito de convivência, este está voltado a interação do idoso com o mundo. O mesmo pode ser tido junto a sua família, qual é direito do idoso e dos membros da família estar nesse ciclo de troca.

A convivência comunitária, a qual faz o idoso sentir-se pertencente à sociedade, valorizado como ser humano e a convivência intergeracional também está prevista como maneira de garantir ao idoso troca de experiências com o mundo atual, ensinando e aprendendo simultaneamente.

3.5. Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer

São direitos que se pode encontrar nos artigos 20 a 25 do Estatuto do Idoso. Têm por objetivo a inclusão, a transformação social, a garantia da vida digna social e a inclusão plena do idoso ao pertencer à sociedade.

Nota-se a importância do acesso a políticas de educação nas ações que tem como preocupação o ensino de jovens e adultos, sendo dever do Estado garanti-lo. Já às famílias e à sociedade, cabem as obrigações junto ao Estado de

efetivar tais direitos.

Uma das formas de incentivar o acesso à cultura na terceira idade é o desconto de 50% do valor do ingresso em eventos culturais, artísticos e esportivos para os maiores de 60 anos, como estabelece o art. 23 do Estatuto do Idoso.

Tanto o esporte quanto o lazer são fundamentais para o desenvolvimento junto com a educação, porque contribuem com o desenvolvimento social e de relacionamentos. Esse direito é efetivado nas ações do Ministério da Educação, Cultura e Esporte, e prezam pela questão da diminuição das diferenças através da valorização do ser humano e do acesso a cidadania.

3.6. Direito à Profissionalização e à Proteção ao Trabalho

Esses direitos estão nos artigos 26 a 28 do Estatuto. O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

Quanto à admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir.

O poder público deve estimular sempre programas de: profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas, a preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de um ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania e o estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

Junto a isso também se valoriza o idoso quando do desempate pelo fator etário para fins de provas e concursos públicos.

3.7. Direito a Previdência Social

São os direitos dispostos nos artigos 29 a 32 do Estatuto do Idoso. Inicia-se garantindo ao idoso os benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral da Previdência Social, estes observarão, na sua concessão, critérios de cálculo que preservem o valor real dos salários sobre os quais incidiram contribuição, nos termos da legislação vigente, respeitando sempre a questão de suas atualizações.

3.8. Direito a Assistência Social

O direito a assistência social para o idoso encontra-se previsto nos artigos 33 a 36 do Estatuto do Idoso.

Senso assim, a assistência social aos idosos deverá ser prestada, de forma articulada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, na Política Nacional do Idoso, no Sistema Único de Saúde e

demais normas pertinentes.

Para tanto a Assistência Social garante aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família o benefício de prestação continuada, que se trata de um auxílio mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Para os idosos que se encontram em situação de abrigo, garante-se a obrigatoriedade de contrato de prestação de serviços com a pessoa idosa abrigada prevendo o pagamento ou não.

3.9. Direito a Habitação

O direito a habitação está previsto nos artigos 37 e 38 do Estatuto do idoso. Está estabelecido que o idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

Caso haja a institucionalização do idoso, as instituições que abriguem idosos são obrigadas a manter padrões de habitação compatíveis com as necessidades deles, bem como provê-los com alimentação regular e higiene indispensável às normas sanitárias e com estas condizentes.

Junto a isso está previsto que nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado uma reserva de 3% (três por cento) das unidades residenciais para atendimento aos idosos; reserva de pelo menos 3% (três por cento) das unidades habitacionais residenciais para atendimento aos idosos, implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados ao idoso; eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas, para garantia de acessibilidade ao idoso e critérios de financiamento compatíveis com os rendimentos de aposentadoria e pensão.

4. CONCLUSÃO

A velhice sempre foi considerada como algo “esquecido” pelo Estado e pela própria sociedade. O próprio sistema cruel capitalista que vivemos é responsável por nos proporcionar a vivência disso.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto do Idoso consegue-se avançar no sentido de proteger uma categoria que se voltava a apenas ter o título de ancião da família, cujos ensinamentos não mais correspondem pela dinamicidade das relações e tecnologias no mundo hoje.

Garantir direitos é, e sempre foi um dos grandes impasses de nossa administração pública. As pessoas que não aceitam um Estado voltado a garantir a cidadania tentando diminuir as desigualdades, tendem a criticar e influenciar as categorias de mando.

Os direitos enunciados no presente trabalho remetem o Idoso a uma posição central, onde seus direitos fundamentais devem ser proporcionados e garantidos de forma a instigar seu protagonismo e principalmente seu sentimento

de pertencimento a sociedade em que estão inseridos.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO H. et AL. **Comentários sobre o Estatuto do Idoso**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009.

BAKKER FILHO. J.P. A velhice institucionalizada. In **É permitido Colher Flores? Reflexões sobre o envelhecer**. (Org) João P.de Bakker Filho. Curitiba: Champagnat, 2000

BATISTA L.H. et al. **Promoção da saúde e prevenção de incapacidades funcionais dos idosos na estratégia de saúde da família**: a contribuição da fisioterapia. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n96/03.pdf> Acesso em 11. Ago. 2014.

BEAUVOIR, S. **A velhice: a realidade incômoda**. São Paulo: DIFEL, 1976

_____. **A velhice II As relações com o mundo**. São Paulo: DIFEL, 1970

BERZINS, M.A.V.S. Envelhecimento populacional: uma conquista a ser celebrada. In **Serviço Social e Sociedade**. Ano XXIV nº 75. São Paulo: Cortez, 2003

_____. Violência contra a pessoa idosa: O que fazer? In: BORN, Toniko (Org.). Cuidar melhor e evitar a violência: **Manual do Cuidador da Pessoa Idosa**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2008.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988

_____. Estatuto do Idoso.2003

COUTO, B. R. **O direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível**. São Paulo: Cortez, 2008.

DEBERT, G. G. **A reinvenção da velhice: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento**. São Paulo: EDUSP, 2012

FREITAS JUNIOR, R.M. **Direitos e Garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Atlas, 2011

GOMES S.R. **Política Pública de Assistência Social para Idosos** . A Importância da Família. 2006 Disponível em www.apaesantacatarina.org.br/arquivo.phtml?a=15560 Acesso em 13. Jul. 2014.

MINAYO M. C.S. COIMBRA J C.E.A. Entre a liberdade e a dependência: reflexões sobre o fenômeno social do envelhecimento. In: Minayo M.C.S. (Org.) **.Antropologia, saúde e envelhecimento**. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2002

NASCIMENTO, J. R. **Aprenda a curtir seus anos dourados**. Vozes: Petrópolis, 1997.

NERI, A. L. **Palavras-chave em gerontologia**. Campinas: Editora Alínea, 2005.

_____. As políticas de atendimento aos direitos da pessoa idosa expressa no Estatuto do Idoso. **A Terceira Idade**, v.16, n.34, p.7-24, 2005

SIMÕES, R. **Corporeidade e terceira idade - a marginalização do corpo idoso**. São Paulo: UNIMEP, 1998

SOUSA, A. M. V.. **Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar**. São Paulo: Alínea, 2004

TEIXEIRA, S. M. **Envelhecimento do trabalhador no tempo do capital**. São Luís, 2006. São Luiz: Universidade Federal do Maranhão, 2006.

VERAS, R.P. A longevidade da população: desafios e conquistas. In. **Serviço Social e Sociedade**. Ano XXIV nº 75. São Paulo: Cortez, 2003

ZIMERMAN, G.I. **Velhice—aspectos biopsicossociais**. Porto Alegre: ARTMED, 2000.

ESTELIONATO ELEITORAL PELA VIA DA DIGNIDADE HUMANA E O PROGRAMA DE DISTRIBUIÇÃO DE RENDA DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

Josias Dias de Camargo Filho²⁷⁴

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Administração pública e os dilemas do Estado contemporâneo

RESUMO

O direito, dentro de um Estado Democrático, busca a pacificação social através de seus objetivos e fundamentos elencados na Constituição Federal. Direito este que as duras penas foram implantado para deixar de ser uma Nação governada por homens, mas sim pelos ditames legais, fixado através de um conjunto de leis, normas e regras que devem sempre respeitar princípios balizadores de todo um ordenamento jurídico, os quais focados sempre na Constituição do Estado. As justificativas pra criação da lei não pode ser desvirtuada em interesses escusos, caso contrário leva-se a um estelionato eleitoral, conforme proposta do presente trabalho. Isso quando ocorre, viola diretamente a essência do Estado Democrático de Direito e ainda que não tipificado, especificamente, é perfeitamente adequado na conduta descrita no artigo 171, “*caput*”, do Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Constituição, Assistencialismo, Estelionato, Contextualização.

ABSTRACT

The law within a democratic state, seeks social peace through their goals and foundations listed in the Federal Constitution. This right that harsh penalties were deployed to stop being a nation ruled by men, but by legal dictates, fixed by a set of laws, rules and regulations that must be complied principles hallmarks of an entire legal system, which focused always in the State Constitution. The justifications for the creation of the law can not be undermined in vested interests, otherwise it takes an electoral larceny, as proposed in this work. This occurs when, directly violates the essence of a democratic state and that untyped, specifically, is perfectly suited in the conduct described in Article 171, "heading" of the Brazilian Penal Code.

²⁷⁴Doutor pela Universidade Del Museo Social Argentina, especialista em Direito Previdenciário, Ciências Criminais, Grandes Transformações do Processo Civil, Tributário com Ênfase em Contabilidade, Educação à Distância e professora de Introdução ao Direito e Direito Empresarial no Departamento de Administração da Instituição de Ensino FATEB – e-mail: <josiasadvogado@hotmail.com>.

Key-words: Constitution, Assistencialismo, Estelionato, Context.

1. INTRODUÇÃO

Muito esforço foi necessário para se chegar ao Estado Democrático de Direito, o que hoje se encontra ainda em franco desenvolvimento. Tudo se inicia com a Assembléia Constituinte realizada em 05 de outubro de 1988, logo, já passados mais de 25 (vinte e cinco) anos de democracia, antecedida de um longo período de ditadura, onde os direitos e garantias eram cerceados, continua a necessidade de contextualizar o ordenamento jurídico, obrigatoriamente com a nova Constituição, como se isto já não fosse obrigatório desde 1988, por alguns políticos despreparados em suas funções de representação.

A incansável luta por Direito Humanos, fez-se necessária focar a dignidade humana como princípio básico de todo ordenamento estatal, o qual voltado, indissociavelmente, ao destinatário que é o seu povo. Daí as sábias palavras de Justiniano de que é por causa do homem que se fez necessário todo o direito.

Direito este incansavelmente debatido para que a ideal de Justiça se pratique ao caso concreto. Assim, mais do que tentar esgotar o tema que faz foco o presente trabalho é dar um panorama na conquista de direitos dentro de um Estado Democrático. Questionar, especificamente, o Programa de Distribuição de Renda Bolsa Família, não perdendo e vista o Direito Penal no seu artigo 171, “caput”, e englobando tudo isso nos ditames legais direcionados pela Constituição Federal.

O Direito, data vênica, é indissociável a interdisciplinaridade, tendo como nada menos que sempre ser visto e aplicado através do viés da Constituição Federal, a qual por meio de seus princípios norteadores, os quais trazem a baila a dignidade do destinatário de todo o direito, o povo, pois, deste todo o poder é emanado, conforme preceitua o artigo 1º, parágrafo único, tendo como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, expresso no mesmo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira.

A conquista interna da democracia brasileira, após árduos anos de ditadura, fez-se nascer a possibilidade do povo eleger os seus representantes de forma soberana e secreta, atestando isso a Lei Maior em seu artigo 14. Fecha-se assim, a expressão mais pura da democracia de que todos somos iguais perante a lei, expresso no artigo 5º, da Carta Magna, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, buscando através do voto secreto e universal, seus representantes que deverão impulsionar o rumo da Nação para um bem maior, mais prospero e mais justo.

Assim, não havendo distinção entre as pessoas, a lei é para todos e diante dessa igualdade elencada numa hierarquia do ordenamento jurídico interno, tendo sempre como vetor a Constituição Federal e a garantia de seus objetivos nela elencada, ela se aplica, indistintamente a todos, preservando a dignidade do cidadão, em relação ao Estado ou de si próprio.

Sob tal intróito, pode-se questionar o programa governamental de distribuição de renda Bolsa Família, com as práticas políticas aplicadas e buscar a aplicabilidade nessa prática desvirtuada de política, podendo-se assim visualizar,

mais especificamente, o artigo 171, “caput”, do Código Penal, onde a tipicidade do estelionato deriva em “obter para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”, objeto do presente trabalho.

Diante da tipicidade do Código Penal em seu artigo 171, “caput”, focando os preceitos da democracia e a dignidade humana, expressa na Constituição Federal, é perfeitamente típica a conduta praticada pelo poder executivo federal, em relação ao programa bolsa família, o qual regido pela lei 10.836/2004, quando de suas práticas distorcidas e eleitoreiras com notória intenção de desvirtuar o objetivo do programa bolsa família. Este programa de distribuição de renda, o qual será mais bem explicado no desenvolvimento do trabalho, leva o chefe do poder executivo a enquadrar-se na tipicidade do artigo 171, “caput”, do Código Penal, tanto criminalmente, quanto moral e eticamente, vez que sob interesses não tão escusos assim, ou seja, manter-se no poder.

Portanto, faz-se necessário uma rápida introdução e histórico da evolução da Democracia no Brasil, bem como a ratificação dos Direitos Humanos, além de melhor explicar o programa bolsa família e seu resultado para finalmente, fechar com a ideia principal que é o estelionato eleitoral, tema e objeto do estudo, sendo necessário, contextualizar os pontos mencionados acima para se concluir, objetivamente, com o tema proposto, com as práticas políticas dos representantes do povo.

2. METODOLOGIA

Através da metodologia é possível visualizar os procedimentos amoldados para a transparência e demonstração do conhecimento. Assim, o método científico dá-se através de fases, as quais ordenadamente possa se conhecer, descrever e analisar fatos á procura de uma verdade conclusiva ao final (UCHÔA e LEMES, 2013, apud CORDEIRO 1997).

De acordo com Paulo (2011) o método utilizado do presente trabalho é dedutivo, pois após posto a premissa básica e explicar com o contexto apresentado pode-se chega a uma conclusão lógica. Além do mais, nivela-se pelo método exploratório bibliográfico, o que torna a demonstração do trabalho de forma fácil de compreensão do leitor, mesmo que não sendo da área jurídica.

A técnica utilizada na pesquisa foi a revisão bibliográfica contextualizada, recorrendo-se ainda a doutrinas especializada, além de “sites” oficiais encontrados via internet, conforme “site” do Planalto, onde se pode encontrar leis, notícias e projeto de leis, os quais utilizados para fundamentar a proposta do tema.

A explicação inicial da evolução do Estado Constitucional, passando pela dignidade da pessoa humana, introduzidas por ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, leva-se o leitor a contextualizar o tema foco do trabalho com a premissa de que o direito é um só, sendo partilhado somente com a finalidade de um melhor aprendizado pelos seus operadores.

Dessa forma, facilmente, verifica que o leitor pode tirar suas

próprias conclusões, quando explicado a justificação da lei do bolsa família e suas condicionantes, e as práticas políticas desvinculadas dessas justificativa do programa, o que se remete ao artigo 171, “caput” do Código Penal Brasileiro pela conduta tomada, pois, sob o viés da Constituição Federal, quando as justificativas de determinada lei não são cumpridas, há que se indagar se não há uma manobra política para fins eleitoreiros ou escusos, obtendo-se assim, vantagem ilícita e contrária a todo o propósito de um Estado Democrático de Direito, este o qual sob o princípio da legalidade.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. Histórico do Constitucionalismo

A ideia de Estado Constitucional, o qual como precursor da incessante necessidade de proteger o seu cidadão dos poderes do Soberano é criação moderna, esta inserida suas bases no século XVIII, quando diversos foram os documentos normativos e com caráter de fundamentalidade, estes criados com o pano de fundo em inúmeras revoltas do povo contra o absolutismo daqueles que estavam no poder.

Vários desses movimentos importantes foram necessários para a implantação de uma normativa que hierarquicamente limitasse o poder do soberano, deixando-se assim de um governo de homens para um governo sob o mando legal, sob o imperativo de todos cumprir o mesmo propósito condicionado a lei.

A Revolução Inglesa, marcada pela Magna Charta Libertatum, quando em 1215, o rei João sem Terra assina uma declaração com força de uma ideia de Constituição, a qual deveria obedecê-la, cessando-se assim os seus mandos sem o imperativo da lei, o que o responsabilizaria por seus atos além daquele que previsto em documento escrito.

A Carta magna de João Sem Terra, ainda que contrariando os interesses do Soberano, ao assinar tal declaração o coloca nos anais das liberdades humanas, influenciando-se assim pensadores e filósofos como Locke e Rousseaul, com notória imagem de que os governos tinham a obrigação de proteger seus cidadãos, visando o bem geral da nação sob as diretivas escritas e assinadas pelos próprios soberanos.

A Revolução Americana, marcada pela primeira Constituição escrita em 1787, foi responsável pela primeira constituição escrita, porém, antes disso uma outra revolução americana de 1776, a qual declarava a independência dos Estados Unidos do Bom Povo da Virgínia, foi a motivação da constituição de 1787, Comparato (1988). Tendo-se assim marcado sua época pela vanguarda de tal atitude.

A Revolução Francesa, marcada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pelos ideários de liberdade, igualdade e fraternidade em 1789, tem o caráter de universalidade, o que a diferenciava dos demais

movimentos, aspirando assim maior repercussão, vez que consagrava os direitos fundamentais do homem como a liberdade. Declaração esta com o propósito de tornar um Estado de Direito.

Ferreira Filho (1998) compara a Revolução Francesa e a Revolução Americana, pois aquela tem a grandeza das formulas e da linguagem, a beleza e seu universalismo e por tal motivo fora copiada por inúmeros países, mesmo que entendível ser letra morta, pois a Revolução Americana, por razões históricas e derivações de costumes ingleses estava voltada mais para a efetivação dos direitos naturais.

De tal forma, o mesmo autor arremete a importância de uma constituição, vez que na Declaração do povo frances, estes escolheram o parlamento como seu principal limitador do poder executivo e judiciário, por outro lado, a Revolução Americana confiou os direitos e as liberdades de seus cidadãos numa Constituição, limitando-se assim claramente não só o legislador, mas toda a nação através de uma norma supra legal. Tal atitude seguida pela maioria dos Estados Democráticos.

O que corrobora também com a lição de Fioravante:

“En pocas palabras, se puede afirmar que la revolución francesa confía los derechos y libertades a la obra de un legislador virtuoso, que es tal porque es altamente representativo del pueblo o nación, más allá de las facciones o de los intereses particulares; mientras que la revolución americana desconfía de las virtudes de todo legislador – también del elegido democráticamente ... y, así, confía los derechos y libertades a la constitución, es decir, a la posibilidad de limitar al legislador con una norma de orden superior.” (FIORAVANTI, Maurizio. Los Derechos Fundamentales. 4 ed. Madrid: Trotta, 2003. P. 83)

As lutas em prol da limitação do poder do estado eram as reivindicações desses movimentos, os quais culminaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, chamada por Eleanor Roosevelt de “Carta Magna de todas a humanidade”, necessária e cogente após atrocidades ocorridas na segunda guerra mundial.

Comparato (2003) ensina que a evolução histórica fez se imprescindível e indispensável o desenvolvimento de direitos humanos e fundamentais, os quais conquistados ao longo dos anos sobre a premissa da limitação do poder político, sendo estes um dos principais fatores ao acolhimento destes direitos fundamentais, hoje imperativo nas Constituições atuais.

Na mesma esteira de pensamento, Bobbio (1992), já afirmava que o problema maior dos direitos humanos nunca foi justificá-los, mas principalmente dando efetividade, ou seja, protegê-los, razões pelas quais tais o direito não é um problema filosófico, mas estritamente político. Tal assertiva pode ser resolvida com vontade e interesse político para direcionar o Estado para um bem maior e justo para todos.

Este viés de imprescindibilidade de direitos humanos e fundamentais plasmados dentro de um Estado Democrático de Direito fez-se necessário, portanto, fixá-los dentro de uma constituição nacional, conforme

realizada no Brasil. Assim dando a todos os cidadãos a certeza de direito, a segurança deste direitos e a possibilidade dos direitos, DALLARI (2009).

Diante do império da lei hierarquizado tendo a Constituição Federal de 1988 em seu topo, faz se necessário obedecer aos comandos legais, indistintamente aplicados a todos, os quais focados nos fundamentos do Estado Democrático de Direito taxativamente imposto sob o manto do princípio maior que é a dignidade humana expressos no artigo 1º, inciso III, da CF/88.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

A DUDH sendo um ramo autônomo do direito internacional, o qual é um conjunto de diretivas que asseguram a proteção do ser humano, cujos objetivos fundamentais se baseiam em três objetivos basilares conforme as lições de Dallari (2009):

“a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições;

a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados;

a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas.”
DALLARI, Dalmo de Abreu. In: SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 164.”

Nesta reestrutura de direito humanos o indivíduo deixa de ser objeto para ser sujeito de direitos e nesse sentido Piovesan (2006), diz que a globalização dos direitos humanos é um movimento extremamente recente, em razão do pós guerra, em respostas a barbárie acometidas pelo regime nazista e justamente pela falta de controle de Estado e eficácia desses direitos universais em resguardo do direito á dignidade humana.

Sem a necessária medida de adentrar ao tema sobre soberania das nações, os direitos humanos estão fundamentados internamente pelas ditos Estados Constitucionais e Democráticos. Porém, é a imprescindível necessidade de organismos internacionais eficientes na proteção de direitos humanos a estimular cada vez mais o surgimento da globalização desses direitos, o que de consequência culmina na criação sistemática normativa de proteção de direito universalizantes.

Sendo positiva, tal proposta, por impor um sentido mundial ao processo de proteção da dignidade humana, cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém, efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado, conforme diz Bobbio (1992).

Histórico de programas de distribuição de renda até o Programa Bolsa Família.

O programa de distribuição de renda, como o bolsa família, surge

dos programas de transferência condicionada de renda, o qual se deriva de outros programas da década de noventa, mas exatamente em 1995 quando aparecem os primeiros programas de transferência condicionada de renda no nível local (Brasília; Campinas).

Logo após, em 2001, surge o primeiro programa no nível nacional (Bolsa Escola, Ministério da Educação) e no mesmo ano surge o Bolsa Alimentação (Ministério da Saúde), o qual é aumentado e em 2002, traz-se o benefício assistencial de Auxílio Gás (Ministério das Minas e Energia), quando em 2003 surge o Cartão Alimentação (Ministério Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome).

No artigo primeiro, da Lei 10.836/2004, assim se justifica:

“Art. 1º Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa Bolsa Família, destinado às ações de transferência de renda com condicionalidades.

Parágrafo único. O Programa de que trata o caput tem por finalidade a unificação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação - Bolsa Escola, instituído pela Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001, do Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA, criado pela Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação, instituído pela Medida Provisória nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001, do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto nº 4.102, de 24 de janeiro de 2002, e do Cadastro Único do Governo Federal, instituído pelo Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001.”(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm)

O programa bolsa família, especificamente com esse nome, foi criado em outubro de 2003 com os objetivos de aumentar a eficiência e a estruturação dos programas de transferência condicionada de renda então existentes, bem como reduzir a pobreza e a desigualdade social, conforme objetivo fundamental do artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, fornecendo um mínimo de renda para as famílias mais pobres. Além do mais, visa de reforçar direitos sociais básicos nas áreas de saúde, educação e assistência social, por meio das condicionalidades de oferecer programas complementares, que contribuam para uma melhor inserção social e produtiva das famílias beneficiárias do programa bolsa família.

O programa bolsa família tem como objetivos ou dimensões, os benefícios que servirão de alívio imediato à pobreza e grande pobreza, além das de ter acesso a direitos nas áreas de educação, saúde e assistência social, contribuindo para quebrar o ciclo da pobreza, bem como de realizar programas complementares de melhor inserção social e mais oportunidades para as famílias beneficiárias.

Assim, em 09 de janeiro de 2004, vem à tona a Lei 10.836/2004, que cria o programa bolsa família, assinada pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, unificando programas já existentes como o Programa Nacional de Renda Mínima Vinculada à Educação, bolsa Escola, destinados a unidades familiares que se encontrem em situação de pobreza ou grande pobreza e

que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças entre (zero) e 12 (doze) anos ou adolescentes.

Em seu artigo 4º da lei 10.836/2004, tendo como objetivo final do programa especifica, expressamente a emancipação das famílias assistidas pelo programa, conforme se vê abaixo:

“Art. 4º Fica criado, como órgão de assessoramento imediato do Presidente da República, o Conselho Gestor Interministerial do Programa Bolsa Família, com a finalidade de formular e integrar políticas públicas, definir diretrizes, normas e procedimentos sobre o desenvolvimento e implementação do Programa Bolsa Família, bem como apoiar iniciativas para instituição de políticas públicas sociais visando promover a emancipação das famílias beneficiadas pelo Programa nas esferas federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, tendo as competências, composição e funcionamento estabelecidos em ato do Poder Executivo.”(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm).

3.2. Requisitos para o Programa Bolsa Família

O perfil ou tipo de família tem que ser aquela com renda por pessoa de até no máximo R\$ 140,00 (cento e quarenta reais) e deve estar cadastradas no Cadastro Único para Programas Sociais, este valor da renda é a soma de dinheiro recebido por todos os membros da família e dividido pelo número de pessoas que compõe este núcleo familiar, além de se obrigar a matricular as crianças nas escolas e manter em dia a vacinação, pois, quebrando alguns desses requisitos as famílias perdem o benefício.

Os valores serão pagos conforme a renda e a composição da família, ou seja, valor básico de R\$ 68,00 pago as famílias com renda até R\$ 70,00 por pessoa, não importando a composição familiar e benefícios variáveis em valores fixos de R\$ 22,00 (vinte e dois) concedidos às famílias com renda mensal de até R\$ 140,00 (cento e quarenta reais) por pessoa e que tenham crianças ou adolescente entre 0 (zero) a 15 (quinze) anos, podendo receber até 03 benefícios variáveis, chegando a R\$ 66,00 (sessenta e seis reais). Já os jovens entre 16 e 17 anos de idade também podem ser benéfico variável no valor de R\$ 33,00 (trinta e três) reais até o limite de dois benefícios variáveis, chegando a um total de R\$ 66,00 (sessenta e seis reais).

As famílias em extrema pobreza, ou seja, com renda de até R\$ 70,00 (setenta reais) por pessoa na família, podem receber até R\$ 200,00 (duzentos reais), ou seja, o Benefício Básico (R\$ 68,00), até 3 Benefícios Variáveis Fixo (R\$ 66,00) e até 2 Benefícios Variáveis Jovem (R\$ 66,00). As famílias pobres (com renda entre R\$ 70,01 e R\$ 140,00) não recebem o Benefício Básico. Elas podem receber os Benefícios Variáveis, até o valor de R\$ 132,00 (cento e trinta e dois reais).

3.3. Estatística dos Dez Anos do Programa Bolsa Família

Publicado recentemente pela revista “Veja”, página 108/111, edição n. 2339, ano 43, n. 38 de 18 de setembro de 2013, um panorama sobre os dez anos do bolsa família, onde se mostra que o número de beneficiários se multiplica e

poucos deixam o programa. A revista “Veja” enfatizou que em 2003, eram apenas 3,6 milhões de famílias beneficiadas, porém, em 2013, saltou esse número para 13,8 milhões de famílias que foram inseridas no programa.

Isso significa que em 2003 eram em torno de 14,7 milhões de pessoas assistidas diretamente pelo bolsa família e em 2013, dez anos depois, 50,00 milhões de pessoas são assistidos diretamente pelo programa de distribuição de renda.

Percentualmente, significa que no início do programa 8,34% estavam no programa e dez anos após, em comemorações pelo governo, 24,79% por cento da população está no programa. Ou seja, para o governo, em percentual é um sucesso o programa bolsa família, porém, para os olhos dos especialistas, é um bom motivo para possíveis manobras eleitoreiras favorável ao governo.

Na mesma reportagem ainda da revista “Veja”, o número de famílias que deixaram voluntariamente de receber o benefício, foram 1,7 milhões de pessoas, tão somente. Além do mais, na mesma reportagem, os Municípios brasileiros chegaram a contagem de que 1/3 (um terço) dos municípios brasileiros de um total de 5.570 Municípios, 50% (cinquenta por cento) da população vive à custa do bolsa família, tendo a região nordeste do Brasil ficado com 52% (cinquenta e dois por cento) de todo o valor pago pelo bolsa família.

Há casos inclusive, para ilustrar, da cidade de Junco do Maranhão, onde a maioria dos habitantes, ou seja, 90,5% (noventa, vírgula cinco por cento) vivem do programa bolsa família, diretamente.

Todos estes números de fato apontam que a pobreza, supostamente, diminuiu, já que um quarto da população do Brasil, oficialmente, vive na pobreza e na grande pobreza. O total de crianças matricula nas escolas aumentaram, porém, demonstra também que a quantidade de famílias aderindo ao bolsa família também aumenta diuturnamente e sem previsão de emancipação.

A mesma reportagem apresenta um gasto de aproximadamente 24 bilhões de reais por ano, mas ainda que os valores pareçam altos não se deve assustar, pois a soma não ultrapassa 0,5% (zero, vírgula cinco por cento) do Produto Interno Bruto, ou seja, insignificante para manter essa legião de desafortunados sob a batuta do Governo Federal.

A mesma reportagem da revista “Veja” ainda conclui dizendo:

“(…) É certo que, na vida em sociedade deve auxiliar os incapazes, mas permitir que famílias inteiras sejam subsidiadas para sempre por um sistema que não estimula sua força de trabalho é favorecer a dependência”.

“(…)

Programas de transferência de renda são especialmente populares na América Latina e no Caribe, regiões célebres pela pobreza histórica combinada a governos populistas. No México, os dependentes do programa Oportunidades já somam um quarto da população. No Equador, metade do chamado Bônus de Desenvolvimento Humano. Extinguir o Bolsa Família e abandonar as famílias miseráveis à própria sorte obviamente não é a solução. E nenhum governo lúcido ousaria fazê-lo. Mas dez anos depois, convém buscar um caminho capaz de tirar as pessoas com capacidade produtiva no círculo vicioso da esmola.”(Veja”, página 108/111, edição n. 2339, ano 43, n. 38 de 18 de setembro de 2013)

3.4. Orçamento do Bolsa Família

O orçamento do bolsa família cresceu de 0,03% para 0,46% do PIB (Produto Interno Bruto) em 10 anos. Percentualmente isso significa um aumento de 4.300% de aumentos dos gastos relacionados como programa, em relação ao PIB. Assim, em 2003 os gastos com o programa eram de 0,57 bilhão de reais e hoje saltou para 23,18 bilhões de reais. Porém, para que fique mais claro ainda, mesmo que o montante pareça ser muito alto, isto significa apenas 0,46% do PIB, ou seja, menos de meio por cento, conforme fonte, que confirma a versão dada pela Revista “Veja”:

http://www.pt.org.br/noticias/view/orcamento_do_bolsa_familia_cresce_60_em_2013.

O que se pode visualizar nos 10 anos de sucesso comemorado pelo governo brasileiro, no programa bolsa família, é que a prática não é exclusiva do atual partido político que se encontra no poder, mas conforme muito demonstrado, tal prática já é derivado de outros governos e partidos diversos, porém, frise-se, nunca com tal ênfase e afinco como o atual governo, que também representa a ideologia do partido dos trabalhadores (PT), que se encontra a mais de 12 (doze) anos no poder.

Assim os dados para análise deve-se reportar ao período de 1995 à 2013, ainda que a ideia de assistência aos mais carentes, sempre tenha existido, perfazendo assim um total de 18 anos de existência de programas de transferência de rendas, e o que se pode visualizar com os números atuais é que o programa continua crescendo no sentido de mais entradas de pessoas, as quais na linha de pobreza ou extrema pobreza.

Foi necessário um breve intróito em relação à evolução do constitucionalismo até o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e na sequência tendo este estado de direito supedâneo de uma hierarquia legal, focada na Lei maior de um Estado de Direito, fez-se necessário analisar o programa Bolsa Família e sua forma de compleição, necessário para se chegar ao foco do tema proposto, ou seja, estelionato previsto pelo artigo 171 do Código Penal, que será analisado abaixo.

Artigo 171, “caput”, do Código Penal Brasileiro.

O estelionato está previsto no artigo penal, 171, “caput”, do Código Penal Brasileiro, e encontra-se no capítulo VI do Estelionato e outras fraudes tipificando a conduta daquele que “obter para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento”, impondo pena de reclusão de um a cinco anos.

Pensando nesse artigo e as condições do pleito eleitoral brasileiro, com intensas promessas eleitoreiras, já em 2004, o deputado Federal Wladimir Costa (PMDB/PA), apresentou projeto de Lei que pretendia tipificar o crime eleitoral, sob a justificativa de que a ética e campanha política devem andar juntas, o que, infelizmente, nem sempre ocorre, pois a incansável busca pelo poder, os valores morais fixam em último plano para retornar após o pleito político, onde a moralidade é fundamentada em discussões acaloradas com políticos contrários.

Lamentavelmente, recebeu voto contrário do relator na Comissão de constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara Federal, deputado Regis de

Oliveira, votando pela “inconstitucionalidade, injuricidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição do projeto de lei 3453/2004.”). Não se sabe as motivações além daquelas justificas em seu voto contrário ao projeto, o qual pode ser lido na íntegra pelo “site” do Planalto, mas diretamente, muito se deixou de ser analisado, por falta de interesses dos próprios colegas políticos em tornar tal atitude de criminalizar a conduta, mais especificamente, sobre as falácias de campanhas eleitorais. Infelizmente, perde-se com isso, a ideia do justo, bem comum, da transparência entre o povo, representado, e seu representante, o político com má intenção, que recebe a outorga de poderes para trabalhar em prol de um objetivo maior que os seus próprios interesses.

A conduta do política que se sustenta no poder sob o engodo de promessas não cumpridas é o exato termo da ideia da conduta criminosa do estelionato eleitoral, pois é corriqueiros e lesivo tal comportamento na política brasileira, a qual fere diretamente e indiretamente o exercício da democracia, sob o chamariz de falsas juras à um povo sofrido, esperançoso de um dia melhor, que escolhem seus representantes pelas promessas e/ou plano de governo.

Talvez se pensar de forma mais objetiva, a conduta de maus políticos, em seus logros quando em disputas eleitorais, estão tipificadamente no artigo 171, “caput”, do Código Penal, vez que através de falsas promessas, na notória intenção, ou seja, agindo com liberdade de escolha e consciência de atuação, imbuído do “animus necandi”, ou seja, da vontade de “obter para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento”, está enquadrado na conduta típica expressa no Código Penal. E para completar, age ainda por motivo fútil, vez que tenta se entrar ou manter-se no poder de forma que compromete a legitimidade de todo sistema de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Nucci (2012) a vantagem é sempre composta, ou seja, obter vantagem indevida, incutindo ou persuadindo, além de permanecer ou conservar a pessoa em erro. Tem-se assim, com o sujeito passivo, qualquer cidadão e elemento subjetivo o próprio dolo, tendo na vantagem uma benefício ilícito, por se tratar de um crime patrimonial, ou seja, dinheiro e poder.

Do mesmo autor ainda, em análise do tipo penal entende-se que o elemento normativo é a perda de caráter econômico, ainda que indireto, para outra pessoa, pois, os valores que saem dos cofres públicos para os políticos, são pagos de forma direta ou indiretamente pelo povo através das pesadas taxas de imposto.

Em relação aos verbos do crime, explica o autor acima, que erro significa a falsa realidade, mantendo a vítima em situação enganosa sob a astúcia e engenhosidade do sujeito ativo, o qual sob a forma de estratagemas ludibria a vítima, mantendo o cidadão na letargia de sua própria inércia ou ignorância de seus direitos.

O artigo 171, “caput”, do Código Penal, encontra-se no título dos crimes contra o patrimônio, o que mais uma vez se encaixa na conduta do político, vez que dessa forma está violando gravemente todo o sistema democrático, podendo ser questionado sua legitimidade, vez que em sua conduta que é obter vantagem indevida induzindo ou mantendo alguém a erro, a qual aponta diretamente como objetivo lucro ilícito em razão do engodo utilizado em campanhas eleitorais.

3.5. Ano Político

A proximidade de cada pleito eleitoral há que se ter em mente o questionamento de escolher o melhor candidato disponível, ou como dizem muitos, escolher o candidato menos pior para dirigir a nação e os interesses de todos, com poderes outorgados pelo cidadão votante.

O Brasil possui dimensões continentais, ou seja, 8.515.767,049 km². É composto de 27 Unidades da Federação e 5.507 Municípios e um total de população de 201.032.714 habitantes, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de junho de 2013. Além do mais, no último ano entre 2012/2013 teve um acréscimo de 7.085.828 habitantes, conforme dados do mês de junho de 2013 registrado no Diário Oficial da União, seção 1, n. 167, datado de 29/08/2013. (<http://www.ibge.gov.br/home/>).

O conhecimento da dimensão e proporção de habitantes no Brasil faz-se necessário no presente trabalho, pois se tenta chegar ao ponto nevrálgico em questão, que é o estelionato eleitoral pela via da dignidade humana e o programa de distribuição de renda do bolsa família, ou seja, deve-se concluir se a forma de aplicabilidade do programa bolsa família, manobrada pelo gestor público, não precede de uma conduta que se enquadra na tipicidade do 171, “caput”, do Código Penal.

3.6. Retorno ao Programa Bolsa Família

Pois bem, tendo estes conceitos acima, facilita a contextualização que se fará sobre a ideia de Estado de direito, do programa bolsa família e da descrição do artigo 171, “caput”, do Código Penal, o que induz ao leitor visualizar a necessidade de ver o direito como um todo, ou seja, interdisciplinariamente, pois se passou por um breve relato do Estado Constitucional até os dias de hoje, da necessidade de uma visão sociológica do direito, da precisão do estado criar condições de superar suas desigualdades, porém, não deixando de lado a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático.

Assim, notória é há responsabilidade dos representantes legais, os políticos, os quais dirigem a nação pelo meio da escolha através do voto universal, do legítimo detentor do poder que é o povo.

Indubitavelmente, o voto obrigatório, instituto este criado, face a complexidade do Estado moderno, o qual diferenciado de sua essência na forma e contexto se comparado com a Grécia antiga, tida como o berço da democracia.

O Governo atual comemorou o programa bolsa família, o qual fez aniversário de 10 anos, tendo em sua estatística aproximadamente um quarto de seus cidadãos como cliente fiel à política assistencial do bolsa família implantada. Clientes estes que festejam e querem a manutenção do sistema, ainda que diverso de sua finalidade legal, vez que tal aparelho somente aumenta e nunca emancipa seus integrantes. Tudo isso sob um pano de fundo de um possível pânico dessa grande

massa alimentada pelo Governo Federal e de outro lado, dos políticos que alimentam esta esperança de continuidade, face estar em jogo seus interesses no poder, além de ganhos financeiros e políticos.

Por outro lado, uma outra parcela critica o mesmo programa, face sua condição manipulativa eleitoreira e não emancipatória, pois, ofende diretamente a dignidade humana, um dos fundamentos maior da Constituição de 1988, expresso já em seu primeiro artigo 1º, inciso III, por descumprimento do objetivo que é erradicar a pobreza dando condições, temporariamente, de não mais fazer parte do sistema.

As políticas públicas, sob o império da legalidade, obrigatoriamente, devem garantir os direitos fundamentais no entorno da dignidade da pessoa humana, em todos os seus atos, de forma a ser reto e em conformidade com a Constituição Federal. Logo, prover direitos fundamentais, através do programa bolsa família é mais do que dar o condições de alimentação, mas condições de buscar a dignidade de forma a libertar-se do programa e efetivá-lo como transitório, não definitivo, conforme previsão que a própria lei traz em seu texto que o institucionaliza e preconiza no artigo 4º, da lei 10.836/2004.

“Art. 4º Fica criado, como órgão de assessoramento imediato do Presidente da República, o Conselho Gestor Interministerial do Programa Bolsa Família, com a finalidade de formular e integrar políticas públicas, definir diretrizes, normas e procedimentos sobre o desenvolvimento e implementação do Programa Bolsa Família, bem como apoiar iniciativas para instituição de políticas públicas sociais visando promover a emancipação das famílias beneficiadas pelo Programa nas esferas federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, tendo as competências, composição e funcionamento estabelecidos em ato do Poder Executivo.” (grifei)(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.836.htm).

Entre prós e contra o programa bolsa família, todos concordam em um só ponto: é de extraordinária necessidade para os mais carentes, mas não é só isso, há que se dar oportunidade de sair desse circulo vicioso que fere a própria dignidade do seu usuário sustentado sem condições reais de sair do sistema.

O programa bolsa família tem de fato como fundamentos legais dar mais dignidade ao povo mais carente, o que se busca harmonizar a lei com o direcionamento do artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal, erradicando a pobreza e desigualdades sociais, fato este que o presente trabalho não questiona, mas há que se repensar a forma com a política aplicada, no caso concreto, se utiliza do próprio programa para obter vantagens políticas e eleitoreiras.

A política social do programa bolsa família é primordial para aqueles que vivem temporariamente dela, mas é criticada por todos da forma em que é aplicada, pois o foco ainda continuar ser em torno da proteção á dignidade do cidadão, seja em prol dos objetivos fundamentais da própria lei, seja contra um atentado à dignidade realizada pelo próprio cidadão, que se acomodar com as parcos valores recebidos do programa bolsa família e querem sua eternidade assistencial.

Pensando na possibilidade dos políticos no poder de se utilizar do

programa, é instalar uma situação de condição de miserabilidade circular e viciosa, motivação da discussão do presente tema, pois, através de interesses escusos e eleitoreiros pode se tornar em objeto de proveito político, onde essa legião de miserabilidade é assistida pelo programa de distribuição de renda, e o fazendo como produto de manobra daqueles que estão no poder, pois, cerca de um quarto dos habitantes dos cidadãos brasileiros encontra-se enquadrada nos requisitos do programa, ou seja, pessoas em condição pobreza e extrema pobreza.

Isso ainda sem pensar naqueles que vivem indiretamente desse programa, como os pequenos comerciantes, vez que essa legião de “miseráveis” precisa comer, vestir, divertir-se e ser inserido um capitalismo selvagem de consumo, o qual pode fomentar o aumento da criminalidade.

Apenas para ilustrar, há exemplos de Municípios como o da cidade maranhense de Junco do Maranhão, onde 90,5% da população vive com o dinheiro do benefício estatal em comento, conforme matéria da revista “Veja”.

Porém, o que se pode conceber é uma condição insuficiente que não melhora o presente, pela própria inércia do ser humano, que nestas condições está com a estima baixa, face o valor irrisório que recebe. O programa ainda não muda o passado, apenas tentar amenizar as agruras antes sofridas e o que é o pior, não se vê perspectiva para o futuro nem a curto ou longo prazo. Além do mais, pode-se ainda considerar a grande possibilidade do programa que deveria ser emancipatório, torná-lo interessantes no tocante ao ponto manipulativo e eleitoreiro.

O que se se visualiza pelos dados trazidos pela Revista “Veja”, os 10 anos se passaram após implantação do programa bolsa família. Milhões de pessoas foram inseridas no programa, porém, poucas conseguiram êxito em sair dessa situação de miséria e ainda, o programa é exportado como ideia prática e necessária a outros países desenvolvidos ou não, com fundamento único da promessa da preservação dos direitos fundamentais da dignidade humana, conforme preconiza os direitos humanos.

Se o programa não emancipa ele manipula, pois, o programa somente poderia ser comemorado se emancipasse, o que não te ocorrido, vez que a maioria dos clientes permanecem os mesmos.

Se o programa pode ser manuseado para fins outros, viola diretamente a dignidade humana, suficiente para tornar a lei do bolsa família inconstitucional da forma que é aplicada. Além de, pelas práticas implantadas, enquadrar a conduta do político no artigo 171, “caput” do Estatuto Penal, pois, obtém-se para si ou para outro vantagem indevidamente.

Na política como na arte, a “verdade” do cenário ou do quadro da realidade social depende muito do olhar de quem os analisa, o que não fica diferente num contesto de direito, como no presente caso, pois, deve-se analisar pelo viés da Constituição Federal, sempre, e através desse ângulo há conclusões para todos os gostos, senão vejamos.

Pelo ângulo da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, conforme artigo 3º, inciso III, CF/88, a lei 10836/2004, bolsa família, encontra-se em consonância com a Constituição Federal, perfeitamente.

Ocorre, porém, que devido ao “sucesso” do programa comemorado

pelo Governo Federal, dez anos após, Tal “sucesso” é explorado pelo Governo que vê muitas pessoas tendo acesso a esse benefício, ou seja, a cada dia mais família entra no programa. Contudo, o real sucesso deveria ser a rotatividade de famílias diferentes e não a manutenção das mesmas e ainda deixar o legado para as gerações futuras da mesmas famílias assistidas, pois, conforme o espírito da lei, sua finalidade quando criada era justamente o contrário, ou seja, emancipar as famílias e não torná-las vinculadas, indeterminadamente no programa, até porque a lei 10836/2004 não prevê tempo de duração de assistência as famílias.

Logo, o que deveria ser temporário torna-se definitivo, e já se inicia uma nova geração derivada daquela assistida pelo mesmo programa, que não terminará seu ciclo nunca. O povo talvez um dia se insurja contra essa política assistencialista e ultrapassada, e de fato veja a possível manobra realizada em épocas de campanha política.

Deve-se, por essa forma, responsabilizar o agente político penalmente, pois sua conduta desvirtua da essência da lei, obtém vantagem política ilícita, desvirtua o direcionamento de um Estado Democrático de Direito, e fere mais diretamente a dignidade de seu povo, o qual já sofrido, tratando-o com objeto de interesses nem sempre conforme os preceitos e princípios elencados na Constituição.

4. CONCLUSÃO

Pois bem, o intento do trabalho nunca foi esgotar o tema, tanto é verdade que pouca escritos se tem a respeito do tema, porém, tornar-se uma motivação forte para que possa buscar, de forma sempre contextualizada, ou seja, numa visão mais ampla do direito, determinados temas que não se pode nunca olhá-lo de forma isolada, intenção do presente trabalho.

Talvez para alguns torne-se um tanto difícil o entendimento do trabalho, vez que exige-se o prévio conhecimento de vários conceitos e institutos, os quais foram passados de forma superficial, mas, contudo, foi tentado descrevê-lo de forma o mais simples possível para que todo e qualquer leitor pudesse entender e concluir por si só, não somente pela superficialidade dos institutos aqui expostos, mas dedutivelmente, uma vez que o direito tem muito de “bom senso”, razões de se fazer apreender e entender o verdadeiro significado do direito pelas justificativas do legislador quando criado cada lei.

Se ainda não se tem um Estado que seja o ideal, que se pense agora em um Estado que possa servir de meio de construção de uma Pátria mais justa e que os mesmos argumentos utilizados para solidarizar com os mais carentes, legalmente, não seja meio de utilizar essa massa da pobreza e extrema pobreza com fins censuráveis, moral e legalmente num Estado Democrático de Direito, o qual tem como finalidade direta e reta a dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho mostrar que às duras penas saiu-se de um período em que o Estado se confundia com o detentor do poder, transformando em um Estado de Direito, o qual sob o império da lei todos são iguais perante o ordenamento jurídico.

Da mesma forma sob esta legalidade, buscou se coadunar os

objetivos do artigo 3º, inciso III, e artigo 1º, inciso III, todos da Constituição Federal Brasileira, com a lei 10.836/2004, ou seja, buscou erradicar a pobreza e reduzir a desigualdade social, o que impreterivelmente, esta condicionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual foi é a finalidade do programa de distribuição de renda, o bolsa família.

Ocorre porém, que sob o mesmo viés do parágrafo acima, o artigo 171, “caput”, do Código Penal, está também disposto a punir aqueles que realizam a conduta descrito no tipo legal, do crime de estelionato que á “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”, objeto do tema proposto que é o “Estelionato Eleitoral pela Via da Dignidade Humana o Programa de Distribuição de Renda do Bolsa Família”.

Assim, pelos dados apontados, os quais trazidos, recentemente, pela revista de “Veja”, o que também se pode tirar pelos “sites” oficiais do próprio governo, o programa é um “sucesso” vez que a cada dia somente aumenta os números de famílias e pessoas assistidas pelo programa, ou seja, $\frac{1}{4}$ (um quarto) da população do Brasil é beneficiária do programa, isso sem colocar em análise as pessoas que indiretamente também vivem do bolsa família, como o comercio do local dos Municípios.

Como se não bastasse que os gastos, ainda que vultoso tenha acrescido de forma exagerada nos gastos com o programa, há que se frisar que todo esse gasto é ínfimo em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), ou seja, menos de 0,5% (meio) por cento de custo, o que por si só é um programa com inúmeras possibilidades de visualizar a condição de manobra do Governo em épocas de eleição, e, de forma velada, sair à frente de qualquer concorrente com 25% (vinte e cinco) por cento da população, que é assistida pelo programa, à frente de qualquer outro candidato a pleito eleitoral num sistema dito democrático.

Ocorre porém, que caso isso ocorra e é perfeitamente dedutível em várias situações noticiadas em veículos de informações, o artigo 171, “caput”, tipifica a conduta do político que realizada tal conduta, estabelecendo-se assim o estelionato eleitoral, condição esta reprovável dentro de um Estado de Direito, onde a boa fé, a moralidade, a ética deve sempre prevalecer daqueles que estarão a frente de uma grande nação e a impulsionará para uma condição mais digna, conforme os fundamentos e objetivos elencados na Constituição Federal.

Infelizmente, um pouco disso tudo é visivelmente utilizado por pessoas inescrupulosas, tendenciosas a manutenção de sua condição no poder, seja direta ou indiretamente, utilizando-se dos infortúnios de uma grande massa de pessoas desprovidas, seja financeiramente, seja intelectualmente.

Mais do que esgotar o tema é alertar no sentido de que vivemos numa dualidade, aquilo que é bom para uns, pode não ser bom para o outro, porém, dentro de uma legalidade obrigatória, com igualdade para todos e com objetivos de trazer a pacificação social através do direito, pessoas mal intencionadas, com o poder à mão, não se utilize de fundamentos argumentativos virtuais, em prol de uma sociedade melhor, em épocas eleitoreiras e após, faça dessa teoria uma prática diversa, com notório desejo de manter-se no poder de forma completamente, imoral, antiética e ilícita.

5. AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles, que de forma direta ou indireta, fizeram e fazem parte da trajetória da minha vida, seja profissional ou pessoal. Pessoas estas impossíveis de todas nominá-las, vez que mesmo não sabendo de sua importância se perpetraram servir de exemplo para a vida futura. Espera-se dessa forma, que a recíproca seja sempre verdadeira, vez que a atitude sempre se mostra, abundantemente, mais eficaz que muitas palavras.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. V 1.11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes. n. **Almeidina**: Coimbra. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

DALLARI, **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva. 1996.

FIORAVANTI, **Maurizio. Los Derechos Fundamentales**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**, São Paulo, 12. Ed. Ver., Atual e Ampl Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág.857.

UCHÔA, Maria das Graças; LEMES, Maria Madalena Del Duqui. **A Visão dos Enfermeiros que Trabalham em Unidade Hospitalar Pública sobre a Sistematização de Enfermagem**. 2013, Disponível em: <<http://www.ucg.br/ucg/institutos/nepss/monografia/monografia01.pdf>>. Acesso em 22 de julho de 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 116.

PAULO, Marcos. **Conceito e Diferenciação entre os Métodos Indutivos e Dedutivos**. 2011, Disponível em < <http://olibat.com.br/conceito-e-diferenciacao-entre-os-metodos-indutivos-e-dedutivos/>>. Acesso em 14 de julho 2014.

http://www.pt.org.br/noticias/view/orcamento_do_bolsa_familia_cresce_60_em_2013. Acesso em 22 de julho de 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22 de julho de 2014.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=265627>. Acesso em 22 de julho de 2014.

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/NAO-INFORMADO/52671-PROJETO-TIPIFICA-O-CRIME-DE-ESTELIONATO-ELEITORAL.html>. Acesso em 22 de julho de 2014.

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A771E7A2685A47AD3AAAAE BBB55CFD2A.node2?codteor=219141&filename=Avulso+-PL+3453/2004. Acesso em 22 de julho de 2014.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=251286>. Acesso em 22 de julho de 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm. Acesso em 22 de julho de 2014.

<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>.

<http://www.ibge.gov.br/home/>. Acesso em 22 de julho de 2014.

A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E O DIREITO TRIBUTÁRIO

Luciana Moriwaki²⁷⁵, Renata Young Blood²⁷⁶

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Administração pública e os dilemas do Estado contemporâneo.

RESUMO

Esse trabalho analisou o princípio do mínimo existencial dentro de uma perspectiva tributária, relacionada a capacidade contributiva de cada indivíduo. A Carta Magna veda ao Estado Democrático de Direito o confisco, que representa ofensa ao princípio maior e axiológico de todo o ordenamento jurídico, o da dignidade da pessoa humana. Efetivar o princípio do mínimo existencial vai além do limite fisiológico e deve levar em consideração a reserva do possível, que busca a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, através da administração da escassez de recursos e otimização da efetividade dos direitos sociais. Embora seja complicado ver a tributação como forma de se alcançar a justiça social segundo Ferreira, ao Estado compete o dever de assegurar a reserva de recursos financeiros suficientes para suprir o mínimo existencial de toda a população. É consolidada a Jurisprudência do Supremo Tribunal federal quanto a necessidade de implementação de políticas públicas para dar cumprimento e efetividade aos preceitos constitucionais, concretizando o princípio informador de todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Mínimo Existencial; Dignidade Humana; Capacidade Contributiva.

ABSTRACT

This work has the purpose to analyse the minimum existential principle into the perspective tributary vision, connected with the contributive capacity of each individual. The Magna Constitution forbids to the Law Democratic State the confiscation, which represents offense to the most important principle, the dignity of the human person. Effect the minimum existential principle goes through beyond the physiological limit and must consider the possible reserve, which looks for the maxim efficacy and effectiveness of the fundamental rights, through the administration of the scarcity resources and optimization of the effectiveness social rights. Although it's hard to see taxation as a way to reach out the social justice according to Ferreira, to the State has the obligation to assure the enough financial resources to supply the

²⁷⁵ Acadêmica do décimo período do curso de Direito, do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais(CESCAGE). Cirurgiã-dentista. Graduada em Odontologia pela Universidade Estadual de Ponta Grossa(UEPG). Pós graduada em Ortodontia pela Faculdade de Odontologia Uningã.

²⁷⁶Coordenadora do Curso de Direito do CESCAGE, Professora de Direito Administrativo e Direito Constitucional, Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Pós graduada em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/ISAE), Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

minimum existential of the all population. It's consolidated in the Jurisprudence of the Supreme Federal Court that the necessity of implementation of public politics to give fulfillment and to carry out the constitutional precept, fulfilling the informed principle of all law system: Human's Person Dignity.

Key-words: Minimum Existential; Human Dignity; Contributive Capacity.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo uma breve apresentação sobre o conceito de mínimo existencial e a sua relação com o direito tributário. O mínimo existencial não está consagrado expressamente na Constituição Federal brasileira, o seu conceito foi construído pela doutrina que o elencou dentro dos direitos fundamentais. Sendo reconhecido como aquele que aponta a necessidade de se atender ao sustento e a existência digna de todos os membros da sociedade.

Para o mínimo existencial se concretizar é necessário a atuação direta do Estado com aporte de recursos financeiros para implementar os serviços públicos que atendem aos direitos fundamentais. Sendo que a principal forma de arrecadação do Estado é por meio da tributação.

Com isso, vislumbra-se dois princípios a serem analisados, o da reserva do possível, que demonstra a debilidade do Estado em atender a todos os direitos fundamentais, e o princípio da capacidade contributiva, que traz a limitação a cobrança dos tributos de acordo com as possibilidades de cada cidadão, evidenciando o princípio da igualdade.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho teve como metodologia a pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial no site do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, qual seja, o mínimo existencial. Extraíram-se dez documentos referentes ao assunto em comento, nas diversas áreas de concentração. O método adotado foi o dedutivo, pois o estudo teve como ponto de partida a Constituição Federal de 1988 para então analisar a legislação vigente e o posicionamento da Suprema Corte nos julgados.

3. PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Nos últimos anos, consolidou-se entre a jurisprudência pátria o conceito de mínimo existencial, que remete a ideia de um mínimo necessário para uma existência digna, com base em parâmetros criados pelo Poder Judiciário. Contudo, além do problema que se tem em determinar esse conteúdo, tem-se a questão de o magistrado estar, de certa forma, a legislar em matéria com limites constitucionais²⁷⁷.

Nos anos cinquenta, o publicista Otto Bachof, jurista de renome, foi

²⁷⁷LIMA, Eduardo Leite; SANTOS, Fábio Bezerra dos. A eficácia do Direito à Saúde: um debate acerca de cidadania, eficiência e desenvolvimento em tempos de crise. **Revista Jurídica**: Verba Volant, Scripta Manent, v.2. n.1. (dez. 2006). Patos: FADIP – Faculdade de Direito de Patos, 2006. p. 34.

o primeiro a reconhecer o direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para a existência mínima, alegando que para a concretização da dignidade humana, era imprescindível, além das garantias e liberdades, o mínimo de segurança social, o que tem vinculação direta a recursos materiais.²⁷⁸ Assim, reconhece que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, é titular de direitos e obrigações, “o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência”²⁷⁹.

A doutrina alemã, berço do mínimo existencial, entende que a dignidade humana não é quantificável. De modo que a quantificação para verificação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas esta condicionada espacial e temporalmente. Sua viabilidade depende do padrão socioeconômico vigente, baseando-se também nas expectativas e necessidades do momento. Entretanto, isso significa que o mínimo existencial tem de albergar mais do que a mera sobrevivência física, e é além do limite da pobreza absoluta²⁸⁰.

Os debates dentro do contexto jurídico-constitucional alemão, quanto ao conteúdo e alcance desse mínimo existencial, como ressaltado, refutam a ideia de ser ele apenas formado pelo mínimo fisiológico, acrescentando a primordialidade de se oferecer a inserção na vida social – visando a igualdade, sendo um mínimo material e sociocultural. Assim, o mínimo se refere a “garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade”²⁸¹.

Ainda, dentro do contexto germânico, parte-se da premissa que há várias formas de concretizar o mínimo existencial, cabendo ao legislador “dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, no caso de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes”.²⁸²

Com isso, percebe-se uma gama de entendimentos sobre a atuação do judiciário nesses casos, prevalecendo, de certa forma o seguinte posicionamento:

(...) o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental²⁸³.

Há quem confunda com o princípio da dignidade humana. Segundo

²⁷⁸ Idem, p.36.

²⁷⁹SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20.

²⁸⁰SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Ibidem. p. 21.

²⁸¹SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Ibidem. p. 23.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Ibidem. p. 24.

²⁸³SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Ibidem. p. 25.

Figueiredo *apud* Camargo²⁸⁴:

(...)saliente-se que mínimo existencial não é mínimo de subsistência. Na medida em que estreitamente atado à noção de dignidade da pessoa humana, enquanto esta, pela interpretação sistemática da Constituição brasileira, pressupõe a preservação de uma série de valores e bens, o mínimo existencial há de refletir o escopo de realização do ser humano. Sem cair em excessos, devem ser asseguradas condições de alimento, saúde, educação, moradia, segurança, lazer, informação, que mesmo em termos mínimos, permitam a fruição de uma vida digna, com liberdade e autonomia individual.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. XXV, observa-se a positivação desse princípio, apontando que todos possuem o direito a um nível de vida que supra as necessidades de sua saúde, do seu bem-estar e o de sua família, ou seja, apresenta o núcleo do princípio do mínimo existencial²⁸⁵.

Na esfera jurídica brasileira, o mínimo existencial não se encontra explicitamente na Constituição. Segundo Torres, trata-se de um direito pré-constitucional, podendo ser encontrado na Carta Magna através do disposto no artigo 3º, III, que aponta a necessidade de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”²⁸⁶.

Nesta seara, a Lei Federal 8.742, de 07/12/93 traz em seu bojo referências ao mínimo existencial logo no seu primeiro artigo, *ipsis litteris*:

Art 1º - A assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Portanto, a Constituição Federal, como as normativas infraconstitucionais, não dispõe qual seria os direitos mínimos que comporiam o núcleo rígido do mínimo existencial. Esta opção legislativa aponta para o entendimento de que o corolário constitucional da dignidade da pessoa humana não está adstrito a um rol fechado de direitos, e variam de um indivíduo para outro.

3.1. Direito Tributário e a Reserva do Possível

²⁸⁴CAMARGO, Caroline Leite de; MURTA, Eduardo Freitas; FLUMIAN, Michel Ernesto. Responsabilidade Civil do Estado brasileiro quanto a efetividade do Direito Fundamental a Saúde. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9726&revista_caderno=27>. Acesso em 31 nov 2013.

²⁸⁵PETRY, Alexandre Torres. Direito ao mínimo existencial e sua análise econômica. In: **Sala de imprensa**. Publicado em 8 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.petry.adv.br/direito-ao-minimo-existencial-e-sua-analise-economica/>>. Acesso em ago 2014.

²⁸⁶TORRES, Ricardo Lobo *apud* PORTELLA, Simone de Sá. Considerações sobre o conceito de mínimo existencial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407>. Acesso em 20 ago 2014

O direito tributário no período que vigia o Estado Patrimonialista – derogada do regime feudal até o final do século XVIII – não trazia nenhum tipo de benesse aos menos abastados, pelo contrário, as classes mais altas – nobreza e clero – é se beneficiavam com imunidade tributária²⁸⁷.

Na vigência do Estado de Polícia, a tributação sobre os pobres diminui e o Estado se torna o responsável pela de proteção social. Com o tempo, verifica-se a necessidade de se equilibrar a sociedade no que tange a tributação, visando a proporcionalidade, de modo a retirar a incidência tributária sobre as pessoas que tinham o mínimo para o seu sustento²⁸⁸.

Quando se adentrou no Estado Fiscal de Direito, houve um novo tratamento para a pobreza, fortalecendo o mínimo existencial e a assistência social aos pobres. Nessa época, o princípio da capacidade econômica e o subprincípio da progressividade passaram a fazer parte da Constituição francesa e também da brasileira. Com isso, encerrou-se a tributação sobre aqueles valores que correspondiam ao mínimo existencial, havendo assim uma limitação ao poder de fisco do Estado²⁸⁹.

No Estado atual, há a busca pela redução das desigualdades sociais com a prestação de serviços públicos de educação, saúde, etc. Entretanto, para que seja possível tal atividade estatal, é necessário receitas que cubram essas despesas. Há uma limitação desses serviços pelos recursos disponíveis, e por isso, primeiramente o Estado tenta suprir as necessidades básicas, e as remanescentes são implementadas consoante a opção política do momento²⁹⁰.

Nesse diapasão, é importante destacar a reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que submete os direitos sociais aos recursos financeiros do Estado. Isso significa que a disponibilidade dessas despesas para o cumprimento dos direitos sociais está inserida no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares – orçamento público. A idéia de reserva do possível desenvolveu-se a partir de uma jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, relacionada a uma demanda sobre o direito ao ensino superior, na qual se concluiu que “a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo o Estado dispondo dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”²⁹¹.

Aduz-se aqui a aceção de Reserva do Possível “é um conceito

²⁸⁷TORRES, Ricardo Lobo apud PORTELLA, Simone de Sá. Considerações sobre o conceito de mínimo existencial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407>. Acesso em 20 ago 2014

²⁸⁸TORRES, Ricardo Lobo apud PORTELLA, Simone de Sá. Ibidem.

²⁸⁹TORRES, Ricardo Lobo apud PORTELLA, Simone de Sá. Ibidem.

²⁹⁰BARCELLOS, Ana Paula apud PORTELLA, Simone de Sá. Considerações sobre o conceito de mínimo existencial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407>. Acesso em 20 ago 2014

²⁹¹SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29.

econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas e individuais”²⁹².

Constata-se que a reserva do possível é constituída do seguinte tripé:

a) disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito de prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade²⁹³.

Esses três aspectos da reserva do possível encontram-se ligados aos princípios constitucionais, requerendo assim, “um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado”, com fim de se alcançar o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, servindo de ferramenta para a garantia desses direitos sociais de cunho prestacional, e não criando barreiras para tal concretização. Com isso, percebe-se a reserva do possível não como núcleo integrante dos direitos fundamentais, por trazer limites aos direitos fundamentais, observa-se que se trata de um limite jurídico e fático desses direitos²⁹⁴.

A crise da efetividade dos direitos fundamentais encontra-se diretamente vinculada com a carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas quanto às políticas sociais. Com menor disponibilidade de recursos, maior é a deliberação responsável quanto a sua destinação, o que carece do melhoramento dos mecanismos de uma gestão democrática do orçamento. Com isso, é imperioso aprimorar também, o próprio processo de administração das políticas públicas, tanto no plano de atuação do legislador, como do administrador²⁹⁵.

Por isso, a reserva do possível, deve ser assimilada com reservas, isso porque, cabe aos entes públicos buscarem a maximização dos recursos e minimizarem o impacto da reserva do possível, é o “administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais”. Mas as limitações da reserva do possível não são falaciosas, não sendo uma desculpa genérica dada pelo estado para se eximir de efetivar os direitos sociais. Cabe ao poder público a comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos as

²⁹²SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 97.

²⁹³SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit. p. 30.

²⁹⁴SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30.

²⁹⁵SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. ibidem. p. 31.

prestações²⁹⁶.

Quanto às decisões acerca dos investimentos dos recursos públicos, é preciso que haja transparência nesse exercício, para viabilizar o controle por parte da sociedade. Isso porque, a efetivação dos direitos reconhecidos pela Constituição encontram-se cingidos nas escolhas políticas, e tratando-se de um Estado Democrático, as decisões devem ser informadas a população, que é o destinatário por excelência das razões e justificações²⁹⁷.

É nesse quadro que se insere a discussão quanto a ineficácia do poder Legislativo e do poder Executivo em concretizar os direitos fundamentais²⁹⁸. Cabendo questionar quanto a forma de empregar os tributos para financiar os direitos fundamentais. Nessa toada, Ferreira defende ser complicado ver a tributação como forma de se alcançar a justiça, pois como bem aponta, o contribuinte transfere recursos ao Estado, e esse acaba por atender o interesse de determinados grupos apenas. Depreende-se que o direito tributário pode alcançar uma justiça meramente formal²⁹⁹.

Para Moraes³⁰⁰, é dever constitucional seguir medidas que garantam o respeito à dignidade da pessoa humana, e com isso, surge o dever fundamental de pagar tributos, que servirão para financiar os direitos fundamentais. Situação essa que faz enquadrar a tributação como um alargamento da reserva do possível, já que os tributos levarão os direitos fundamentais a serem concretizados.

Mesmo com a idéia de tributação já estar consagrada na doutrina como fonte de financiamento dos direitos fundamentais, Silveira³⁰¹ aponta pra necessidade de não apenas se reconhecer a necessidade de arrecadar tributos, como também sistematizar a alocação desses recursos, assentando quais os direitos que serão atendidos com prioridade, visto a limitação dos recursos.

Segundo o Código Tributário Nacional, em seu art. 3º, tributo “é toda a prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Como se observa, o artigo não expõe qual será o destino da verba pecuniária arrecadada.

²⁹⁶SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *ibidem*. p. 32.

²⁹⁷SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *ibidem*. p. 34.

²⁹⁸MIOZZO, Pablo Castro apud PETRY, Alexandre Torres. Direito ao mínimo existencial e sua análise econômica. In: **Sala de imprensa**. Publicado em 8 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.petry.adv.br/direito-ao-minimo-existencial-e-sua-analise-economica/>>. Acesso em 20 ago 2014.

²⁹⁹FERREIRA NETO, Arthur M. apud PETRY, Alexandre Torres. Direito ao mínimo existencial e sua análise econômica. In: **Sala de imprensa**. Publicado em 8 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.petry.adv.br/direito-ao-minimo-existencial-e-sua-analise-economica/>>. Acesso em 20 ago 2014.

³⁰⁰MORAES, Alexandre apud PETRY, Alexandre Torres. Direito ao mínimo existencial e sua análise econômica. In: **Sala de imprensa**. Publicado em 8 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.petry.adv.br/direito-ao-minimo-existencial-e-sua-analise-economica/>>. Acesso em 20 ago 2014.

³⁰¹SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da apud PETRY, Alexandre Torres. Direito ao mínimo existencial e sua análise econômica. In: **Sala de imprensa**. Publicado em 8 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.petry.adv.br/direito-ao-minimo-existencial-e-sua-analise-economica/>>. Acesso em 20 ago 2014.

Para Siqueira³⁰², deve-se atentar ao fato que, muitas vezes, a contribuição tributária pode trazer limitação ao exercício de determinados direitos devido à redução de orçamentos individuais. Apresentando uma dependência, e até mesmo, um certo conflito entre os direitos de primeira geração (liberdades) e os de segunda geração (direitos sociais), haja vista que a efetivação desses últimos é feito por meio da contribuição compulsória, de tributos, corroborando para a concretização dos primeiros - por todos os membros da sociedade.

Siqueira exprime essa situação aduzindo que “tem-se um ciclo: a realização de certos direitos depende de algumas prestações estatais, que, por sua vez, dependem, pelo menos em parte, do cumprimento de deveres pelos indivíduos, especificamente do dever de pagar tributos”³⁰³.

Salienta-se a imperiosa proibição ao retrocesso social, que envolve diretamente a escassez de recursos. Como dito anteriormente, os direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, ocorrem de forma prestacional, isso é, não é possível alcançá-lo com uma parcela única. Por isso, deve o Estado continuamente buscar efetivar esses direitos. Como Siqueira³⁰⁴ acentua:

é preciso que a máquina trabalhe ininterruptamente, para que o mínimo existencial seja garantido e que aqueles direitos que não formam esse núcleo mínimo se encontram numa situação em que sua eficácia seja facilmente alcançada, o que só ocorre com o correto emprego das receitas tributárias arrecadas junto à sociedade, através da realização de políticas públicas, que, primeiro, devem atender aquilo que for prioritário, para, em seguida, manter o que foi atendido e maximizá-lo.

Depreende-se de forma uníssona que o Estado não pode deixar de buscar implementar o mínimo existencial, assim como tem o dever de maximizar esses direitos.

3.2. A Capacidade Contributiva como Mínimo Existencial

Como já aduzido, a tributação serve como meio de financiamento da promoção dos direitos fundamentais. Entretanto, a tributação também traz limitações aos direitos individuais, como por exemplo a imposição de um pedágio que restringe o direito de ir e vir.

A partir da leitura dos dois primeiros incisos do artigo 150 da Constituição Federal que expõe os princípios constitucionais tributários, é possível observar as fronteiras existentes entre a tributação e os direitos fundamentais. Isso porque, no inciso I, veda o Estado de exigir ou aumentar um tributo sem que haja lei definindo, assim como no inciso II traz a proibição de tributar de forma desigual os

³⁰²SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Mínimo Existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais**. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2009. N.1, Ago-Dez. p. 114. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista/ARTIGO%206.pdf>> Acesso em 20ago 2014.

³⁰³SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Mínimo Existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais**. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2009. N.1, Ago-Dez. p. 117. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista/ARTIGO%206.pdf>> Acesso em 20 ago 2014. 111-133.

³⁰⁴SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *ibidem*. p. 124.

contribuintes que sem encontram em situação equivalente. A tributação para angariar fundos para o financiamento dos direitos individuais e sociais é lícita, entretanto encontra-se restringida, como forma de proteger os contribuintes de não sofrerem nenhum tipo de abuso com o excesso de tributação.

Por isso a capacidade contributiva deve servir como baliza para a cobrança dos tributos, aplicando o critério de igualdade.

O princípio da capacidade contributiva não se encontra descrito na Constituição, mas pressupõe a persecução de uma justiça social, onde cada indivíduo da sociedade contribui dentro de suas possibilidades para a reserva do Estado, para que esse efetive os direitos de forma nivelada para toda população.

Infere-se do artigo 145, §1º, da Carta Magna, que os impostos, possuem um limite relacionado a capacidade contributiva por força desse parágrafo:

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Entretanto, apesar do parágrafo referenciar apenas os impostos, é possível aplicar o princípio da capacidade contributiva em outras formas de tributação, já que este princípio esta diretamente relacionado ao princípio da igualdade.

O legislador não tem como identificar a capacidade contributiva de cada indivíduo, recorrendo aos fatos geradores dos impostos que podem servir como parâmetros. Isto é, o fato gerador baseia-se em um ato de conteúdo econômico, que pode estar ligado a duas espécies de riqueza, a renda e o patrimônio.

O mínimo existencial vem como forma de proteger os cidadãos do poder do Estado, que se vê limitado na atividade de arrecadação, isso porque, tributar alguém que possui apenas o mínimo para sua existência, acabaria por atingir a sua dignidade humana. A tributação em excesso, leva a impedir o acesso ou a manutenção desse serviço, lembrando que não se pode utilizar o tributo com efeito de confisco³⁰⁵.

Segundo Martins³⁰⁶, o confisco ocorre com a tributação que vem a subtrair do contribuinte a capacidade de sustentar e se desenvolver, abalando o atendimento às suas necessidades essenciais. 50, IV, da Constituição Federal. O confisco é expressamente vedado pelo art. Assim, o confisco encontra-se nos

³⁰⁵MONTEIRO, Marília. **A capacidade contributiva. Do mínimo existencial e do não confisco.** Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/A_capacidade_contributiva_Do_m%C3%ADnimo_existencial_e_do_n%C3%A3o_confisco> Acesso em 20 ago 2014

³⁰⁶MARTINS, Ives Gandra da Silva apud SABBAG, Eduardo. **Eduardo Sabbag: uma nova forma de ver o Direito.** Material para estudo complementar: Direitos humanos, tributação e o mínimo existencial. Disponível em: <<http://www.professorsabbag.com.br/arquivos/downloads/1355976430894.pdf>> Acesso em 20 ago 2014.

limítrofes, opostos, entre o mínimo necessário e o extremo oposto em que há uma invasão patrimonial, devendo assim a tributação recair entre essas balizas, onde a ótima tributação, advém de um tributo possível e razoável.

3.3. Recentes Decisões do Supremo Tribunal Federal Acerca do Mínimo Existencial

Realizou-se uma busca no site da Pretório Excelso com a expressão de busca: mínimo existencial, onde foi encontrado dez documentos versando sobre o assunto em diferentes áreas de concentração.

A primeira jurisprudência é um Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 658.171, onde sustentou-se que o Poder Público não pode se abster de sob o fundamento de insuficiência orçamentária, sendo que já é firme a orientação dessa Corte de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, em seu art. 225, §1º, inc.III. De forma brilhante, aduz o Ministro Relator que o Ministério Público detém a legitimidade para requerer, em juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Lei Maior, como é o caso do acesso à saúde.³⁰⁷

A segunda jurisprudência é um Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212, onde constatou-se a omissão estatal, comprometendo e frustrando os direitos fundamentais de pessoas necessitadas, que ficaram desassistidas de assistência jurídica integral gratuita, legitimando a atuação dos juízes e tribunais na implementação de Políticas Públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público, tendo sido irrelevante invocar a fórmula da reserva do possível para legitimar o inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado.³⁰⁸

A terceira jurisprudência trata de um Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352, onde ficou demonstrado a necessidade a ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais, impossibilitando chamar a teoria das “Restrição das Restrições” para justificar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. Disso, culminou-se numa positiva criação jurisprudencial do direito-atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade da observância de alguns parâmetros constitucionais; como a proibição do retrocesso social; proteção ao mínimo existencial; vedação da proteção insuficiente e proteção de excesso, embora o Estado insista em alegar a violação do princípio da Separação de Poderes(art. 5º, inc. LV, Constituição Federal), não cabendo ao Ministério

³⁰⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 658.171, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 01/04/2014. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5716326>. Acesso em 20 ago 2014

³⁰⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/03/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em 20 ago 2014.

Público ou Poder Judiciário impor as necessidades sociais que o Poder Executivo deve prioritariamente atender. Nas sábias palavras do eminente Relator,

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode convertê-la em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”(RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)³⁰⁹

A quarta jurisprudência é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 763.667, onde proclamou-se imperiosamente que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que assiste, nesse contexto, a prerrogativa de ver tais direitos efetivamente implementados em seu benefício, o que põe em evidência- cuidando de pessoas necessitadas(art. 5º, inc. LXXIV, Carta Política)- a significativa importância jurídico- institucional e político social da Defensoria Pública. Sem se reconhecer a realidade de que a Constituição impõe ao estado o dever de atribuir aos desprivilegiados a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras de respeito social, não será possível construir a igualdade, nem realizar a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República(art. 3º, inc. I, Carta Magna). Não se pode dizer que o Poder Judiciário não dispõe de competência para colmatar, “in concreto”, omissões estatais caracterizadas pelo inadimplemento. O STF firmou entendimento no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, frente ao princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, situação configuradora de inescusável omissão estatal, como ocorreu no caso sub judice.³¹⁰

Na análise do Recurso Extraordinário nº 567.985, declarou-se incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 pois situações de patente miserabilidade social seriam consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente o que não corresponde com a realidade atual, ferindo a dignidade da pessoa humana.³¹¹

Mais um acórdão que repudia a omissão estatal quanto a constatação de deficiências concretas na prestação de serviços de saúde em uma unidade específica, onde constatou-se ausência de médicos de plantão na UTI; falta de

³⁰⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352, Segunda Turma, Rel.Min. Celso de Mello, DJ 29/10/2013.Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>, p. 19. Acesso em: 20 ago 2014.

³¹⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 763.667, Segunda Turma, DJe 22/10/2013, Relator Ministro Celso de Mello Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5034270>. Acesso em 20 ago 2014.

³¹¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 567.985, Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 18/04/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 20 ago 2014.

medicamentos materiais e estruturas para exames básicos para realização de uma intervenção cirúrgica; deficiência no atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia; e número insuficiente de leitos. Nessa toada, faz-se necessário a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, sendo tais direitos indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o ‘mínimo existencial’ de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial, embora o Estado insista na tese de que ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas Políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.³¹²

Nesse sétimo acórdão, os ministros firmam a necessidade imperiosa da atuação estatal na garantia à educação infantil, próximas a sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por cada criança não atendida, os astreintes, conforme se depreende da leitura da ementa que se segue:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR

CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” – INVOCÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.³¹³

³¹²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536, Primeira Turma, Rel.Min. Luiz Fux, DJe 05/02/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>. Acesso em: 20 ago 2014.

³¹³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 693.337, Segunda Turma, DJe 23/08/2011. Disponível em :

É de vital importância que o Estado promova a educação infantil, prerrogativa constitucional indisponível, assegurando à criança seu desenvolvimento integral. Quando o poder público se abstém de cumprir, totalmente ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional, transgredir a própria da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. (Precedentes ADI 1.484/DF, Relator Ministro Celso de Mello).

No âmbito da segurança pública, a Suprema Corte embora já tenha firmado entendimento de que o fato de a segurança pública ser dever do Estado, não lhe impõe a responsabilidade objetiva por eventual dano decorrente de crime. Nesse sentido, cita-se alguns precedentes: AR 1.376, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 22.06.2006; RE 382.054, rel. Min. Carlos Velloso, 2º Turma, DJ 01.10.2004; AI 239.107-AgR e RE 130.764, rel. Min. Moreira Alves, 1º Turma, DJ 12.11.1999 e DJ 07.08.1992, respectivamente; RE 172.025, rel. Min. Ilmar Galvão, 1º Turma, DJ 19.12.1996.³¹⁴ Reconhece-se a Responsabilidade Subjetiva, por falta do serviço, conforme regra insculpida no art. 37, §6º, da Carta Magna, necessitando de uma análise dos limites de responsabilidade do Estado pela prestação de serviço de segurança pública a seu cargo.

No caso dos autos, o paciente foi deflagrado em via pública de alta periculosidade por bandidos e recebeu dois tiros de arma de fogo, que o deixaram tetraplégico e com a necessidade de implantação de um marca-passo diafragmático, equipamento destinado a permitir que volte a respirar sem a dependência de um respirador mecânico, conforme se depreende da leitura da ementa que se segue:

E M E N T A: VÍTIMA DE ASSALTO OCORRIDO EM REGIÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO AO QUAL SE ATRIBUI OMISSÃO NO DESEMPENHO DA OBRIGAÇÃO DE OFERECER À POPULAÇÃO LOCAL NÍVEIS EFICIENTES E ADEQUADOS DE SEGURANÇA PÚBLICA – PRÁTICA CRIMINOSA QUE CAUSOU TETRAPLEGIA À

VÍTIMA E QUE LHE IMPÔS, PARA SOBREVIVER, DEPENDÊNCIA ABSOLUTA EM RELAÇÃO A SISTEMA DE VENTILAÇÃO PULMONAR ARTIFICIAL – NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MARCAPASSO DIAFRAGMÁTICO INTRAMUSCULAR (MARCAPASSO FRÊNICO) – RECUSA DO ESTADO DE PERNAMBUCO EM VIABILIZAR A CIRURGIAS DE IMPLANTE DE REFERIDO MARCAPASSO, A DESPEITO DE HAVER SUPOSTAMENTE FALHADO EM SEU DEVER CONSTITUCIONAL DE PROMOVER AÇÕES EFICAZES E ADEQUADAS DE SEGURANÇA PÚBLICA EM FAVOR DA POPULAÇÃO LOCAL (CF,

art. 144, “caput”) - DISCUSSÃO EM TORNO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, art. 37, § 6º) – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – DOUTRINA – PRECEDENTES – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA EM FAVOR DA VÍTIMA, NA CAUSA PRINCIPAL, PELO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DO PROCESSO – SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DESSA DECISÃO POR ATO DA PRESIDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MEDIDA DE CONTRACAUTELA QUE NÃO SE JUSTIFICAVA EM RAZÃO DA

[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doel.Min.Celso de Mello, cTP=AC&docID=627428](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doel.Min.Celso%20de%20Mello,cTP=AC&docID=627428). Acesso em 20 ago 2014.

³¹⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 223. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 14/04/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>. Acesso em 20 ago 2014.

AUSÊNCIA DE SEUS PRESSUPOSTOS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL (CF, arts. 196 e 197) – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS DA FEDERAÇÃO – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO DE PERNAMBUCO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO

DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COM NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE, PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.³¹⁵

Não se pode esquecer que o essencial direito à saúde representa projeção derivada do direito à vida (RE 393.175- AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, v.g.). O legislador constituinte qualificou, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (art. 197, Constituição Federal), legitimando a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico social, seja por intolerável omissão, seja por outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante,

³¹⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 14/04/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>. Acesso em 20 ago 2014.

sendo dessa forma responsabilizado o Estado ao pagamento de todas as despesas médicas para assegurar a saúde do referido paciente.

No quesito relacionado a transporte público garantido ao idoso, maior de sessenta e cinco anos de idade, o Supremo garante a aplicação do art. 230, § 2º da Constituição e do art. 39, do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), sendo norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3.768.³¹⁶

Conforme salienta o referido acórdão, a gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, bem como viabiliza a concretização da sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadecendo com o condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível, que deve se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial, o qual representa o conjunto de condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, sobretudo os fundamentais individuais e sociais.

De forma uníssona, o Supremo Tribunal Federal assegura o que a Constituição prega: o direito à qualidade de vida digna aos idosos.

Mais uma vez, a Suprema Corte se manifesta no sentido de dar efetividade ao mandamento constitucional do direito à educação no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5, não aceitando que no processo de concretização do direito fundamental de acesso à educação infantil da criança, o município se furte de tal obrigação, alegando discricionariedade político-administrativa.³¹⁷

O direito público subjetivo à educação impõe ao Poder Público, no caso desse acórdão, ao Município (art. 211, § 2º da Constituição Federal) o dever jurídico-social de viabilizar, em favor das crianças de zero a seis anos de idade (art. 208, IV, da Lei Maior), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, qualificando-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção de que os direitos fundamentais de segunda geração impõem ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, só se desincumbindo dele quando cria condições objetivas que propiciem, aos titulares desse direito, o acesso pleno ao sistema educacional.

4. CONCLUSÃO

Atualmente, vive-se o Estado Social Fiscal, onde o princípio do mínimo existencial ganhou proporção em face da conjuntura com os direitos humanos. Sendo de ordem pública a obrigação de proteção das bases materiais necessárias para a vida social, a tributação passa a ser um direito e um dever, como um princípio constitucional com aplicação imediata consoante a atual Constituição da República, em seu artigo 5º, § 1º.

O mínimo existencial pode ser entendido como um direito fundamental da pessoa humana, e por isso deve o Estado zelar pela sua garantia, de modo que

³¹⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3.768-4. Tribunal Pleno. Rel. Ministra Cármen Lúcia. DJ 19/09/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em 20 ago 2014.

³¹⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em 20 ago 2014.

deve assegurar a reserva de recursos financeiros suficientes para suprir o mínimo existencial de toda a população. Embora não esteja expresso na Constituição Federal, liga-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e à vida, sendo de especial importância a sua concretização.

Posição inicialmente germânica e solidificada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. XXV, observa-se a posituação desse princípio, apontando que todos possuem o direito a um nível de vida que supra as necessidades de sua saúde, do seu bem-estar e o de sua família, ou seja, apresenta o núcleo do princípio do mínimo existencial, de conteúdo de um mínimo material e sociocultural.

Mesmo considerando que o princípio da reserva legal existe em função da existência da escassez de recursos públicos e da vastidão das necessidades humanas, este deve visar alcançar a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, servindo de ferramenta para a garantia desses direitos sociais de cunho prestacional de tal modo a não criar barreiras para tal concretização.

A crise da efetividade dos direitos fundamentais encontra-se diretamente vinculada com a carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas quanto às políticas sociais. Com menor disponibilidade de recursos, maior é a deliberação responsável quanto a sua destinação, o que carece do melhoramento dos mecanismos de uma gestão democrática do orçamento. Com isso, é imperioso aprimorar também, o próprio processo de administração das políticas públicas, tanto no plano de atuação do legislador, como do administrador³¹⁸.

Por isso, a reserva do possível, deve ser assimilada com reservas, isso porque, cabe aos entes públicos buscarem a maximização dos recursos e minimizarem o impacto da reserva do possível.

O mínimo existencial vem como forma de proteger os cidadãos do poder do Estado, que se vê limitado na atividade de arrecadação, isso porque, tributar alguém que possui apenas o mínimo para sua existência, acabaria por atingir a sua dignidade humana. A tributação em excesso, leva a impedir o acesso ou a manutenção desse serviço, lembrando que não se pode utilizar o tributo com efeito de confisco³¹⁹.

Constatando-se a omissão estatal, comprometendo e frustrando os direitos fundamentais de pessoas necessitadas, que ficaram desassistidas de assistência jurídica integral gratuita, legitimando a atuação dos juízes e tribunais na implementação de Políticas Públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público, tendo sido irrelevante invocar a fórmula da reserva do possível para legitimar o inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado.³²⁰

As entidades federativas devem resguardar parte de seu orçamento – receitas advindas dos impostos - que devem ser investidas na efetivação dos direitos mínimos. Quanto a reserva do possível, o Estado não pode se servir dessa para

³¹⁸SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *ibidem*. p. 31.

³¹⁹MONTEIRO, Marília. **A capacidade contributiva. Do mínimo existencial e do não confisco.** Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/A_capacidade_contributiva_Do_m%C3%ADnimo_existencial_e_do_n%C3%A3o_confisco_>> Acesso em 20 ago 2014

³²⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/03/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em 20 ago 2014.

abster-se de concretizar as ações vinculadas ao mínimo existencial, visto a vedação do retrocesso social e a tributação pelos indivíduos da sociedades. Devendo assim, o Estado reservar primeiro os valores referentes ao mínimo existencial, e depois poderá se preocupar com o financiamento das demais prioridades.³²¹

ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link= revista_artigos_leitura&artigo_id=2407>. Acesso em 20 ago 2014

SABBAG, Eduardo. **Eduardo Sabbag: uma nova forma de ver o Direito**. Material para estudo complementar: Direitos humanos, tributação e o mínimo existencial. Disponível em: <<http://www.professorsabbag.com.br/arquivos/downloads/1355976430894.pdf>> Acesso em 20 ago 2014

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 97.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da apud PETRY, Alexandre Torres. Direito ao mínimo existencial e sua análise econômica. In: **Sala de imprensa**. Publicado em 8 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.petry.adv.br/direito-ao-minimo-existencial-e-sua-analise-economica/>>. Acesso em 20ago 2014.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Mínimo Existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais**. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2009. N.1, Ago-Dez. p. 114. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista/ARTIGO%206.pdf>> Acesso em 20 ago 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em 20 ago 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 ago 2014.

TORRES, Ricardo Lobo apud PORTELLA, Simone de Sá. Considerações sobre o conceito de mínimo existencial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407>

“O QUE OS OLHOS NÃO VEEM (MAS) A POPULAÇÃO SENTE”: A REALIZAÇÃO DA COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DA FIFA SENDO RESPONSÁVEL PELO RETORNO ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Pollyana Cristina dos Santos³²³ e Alencar Frederico Margraf³²⁴

Área do Conhecimento: Direito

Grupo de Trabalho: Administração Pública e Dilemas do Estado Contemporâneo

RESUMO

A realização da Copa do Mundo de Futebol da FIFA acarretou mudanças significativas na imagem nacional, tanto interna quanto externa. Se por um lado a imagem vendida pelas autoridades administrativa visa demonstrar um país estruturado, preparado para o megaevento, sem desigualdade e sem crise interna, a realidade diária escancara o oposto. Para evitar a exposição de fatos negativos que possam desestimular investidores estrangeiros, a mídia passa a ser a principal maneira de um governo ocultar suas mazelas, pois com as manipulações de informações, a população passaria a aceitar apenas o que é apresentado. Diante de tal postura, informações relevantes para que a sociedade pudesse realizar o *accountability* político são ocultadas ou manipuladas, impedindo assim que a população questione as decisões dos representantes do povo e do Estado. As violações ao direito de informação e de moradia, a segregação urbana e os gastos públicos não são abordadas pela imprensa, na tentativa de ocultar a postura de um governo equivalente às ditaduras passadas, porém esquecem que, por mais que a população mundial não veja o que está sendo praticado, a população brasileira vem sentindo seus efeitos diariamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos; Moradia; Segregação Urbana.

ABSTRACT

The hosting of the World Cup Soccer FIFA brought significant changes in national, both internal and external image. If on one hand the image sold by the administrative authorities seeking to establish a structured country prepared for the mega event, without inequality, without internal crisis, the daily reality opens wide the opposite. To avoid exposure to negative events that may discourage foreign investors, the media

³²³ Graduanda pela Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB/PR. Integrante do Programa de Pesquisa da Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB/PR. Estagiária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: polly_cristina93@hotmail.com.

³²⁴ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busatto de Ensino. Pós-Graduado *latu senso*, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR; Professor Pesquisador-Orientador no Programa de Pesquisa da Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior; E-mail: alencarmargraf@yahoo.com.br.

becomes the primary way of a government hide its warts, as with the manipulations of information, the population would accept only what is presented. Faced with such a posture, relevant information so that society could realize political *accountability* are hidden or manipulated, thus preventing the population question the decisions of the representatives of the people and the state. Violations of the right to information and housing, urban segregation and public expenditures are not covered by the press in an attempt to hide the stance of a government equivalent to past dictatorships, but forget that for more than the world population does not see the being practiced, the Brazilian population has been feeling its effects every day.

Keywords: Human Rights, Housing, Urban Segregation.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, os cidadãos brasileiros têm-se preocupado com matérias extremamente delicadas: Copa do Mundo de 2014, Jogos Olímpicos de 2016, corrupção, eleições, crises internas, catástrofes ambientais, movimentos sociais e religiosos, dentre outros.

Um dos maiores eventos do ano de 2014 é o fato do Brasil ser sede da Copa do Mundo, coadunando com os interesses da *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA). Pode-se dizer que o comando da FIFA ao indicar o Brasil como sede da Copa de 2014 é devido ao fato do governo federal assegurar o cumprimento de todas as determinações que a instituição internacional determinar, bem como por assegurar todo investimento do Brasil, para potencializar o turismo e receptibilidade dos povos estrangeiros.

De início, a proposta brasileira isentou a FIFA de qualquer gasto para a realização do megaevento, cabendo apenas ao Brasil o investimento nas cidades sedes. Assim caberia ao Brasil: planejar, organizar e sistematizar este megaevento esportivo.

No dia 30 de outubro de 2007, Joseph Blatter, presidente da FIFA, ao declarar que, dentre os países da América do Sul, o Brasil seria a sede da copa do mundo de 2014, foi também conferido a presidência da República a responsabilidade de organização deste megaevento internacional.

Por uma opção, exclusivamente do governo federal, o Brasil pretende realizar o Mundial com 12 cidades-sedes, o que gera mais investimentos. Ora, os gastos até a presente data, ultrapassam os R\$ 22 bilhões de reais idealizados na data da candidatura, a dúvida da mídia e sociedade brasileira é constante sobre a realização da “Copa das Copas” (LOYOLA; IMERCIO; 2014, p. 26/31), e com isso, valores que poderiam ser aplicados em outros setores indispensáveis para uma população extremamente carente como as residentes nos interiores do Brasil, passam a ser direcionados tão somente para as capitais dos Estados, que por sinal, na evolução histórica brasileira, são os locais que sempre recebem maiores investimentos.

De outro vértice, no ano de 2014 ressoam no âmbito político, os debates acerca das eleições (federais e estaduais), que vem sendo motivos de discussões (acaloradas) em sites e redes sociais, bem como em intensas manifestações populares. Assim, provavelmente a campanha presidencial terá seus reflexos junto aos percalços sociais, estes que visam reprimir o investimento

bilionário em estádios de futebol, a corrupção e o superfaturamento das obras, e principalmente em face da insuficiência de investimentos na educação e saúde, ineficácia da segurança pública e (des)preparo das forças de contenção (polícia e guardas municipais).

Se por um lado a sociedade brasileira passa a realizar um *accountability* político, em que analisa, critica e pondera as atuações governamentais; de outro há o Estado que busca manipular, ocultar e, conseqüentemente, oprimir as minorias/vulneráveis, que acabam tendo seus direitos (Humanos) violados sem que ninguém questione.

2. METODOLOGIA

O objetivo principal desta pesquisa é demonstrar que a propaganda realizada pelo Estado brasileiro não condiz com a realidade, pois “vende-se” a imagem de um país desenvolvido, bem estruturado, com a economia estável e sem crises internas, mas que na realidade as violações de direitos comuns e de direitos indisponíveis (separados apenas para demonstrar que não são apenas os Direitos Humanos que estão sendo desrespeitados) vem sendo corriqueiro às vésperas do megaevento.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. Ocorreu Mitigação da Soberania Nacional em Face das Imposições Realizadas pela FIFA?

Muito se tem discutido, ou pelo menos apontado pela população brasileira, é a postura pacata dos governantes brasileiros em relação às exigências que a FIFA realizou para que a Copa do Mundo de futebol fosse realizada no Brasil.

Não pretende-se este trabalho aprofundar as questões de soberania, no entanto, apenas para não tornar o tema vago e sem um posicionamento sobre o ocorrido, buscar-se-á, sucintamente, demonstrar que na verdade tudo que está sendo apontado como “abuso da FIFA” não acarreta violação à soberania.

Originariamente, a soberania do Estado Democrático de Direito, aos moldes do artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 tem por finalidade revelar o poder e a força do povo, ou seja, de uma nação.

José Afonso da Silva (2012, p. 106) realça a indispensabilidade da Soberania Nacional como um dos fundamentos do Estado Brasileiro:

“A soberania não precisava ser mencionada, porque ela é fundamento do próprio conceito de Estado. Constitui também princípio da ordem econômica (art. 170, I). Soberania significa poder político supremo e independente, como observa Marcello Caetano: supremo porque “não está limitado por nenhum outro na ordem interna”, independente, porque, “na ordem internacional, não tem de acatar regras que sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos”. O princípio da independência nacional é referido também como objetivo do Estado (art. 3º, I) e base de suas relações internacionais (art.4º, I).”

Nesta conjectura, no que tange a atuação brasileira para optar em sediar a Copa do Mundo de 2014, passou a ser considerada por todos os demais interessados como tarefa impreterível do Brasil. Em outras palavras, sendo o país sede o interessado em realizar o evento, pois a FIFA não procurou o país candidato, mas foi procurada por ele, e como ente soberano em suas decisões, cabe ao Estado cumprir os contratos por ele firmado, sendo assim, as imposições de infraestrutura e estética urbanística exigidos pela FIFA seria um destes contratos a serem cumpridos.

Fica evidente que a FIFA em momento algum pretendia se sobrepor à soberania nacional brasileira, pois antes do país sede ser escolhido já existiam as determinações e exigências a serem cumpridas para o candidato sagrar-se vencedor, tanto é que percebe-se pelo documento oficial enviado pelo Brasil para a FIFA o reconhecimento e a aceitação de todas as imposições feitas por ela, ou seja, eram conhecidas previamente todas as exigências que seriam feitas pela instituição internacional, e mesmo assim os governantes brasileiros confirmaram e garantiram total cumprimento (BRASIL, 2007).

Ocorre que, muito embora a soberania tenha atingido contornos modernos em sua aplicação, vez que a relativização ocorre em benefício e de acordo com os interesses e necessidades da sociedade, não se pode afirmar que a realização de um “contrato privado” possa dar soberania de uma instituição privada sobre uma Nação. Há na verdade uma postura governamental brasileira de se responsabilizar por qualquer obra de viabilização do evento e não contradizer as exigências da FIFA, pois se assim não fosse, não sagraria vitoriosa na disputa para sediar a Copa do Mundo de Futebol (e o mesmo ocorreu para poder realizar os Jogos Olímpicos de 2016).

É importante realçar, ademais, a perceptibilidade de que o Brasil se submeteu aos caprichos da FIFA para a realização do maior evento de futebol do planeta. A maior preocupação da sociedade brasileira é do legado que tais eventos surtirão no Brasil, seja na política, economia, social, educação, e na infraestrutura de modo geral.

A flexibilização da legislação brasileira enfrenta um paradigma hermenêutico-constitucional de o governo ceder seu poder de liberdade de tomada das decisões aos interesses da FIFA; porém, na medida em que se analisa com cautela a questão, percebe-se que a postura dos governantes brasileiros muito se aproxima de um ato voluntário de neologismo governamental, tendente a agradar os conglomerados econômicos e as instituições estrangeiras, mesmo que para isso os Direitos humanos da população brasileira sejam violados.

3.2. Noções Básicas sobre Direitos Humanos

Segundo Norberto Bobbio (2004, p. 15-26) a complexidade dos Direitos Humanos na atualidade está justamente na sua efetivação, tendo em vista que, a primeira etapa, a da justificação, já teria sido alcançada a longa data. Para ele a fundamentação dos Direitos Humanos ficou evidenciada pela evolução dos processos políticos pleiteados pela população mundial, principalmente após as grandes guerras.

Necessita destaque tal reflexão em face do caráter prático

verificado na construção dos Direitos Humanos, vez que eles não foram criados com caráter filosóficos, e muito menos subjetivos, mas devido aos avanços sociais e políticos. Por essas razões que o conceito de Direitos Humanos passa a sofrer inúmeras alterações ao longo dos anos, pois, por mais que não existam grandes revoluções sociais, ainda há resquícios de sofrimentos e violações que necessitam de reparos. Sendo assim, somente o contexto social e as ideologias políticas para corrigirem esses erros.

A preocupação atual dos operadores do Direito passou a ser o modo pelo qual serão garantidos tais direitos, pois é um contrassenso positivar no texto constitucional a obrigatoriedade do Estado e da população em efetivar e concretizar tais normas, se de outro lado verificar que abusos e violações continuam sendo praticados (BOBBIO; 2004, p. 26).

Percebe-se então que a sociedade (dando enfoque para a brasileira) ainda não está preparada para receber a ideologia pretendida por Boaventura de Souza Santos por meio do seu multiculturalismo e sua hermenêutica diatópica, as quais demonstram que é imperativo para as sociedades reconhecerem suas incompletudes culturais para aceitar a inclusão dos outros povos, mas pode-se dizer, para aceitar as minorias/vulneráveis.

Porém os Direitos Humanos somente são utilizados em momentos que a classe hegemônica passa a sentir as reivindicações das minorias, temendo assim perder o domínio que exerce. Assim, a luta pelo poder passa a ter um respaldo importante, ou seja, que a população “entenda que estão violando Direitos Humanos”, mas todos bem sabem que para a manutenção do poder faz as pessoas utilizarem de qualquer fundamento, até mesmo porque a “história humana revela uma história da luta pelo poder” (MARTINS, 1985, p.5).

A manipulação da imprensa, as atuações governamentais tendenciosas, o descrédito da população em relação aos governantes e a baixa constitucionalidade (STRECK, 2010 e 2013b) demonstram claramente que o Brasil é um país de modernidade tardia. Constata-se nos operadores do Direito argumentações jurídicas reivindicando aplicações imediatas dos Direitos Humanos sem saber seu significado; utilizam os princípios como bem entendem e para satisfazer seus próprios interesses (ALVES; MARGRAF; 2013); reclamam da falta de solidariedade/fraternidade da população (direitos fundamentais de 3ª geração/dimensão) sem haverem concretizados os direitos sociais (de segunda geração/dimensão).

No âmbito jurídico tornou-se escancarada a baixa constitucionalidade dos operadores do Direito na medida em que estes não utilizam a Constituição federal como fonte de conhecimento e texto base de qualquer aplicação e interpretação jurídica, pois é nela que contêm as principais normas protetoras dos direitos das pessoas, e dentre elas estão alguns direitos que podem ser considerados de todos humanos. Assim surgiram inúmeros pesquisadores, dentre eles Eduardo Cambi (2011) que defendem a idéia do surgimento do Neoconstitucionalismo, que entre outras novidades, apresenta a necessidade de se compreender e reconhecer a supremacia das normas constitucionais e, principalmente, a obrigatoriedade de todos buscarem a concretização dos direitos já conquistados e que ainda vivesse com o Triângulo Dialético de J.J. Gomes Canotilho, ou seja, que a CF necessita continuar sendo dirigente, mas que o Estado

deve, realmente, se preocupar em concretizar essas diretrizes pré-estabelecidas.

Essa recente mudança tem como objetivo o reconhecimento e utilização de conceitos jurídicos detalhados por Robert Alexy (1993, p. 90), quando defende que os princípios são verdadeiros mandamentos de otimizações, pois se não forem concretizados pela aplicação direta das normas, deverão ser aplicados pela justiça. Por isso que a CF deve ser utilizada da forma mais ampla possível, sendo reconhecida como um norte a ser seguida (SILVA; 2011, p. 46).

Caso não exista um reconhecimento da superioridade hierárquica das normas constitucionais, assim como na necessidade de efetivar as disposições legais e garantir o respeito aos princípios fundamentais, ter-se-á então uma constitucionalização simbólica (NEVES, 1994, p. 11-13), que além de não concretizar suas diretrizes servirá apenas para representar a existência de uma Carta Política despreocupada com os direitos fundamentais, e por essa razão, será, mais uma vez, considerada mera folha de papel (LASSALE; 1987, p.19) em face da não efetivação de suas normas.

Ricardo Luís Lorenzetti (1998, p. 45), ao tratar da importância das normas constitucionais nos dias atuais, equipara o Sistema Jurídico ao Sistema Solar, posicionando a Constituição Federal na região central do ordenamento pátrio, da mesma maneira que o Sol em seu sistema; já os códigos e as normas infraconstitucionais seriam os planetas e satélites; já os raios solares, que atingem os planetas seriam os princípios constitucionais (expressos ou não).

Porém, quando se fala de Direitos Humanos, se faz necessário destacar que é possível aplicar tais conhecimentos mesmo se eles não estiverem previstos expressamente em nosso ordenamento, até mesmo porque, segundo Ingo W. Sarlet, estes Direitos são universais e aplicáveis em qualquer país. Apesar de Boaventura criticar a Universalização dos Direitos Humanos e frisar que seus padrões são construídos com base nos costumes europeus e norte-americanos, ainda é possível destacar que alguns direitos podem ser considerados gerais e universais (v.g. vida, saúde, educação, moradia).

Eduardo Cambi (2011, p. 395) e Ingo W. Sarlet (2012, p. 219) exemplificam alguns direitos que podem ser considerados humanos (educação, saúde, moradia digna, assistência social e assistência aos desamparados), porém deixam claro que cada sociedade, cada país possuem suas diferenças, e com elas a variação dos direitos considerados indisponíveis variam conforme o desenvolvimento interno.

3.3. As Denúncias Realizadas sobre a Copa do Mundo de 2014

Com a escolha do país sede do maior evento de futebol do planeta, o Brasil passou a ser o centro das atenções em relação aos preparativos para a Copa do Mundo de Futebol da FIFA. Assim integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU) passaram a “fiscalizar” os projetos e as obras que seriam executadas nas cidades sedes, locais em que, além de serem realizados os jogos de futebol, receberiam milhares de turistas, movimentando o mercado econômico da região.

Raquel Rolnik é uma delas. Sendo a conselheira especial da ONU enviada ao Brasil, ficou responsável por fazer os relatórios sobre os fatos ocorridos no Brasil durante a Copa das Confederações (manifestações de ruas de junho e

julho de 2013), bem como em face das denúncias de violações de Direitos Humanos nos locais de execução das grandes obras.

Rolnik (2014) esclarece que a ONU realiza a cada quatro anos e meio (54 meses) uma revisão, um balanceamento das atuações dos Estados membros para saber se os Direitos Humanos estão, ou não, sendo respeitados dentro dos territórios. A ONU chama este mecanismo de Conselho de Direitos Humanos, que visa o monitoramento regular de cada um dos 193 membros. Neste Conselho são discutidos se cada Estado vêm cumprindo com suas obrigações e também se estão realizando programas de desenvolvimento interno capaz de aprimorar e garantir o respeito aos Direitos Humanos.

Após a formação do Conselho e o debate sobre os relatórios enviados pelo Estado Membro, são realizadas algumas recomendações de melhorias. Estes pontos de melhorias buscam, somente, analisar áreas ligadas aos Direitos Humanos, por essa razão torna-se espantosa (em face da quantidade e não em relação aos itens) a lista enviada ao Brasil, que apontou 170 áreas que deveriam sofrer modificações e investimentos imediatos (MIRAGLIA; 2012).

A Secretaria dos Direitos Humanos - SDH (2012) enviou ao Brasil os pontos a serem corrigidos, sendo que as questões mais criticadas pelos integrantes da ONU, ao analisar suas condições internas, apontaram, dentre outros, os seguintes itens: alto índice de violência e letalidade policial; a superlotação dos presídios; a violência doméstica contra a mulher; a necessidade de proteção dos direitos dos povos indígenas e quilombolas; a falta de um conselho nacional de direitos humanos; e com especial destaque, devido à proximidade dos eventos, as inúmeras denúncias de violações de direitos humanos nos preparativos para a Copa do Mundo e das Olimpíadas de 2016.

Por mais que as recomendações tenham sido realizadas recentemente, Camila Asano e Andressa Caldas (2012) destacam que nenhuma medida foi tomada pelo Estado brasileiro para iniciar a corrigir os erros praticados. Na verdade, destacam, que o país, por ser o escolhido para sediar a Copa do Mundo de Futebol, esqueceu completamente os deveres assumidos para com sua população e passou a se preocupar, tão somente, como os integrantes da FIFA. Assim, todas as preocupações estatais estariam sido direcionadas para “agradar” a federação internacional e para honrar o contrato assinado.

Para evitar qualquer crítica e insatisfação interna, percebe-se que existiu um acordo entre governo e imprensa para que ficassem ocultadas qualquer forma de violência estatal para com a população brasileira. Sendo assim, notícias como manifestações populares, apesar de ainda existirem nos grandes centros, raramente são divulgados em redes abertas; informações sobre retiradas forçadas das pessoas de seus lares para construção de estádios e execução dos projetos de mobilidade urbana sequer foram expostos; violação aos direitos culturais das baianas em vender acarajé, e em João Pessoa de utilizarem fogos de artifício no mês de junho (comemoração ao São João que foram proibidas pela FIFA) em momento algum foi noticiado.

Fica claro que a postura tomada pelo Governo atual é similar aos governos ditatoriais, isso porque a principal tática era a de esconder informações para que ninguém pudesse questionar. Afinal, se ninguém soubesse do que estava ocorrendo não haveriam motivos para reclamações. Mas devido ao fato do Brasil

ser um Estado Democrático (e Social) de Direito, bem como a globalização haver facilitado a propagação das informações, torna-se quase impossível camuflar e ocultar o sofrimento de uma população inteira.

Por essa razão torna-se imperioso a população brasileira realizar o que chamam do *accountability* político, que vem a ser o questionamento, a crítica, a ponderação sobre as atuações das autoridades administrativas durante o exercício da função, pois isto faria com que todas modificações políticas e econômicas adotadas pelo Brasil para sediar a Copa do Mundo seriam analisadas e “colocadas na balança”.

Rolnik (2013a) tem realizado declarações nada otimistas em relação ao tratamento dado à população brasileira para a realização do megaevento. Demonstra a relatora especial da ONU que as violações dos Direitos Humanos podem ser vistos diariamente e que nenhuma medida é tomada para evitar tais agressões.

Ela afirma que esses grandes eventos esportivos podem ser uma oportunidade de melhoria no acesso a moradia, nas cidades-sede, por outro lado, a experiência com a RPU em Genebra, não deixou uma boa impressão, pois muitas vezes resultam em remoções forçadas, despejos e operações limpeza com os cidadãos “sem teto” (OLIVEIRA; MACHADO; 2014).

Priscila Sutil de Oliveira e Edinilson Donisete Machado (2014) realizam uma pesquisa que traz a tona toda violação dos direitos humanos no que tange à segregação urbana praticada pelo governo brasileiro. Afirmam ainda que a retirada forçada das pessoas de suas casas vem ocorrendo desde o início da execução das obras, mas que a manipulação da mídia busca ocultar toda e qualquer ocorrência.

Oliveira e Machado chegam à conclusão que os Direitos Humanos estão sendo violados em três pontos principais e que podem mudar todo o cenário nacional, sendo eles: moradia, segregação urbana-econômica e publicidade (informação dos gastos públicos).

Raquel Rolnik (2013b) declara ainda que as denúncias referentes às violações ao direito de moradia vem ocorrendo a mais de três anos. Surgiram relatos de “despejos forçados”, falta de indenização, indenização parcial, indenização abaixo do valor do imóvel em até 70%, e ausência de participação das pessoas para a fixação dos valores indenizatórios.

Como se tais abusos não fossem poucos, deve ficar relatado, de modo sucinto, a consequência de tais atos governamentais, pois se a pessoa que foi retirada de seu lar não receber o valor da indenização, além de não ter onde morar, não terá condições financeiras para adquirir outro imóvel. Sendo a indenização parcial ou muito abaixo do ideal, a pessoa, passará do *status* de proprietário para inquilino, o que é uma violação íntima muito grande, devido ao fato da população ainda possuir como meta de vida ter a “sua casa própria”. Destaca-se também os inúmeros assentamentos informais, desprovidos de infraestrutura (luz, água e esgoto) que vem sendo criados por estes “despejados” devido à baixa remuneração realizada pelo governo. Por fim, como diz Rolnik (2013c), há pessoas em Pernambuco que foram retirados de maneira forçada de suas residências e não foram indenizadas. Por essa razão estariam morando de aluguel em palafitas nas

favelas próximas aos centros urbanos.

Talvez o principal motivo pelo qual não está sendo exposto as violações acima narradas, e a seguir detalhadas, se dê pelo fato dos grandes investimentos realizados nas construções e reformas dos estádios nas cidades sedes, que poderiam ser aplicados em outros setores emergenciais da sociedade (ROLNIK; 2014).

Durante os debates realizados pela ONU para a elaboração das recomendações (naquela revisão periódica) ficou em destaque a reestruturação do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016 (no Rio de Janeiro). As principais críticas surgiram pela similitude entre o país sede e a África do Sul e, portanto, seriam necessárias as devidas atenções para evitar que os mesmo abusos ocorridos em 2010 (segregação urbana) voltassem a aparecer. Rolnik (2013b) torna clara tal preocupação, mas ressalta a dificuldade dos países sedes (e em desenvolvimento) de se adequar aos padrões exigidos para os grandes eventos, sendo necessário investimentos bilionários em setores que não irão atender a população carente.

Nesse ponto fica evidente que os gastos realizados para a execução das obras, além de superfaturados, tornam-se o principal motivo de reclamações populares. Isso porque quando ocorrem reclamações por melhorias na saúde e na educação, v.g., as autoridades administrativas alegam ausência de recursos, porém, para realização de uma reforma em um estádio de futebol, gastam-se bilhões de reais (ALVES; MARGRAF; 2014).

Se por um lado a realização de um megaevento possa realizar a “especulação” econômica, tendo em vista a visibilidade que um evento deste porte pode acarretar para a economia interna, tem-se de outro lado a certeza de que somente será produtiva e positiva esta visibilidade se a imagem “vendida” for de um país bem estruturado, com economia forte e sem crises internas.

Todos bem sabem que o mercado externo não comete os mesmos erros do passado, pois agora investem apenas no que é certo, e um país sem infraestrutura, com crises internas, crise econômica e crise política, passa a ser um local que dificilmente atrairá investidores.

Se a imagem “vendida” for de violações aos direitos humanos e de falta de estrutura, provocará a fuga do capital exterior, e, conseqüentemente, uma recessão econômica no país, provocando uma crise generalizada. Pensando desta maneira, percebe-se o motivo pelo qual a imprensa manipulam as informações, caso contrário, a Copa do Mundo de Futebol de 2014 será a pior escolha administrativa realizada pelo Governo brasileiro nos últimos anos.

3.4. Direito à Informação: Manipulação de Dados e Fatos Ocorridos às Vésperas da Copa do Mundo de 2014

Outra questão muito discutida na atualidade é da possibilidade (e não se está exigindo uma *necessidade*) da participação popular para a tomada das decisões das autoridades administrativas em relação às atuações do Estado ou quanto à aplicação do dinheiro público (OLIVEIRA; MACHADO, 2014).

Como o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos

Humanos (Pacto San José da Costa Rica) a qual determina ser direito de todos a possibilidade de participação da gestão econômica do Estado, tem-se que destacar que tal direito vem sendo violado constantemente nas realizações das obras para o megaevento, pois em momento algum ocorreu uma chamada popular para expor seus ideais. Nem sequer para a realização da candidatura como país sede do megaevento as autoridades administrativas questionaram a população se ela estava de acordo com o intento do governo (se bem que, mesmo se ocorresse tal “chamada popular”, a resposta seria pelo desejo de sediar a Copa do Mundo).

Um dos erros do Governo nacional foi não ter realizado essa chamada popular, pois a certeza pela candidatura é algo notório, ainda mais pelo fato dos brasileiros sentirem orgulho em afirmar que o Brasil “é o país do futebol”. Com isso o governo evitaria os constantes choques com a população, pois estaria apenas cumprindo o que a população havia escolhido.

A “sorte” da população brasileira foi que a “chamada” não ocorreu e a responsabilidade pode ser imposta diretamente aos governantes, que com isso, tomaram uma decisão de maneira unilateral e apenas voltada para satisfação dos interesses pessoais. Outro ponto favorável para a evolução do Estado Democrático de Direito é que, com esse posicionamento unilateral dos governantes despertou na população o desejo de poderem acompanhar e participar as atuações dos representantes do povo. Além do *accountability* político a população deseja realizar uma participação direta na política e na gestão do Estado, é o que Eduardo Cambi (2011, p. 188/189) chama de Democracia Representativa-Participativa.

Arcesilão já afirmava em 1866 que a evolução do governo para o sistema democrático, que era o “único (sistema) que dava esperança de deixar a soberania popular exercer o seu direito” (p. 45), necessitava urgentemente da atuação das minorias para proporcionar o desenvolvimento do Estado. Seguindo esse raciocínio, ainda pode-se afirmar que, tal necessidade ainda está pendente na sociedade brasileira. As minorias, os excluídos, os indesejados, os vulneráveis ainda continuam sendo considerados invisíveis, ou são meramente ocultados pelos governos (OLIVEIRA; MACHADO; 2014) e conseqüentemente sem voz ativa nas deliberações estatais.

Apesar de existirem defensores desta ideologia, percebe-se que a ruptura entre representantes e representados aumentam diariamente. O desprestígio em relação aos políticos (CAMBI; 2011, p.183/186), movidos pelos recentes casos de corrupção e por aprovações de leis tendenciosas, fazem com que a população não reconheçam mais a democracia que acreditavam terem criado (GOYARD-FABRE, 2003, p. 282). A consequência desta falta de reconhecimento são as manifestações de protestos (ALVES; MARGRAF; 2013).

Oliveira e Machado apresentam de maneira detalhada a ruptura (ou melhor, o abismo) entre a população e os governantes para a realização da Copa do Mundo de 2014 da seguinte maneira: a) nenhuma possibilidade de chance da população opinar sobre a realização do evento; b) aprovação de leis que beneficiam apenas a FIFA, Governantes e empreiteiras; c) inexistência de “meia entrada”; d) valores dos ingressos quase no valor do salário mínimo nacional; e) investimentos em obras para realização do evento enquanto outros setores foram totalmente esquecidos (saúde e educação, por exemplo), dentre outras.

Por mais que a imprensa não dê destaque para as manifestações

de ruas e para o anseio popular de participar na gestão administrativa de onde residem, os primeiros reflexos das reivindicações de junho de 2013 já podem ser verificados em diversas cidades do Brasil. A preocupação de alguns administradores públicos em tomar posturas em prol da população local podem ser observadas nas seguintes notícias: cidades como Umirim - CE (DIÁRIO DO NORDESTE, 2014), Petrópolis - RJ (FOLHA POLÍTICA, 2014), Ariquemes - RO (FOLHA POLÍTICA, 2014), Inhumas - Goiás (MAIS GOIAS, 2014), Quixadá - CE (O POVO, 2014), cancelaram a realização do carnaval nas respectivas cidades para investir os valores em saúde e educação; e Matinhos - PR (GAZETA DO POVO, 2014) realizou uma avaliação popular pela internet para saber se era de interesse de todos que os valores existentes nos cofres públicos fossem investidos no carnaval de 2014 ou se desejariam que fossem aplicados na saúde ou em outras obras de relevância local (a população optou pelo cancelamento do carnaval).

No entanto o que se percebe na imprensa aberta (televisão e rádios) é a não publicação destas notícias, justamente para evitar a fomentação de novas manifestações com pretensões similares à destas cidades, sendo assim, o único meio de propagação destas notícias foram os jornais independentes e as redes sociais.

Neste momento se faz indispensável ressaltar a falta de transparência em relação aos valores gastos na realização das obras de mobilidade urbana e nas reformas e construções de estádios, pois não há nenhum órgão oficial Nacional informando quais foram os valores gastos até os dias de hoje. Por mais que existam os “Portais de Transparências”, os valores expostos estão desatualizados, pois se tratam de uma estimativa inicial para execução das obras.

Analisando os sites do governo nacional percebe-se as seguintes informações: para a realização da Copa do Mundo no Brasil foi realizado um projeto inicial para cada uma das regiões sedes dos jogos, cada qual com valor discriminado de investimentos, que na sua totalidade beirava a R\$ 28 bilhões de reais (MINISTÉRIO DO ESPORTE, 2011).

No Amazonas, seriam gastos inicialmente R\$ 2,8 bilhões de reais, destes: R\$ 533 milhões seriam utilizados para a construção da Arena da Amazônia (Estádio Vivaldão); R\$ 327 milhões seriam investidos no Aeroporto Internacional Eduardo Gomes (Manaus) e no sistema viário, às custas da Infraero; R\$ 89 milhões seriam aplicados no Porto de Manaus; R\$ 160 milhões seriam investidos em saneamento básico; e R\$ 223 milhões no turismo. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010a).

Na Bahia seriam investidos: R\$ 570 milhões em Projetos de Mobilidade Urbana; R\$ 592 milhões seriam utilizados para a reforma do Estádio Octávio Mangabeira (Fonte Nova); o Aeroporto Internacional de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães receberia um orçamento de R\$ 45 milhões, disponibilizado pela Infraero; e mais R\$ 46 milhões seriam destinados para obras nas zonas portuárias. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010b).

Em Fortaleza os gastos estavam estimados em R\$ 1,6 bilhões, destes: R\$ 562 milhões para a execução de 7 Projetos de Mobilidade Urbana; R\$ 252 milhões seriam aplicados no Estádio Governador Plácido Castelo (Castelão); no Aeroporto Pinto Martins seriam investidos R\$ 280 milhões, valores pagos pela Infraero; e R\$ 106 milhões seriam destinados para obras no Porto de Mucuripe.

(PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010c).

No Estado do Mato Grosso seriam aplicados R\$ 2,1 bilhões, destes: R\$ 489 milhões em três projetos de Mobilidade Urbana (BRT Aeroporto, BRT Coxipó – Centro e BRT Mário Andreazza); na Arena Multiuso Pantanal (Estádio José Frageli – Verdão) em Cuiabá seriam investidos R\$ 452 milhões; no Aeroporto Marechal Rondon a Infraero aplicaria R\$ 88 milhões; e para a ampliação da hotelaria local seriam despendidos R\$ 200 milhões. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010d).

No Estado de Minas Gerais seriam aplicados R\$ 2,6 bilhões, destes: R\$ 1,5 bilhões seriam aplicados em Projetos de Mobilidade Urbana; R\$ 684 milhões seriam utilizados para a reforma do Estádio Magalhães Pinto (Mineirão); o Aeroporto Tancredo Neves receberia uma reforma com gasto total de R\$ 409 milhões (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010e).

No Estado do Paraná seriam gastos R\$ 900 milhões, destes: R\$ 464 milhões em Projetos de Mobilidade Urbana; para a reforma do Estádio Joaquim Américo (Arena da Baixada) do Clube Atlético Paranaense o próprio clube assegurou a aplicação de R\$ 185 milhões, no entanto o governo do Estado disponibilizou mais R\$ 65 milhões para que as obras fossem concluídas; no Aeroporto Internacional Afonso Pena haveria um investimento de R\$ 73 milhões da Infraero. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010f).

Em Pernambuco seriam investido R\$ 1,4 bilhões, destes: R\$ 885 milhões em Projetos de Mobilidade Urbana; na Arena Multiuso de Pernambuco seriam aplicados R\$ 491 milhões; no Aeroporto de Recife a Infraero utilizaria R\$ 20 milhões em reformas; e R\$ 22 milhões seriam gastos no Terminal Marítimo. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010g).

No Rio de Janeiro seriam destinados R\$ 3,8 bilhões, destes: R\$ 1,6 bilhões em apenas um Projeto de Mobilidade Urbana (Corredor Transcarioca Aeroporto – Penha – Barra); R\$ 828 milhões seriam aplicados no Estádio Mário Filho (Maracanã); R\$ 687 milhões seriam investidos no Aeroporto Antônio Carlos Jobin pela Infraero; no porto do Rio de Janeiro seriam construídos mais três *piers* que atenderiam apenas Navios de Cruzeiro num valor total de 314 milhões. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010h).

No Rio Grande do Norte seriam aplicados R\$ 1,5 bilhões, destes: R\$ 441 milhões em Projetos de Mobilidade Urbana; na Arena das Dunas seriam investidos R\$ 350 milhões; a Infraero aplicaria R\$ 577 milhões na adequação do Aeroporto Internacional São Gonçalo do Amarante; e no Terminal Marítimo de Natal seriam aplicados R\$ 54 milhões. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010i).

No Rio Grande do Sul os investimentos seriam de R\$ 1,7 bilhões, destes: R\$ 480 milhões para a execução de 10 Projetos de Mobilidade Urbana; o Sport Club Internacional aplicaria R\$ 143 milhões no Estádio José Pinheiro Borba (Beira Rio); a Infraero investiria no Aeroporto Internacional Salgado Filho o valor de R\$ 346 milhões. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010j).

Em São Paulo, pelos cálculos iniciais do Ministério do Esporte (2011), seriam investidos mais de R\$ 6,1 bilhões, destes: R\$ 2,9 bilhões em Projetos de Mobilidade Urbana (construção do Monotrilho); para a construção do Estádio Itaquerão seriam gastos R\$ 820 milhões; nas reformas dos Aeroportos

Internacionais de Guarulhos e de Viracopos seriam aplicados R\$ 2 bilhões, às custas da Infraero; e mais R\$ 120 milhões seriam destinados ao Porto de Santos. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010k).

Na capital nacional seriam gastos R\$ 1,5 bilhões, destes: R\$ 380 milhões no Projeto de Mobilidade Urbana VLT – Monotrilho (conexão entre aeroporto e o terminal da Asa Sul); no Estádio Nacional de Brasília Mané Garrincha seriam aplicados R\$ 702 milhões; e no Aeroporto Juscelino Kubitschek a Infraero aplicaria R\$ 748 milhões. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2010l).

A violação ao direito de informação se agrava ainda mais quando em uma simples busca na internet sobre “despejos forçados” resultam em inúmeras notícias e reportagens não noticiadas em redes abertas, impedindo que milhares/milhões de pessoas não tomem conhecimento do que realmente vem ocorrendo no Brasil.

Somente com a realização de uma propagação aberta das informações referentes às situações que a população brasileira se encontra é que poderá ser verificado o avanço da proteção dos Direitos Humanos e o desenvolvimento de uma Nação. Enquanto os abusos continuarem existindo e o governo ocultando todas essas informações (da mesma maneira que ocorreu na ditadura militar – fato histórico não muito distante) a consequência será sempre a mesma, ou seja, manifestações sociais, protestos de ruas, podendo a vir a resultar em manifestações violentas típicas de revoluções (ALVES; MARGRAF, 2013. E GOYARD-FABRE, 2003, p. 282). Para isso basta acompanhar os fatos acontecidos recentemente na Ucrânia.

Já dizia o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2009) que “a livre circulação de informações é tida como imprescindível para a saúde das democracias”, mas que, salienta Fernando de Brito Alves (2013, p.198), essas garantias constitucionais de transparência “não são suficientes para assegurar o desenvolvimento de uma cultura política inclusiva”, pois os governantes e a imprensa tendem a publicarem apenas as matérias que lhes interessam ou, quando publicam algo de interesse social, o fazem com “pouco valor informativo” ou de maneira incompreensível para a população em geral, dificultando a realização do *accountability*.

3.5. A Segregação Urbana: Uma “Nova” Maneira de Individualizar os Indesejados

Raquel Rolnik (2013a), por haver acompanhado os preparativos dos últimos eventos futebolísticos realizados no planeta, relata que, infelizmente, a realização destes eventos, em países que não estejam devidamente estruturados e preparados passam a violar inúmeros direitos pessoais de parcela da sua população. A relatora da ONU destaca que o direito à moradia é o que mais sofre violações.

Agressões à este direito foi verificada na África do Sul para a realização da Copa de 2010, pois foram criados assentamentos (que mais pareciam campos de concentrações, com arames e segurança para que as pessoas não saíssem de dentro) para os pobres, mendigos e “catadores” de reciclável,

demonstrando claramente que não era de interesse dos governantes a presença dessa parcela da população perambulando pelas ruas e sendo estas imagens vendidas para os outros países.

Segundo Oliveira e Machado (2014), com a realização da Copa do Mundo no Brasil em 2014 e as Olimpíadas de 2016, o assunto que envolve habitação, só tende a piorar, pois o novo elemento que está preocupando são os grandes projetos urbanos com extraordinários impactos econômicos, fundiários, urbanísticos, ambientais e sociais. Sendo que destes mencionados se sobressai à remoção forçada, em massa, de aproximadamente 250 mil pessoas (PRIMEIRA HORA, 2013). Sendo que o *“objetivo geral de limpar o terreno para projetos imobiliários superfaturados somente para fins comerciais não direcionados à população que o circunda”* (OLIVEIRA; MACHADO; 2014).

Por essa razão Rolnik (2013a) relata ser indispensável e urgente a adoção de medidas de proteção destas pessoas que estão sendo removidas das cidades sedes, devendo, no mínimo, serem assentadas em locais dignos e com infraestrutura para comportar tantas pessoas, eliminando qualquer comparação com os “campos de concentrações”. Somente assim poderá se afirmar que a remoção não foi realizada como forma de segregação urbana e para ocultar os indesejados, e sim, para conceder a essas pessoas um local melhor que as ruas.

Destaca a relatora que seria muito importante serem adotadas pelo governo projetos que facilitassem a aproximação com a população, o que é feito com as “consultas populares”, para evitar abusos nos casos em a remoção dos lares (mediante indenização) sejam necessárias para a execução das obras, isso porque a postura adotada pelo governo (municipal, estadual e federal) não correspondem ao marco internacional dos direitos humanos (ROLNIK, 2014).

Até mesmo porque, ao analisar as, poucas, notícias realizadas sobre esta temática, percebe-se que a classe que vem sendo oprimida na atualidade e tendo seus direitos violados são as que, na história do Brasil, sempre sofreram com o abuso de poder, ou seja: a classe pobre (utilizando aqui a divisão nada fiel, humana e estigmatizante que a classe média e rica costumam realizar para se dirigir aos vulneráveis).

Se por um lado o investimento em infraestrutura é indispensável para o desenvolvimento da sociedade, de outro lado deverá existir respeito às pessoas atingidas pelas obras de estruturação. Por mais que tal pensamento seja claro e transparente, não se pode afirmar que está sendo respeitado em todas as remoções realizadas, isso porque em algumas casas de favelas do Rio de Janeiro, 832 no total, foram demolidas sem existir qualquer contato com os moradores. Estes somente tiveram conhecimento de que suas casas “foram escolhidas” quando verificaram que nelas haviam sido realizadas marcas (pintura em X) nas portas e paredes (GGN, 2013).

Apesar de tudo isso ainda há a alegação de que as retiradas não sejam forçadas e que o Estado realizou a indenização para cada *proprietário*.

Basta uma busca rápida pela internet para encontrar inúmeras denúncias em relação ao (não) pagamento das indenizações. Primeiro porque em diversas situações não foram realizadas as devidas indenizações; segundo, porque quando foram feitas os valores pagos não se aproximaram dos valores acordados;

terceiro, houve casos em que proprietários receberam apenas 25% dos valores estipulados (ESPORTES TERRA, 2013) e por último, pessoas que apenas tinham a posse do local, e não a propriedade, receberam cerca de R\$ 4 mil reais como indenização. Assim, os valores pagos a título de indenização ou para subsidiar a locação de moradias – temporariamente – têm sido absurdamente insuficientes para que as famílias possam se reinstalar em residências no próprio bairro ou em suas proximidades (ROLNIK, 2013b), sem dizer daquelas situações em que a população (v.g. Várzea Grande – MT), além de carente, não receberam os valores (irrisórios) que o governo afirmou que iria pagar (JOGOS LIMPOS, 2013).

Por fim, na última visita realizada em Recife, Raquel Rolnik (2013c) afirmou haver se surpreendido com a postura do governo local, pois além de não realizarem os devidos pagamentos das indenizações, não providenciou um local para que os desalojados pudessem residir enquanto os valores não fossem depositados. Assim, muitas pessoas passaram a residir em palafitas sob esgotos, lamaçais, rios ..., ou seja, em locais degradantes e desumanos para qualquer pessoa.

Tais apontamentos foram indispensáveis para corroborar o que vem sendo praticado no Brasil, mas que não é divulgado: a segregação urbana.

Trata-se na verdade de um fenômeno existente socialmente, na qual os *dominantes* tomam medidas de ocultar ou isolar os *dominados*, sendo um comportamento (imoral) de hierarquização de parcelas da população, muito praticado por defensores do *utilitarismo*, e com isso, justificam que as violações de direitos de pequena parcela da população se justificaria pelo benefício proporcionado para a grande maioria. Mas na verdade, neste ponto, encontra-se uma enorme contradição, pois, a minoria é na verdade a maioria, ou seja, os vulneráveis (pobres) considerados minoria, e “passível de violações em prol de toda sociedade”, são na realidade a maioria da população brasileira.

Já dizia Fernando de Brito Alves (2013, p. 304) “a maioria da população não governa, mas as maiorias sim”.

Verifica-se no Brasil, para a realização do megaevento, a prática de uma segregação urbana por questões econômicas, tendo em vista que as desapropriações forçadas estão sendo realizadas com pagamento de indenização irrisório, por localidades que já estão supervalorizadas em função das obras efetuadas pelo governo. Assim, as regiões, antes ocupadas pelos vulneráveis, passam a ser de interesse das classes mais abastadas, fazendo com que os despejados jamais consigam voltar para a região de sua antiga morada, devendo apenas aceitar que deverão residir em espaços de terras distantes dos grandes centros, além de desvalorizados, sem qualquer infra estrutura estatal.

Luciano Oliveira (1997) aborda a segregação brasileira de maneira diferenciada das doutrinas tradicionalistas (dominantes e dominados). Para ele trata-se de uma relação mais cruel e humilhante existente, pois passam a considerar os indesejados como seres não existentes, invisíveis em relação às obrigações do Estado, separando a população em *incluídos* e *excluídos*.

Na medida em que se chega ao consenso de que os excluídos são aqueles considerados indesejados pelos autores sociais dominantes, transformando-os de grupo minoritários vulneráveis para uma classe invisível

(ALVES, 2013, p. 127), pois com a exclusão social; a expulsão da localidade que residiam e o assentamento em locais distantes e sem estrutura, a intenção é apenas a de isolar e ocultar essas pessoas.

Ressalta-se que uma moradia para ser considerada adequada necessita de toda infraestrutura urbana, ou seja, que existam disponíveis serviços de água, luz, esgoto. Tais regiões necessitam, no mínimo, de escolas, creches, postos de saúde e que estejam incluídas pelas linhas de transporte urbano, mas o mais importante é que os excluídos (desalojados) não sejam assentados em locais com desenvolvimento ou infraestrutura inferiores ao que residiam.

Apesar de tudo isso ainda há outros problemas sociais, mas o que mais intriga é na impossibilidade da população se manifestarem contra tais posturas.

3.6. Lei Geral da Copa e suas Proibições: Um Retorno ao Ai-5

Insta fazer um pequeno, mas importante, destaque sobre a Lei Geral da Copa (Lei 12.663/2012) que, por se tratar de lei temporária, terá sua vigência compreendida para o período de 1º de dezembro de 2013 até 31 de dezembro de 2014. A Lei Geral da Copa confere poderes a FIFA de modo exasperado, o que consequentemente gera a subordinação dos brasileiros aos países estrangeiros.

Dito de outra maneira, analisando os artigos 22 e 23 da Lei Geral da Copa, percebe-se que o Brasil será responsabilizado por toda ação ou omissão aos representantes da FIFA “*em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos*”. Por fim, no artigo 24 torna possível a contratação de uma seguradora internacional constituindo garantias “*em uma ou mais apólices, para a cobertura de riscos relacionados aos Eventos*”. Este tema tem gerado, indubitavelmente, preocupações e discussões no campo jurídico.

O artigo 28, que faz parte do Capítulo VI – Das Condições de Acesso e Permanência nos Locais Oficiais de Competição, impõe que é uma condição para a pessoa poder estar próximo dos estádios “- estar na posse de Ingresso ou documento de credenciamento, devidamente emitido pela FIFA ou pessoa ou entidade por ela indicada” (artigo 28, inciso I da Lei Geral da Copa); já no inciso IV da mesma disposição legal ocorre a imposição das pessoas não poderem ou ostentarem cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas, ou seja, se a população pretender reclamar das violações aos direitos humanos com mensagens contrárias ao governo, poderão ser contidas e retiradas do locais.

Assim sendo, a população carente, desprovida de recursos financeiros para aquisição dos bilhetes de entrada nos locais dos jogos, não poderão, sequer, se aproximar dos estádios para, ao menos, avistar os jogadores das seleções. A contradição de tais fatos se dá pelo simples, e notório, fato de que o que transforma o Brasil no “país do futebol” é justamente a massa popular, torcida simples que ama e se diverte com a arte do futebol.

Estas pessoas, infelizmente, foram praticamente banidas dos estádios, uma vez que ao não poderem adquirir os ingressos, também são proibidas de se aproximarem das delegações. A legislação, de modo geral, tem interferido no

âmago da legislação urbanística, administração do público-privado e principalmente com a criação de tipos penais.

Cumpre assinalar que as leis temporárias, conforme dispõe o artigo 3º do Código Penal, geralmente se destinam para situações de emergência, a Lei Geral da Copa tem com caráter o da ultratividade, ou seja, são autorevogáveis. O destaque a ser dado é justamente pelo caráter retroativo da lei, pois como se sabe, em regra, quando a lei é revogada somente poderá retroagir para beneficiar o réu. No entanto, ante a exceção prevista no artigo 3º do Código Penal, aquele que pratica o delito na vigência da lei temporária deve ser responsabilizado penalmente, muito embora a lei temporária tenha sido revogada após a ocorrência do fato delituoso. Assim sendo, mesmo a lei não estando em vigor, poderá continuar produzindo resultados incriminadores ao longo do tempo.

Tem-se, por exemplo, a incriminação da utilização indevida de símbolos oficiais, que dispõe nos artigos 30 e 31 da Lei sobre violação aos direitos autorais, e nesse sentido, há o desdobramento dos tipos penais, o primeiro refere-se aos termos *reproduzir, imitar, falsificar* impropriamente, enquanto o segundo artigo é *importar, exportar, vender, distribuir, oferecer ou expor à venda, ocultar ou manter em estoque*, símbolos que sejam de direta titularidade da FIFA, cabendo à esta a representação da ação, conforme dispõe o artigo 34 da Lei.

Entretanto, a pirataria passou a ser um emblema político e social muito discutido no Brasil. Além de ser uma realidade da América do Sul, devido às zonas de fronteiras com países que possuem como principal atividade o comércio de produtos falsificados (v.g. Paraguai), e em face das condições econômicas da população brasileira estar distante da capacidade aquisitiva das populações de países desenvolvidos, a única maneira de estas pessoas poderem se sentirem realizadas, se faz por meio da aquisição de produtos de segunda linha.

A problemática verificada neste dispositivo legal se dá em função do procedimento de fiscalização a ser adotado, pois ou haverá uma não aplicação deste tipo penal, ou ocorrerão inúmeros abusos por parte dos organizadores do evento. Até mesmo porque, aqueles que adquirirem os produtos da FIFA deverão estar portando *sempre* os respectivos comprovantes de pagamento.

As disposições tipificadas na Lei Geral põem em risco a evolução da democracia brasileira, pois às vésperas da corrida eleitoral impede qualquer maneira de manifestação contrária ao evento, além do que limita o livre acesso das pessoas, pois somente permitem que pessoas com ingressos ou credenciadas (os *incluídos* ao evento) possam se aproximar dos “elefantes brancos” (BARCLAY; 2009).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se fala sobre o legado a ser deixado pela realização do Megaevento. Porém, qual é este legado? É admissível a violação de direitos dos *excluídos do evento* em prol da realização de jogos para beneficiar os poucos *incluídos*?

A realização de um megaevento esportivo além de proporcionar uma especulação econômica de grande porte, pode acarretar no desenvolvimento social e econômico do país sede. Mas para isso é extremamente necessário que o

país escolhido já esteja preparado e que não necessite realizar grandes investimentos nos setores do evento. Isso porque apenas bastaria realizar o desenvolvimento de outras áreas apenas para fomentar o turismo. Foi o que ocorreu com a Copa do Munda Alemanha em 2006.

O Brasil está muito distante dos padrões de um país europeu e consequentemente vem realizando investimento bilionário nas cidades sedes dos jogos, deixando de investir em outros setores. Como se não bastassem as despesas com obras superfaturadas, verificam-se inúmeras violações aos direitos humanos praticados por agentes do governo em relação aos excluídos, sendo esta uma postura posta em prática inúmeras vezes por governos ditatoriais e repressivos.

Apesar das autoridades administrativas do Brasil alegarem que este país se trará de um Estado Democrático de Direito, percebe-se na realidade que tais declarações são apenas “*populistas*” e tendenciosas, pois não se permite que a população confronte os abusos e as violações de direitos (considerados indisponíveis), nem mesmo quando o país é o centro das atenções.

Por mais que a imprensa e o governo manipulem o acesso às informações, o certo é que os olhos podem até não ver o que está ocorrendo, mas a população com certeza sente.

5. AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Telêmaco Borba por nos ter possibilitado a participação deste evento tão importante para nossas carreiras.

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.

ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar Frederico. **Manifestação de protesto no Brasil: do Occupy Wall Street à primavera Árabe**. No Prelo.

ARCESILAO. **O livro do Democrata**. São Paulo: Typographia Americana. 1866.

ASANO, Camila; CALDAS. **Conectas Direitos Humanos Andressa: Adoção das Recomendações e Processo de Implementação Nacional**. Disponível em: http://www.conectas.org/arquivos-site/ConectaseJusticaGlobal_GovBrasileiro_RPUeEncaminhamentos%281%29.pdf. Publicado em 2012. Acesso em: 21/01/2014.

BARCLAY, Jonathan. Predicting the costs and benefits of mega-sporting events: misjudgement of olympic proportions? **Economic Affairs**. 2009. Vol. 29, nº2, p. 62/66.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Estado Brasileiro e as Garantias Governamentais – ao presidente da federação Internacional de Futebol (FIFA) – Joseph S. Blatter**. Disponível em: <http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2012/05/FIFA-1.Estado-Brasileiro-Garantias-Governamentais.pdf>. Publicado em: 29 de junho de 2007. Acessado em: 10/03/2014.

BRASIL. BANCO CENTRAL. **Resolução 3.831/2010 do Conselho Monetário Nacional**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=res&ano=2010&numero=3831>. Acessado em 28/02/2014.

BRASIL. MINISTÉRIO DO ESPORTE. **Balanço da Copa 2014 (set.2011)**. Disponível em: <http://www.esporte.gov.br/futebolDireitosTorcedor/copa2014/default.jsp>. Acesso em: 11/10/2011.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Amazonas - Manaus**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/24%20-%20Manaus%20-%20Arena%20e%20mobilidade%20Urbana.pdf>. 2010a. Acessado em 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Bahia - Salvador**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/50%20-%20Salvador%20-%20Arena%20e%20Mobilidade%20Urbana.pdf>. 2010b. Acessado em: 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Fortaleza - Ceará**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/19%20-%20Fortaleza%20-%20Arena%20e%20Mobilidade%20Urbana.pdf>. 2010c. Acessado em: 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Mato Grosso - Cuiabá**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/11%20-%20Cuiaba%20-%20Arena%20e%20Mobilidade%20Urbana.pdf>. 2010d. Acessado em: 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Minas Gerais – Belo Horizonte**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/04%20-%20Belo%20Horizonte%20-%20Aeroporto.pdf>. 2010e. Acessado em: 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Paraná - Curitiba**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/15%20-%20Curitiba%20-%20Arena%20e%20Mobilidade%20Urbana.pdf>. 2010f. Acessado em 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Pernambuco - Recife**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/39%20-%20Recife%20-%20Arena%20e%20Mobilidade%20Urbana.pdf>. 2010g. Acessado em 28/02/2014.

%20Recife%20-%20Arena%20e%20Mobilidade%20Urbana.pdf. 2010g. Acessado em: 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Rio de Janeiro – Rio de Janeiro**. Disponível em:

<http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/45%20-%20Rio%20de%20Janeiro%20-%20Arena%20e%20Mobilidade%20Urbana.pdf>. 2010h. Acessado em: 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Rio Grande do Norte - Natal**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/29%20-20Natal%20-%20Arena%20e%20Mobilidade%20Urbana.pdf>. 2010i.

Acessado em: 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Rio Grande do Sul – Porto Alegre**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/34%20-%20Porto%20Alegre%20-20Arena%20e%20Mobilidade%20Urbana.pdf>.

2010j. Acessado em 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **São Paulo – São Paulo**.

Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/55%20-%20Sao%20Paulo%20-%20Arena%20e%20Mobilidade%20Urbana.pdf>. 2010k.

Acessado em 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Capital Nacional - Brasília**.

Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/07%20-%20Brasilia%20-%20Arena%20e%20Mobilidade%20Urbana.pdf>. 2010l. Acessado

em: 28/02/2014.

BRASIL. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. COPA 2014. **Nacional**. Disponível em:

<http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/arquivos/integracaoinstituicoesistema.pdf>. 2010m. Acessado em: 28/02/2014.

BRASIL. PLANALTO. **Lei geral da copa (12.663/2012)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm. Acessado em:

09/03/2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **O conflito entre liberdade de informação e proteção da personalidade na visão do STJ**. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92895. Acessado em 28/02/2014.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**/ Eduardo Cambi. – 2

ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMITÊ RIO DE JANEIRO. **Megaeventos: qual legado nós queremos para o Brasil?**

Disponível em:

http://www.portalpopulardacopa.org.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=201:megaeventos-qual-legado-n%C3%B3s-queremos-para-o-brasil. In **PORTAL POPULAR DA COPA E DAS OLIMPIADAS**. Publicado em: 11 de dezembro de 2013. Acessado em: 09/02/2014.

DIÁRIO DO NORDESTE. **Prefeitura de Umirim cancela Carnaval para investir no combate à seca e saúde pública**. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/online/prefeitura-de-umirim-cancela-carnaval-para-investir-no-combate-a-seca-e-saude-publica-1.819902>. Publicado em: março de 2014. Acessado em: 03/03/2014.

ESPORTES TERRA – **Terra na Copa. Famílias desapropriadas por Copa lutam por indenização em Pernambuco**. Disponível em: <http://esportes.terra.com.br/futebol/copa-2014/familias-desapropriadas-por-copa-lutam-por-indenizacao-em-pernambuco,5b5a7b11599c2410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>. Publicado em: dezembro de 2013. Acessado em: 03/03/2014.

FOLHA POLÍTICA. **Petrópolis cancelou carnaval para investir em saúde**. Disponível em: <http://www.folhapolitica.org/2014/01/petropolis-cancelou-carnaval-para.html>. Publicado em: janeiro de 2014. Acessado em: 03/03/2014.

FOLHA POLÍTICA. **Prefeitura de Ariquemes cancela Carnaval Popular para investir em saúde e educação**. Disponível em: <http://www.folhapolitica.org/2014/02/prefeitura-de-ariquemes-cancela.html>. Publicada em: 27 de fevereiro de 2014. Acessado em: 03/03/2014.

GAZETA DO POVO. **Prefeitura de Matinhos pede para população escolher entre carnaval ou saúde**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1443969>. Publicado em: 31 DE JANEIRO DE 2014. Acessado em: 03/03/2014.

GGN – **O Jornal de Todos os Brasis. Copa: 800 casas do Morro da Providência serão demolidas**. Disponível em: <http://jornalggm.com.br/blog/luisnassif/copa-800-casas-do-morro-da-providencia-serao-demolidas>. Publicado em: janeiro de 2013. Acessado em: 03/03/2014.

GOYARD –FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana** / Simone Goyard-Fabre; tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

JOGOS LIMPOS – Iniciativa Instituto ETHOS. **Famílias desalojadas em Várzea Grande (MT) não conseguem receber indenizações**. Disponível em: <http://www.jogoslimpos.org.br/destaques/familias-desalojadas-em-varzea-grande-mt-nao-conseguem-receber-indenizacoes/>. Acessado em: 03/03/2014.

KUGLER, Henrique. **O legado dos megaeventos**. Disponível em: <http://cienciahoje.uol.com.br/revista-ch/2014/311/o-legado-dos-megaeventos>. Publicado em: 20 de fevereiro de 2014. Acessado em: 09/02/2014.

LOYOLA, Leandro; IMERCIO, Aline; TAVARES, Flávia. **O risco da copa**. ÉPOCA. 03 de fevereiro de 2014. n° 818. p. 26/31.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política**. Tradução: Manoel Soares. Global Editora: São Paulo. 1987.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT. 1998.

MAIS GOIAS. **Prefeito de Inhumas cancela o Carnaval para investir em Saúde**. Disponível em: <http://www.emaisgoias.com.br/noticias/cidade/2014/1/28/41587.html?Prefeito+de+Inhumas+cancela+o+Carnaval+para+investir+em+Saude>. Publicado em: 28 de fevereiro de 2014. Acessado em: 03/03/2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Separação de Poderes no Brasil. Curso Modelo Político Brasileiro**. Vol. IV. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização-PrND. 1985.

MIRAGLIA, Paula. *Conectas Direitos Humanos: Saldo é positivo para a sociedade*. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/midia/noticia/conectas-na-midia-ultimo-segundo-1-6-12>. Publicado em: 2012. Acessado em: 26/02/2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

OLIVEIRA, Luciano. Os excluídos existem? Notas sobre a elaboração de um novo conceito. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. nº 33, 1997. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_33/rbcs33_04. Acessado em: 03/03/2014.

OLIVEIRA, Priscila Sutil de; MACHADO, Edinilson Donisete. **A SEGREGAÇÃO URBANA E FALTA DE TRANSPARÊNCIA: a violação dos Direitos Humanos para realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014**. No prelo.

O POVO. **Prefeitura de Quixadá cancela o carnaval**. Disponível em: <http://www.opovo.com.br/app/politica/2014/02/26/noticiaspoliticas,3212987/prefeitura-de-quixada-cancela-o-carnaval.shtml>. Publicado em: 26 de fevereiro de 2014. Acessado em: 03/03/2014.

PRIMEIRA HORA. **Copa do Mundo 2014 pode deixar 250 mil pessoas sem casa**. Disponível em: <http://www.primeirahora.com.br/noticia/78669/copa-do-mundo-2014-pode-deixar-250-mil-pessoas-sem-casa>. Publicado em: junho de 2013. Acessado em: 03/03/2014.

QUILOMBO DO SAPOPÓ. **Comitê Popular da Copa 2014 Cristal: Me Dê Motivos Para Ir Embora**. Disponível em: <http://quilombodosopapo.blogspot.com.br/p/comite-popular-da-copa-2014-cristal.html>. Publicado em: junho de 2009. Acessado em: 03/03/2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça** / John Rawls; tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado.**/ Michael J. Sande; tradução de Clóvis Marques. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia.** 2ªed. São Paulo: Malheiros. 2011.

SILVA, Edson Pereira Belo da. **Tribunais da Copa esbarram na constitucionalidade.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-19/tribunais-copa-esbarram-constitucionalidade-legalidade>. Acessado em 07/03/2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – 36ª. Ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 106.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acessado em 29 de abril de 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica.** Disponível em: http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf. Acessado em: 20/04/2013.

TERRA DE DIREITOS – **Organização de Direitos Humanos. Documentário retrata ameaça de despejo por obra da Copa.** Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/biblioteca/documentario-retrata-ameaca-de-despejo-por-obra-da-copa/>. Publicado em: janeiro de 2014. Acessado em: 03/03/2014.

INCLUSÃO QUILOMBOLA POR MEIO DA REPRESENTATIVIDADE SOCIAL

Priscila Sutil de Oliveira³²⁵ e Alencar Frederico Margraf³²⁶

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Administração pública e os dilemas do Estado contemporâneo

RESUMO

A população brasileira contemporânea tem verificado inúmeras mudanças, tanto sociais quanto legais, em face da Constituição Federal de 1988, bem como, pelas alterações hermenêuticas e políticas. Contudo, tem-se demonstrado distante da concretização dos ideais de um Estado realmente Democrático. No presente trabalho buscar-se-á abordar a falta de políticas públicas de inclusão social das comunidades quilombolas deste país, que desde o período da colonização se veem obrigadas a viver à margem da sociedade.

Palavras-chaves: representação social; inclusão social; comunidades negras.

ABSTRACT

Contemporary Brazilian population has seen many changes, both social and legal, against the Federal Constitution of 1988 and, by hermeneutic and political changes. However, it has been demonstrated far from achieving the ideal of a truly democratic state. In this work will pick-up address the lack of public policies for social inclusion of maroon communities in this country, that from the period of colonization are forced to live on the margins of society.

Keywords: social representation; social inclusion; black communities.

1. INTRODUÇÃO

Por muitos anos os remanescentes dos quilombos foram esquecidos e ignorados pela sociedade brasileira e por seus representantes. Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual realizou tímida menção aos quilombolas brasileiros, proporcionou a modificação do cenário nacional, possibilitando, mais uma vez, a demonstração de força e perseverança destes povos, que até então viviam escondidos e ocultados pelos governos brasileiros.

³²⁵ Bacharel em Direito pela Faculdade União de Ponta Grossa-Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Rede de Ensino LFG. Pesquisadora.

³²⁶ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busato de Ensino. Pós-Graduado *latu senso*, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR; Professor Pesquisador-Orientador no Programa de Pesquisa da Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

O objetivo principal deste trabalho é, apesar da dificuldade de encontrar documentos oficiais do governo brasileiro, e, contrariando os pensamentos das autoridades do país do início da República Brasileira (1891), demonstrar que os fatos históricos ocorridos no Brasil, em relação às violações dos direitos dos remanescentes de quilombolas brasileiros, jamais deverão ser esquecidos.

Os esquecimentos de tais atrocidades podem vir a acarretar “novas” práticas abusivas. Trata-se de um verdadeiro equívoco para qualquer Nação possuir tão somente os fatos narrados apenas sob um foco ou ponto de vista, o que geralmente é feito pelos vitoriosos/soberanos/detentores do poder. A história humana sempre foi contada do ponto de vista de quem detêm o poder, enquanto que, os “derrotados” passam a ser oprimidos e humilhados, tendo suas narrativas destruídas e esquecidas.

Por essa razão, sem o objetivo de esgotar o tema, dar-se-á, sucintamente, destaque a suposta realização do contrato primitivo idealizado por John Rawls e a crítica realizada por Jünger Habermas em relação à suposta utilização do véu da ignorância (véu da insciência) pelos legisladores, demonstrando que nem sempre buscou-se a neutralidade e a proteção dos direitos das minorias vulneráveis em *terrae brasiliis*. Para em seguida apresentar uma ideia diferenciada de inclusão das comunidades remanescentes dos quilombos na construção do Estado Brasileiro.

2. METODOLOGIA

Por meio de uma pesquisa bibliográfica buscar-se-á de maneira indutiva- funcionalista, demonstrar que a sociedade brasileira pouco se interessou e pouco fez para modificar a realidade das comunidades negras existente no Brasil. Inúmeros são os Quilombos Brasileiros, mas poucas são as políticas públicas de inclusão postas em prática.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. Construção do Estado Brasileiro

Muito se fala do ponto de vista abordado por John Rawls (1997. p. 4) em relação à origem e evolução do homem em sociedade, o qual afirmava que não haveria justiça se uma ou algumas pessoas fossem lesionadas em prol de um bem maior.

No Brasil tem-se o costume de referenciar e idolatrar escritores contemporâneos sem analisar obras de escritores brasileiros, como por exemplo, Máximo Nogueira Penido (1882. p. 4.), que muito antes de John Rawls, já afirmava da impossibilidade de ser considerado legítimo o sacrifício sequer de uma única pessoa para proporcionar o bem estar dos demais. A grande diferença entre Rawls e os demais autores brasileiros foi (além do lapso temporal de 100 anos que os separam) que este organizou e fracionou com maior cautela as etapas da formação de um Estado, bem como demonstrou, segundo sua teoria, a possibilidade de se fazer justiça sem a prática de abusos e violações de direitos das minorias.

Apesar de realizar a proteção dos vulneráveis, John Rawls (1997. p. 6.) relata que em algumas situações pequenas injustiças poderão ser toleráveis quando for extremamente necessária para evitar uma injustiça ainda maior, assim sendo, determinadas pessoas ou direitos poderiam sofrer algum desconforto (ou verificar um direito suprimido) caso toda a coletividade ou toda sociedade pudesse vir a ser atingida caso algo não seja realizado. Trata-se na realidade de uma maneira alternativa para a fundamentação da realização de um retrocesso social, como por exemplo, o ocorrido em Portugal no ano de 2010ⁱ.

No mesmo sentido, Rui Barbosa realizou a defesa do tratamento igualitário entre os homens livres no Brasil e os escravos, uma vez que *todos* deveriam ser tratados de maneira igualitária, pois *todos* eram seres humanos. A defesa pela liberdade dos escravos, mesmo sendo questionada pela maior parte da população brasileira e pelas autoridades administrativas do país, pois violava o direito de propriedade daqueles que haviam despendido muito dinheiro para a aquisição destas “mercadorias”, foi rebatida com a seguinte expressão: “*In duobus malis minus malum est elegendum* – entre dois prejuízos opte-se pelo menor” (BARBOSA, 1955. p. 55).

Para possibilitar a compreensão da importância da realização da justiça é necessário o consenso da população, bem como fazê-las entender a situação fática que estão a enfrentar. A respeito da organização local e proteção dos princípios da liberdade e igualdade, destaca Máximo Nogueira Penido (1882. p. 5/6) que somente existirá uma boa legislação se ela consultasse as necessidades existentes para a época, e que ela fosse modelada conforme as circunstâncias e conveniência da sociedade, sem que existissem violações de direitos de terceiros.

Assim sendo, na fase primitiva da construção e estruturação de uma sociedade era indispensável a realização de um acordo entre as pessoas que integravam aquela coletividade. Na elaboração destes acordos (ou o que John Rawls chama de contrato primitivo) as pessoas são consideradas todas iguais, para isso, elas deveriam desprezar as situações econômicas em que vivem e a posição social dentro do grupo, para que todos pudessem participar de maneira igualitária na elaboração e organização daquele Estado em formação.

Para evitar posicionamentos tendenciosos essas mesmas pessoas deveriam ignorar suas qualidades e seus interesses para melhor estabelecerem as regras locais, portanto, faziam uso de um véu da ignorância (RAWLS, 1997. p. 146/153), ou nas palavras de Jünger Habermas (2002. p. 72.), “véu da insciência” no momento de elaborar a regulamentação local.

Na formação do Estado brasileiro, do período colonial até a república, percebe-se que as bases apresentadas pela “Teoria da Justiça” de John Rawls em relação à evolução de um Estado, em momento algum estiveram presentes, pois tal período foi marcado pela soberania dos costumes portugueses em detrimento de qualquer outro povo que existisse no Brasil. Por essa razão eram constantes as violações de direitos pessoais pelos membros da coroa, proprietários de terras e até mesmo pela igreja.

Como já relatado em outra oportunidade, a única pretensão dos portugueses em relação ao Brasil era a extração de tudo que fosse comercializável e que pudesse garantir maiores riquezas à Coroa. Não existia interesse em desenvolver a sociedade brasileira, e tal fato torna-se claro com o simples fato da

desproporção numérica entre escravos realizando a exploração da terra e as pessoas livres que habitavam este país.

O Estado brasileiro não foi criado conforme as bases de um Contrato Social rousseauiano, no qual os integrantes da sociedade pretendiam se proteger das constantes agressões (ROUSSEAU, 2012), e que, por essa razão, se submetiam às normas criadas pelo Estado. O que foi visto no Brasil, com sua “descoberta” foi a forma primitiva da formação de um Estado, fortemente marcado por abusos, disputas pela força e a imposição legal da cultura, costumes e ideologias do povo fortemente marcado pelo anseio de esgotar os recursos da colônia.

John Rawls argumenta que na realização do contrato inicial as partes são moralmente neutras e que buscariam uma cooperação justa e imparcial, realizando a defesa e a proteção dos interesses da sociedade. Em relação à este quesito, tudo leva a crer que a formação do Estado brasileiro seria uma exceção à regra de Rawls. No entanto, para Habermas (2002. p. 64) as partes “sempre tomarão suas decisões a partir do ponto de vista de suas próprias orientações de valor (ou seja, a partir da perspectiva dos cidadãos por eles representados)”.

Por essa razão percebeu-se no Brasil, que desde o descobrimento até a república, era governada por pessoas aliadas à Coroa portuguesa, sendo que, as Constituições e os textos legais sancionados neste país eram tendenciosos e protetivos da manutenção da escravidão dos povos africanos. Mesmo após a proibição do tráfico negreiro (com a Lei Feijó de 1831) e até mesmo da abolição da escravidão (com a Lei Eusébio de Queiroz de 1850), a luta pela continuidade da atividade mercantil de escravos era constante, pois as autoridades administrativas além de possuírem escravos, temiam que a abolição total causasse prejuízos irreparáveis para toda sociedade, assim como, em face da desproporção numérica, temiam uma insurreição e uma provável derrota em caso de conflito contra os africanos que seriam libertados.

Verificou-se então, que na construção do Estado brasileiro em momento algum prevaleceu a igualdade entre os membros da sociedade, até mesmo porque havia claramente a existência de menosprezo e repulsa aos africanos trazidos para o Brasil. Isso porque, desde o descobrimento, os escravos não eram considerados seres humanos, mas mero objeto de troca mercantil e seres de culturas inferiores, considerações estas que justificavam toda hostilidade e agressões em relação à estes povos.

Por essa razão Habermas (2002. p. 64) afirma que a “imparcialidade é imposta por uma situação que deita um véu de insciência por sobre as partes reciprocamente desinteressadas uma pelas outras”, ou seja, não há a intenção das pessoas tomarem as decisões sem serem tendenciosas, mas apenas de tomarem as decisões que lhes forem mais úteis, não importando o que o próximo entende por justo e correto. Haverá, portanto, sempre a proteção dos seus próprios interesses não levando em consideração o que a outra pessoa pretendia ou idealizava.

Assim sendo, exigir das pessoas a utilização do véu da insciência, ou da ignorância para tomarem as decisões mais sábias, justas e corretas para todos os membros da sociedade é impossível e insensato. Talvez, seja justamente por essas razões que o fim do tráfico negreiro tenha demorado a ser aprovado no

Brasil. Destaca-se que o fim do tráfico somente ocorreu em função de questões econômicasⁱⁱ e não ideológicas (solidarismo e fraternalismo) da população brasileira.

De outro lado, segundo Habermas, pode haver aquelas autoridades estatais que poderiam buscar apenas o justo para a sociedade no momento em que fossem elaborar as normas de organização e de padronização de comportamento, pois poderiam possuir em seu íntimo a moralidade e a solidariedade como bases de sua formação. Então surgiria uma dúvida intransponível: como exigir dessa pessoa que simplesmente ignore sua essência e suas características agregadas ao longo dos anos para realizar o *contrato inicial*? Destaca-se que a individualização destas pessoas, em relação à sua formação, ainda é uma incógnita para a modernidade.

Acreditar que as pessoas passarão a respeitar os princípios morais de justiça simplesmente pelo fato de que são obrigadas a vestir o suposto véu e renegar suas próprias características, sua própria criação e evolução, é simplesmente uma utopia. Até mesmo porque, se for analisada a história do escravismo no Brasil percebe-se que todas as decisões tomadas em relação aos índios e aos africanos, em momento algum, a sociedade utilizou o véu para tratá-los como igual.

Conclui-se então que, da mesma maneira como ocorre nos casos em que os interesses políticos predominam, é impossível aceitar que as pessoas se tornem imparciais apenas pelo fato de existir uma determinada situação (normativa ou meramente moral) exigindo tal postura. A história política brasileira demonstra que, antes de ser tomada alguma decisão que possa beneficiar a sociedade, ocorre a análise de como que a economia interna irá se comportar com tal decisão.

A problemática da utilização do véu da insciência não se encerra com a elaboração do contrato. Ela continua a existir. Isso porque, para que seja possível a evolução da sociedade, torna-se indispensável que seus membros redijam as leis que organizará e padronizará os comportamentos humanos daquele Estado. Estas regras, por sua vez, não podem ser elaboradas por pessoas utilizando o véu, pois “a imparcialidade do juízo só estaria garantida na condição primitiva” (HABERMAS. 2002. p. 70) e não na elaboração das leis. Assim sendo, de nada adiantaria o contrato ser firmado sem interesses próprios se, em seguida, no momento em que as leis forem elaboradas, as premissas da igualdade e da distributividade uniforme sejam simplesmente esquecidas ou ignoradas.

A maior falha em relação ao uso do véu, segundo Habermas é justamente a dissipação e a *privação sistemática de informações*. A sociedade seria mais justa e igualitária se todos soubessem quais as verdadeiras intenções e interesses das pessoas que estão na gestão do Estado, principalmente quando eles necessitam tomar um determinado posicionamento. No entanto, quando verificam que os membros da sociedade legislam ou até mesmo os magistrados decidem em favor das violações de direitos inerentes á todos os seres humanos (pois ainda eram submissos e dependentes do Poder Executivo), tornava-se difícil acreditar numa sociedade justa e igualitária.

Por mais que a lei brasileira de 1850 fosse à época considerada uma lei que proporcionaria a igualdade entre os cidadãos brasileiros, pois além de confirmar a proibição da continuidade do tráfico de carne humana, tornava os escravos em pessoas livres, a realidade vivida por eles era outra. As violações continuavam e a liberdade ainda era uma ideologia, pois “o justo valor de liberdades

iguais mede-se pelo preenchimento de condições efetivas para um exercício com igualdade de oportunidades dos direitos correspondentes” (HABERMAS, 2002. p. 69), que por sinal ainda se trata de um dilema a ser superado pelo direito constitucional contemporâneo. Garantir e efetivar os direitos fundamentais dos povos existentes no Brasil passou a ser questão de ordem nacional e de inúmeros projetos de políticas públicas de inclusão (MELO, 2010. p. 100).

A sociedade brasileira passou de escravocrata para abolicionista sem a realização de um ensino ou uma educação apropriada para este novo paradigma. Mas a educação que aqui se fala não deveria ser destinada aos libertos, mas sim para toda a sociedade brasileira.

Portadora de um padrão cultural dirigido para a opressão das minorias étnicas, a população se deparou com a “perda da propriedade” escrava e ainda foram forçadas a aceitar que os ex-escravos não poderiam mais serem considerados como animais ou objetos passíveis de serem apropriados, pois a partir do fim da escravização eles deveriam ser tratados como seres humanos, portadores de direitos e merecimento de tratamento digno e igualitário da mesma maneira que todos os cidadãos brasileiros.

Acreditar que o contrato inicial brasileiro foi realizado com o suposto véu da ignorância, presumindo que todos os cidadãos fossem iguais e livres, é sem dúvida uma ilusão, pois para Habermas ele foi firmado “sem contar sua autocompreensão ou compreensão de mundos divergentes” (HABERMAS, 2002. p. 72), sendo inacreditável a união dos povos naquele contexto em que estavam inseridos.

Logicamente que as questões legais de uma sociedade devem ser analisadas conforme a cultura local. Por essa razão torna-se fácil nos dias atuais criticar os fatos ocorridos no Brasil Colônia, pois a cultura de um país cristaliza-se em torno da constituição em vigor, bem como em relação às interpretações dadas aos fatos e aos princípios previstos e aceitos pela sociedade. Por mais que seja notório, na atualidade, que os princípios se modificam e se transforma com a evolução da própria sociedade (HABERMAS, 2002. p. 135), o certo é que, em função do desinteresse de desenvolver a Colônia, a Coroa Portuguesa impedia qualquer iniciativa em relação à pesquisa da fauna e flora brasileira, bem como dificultavam qualquer possibilidade de aperfeiçoamento cultural da população brasileira, até mesmo porque poderia causar problemas em face da gestão que aqui era praticada. Somente com a chegada da Coroa portuguesa à *terrae brasiliis* é que foram criadas-legalizadas as primeiras instituições de ensino superior, demonstrando mais uma vez que foi a necessidade momentânea que culminou a abertura da evolução da educação no Brasil.

3.2. Guinada Paradigmática Constitucional no Brasil

Após longo período de positivismo jurídico, que serviu como fundamento para os trágicos acontecimentos durante a Segunda Grande Guerra, em face de uma interpretação tendenciosa das leis, foi necessário modificar a visão reducionista do Direito em relação à simples abordagem do texto legal, exigindo-se, para tanto uma proteção mais ampla aos seres humanos.

As atrocidades provocadas pelos governos totalitários (nazismo,

fascismo...) demonstrou a necessidade da existência de um conjunto de regras supralegais que impedissem, ou que pelo menos limitasse novos abusos. Para tanto se reconheceu que os estudos e a estagnação intelectual em relação à aplicação/subsunção reducionista dos textos das leis não eram suficientes para evitar uma nova guerra ou de impedir que a população tivesse seus direitos sacrificados pelo próprio Estado, ou por quem o governasse.

A superação do positivismo clássico se deu com o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo (CAMBI, 2011), os quais foram fundamentais para o reconhecimento e a defesa da existência de princípios legais e supralegais, ainda que não expressos (SARLET, 2012, p. 78-140), bem como a necessidade de efetivar a supremacia da Constituição e a concretização dos direitos fundamentais.

No constitucionalismo contemporâneo brasileiro percebe-se a defesa ferrenha da importância das normas constitucionais bem como da existência de princípios indispensáveis para a vida em harmonia, mas de uma maneira equivocada e evidentemente tendenciosa. Ou seja, fala-se e usa-se sem realmente entender a origem, utilidade, abrangência e contextualização dos princípios.

Por essa razão pergunta-se: será que realmente foi compreendida a essência do novo paradigma trazido pelo neoconstitucionalismo? Será que tais concepções não são apenas utilizadas para fins políticos e para angariar votos?

Tendo em vista a insatisfação social em face do Golpe Militar de 1964, que restringiu inúmeros direitos da população brasileira, elaborou-se a Constituição Cidadã de 1988, que possuía como foco principal: a proteção dos direitos fundamentais da população brasileira; a dignidade da pessoa humana; o desenvolvimento social e econômico brasileiro; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades e promover o bem de todos sem a existência de qualquer preconceito.

Assim sendo, teria em tese, a Assembléia Constituinte Brasileira o intuito de assegurar a eficácia e a aplicabilidade das regras e dos princípios constitucionais (ALEXY, 1993, p. 82-83), expressos ou implícitos (art. 5º, § 2º, da CF) e, ao mesmo tempo, a efetivação de suas disposições, para assegurar a sua força normativa, bem como para evitar que ela passasse a ser chamada de “mera folha de papel” (LASSALE, 1987, p. 19), a qual não teria valor no campo de aplicabilidade de suas diretrizes.

Sendo a Constituição um produto de diferenciação funcional entre direito e política, tem-se que admitir/reconhecer que ela deve ocupar o centro do ordenamento jurídico, assim sendo, todos os demais dispositivos legais devem ser elaborados *conforme* a Lei Suprema. O sistema jurídico pode ser equiparado, segundo Ricardo Lorenzetti (1998, p. 45), dessa forma, ao sistema solar, no qual a Constituição Federal é o sol; os Códigos e as normas infraconstitucionais são os planetas e satélites, enquanto os raios solares, que atingem os planetas, seriam os princípios não expressos.

Os princípios jurídicos, conforme Robert Alexy (2011, p. 90), são mandamentos *de otimização*, pois podem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato que a medida devida de sua satisfação não depende somente pelas possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. Por isso, devem ser utilizados da forma mais ampla possível, inclusive como nortes interpretativos (SILVA, 2011, p.

46.), não ficando restritos apenas quando expressos em um dispositivo legal, como se fosse dependente de uma subsunção exata do fato com o texto. Pelo contrário, os princípios surgem para dar sustentação à estes textos, bem como, fara providenciar a evolução do ordenamento jurídico, pois sendo eles normas de conceitos vagos e indefinidos, possibilitam a evolução do raciocínio jurídico conforme a sociedade se desenvolve, sendo assim, além de providenciar a proteção jurídica das pessoas em face de abusos modernos, possibilita também que as leis, textos e normas, acompanhem as mudanças da sociedade.

Com o neoconstitucionalismo, houve a superação da teoria das fontes, na medida em que a lei deixou de ser a única fonte do direito, aparecendo a Constituição como autoaplicativa. Além disso, com a força normativa dos princípios alterou-se a teoria das normas, modificando os planos da interpretação jurídica, ou seja, (res)surgiu a hermenêutica constitucional como método indispensável para garantir aplicação às normas constitucionais.

Unindo-a com a hermenêutica filosófica de Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer, a qual defende que não se interpreta para compreender, mas compreende-se para interpretar. Rompem-se, assim, as perspectivas que colocavam o método fracionado, individualizado e estagnado, como supremo momento de subjetividade e garantia da segurança positivista da interpretação (STRECK, s/d.).

A interpretação do texto fundamenta-se na necessidade de o operador do Direito, primeiramente, conhecer o assunto a ser abordado e, por intermédio de um estudo aprofundando e detalhado sobre a matéria, passar a compreendê-la, para somente então interpretá-la.

A utilização de métodos de interpretação resulta no que Martin Heidegger chama de *circulo hermenêutico*. Para Heidegger, sempre que for utilizado um método específico para interpretar é necessário iniciar pela compreensão da matéria analisada, pois, se assim não o fizer, passará a ter uma visão superficial e equivocada sobre o assunto.

É necessário utilizar todas as informações sobre o caso em análise antes de afirmar que possui uma opinião formada sobre ele. A compreensão antecede à interpretação. Por isto, antes mesmo da compreensão deve existir uma busca por elementos que formem o intelecto do operador, para que, após fazer uso destes elementos, em uma *atividade única*, chegar-se à uma conclusão, finalizando o circulo hermenêutico.

A hermenêutica filosófica de Hans-George Gadamer (do início do século XX) demonstra a necessidade de coletas de informações básicas sobre o assunto, até mesmo porque, falar sobre algo que desconhece seria uma mera opinião, sem profundidade e sem o devido cuidado. Assim sendo, o acúmulo de elementos sobre a matéria a ser interpretada nada mais é do que valorizar a historicidade e a fenomenologia para a formação cognitiva do intérprete. Quando se fala dos direitos dos quilombolas, tais estudos tornam-se *indispensáveis*.

Contudo, a hermenêutica constitucional é dificultada pela *baixa constitucionalidade* (STRECK, 2010) dos operadores jurídicos, que insistem em não aplicar as normas constitucionais por ser ainda recente a famosa revolução copernicana do Direito Constitucional mundial, assim, aguardam, muitas vezes, a

edição de uma lei infraconstitucional específica que determine tal “obrigatoriedade”.

Também deve ser destacada a atuação de juízes que, ao se depararem com conflitos entre normas infraconstitucionais e/ou princípios e/ou normas constitucionais, deixam de aplicar diretamente a Constituição e aguardam a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal. Demonstram receio em extrair da Constituição Federal toda a sua força normativa, e, no controle difuso, afastar a aplicação da lei ao caso concretoⁱⁱⁱ.

Luís Roberto Barroso (2005) está correto em afirmar que os operadores do Direito no Brasil preferem *jingles* por serem simples e tornarem desnecessário quaisquer conhecimentos para divulgá-lo, ao invés de sinfonias que, além de levar anos para serem criadas, é indispensável uma bagagem cultural e histórica para compreendê-la. No mesmo sentido, Lenio L. Streck (2013. p. 43) sustenta que o conhecimento jurídico brasileiro está sendo alimentado por “*fast food*” e que, ironicamente, “*alguns livros usados na graduação (mais) parecem ter sido escritos pelo Homer Simpson*”.

A partir do segundo pós-guerra, as Constituições passaram a ser criadas para proteger as pessoas contra o autoritarismo dos detentores do poder (LOEWENSTEIN, 1979. p. 151-153), contra as ditaduras e, principalmente, contra a violação de direitos fundamentais. No entanto, tais objetivos não são alcançados quando a entidade que possui a função de “dizer o Direito” não o faz ou outras não a deixam fazer.

O ordenamento jurídico deve ser medido de acordo com a eficiência/efetividade das normas e com a satisfação da população com sua vigência (DUGUIT, 2009. p. 31). Por isso se faz necessário estudar sobre as normas de proteção no plano internacional, no que se refere à inclusão das minorias (quilombolas), o que será apresentado no capítulo seguinte.

3.3. Representação das Comunidades Quilombolas

A falta de representatividade dos povos brasileiros, e neste momento incluem-se todos os vulneráveis, ainda é questão de enorme discussão. Meras alegações de que bastaria “as mulheres votarem nas mulheres; índio votar em índio; negro votar em negro”, além de ser preconceituosa é ultrajante. De nada adianta existir um candidato que poderia representar seus povos se eles não possuem condições de disputar as eleições de maneira igualitária aos demais candidatos.

Destaca-se ainda neste quesito, que todos os programas criados para a inclusão dos remanescentes de quilombolas são elaborados por uma suposta elite, alheia aos interesses das comunidades negras e completamente desinteressada com a realidade vivida por seus membros. Até mesmo porque, se soubessem, antes de realizarem o distributivismo sem fiscalização e desenfreio^{iv}, teriam providenciado, com o dinheiro distribuído^v, o encanamento de água tratada e a construção de redes de esgoto para todos os Quilombos brasileiros, ou quem sabe aplicado em novas técnicas de cultivo (PEDROSO JUNIOR, 2008).

Se os valores utilizados pelo programa Bolsa Família fossem realmente investidos (e não distribuídos), certamente os resultados mais produtivos, uma vez que, com o melhoramento nas condições sanitárias evitar-se-ia gastos

futuros com atendimentos médicos e medicamentos; ao passo que, se tivessem sido aplicados em técnicas de cultivo, proporcionaria a ampliação das plantações, bem como da produtividade, a qual, certamente poderia proporcionar um retorno (com as vendas das sobras) muito maior do que é recebido pelo programa.

Apesar da falta de representação política ser a mais evidente, deve ser destacado que o maior problema, sobre esta temática, está na ausência de representantes dos quilombolas no seio social (SANTOS; CHAVES, 2007), pois é nele que ocorrem as principais ofensas a estas minorias e, conseqüentemente, privam os integrantes destas comunidades de qualquer participação social (COSTA, 2012. p. 226). Tais posturas acarretam no desinteresse e no receio dos remanescentes de se “aventurarem” nas pequenas ou grandes cidades, preferindo a permanência em seu refúgio: o Quilombo.

A capacitação de agentes representativos das comunidades remanescentes de quilombos trata-se de uma medida emergencial a ser realizada pelo governo brasileiro. Como já visto a sociedade brasileira ainda demonstra não ser solidária e fraterna. Os traços marcantes da colonização brasileira e a permanência do pensamento de superioridade cultural sob os povos integrantes das comunidades negras, marcam a história de vida dos remanescentes dos quilombos, que até os dias atuais sofrem discriminação racial e cultural quando necessitam se deslocarem para os centros urbanos.

Eliane Silva Costa (2012. p. 188), em sua tese de doutorado em psicologia, realizou uma pesquisa no Quilombo Maria Rosa no Vale do Ribeira e constatou que os remanescentes tinham medo de manter contato com outras pessoas que não fizessem parte do quilombo. Muitos acreditavam ser apenas questão de vergonha, mas se surpreenderam quando alguns integrantes da comunidade, aqueles que já haviam tido contato com a sociedade, passaram a relatar o temor que os integrantes da comunidade possuíam em face das humilhações já vividas^{vi}.

Diante desta constatação, Eliane Costa (2012. p. 189), pôde concluir que o “sujeito politicamente humilhado não raramente age com cautela (...) age com suspeita, esconde-se, pois o perigo pode vir a qualquer instante.” Em relação à vergonha sentida pelos integrantes da comunidade remete-se ao “olhar historicamente arquitetado sobre o negro, o povo do campo e o pobre como gente inferior”, ou seja, a vergonha nada mais é do que um reflexo do comportamento da sociedade brasileira, que cria nos quilombolas um sentimento de inferioridade.

Por essas razões torna-se importante e imediata a preparação de membros dos Quilombos para realizarem a recepção dos demais quilombolas no meio urbano, o que não quer dizer que será realizado um acultramento destas pessoas, mas sim das demais que o cercam, fazendo com que estejam preparadas para receber os remanescentes da mesma maneira que recebem qualquer outro integrante da sociedade.

Por meio dos trabalhos analisados para elaboração desta obra, constatou-se que todos os remanescentes se sentiam motivados e interessados a se deslocarem às cidades para realizar uma avaliação da sua própria saúde quando, nos postos de saúde, existiam pessoas remanescentes de quilombos ou da cor negra. Ou seja, não sofriam qualquer forma de preconceito ou discriminação quando eram recepcionadas por pessoas preparadas e com a mesma origem

histórica que elas.

Apesar de serem coletadas informações sobre a maneira que os remanescentes dos quilombos eram tratados nas centrais e postos de saúde, percebeu-se que a hostilidade era frequente em inúmeros locais: mercados, armazéns, praças públicas, lanchonetes, creches, escolas, câmaras municipais... enfim, a discriminação podia ser vista em diversos setores da sociedade, quer ela pública ou privada, ou da classe pobre, média ou rica. Ou seja, os fatos verificados nos dias atuais se assemelham e muito com o que ocorria nos períodos coloniais.

Com a possibilidade de ingerência destas minorias no cenário político nacional, transformando realmente o Brasil num Estado Democrático de Direito, além de proporcionar a inclusão dos povos, estar-se-á caminhando para uma política mais respeitada e popular, possibilitando, finalmente, a inclusão dos excluídos e reduzindo a falta de representatividade das comunidades quilombolas^{vii}.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do presente trabalho perceberam-se as diversas violações dos direitos humanos na comunidade dos quilombolas, que ocorreram na construção do Estado Brasileiro. Não houve igualdade de tratamento aos africanos trazidos para o Brasil; não eram considerados como seres humanos, mas sim como objeto de troca, sendo frequentemente criticados pela sua “cultura inferior”.

O início da exploração no Brasil foi intensamente marcado pela pretensão de esgotar os recursos da colônia, por conseguinte houve freqüentes abusos, disputas pela força e imposição legal da cultura e ideologias do povo. Para tanto era imprescindível a realização de acordo entre as pessoas que integravam aquela sociedade, sendo que neste acordo as pessoas deveriam ser todas iguais, ignorando a situação econômica, bem como a posição social dentro do grupo, para que, então, de maneira igualitária participassem na elaboração e organização daquele Estado. Sendo que na realização do contrato inicial as partes seriam moralmente neutras e que buscariam uma cooperação justa e imparcial, desta forma realizar-se-ia a defesa e a proteção dos interesses da sociedade.

No entanto, as normas protetoras dos quilombolas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro e as normas supralegais, não são capazes de proteger esse “grupo de minoria”, portanto torna-se indispensável a edição de novas normas para proteger os direitos dos quilombolas e principalmente para regularizar as terras que são ocupadas por estes grupos em todo território brasileiro.

Destaca-se ainda, que os programas criados para a inclusão dos remanescentes de quilombolas são elaborados por uma suposta elite, alheia aos interesses das comunidades negras e completamente desinteressada com a realidade vivida por seus membros.

Por meio dessa pesquisa verificou-se que esses grupos de minorias quando necessitam se deslocar aos centros urbanos para realizarem consultas de saúde, se sentem seguros somente quando os atendentes são membros dos quilombolas ou negros, por já conhecerem a sua história e cultura.

Por essa razão se faz necessário a preparação de membros dos Quilombos para realizarem a recepção dos demais quilombolas no meio urbano, o

que não quer dizer que será realizado um acultramento destas pessoas, mas sim das demais que o cercam, fazendo com que estejam preparadas para receber os remanescentes da mesma maneira que recebem qualquer outro integrante da sociedade.

Assim sendo, a representatividade dos quilombolas brasileiros deve ser tratado como emergencial, pois além de realizar a inclusão social destes povos vulneráveis, trata-se de efetivação dos direitos humanos e a concretização dos direitos da dignidade da pessoa humana. Somente com a realização desta política pública é que poderá se dizer que o Brasil estar-se-á buscando a fundamentação para o que se autodenomina de um Estado Democrático de Direito.

5. AGRADECIMENTOS

Parabenizamos e Agradecemos à Faculdade de Telêmaco Borba pela realização deste evento, que permitirá aos acadêmicos e aos operadores do Direito, principalmente dos Campos Gerais, o desenvolvimento e publicações de suas pesquisas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais: teoria e direito público**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**: questão militar, abolicionismo, trabalhos jurídicos, swift. Tomo I. vol. XIV. 1887. Rio de Janeiro: Ministério da educação e cultura. 1955.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito> em 11/2005 . Acessado em: 24/07/2014.

BRASIL – PROGRAMA BRASIL QUILOMBOLA. **Comunidades Quilombolas Brasileiras: Regularização Fundiária e Políticas Públicas**. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/arquivos/pbq.pdf>. Acessado em: 20/06/2014.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Eliane Silva. **Racismo, política pública e modos de subjetivação em um quilombo do Vale do Ribeira**. Tese de Doutorado. São Paulo. 2012. p. 275. Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/costa_do.pdf. Acessado em: 21/06/2014.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução Marcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HABERMAS, Jurgem. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola. 2002.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política**. Tradução de Manoel Soares. São Paulo: Global Editora, 1987.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

MELO, Paula Balduino de. **Práticas produtivas e políticas públicas: uma experiência quilombola no Vale do Ribeira/SP**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília. Brasília. 2010. 187p. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/7267?mode=full>. Acessado em 23/07/2014.

OLIVEIRA, Priscila Sutil de; MACHADO, Edinilson Doniseti. **Princípio do Não Retrocesso: uma comparação entre Brasil e Portugal**. No prelo.

PEDROSO JUNIOR, Nelson Novaes et al. A casa e a roça: socioeconomia, demografia e agricultura em populações quilombolas do Vale do Ribeira, São Paulo, Brasil. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi – Ciências Humanas**. [online]. 2008, vol. 3, nº. 2, p. 227-252 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222008000200007&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 22/06/2014.

PENIDO, Máximo Nogueira. **O elemento servil: folheto abolicionista**. Rio de Janeiro:Typ. Camoes. 1882.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça** / John Rawls; tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacque (1762). **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nassetti. 7 reimpressão. São Paulo: Martin Claret. 2012.

SANTOS, Gilberto Lima dos; CHAVES, Antônio Marcos. Ser quilombola: representações sociais de habitantes de uma comunidade negra. **Estudos psicológicos (Campinas)** [online]. 2007, vol. 24, nº. 3, p. 353-361 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2007000300007&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 22/06/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia**. 2ªed. São Paulo: Malheiros. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acessado em: 24/07/2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Disponível em: http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf. Acessado em: 23/07/2014.

OIT. **Revisão da Convenção nº 169**. Disponível em: http://www.fundaj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=959:convencao-169-da-oit&catid=65&Itemid=571. Acessado em: 17/06/2014.

¹ Segundo Priscila Sutil e Edinilson Machado somente seria possível a realização do retrocesso social se não existirem outros meios de evitar um dano generalizado, contudo, tal retrocesso não poderá suprimir o mínimo existencial, bem como, não pode ser segregativa, ou seja, simplesmente selecionar determinadas pessoas para “arcarem” com a redução. (OLIVEIRA, Priscila Sutil de; MACHADO, Edinilson Doniseti. Princípio do Não Retrocesso: uma comparação entre Brasil e Portugal. No prelo)

¹ Basta lembrar que a Inglaterra pressionava o Brasil para que fossem interrompidas as transações negreiras, bem como que os engenhos do nordeste brasileiro (em face da invasão holandesa) estavam em crise, e encontraram no fim do tráfico negreiro a possibilidade de comercializar, internamente, seus escravos a preços exorbitantes para suprir a carência de mão de obra nas mineradoras em Minas Gerais e nas fazendas do sul do país.

¹ Para tanto basta verificar as inúmeras decisões judiciais pela impossibilidade de aplicação da progressão de regimes para condenados em crimes hediondos ou equiparados com base à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus (HC) 82959, em fevereiro de 2006, tendo em vista que o Senado Federal não havia ainda determinado quais seriam os efeitos de tal decisão.

¹ Há inúmeros trabalhos demonstrando a diferença existente entre *assistencialismo* (que auxilia no desenvolvimento das pessoas beneficiadas pelas ações governamentais e que, em contrapartida, devem demonstrar, de certa forma, a utilização e aplicação dos valores recebidos) do *distributivismo* (que é uma atividade governamental sem fiscalização adequada e sem obrigatoriedade alguma por parte do beneficiário).

¹ Segundo o Programa Brasil Quilombola foram distribuídos pelo Programa Bolsa Família o valor de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) para mais de 33.500 famílias. (BRASIL – PROGRAMA BRASIL QUILOMBOLA. *Comunidades Quilombolas Brasileiras: Regularização Fundiária e Políticas Públicas*. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/arquivos/pbq.pdf>. Acessado em: 20/06/2014. p. 32.)

¹ Cfr. Eliane S. Costa ao entrevistar a Aline, uma jovem quilombola da Comunidade Maria Rosa, mas que reside na cidade, coletou a seguinte resposta: “Aqui, na comunidade, eu acho que sou a única que conhece várias coisas e que, quando vem o pessoal, por exemplo da ITESP, quando telefona, eu converso e tal. E muita gente não conversa. Igual quando o pessoal veio pegar o nome para as casinhas, o homem ficou impressionado... ninguém apareceu lá para dá o nome para assinar para o relógio vir. Ninguém apareceu. Ele pegou, batia palma e o pessoal ficava na frestinha da janela e não vinha, nem para dar informação. Ele pegou e veio aqui e conversou com a gente. Aí a gente explicou que eles não estão acostumados, que eles ficam com medo... eles têm medo. Eu também tinha medo. No caso meu não era medo, era vergonha. Eu não sabia quem era. Eu achava que ia fazer uma pergunta, às vezes a pessoa nem ia perguntar nada, ia perguntar: ‘onde fica a Maria Rosa?’. Quando minha mãe morava lá, na beirinha da estrada, as pessoas paravam para perguntar onde ficava o Maria Rosa, a gente se escondia e olhava pelo burquinho, de medo, de vergonha.” (COSTA, Eliane Silva. Racismo, política pública e modos de subjetivação em um quilombo do Vale do Ribeira. Tese de Doutorado. São Paulo. 2012. p. 275. Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/costa_do.pdf. Acessado em: 21/06/2014. p. 188.)

¹ Cfr. Luiza Erundina: *“A crise de representação a que já me referi também se expressa na ausência ou baixa representação de amplos segmentos da sociedade. Nós, mulheres, que somos mais de 50% da população, na Câmara dos Deputados, somos apenas 8,9%, e pouco mais de 10% no Senado. Os negros são menos de 4% e não existe nenhum índio no Congresso Nacional, o que significa que a maior parte da população brasileira não está representada no Parlamento. E se analisarmos a presença desses segmentos nos Poderes Executivo e Judiciário, as distorções são ainda maiores. A conclusão a que se pode chegar é de que não temos plena democracia política no Brasil, e muito menos econômica e social.”* (p. 110). (ERUNDINA, Luiza. É indispensável ampliar a democracia representativa. *Estudos Avançados* [online]. 2009. Vol. 23, nº. 67, p. 109-112. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300013&Ing=en&nrm=iso. Acessado em: 12/06/2014.)

CRISE FUNCIONAL DO ESTADO MODERNO

Tiago Arantes Franco³²⁷ e Alencar Frederico Margraf³²⁸

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Administração pública e os dilemas do Estado contemporâneo

RESUMO

Ao analisar a atual estrutura de separação de funções do Estado no Brasil, nota-se a luta entre as esferas do poder tripartido, onde a crescente interferência entre poderes vem contra a ideia inicial do Sistema de Divisão de poderes, tornando se tema fértil para o debate de como solucionar tais impasses. Com um judiciário cada vez mais politizado e um Executivo atuante no Congresso, cabe aos membros da sociedade civil, discutir a cerca de assuntos que possam levar a uma solução e resgate da real divisão de funções, trazendo a letra da lei, que garante a divisão dos poderes como princípio básico da formação do Estado de direito democrático, quando o povo, através do Constituinte Originário, abre mão de seu poder e passa ao Estado. A presente pesquisa busca trazer ao leitor a importância da pesquisa acerca do tema, onde deve ser interessante que cada cidadão tenha um entendimento da real dimensão dos poderes que compõem o Estado.

Palavras-chave: Separação dos Poderes, Executivo, Legislativo, Judiciário.

ABSTRACT

By analyzing the current structure of separation of functions of the state in Brazil, it is noticed the struggle between the tripartite spheres of power, where the growing interference of powers comes from the initial idea of the division of powers system, making it fertile theme for the debate on how to resolve such dilemmas. With an increasingly politicized judiciary and an executive active in Congress, it is up to civil society members, discuss about issues that could lead to a solution and to rescue the real division of functions, bringing the letter of the law, which ensures the division powers as a basic principle of the formation of the democratic rule of law, when the people, through the Constituent Originally, relinquishes his power and passes to the State. This research seeks to bring the reader the importance of research on the

³²⁷ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba – <tiago.arantes.franco@gmail.com>.

³²⁸ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busatto de Ensino. Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR; Professor Pesquisador-Orientador no Programa de Pesquisa da Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

subject, which should be interesting that every citizen has an understanding of the full extent of the powers that make up the State.

Keywords: Separation of Powers, Executive, Legislative, Judiciary.

1. INTRODUÇÃO

As interferências entre os poderes do Estado sempre existiram, ao passo que um dos Poderes sempre busca sobressair um ao outro, seja no uso de instrumentos dentro da própria Constituição ou na junção das funções em busca de benefícios em causas próprias, desrespeitando assim a *Lex Magna*, ou em outras palavras a vontade do povo.

No atual cenário político, pode-se ver os abusos do Poder nas esferas que compõem o Poder Soberano do Estado, desrespeitando a clássica divisão dos Poderes, inclusive de forma intocável na Constituição. Junto a isso, um problema na representatividade dos constituintes, uma vez que acabam por decidir matérias em vontade própria ignorando aqueles que os levaram ao poder.

O que leva ao questionamento da atual estrutura do Poder, como está sendo dividido as Funções e como estas se relacionam entre si de forma a prejudicar o povo, e se essas funções estariam mesmo sendo feitas com intuito de se buscar o bem comum?

2. METODOLOGIA

Para a elaboração da presente pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, consubstanciado por meio de livros, artigos científicos, revistas jurídicas e decisões jurisprudenciais, assim como método histórico, funcionalista e estrutural.

Utilizando o processo dialético, buscar-se-á demonstrar os conflitos entre Poderes tripartidos no Brasil, buscando demonstrar uma possível solução a esses problemas através de uma evolução do Sistema de divisão dos Poderes.

3. DELIMITAÇÃO DO TEMA

Para se chegar ao conceito atual de “constituição” foram necessários muitos estudos e principalmente situações fáticas que acarretaram no fortalecimento da ideia da necessidade de uma norma superior. A ruptura da aliança entre Estado e Igreja, movimentos sociais em busca de melhorias (revolução francesa), guerra de libertação e independência (que culminou na criação da constituição americana) demonstram que grandes mudanças decorrem da insatisfação com o modelo vivido³²⁹.

A Constituição de um Estado é elaborada especificamente no campo hipotético³³⁰ de um dado momento histórico tendo nesta norma fundamental³³¹ a confirmação de sua superioridade hierárquica. Sendo ela a base

³²⁹ CALMON, Pedro. **Curso de teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 204-206.

³³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.- 2ed. rev. E atual.-São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58.

³³¹ KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**/ Hans Kelsen: tradução João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes. 1998, p. 244-249.

das demais leis, qualquer ato realizado em descompasso com suas normas, desrespeitando a “formação do Direito em graus”³³², deverá ser corrigido, vez que, sendo ele derivado, não poderá, então, contrariar seu criador, representando, desta maneira, “a principal garantia e o meio mais eficaz de preservação da Constituição”^{333,334}.

No intuito de proteger a “construção escalonada de diferentes camadas”³³⁵ da produção normativa, foi desenvolvida a distinção entre poder constituinte e poder constituído³³⁶, na qual a norma inferior é produzida segundo as determinações da norma superior³³⁷, e, com a pretensão de efetivar as garantias fundamentais (até mesmo as não previstas no catálogo³³⁸) o Brasil passou a utilizar a “matriz kelseniana”³³⁹ do controle de constitucionalidade das normas³⁴⁰ no qual o Supremo Tribunal Federal ficou incumbido de importantíssima função. Para tanto, foram adotados dois modelos de controle de constitucionalidade: o difuso/concreto (Norte Americano) e o concentrado/abstrato (Europeu).

O modelo tradicional³⁴¹ de Controle de Constitucionalidade foi incorporado no ordenamento brasileiro com a Constituição Federal de 1891. Porém não foi adotado um modelo puro de *Judicial Review*³⁴², o qual teve origem com a decisão proferida pelo presidente da Suprema Corte Norte-Americana John Marshall com o caso *Marbury x Madison* em 1803³⁴³. Este caso apresentou que o *stare decisis*³⁴⁴ possui efeito vinculativo, entendimento não recepcionado pelos

³³² BILLIER, Jean-Cassien. **Historia da filosofia do direito**./Jean-Cassien, Aglaé Maryoli; tradução de Maurício Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005. p.203.

³³³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte. V.2 n.º3/4, p. 89-154.

³³⁴ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**.-5.ed.rev.e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 64/2010.-São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1276/1277.

³³⁵ KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**/ Hans Kelsen: tradução João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 248

³³⁶ TAVARES, Andre Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53.

³³⁷ TAVARES, Andre Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247.

³³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p.78-140

³³⁹ TAVARES, Andre Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

³⁴⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle concentrado de constitucionalidade : o guardião da constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. de 2004. Acessado no site <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/1009> no dia 13/02/2013 às 10:13

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e Limites da Legalidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=60&Itemid=40. Acessado em: 20/07/2014. p. 5.

³⁴² CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941-**Direito constitucional e teoria da constituição**. – 7ª Ed., 9ª reimp. (Manuais universitários). Coimbra. Portugal: Almedina. 2003. p. 917.

³⁴³ MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006, acessado no site <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/93276>, no dia 13/01/2013 às 16:44.

³⁴⁴ SCAFF, Fernando Fecury. MAUÉS, Antonio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante do controle de constitucionalidade. In **REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões**

constituintes pátrios.

Para suprir evidente falha foi atribuído ao Senado Federal, a função de “estender *erga omnes* os efeitos de uma decisão judicial proferida num dado caso concreto”³⁴⁵, função esta prevista no artigo 64 da Constituição Federal de 1946 e atualmente no artigo 52, inciso X³⁴⁶.

Devido às “grandes-guerras”, onde se verificou um abuso estatal frente aos seres humanos, foi necessário tomar algumas medidas para limitar a atuação do Estado. Por essa razão, a necessidade de interpretar as funções do Estado conforme a constituição, a atribuição de força normativa máxima à Constituição e fortalecimento do Judiciário, passou a ser amplamente defendido na Europa^{347,348}, deixaram de ser “mera cogitação doutrinária”³⁴⁹.

Diante disso foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988 o modelo europeu, no qual, um número restrito de pessoas poderiam alegar a inconstitucionalidade de uma lei (em tese) e encaminhar um pedido diretamente para o Supremo Tribunal Federal, o qual analisará a constitucionalidade da lei, podendo até mesmo declarar a suspensão liminar de sua executoriedade, além de poder declarar os efeitos dessa decisão, podendo ser *erga omnes*, vinculante e *ex tunc* ou não.

Em contrapartida, o Poder Legislativo e Poder Executivo vêm sofrendo um descrédito na elaboração das leis, atuação governamental tendenciosa, a proliferação da corrupção (v.g. recentemente com o escândalo do mensalão), bem como por legislar em causa própria, se fez necessário a “desneutralização política do Judiciário”³⁵⁰.

Diante disso o STF passou a acumular a função de Tribunal Constitucional³⁵¹; de cúpula do Judiciário; de foro especializado e de fiscalização dos demais poderes, neste ponto, sendo considerado como “guardião último dos

sobre a emenda Constitucional nº 45/2004/ coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier.(et al) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 227.

³⁴⁵ MAIA, Juliana. **Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 443.

³⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 2.ed.rev. ampl e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 399.

³⁴⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**.vol.4 São Paulo jul/dec.2008, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>. Acessado em: 23/07/2014. p. 441-463.

³⁴⁸ BURRIEZA, Ángela Figueruelo. **Novas tendências do direito constitucional na Europa**. Revista de informação legislativa, v. 44, n. 174, p. 73-95, abr./jun. 2007. Acessado no site <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/141332> no dia 12/02/2013 às 9:25.

³⁴⁹ TAVARES, Andre Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 287

³⁵⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**/ Eduardo Cambi. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 194

³⁵¹BURRIEZA, Ángela Figueruelo. **Novas tendências do direito constitucional na Europa**. Revista de informação legislativa, v. 44, n. 174, p. 73-95, abr./jun. 2007. Acessado no site <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/141332> no dia 12/02/2013 às 9:25.p. 82.

ideais democráticos”³⁵². Contudo, em alguns países europeus (Alemanha, Áustria, Espanha, Grécia, Itália) possuem “tribunais *ad hoc*” para exercício de cada uma dessas funções³⁵³.

A coexistência de dois controles de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro é explicada pela clara “ausência de uma cultura jurídica que valorize o caráter vinculante das decisões judiciais”³⁵⁴. Além de serem úteis para o “desafogamento dos órgãos judiciais”³⁵⁵, elas tem ocasionado relevante aproximação dos dois modelos de controle constitucional.

Por muitos anos, o STF sofreu para impor suas decisões³⁵⁶. Somente com as inovações ocorridas com aprovação das Emendas Constitucionais n.º 3/1993 e 45/2004, bem como a “consolidação do efeito vinculante”³⁵⁷ proporcionado pelas leis 9.868/99 e 9.882/99, verifica-se que finalmente “tornou-se Supremo”³⁵⁸. Destaca-se ainda a existência de outros institutos jurídicos³⁵⁹ que serviram para demonstrar que o STF além de estar “voluntariamente se democratizando”³⁶⁰, verifica-se então a busca pela proteção de princípios, da dignidade humana e da supremacia das normas constitucionais.

São diversos os pontos a serem estudados/debatidos, porém, será com a análise detalhada de cada ponderação que o presente projeto pretende atingir seu objetivo principal, qual seja, demonstrar que o Supremo Tribunal Federal vem exercendo uma efetiva atividade política digna de sua importância para a população e para o equilíbrio do Estado brasileiro.

Essa proteção que vem sendo realizada se dá por diversos fatores, jurídicos e sociais, que culminou na legitimação do STF em realizar o controle de

³⁵² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**.vol.4 São Paulo jul/dec.2008, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>. Acessado em: 23/07/2014. p. 453.

³⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdução constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2002. p. 285-303.

³⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdução constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2002.p. 449.

³⁵⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Wambier, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante. In **REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004/** coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier...(et al) São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005. p. 379.

³⁵⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Wambier, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante. In **REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004/** coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier...(et al) São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005. p.448.

³⁵⁷ SCAFF, Fernando Fecury. MAUÉS, Antonio G. Moreira. **A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante do controle de constitucionalidade**. In **REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004/** coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier.(et al) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 237.

³⁵⁸ SCAFF, Fernando Fecury. MAUÉS, Antonio G. Moreira. **A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante do controle de constitucionalidade**. In **REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004/** coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier.(et al) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.445.

³⁵⁹ Por exemplo: mandado de injunção, Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e a figura do *Amicus Curie*.

³⁶⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**.vol.4 São Paulo jul/dec.2008, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>. Acessado em: 23/07/2014.p. 443.

normas de diversas maneiras. Esta pesquisa irá abordar a atuação da Suprema Corte na realização deste controle, porém ficará centrada no controle preventivo das normas.

A evolução do controle de normas no Brasil fez com que não houvesse outra maneira de atribuir vinculação às decisões da Suprema Corte senão após confirmada pelo Senado Federal. Tal disposição foi garantida com a Constituição de 1946, a qual determinou que caberia ao Senado Federal declarar os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista que elas careciam de força vinculante.

Por mais que a criação brasileira seja de uma “engenhosa formula”³⁶¹, restaram inúmeras indagações, tendo em vista a utilização incompleta de um controle de constitucionalidade (norte-americano) e a atuação (discricionária ou vinculativa?)³⁶² do Poder Legislativo para fixar os efeitos da decisão da Suprema Corte.

Contudo a importância do STF para proteção dos direitos fundamentais da população brasileira tem aumentado tendo em vista que, todo e qualquer problema social passou a ser discutido nos fóruns brasileiros, sendo que alguns temas, de relevância nacional, passou a ser discutido pela Suprema Corte. Tal postura passou a ser chamada de judicialização da política ou até mesmo de ativismo judicial.

Devido à inúmeras crises de representatividade na sociedade brasileira, passou-se a questionar sobre a atuação dos políticos no Brasil, ou seja, um accountability passou a ser realizado. Porém ainda não justifica do porque que os representantes do povo ainda mantêm tal comportamento, será que as posturas tendenciosas ainda existem por evidente “desinteresse e o descrédito da população”³⁶³, bem como em face da “crônica disfunção institucional”³⁶⁴ e a ultrapassada separação dos poderes? Assim sendo, será que o STF não está legitimado, em face dos contextos históricos vividos no Brasil, para realizar a necessária preservação da democracia e para a convivência harmônica entre as três funções³⁶⁵ ou, será que o princípio da separação dos poderes está realmente “decadente”³⁶⁶ e “ultrapassado”³⁶⁷?

³⁶¹ Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, **Reclamação 4335-5 Acre**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf. Acessado em: 23/07/2014.

³⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.-2ed. rev. E atual.-São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1078.

³⁶³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**/ Eduardo Cambi. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 186.

³⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito> em 11/2005. Acessado em: 23/07/2014/.

³⁶⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**/ Eduardo Cambi. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 171

³⁶⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**/ Eduardo Cambi. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 174

Verificando a atuação do STF na realização do controle de constitucionalidade, percebe-se a determinação que as leis sejam interpretadas conforme a Constituição, devendo ser reconhecida a força normativa das normas constitucionais³⁶⁸, bem como a expansão da atuação judicial.

A “velocidade de transformação”³⁶⁹ do ordenamento jurídico brasileiro proporcionou no reconhecimento de que o STF “está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais”³⁷⁰, sendo estes disciplinados conforme o “momento histórico de uma coletividade”³⁷¹.

Na Reclamação 4.335 AC³⁷² o Ministro Gilmar Ferreira Mendes entendeu ser necessária a modificação de interpretação do art. 52, X da CF, afirmando que caberia ao Senado apenas publicar a decisão do STF. Ocorrendo, portanto, a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença inclusive no controle difuso³⁷³, sendo caso “clássico de mutação constitucional”³⁷⁴, que possui a informalidade³⁷⁵ como principal característica.

Porém, tal posicionamento não foi aceito de forma unânime pela doutrina, até mesmo porque inúmeras questões ficaram pendentes, tais como: será que ocorreu a reinterpretação do instituto³⁷⁶ ou realmente ocorreu a “substituição de um texto por outro texto”³⁷⁷? A presente mutação constitucional foi “autêntica”³⁷⁸ e

³⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.-2ed. rev. E atual.-São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1082.

³⁶⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)** / Konrad Hess: Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 9-12.

³⁶⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)** / Konrad Hess: Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 9-12.

³⁷⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**/ Eduardo Cambi. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 194.

³⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.p. 92.

³⁷² Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, **Reclamação 4335-5 Acre**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf. Acessado em: 23/07/2014.

³⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176518>. Acessado em: 23/07/2014.

³⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176518>. Acessado em: 23/07/2014.

³⁷⁵ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**.-5.ed.rev.e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 64/2010.-São Paulo: Saraiva, 2010.p.226.

³⁷⁶ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**.-5.ed.rev.e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 64/2010.-São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1276/1277.

³⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e Limites da Legalidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=60&Itemid=40. Acessado em: 20/07/2014.p. 2.

brotou do “fluir da vida”³⁷⁹ judiciária ou foi “construída de maneira forçada”³⁸⁰?

Os presentes apontamentos demonstram as questões que serão abordadas na presente pesquisa, sendo que, finalizará com a abordagem sobre a possibilidade/legitimidade ou não do STF em realizar um controle preventivo de constitucionalidade.

A problemática não pode ser apenas analisada no âmbito da legitimidade de atuação do STF ao determinar quais são os efeitos de sua decisão em sede de controle difuso, pois o ponto crucial a ser verificado é da existência ou não de uma fragmentação entre os poderes e se essa ruptura interfere na proteção dos direitos e garantias fundamentais da população brasileira.

3.1. Evolução do Tema e Compreensão

A ideia de separação dos poderes surge nos diálogos da República de Platão, onde ele dizia que o homem devia exercitar apenas uma atividade, com isso, a união dos homens em uma sociedade faz surgir um Estado e, junto a ele a necessidade da divisão dos poderes, seguindo esse pensamento, de que uma pessoa apenas, não poderia deter todo o poder em suas mãos, o que faria com que esta, criasse, julgasse e executasse as leis segundo seu entendimento em uma espécie de reinado³⁸¹. Já no sec. XVIII, Montesquieu, através da obra *Espírito das leis* erigiu as teorias de seus predecessores teóricos da divisão dos poderes³⁸². Mas em Aristóteles, pode encontrar os primeiros apontamentos sobre a divisão dos poderes em sua obra *A Política*, ao descrever como deveria ser dividido o Estado³⁸³.

Pode se ver, o termo divisão dos poderes descritos na Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, datada em 1789, em seu art. 16, que diz, que a separação de poderes deve estar prevista em toda e qualquer constituição

³⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176518>. Acessado em: 23/07/2014.

p. 160. e Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, **Reclamação 4335-5 Acre**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf. Acessado em: 23/07/2014.

³⁷⁹ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. -5.ed.rev.e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 64/2010.-São Paulo: Saraiva, 2010. p. 226.

³⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X / Nelson Nery Junior. **Revista de informação legislativa**, v.47, nº 187, p. 193-200, jul./set. de 2010. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/198654>. Acessado em: 23/07/2014.

³⁸¹ CARVALHO, Jeferson Moreira de. **A supremacia (in) Constitucional dos poderes do presidente da República e a teoria da separação dos poderes**. Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, São Paulo. 2005. Disponível em http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1885. Acessado em: 23/07/2014.

³⁸² MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado** (atualizador Miguel Alfredo Maluf Neto), 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 217- 220.

³⁸³ ARISTÓTELES, **A Política, Coleção Mestres Pensadores**. Tradução Nestor Silveira Chaves, Escala. ed. 15. São Paulo, S/D.

democrática³⁸⁴.

A divisão dos poderes conhecida atualmente, pode ser distinguida da seguinte forma, separada em três órgãos, que representam o poder soberano pleno, o legislativo, responsável pela elaboração das leis, o executivo, que trata da execução das leis e o judiciário, encarregado de tratar dos conflitos referentes a infração das leis e que assegurará a justiça. Ainda sobre a divisão pode se citar que, um poder apartado dos outros dois, não expressa o poder soberano do Estado, portanto somente caracteriza a independência de um para com outro na forma de funcionamento e organização, pois devem estar ligados em busca de um fim para que expressem a soberania do Estado através do sistema de freios e contrapesos³⁸⁵.

A criação do sistema de freios e contrapesos foi uma forma de complementar a Separação de Poderes, uma vez que essa se mostrou ineficiente na limitação do poder, assim o sistema garante a preservação de suas competências. O sistema de pesos e contrapesos garante uma interação entre os poderes, onde o Executivo auxilia na formulação das leis, o Legislativo participa na escolha dos cargos nas esferas Executivas e Judiciária, e o Judiciário tem a autonomia de fiscalizar o legislativo e o executivo. Ao separar as funções não divide se o poder, mas sim garante uma maior eficiência ao Estado, além de garantir que não haja uma concentração de funções em uma só pessoa, o que caracterizaria uma tirania³⁸⁶.

O termo divisão de poderes difere de separação de poderes, pois a doutrina afirma que o poder do Estado é uno e indivisível. Ainda, ao separar as funções não divide se o poder, mas sim garante uma maior eficiência ao Estado. A separação dos poderes se divide em dois momentos, a primeira com Montesquieu e o segundo momento na criação do sistema de *checks and balances* na Constituição Norte Americana.³⁸⁷

O sistema de freios permite com que um poder interfira no outro de maneira recíproca, impedindo que um sobressaia aos demais, garantindo que cada um deles possua meios de impedir que o outro interfira em sua esfera. Podendo se citar, como exemplos do sistema de freios e contrapesos, “o veto presidencial, o processo de impeachment e o controle judicial da constitucionalidade”³⁸⁸.

Com a quebra da bolsa norte americana na década de trinta, deu se início a terceira fase da teoria da separação dos poderes, onde a cada vez mais um poder passa a interferir no outro, fatos estes que sempre são limitadas pela constituição, mas ainda hoje pode se notar essas interferências, ao ver as “Medidas Provisórias e as constantes reedições, o Executivo passa verdadeiramente a

³⁸⁴ SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes. Descumprimento dos ordens judiciais**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2008.

³⁸⁵ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado** (atualizador Miguel Alfredo Maluf Neto), 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 217- 220.

³⁸⁶ SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes. Descumprimento dos ordens judiciais**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2008.

³⁸⁷ SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes. Descumprimento dos ordens judiciais**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2008.

³⁸⁸ KATO, Evandro Takeshi. **A Lei nº 8429/92 e a perda do mandado do chefe do executivo por decisão judicial em razão de ato de improbidade administrativa**. São Paulo. Tese de Doutorado da Universidade de São Paulo, 2004. p.79.

legislar.³⁸⁹

Existe uma necessidade de uma evolução na divisão de poderes, pois pode se ver a gritante disputa do poder entre aqueles que detêm o poder tripartido.

A Divisão dos poderes além de buscar o bem comum do Estado, faz surgir a segurança aos cidadãos, uma vez que dois poderes como o Legislativo e Executivo se reúnem, desperta a insegurança dos cidadãos, uma vez que sua liberdade está sendo usurpada e esses dois órgãos possam a vir produzir leis tirânicas com fins de executá-las de maneira tirânica. Pode se mencionar que, se não ocorre de os poderes estiverem em mãos separadas, por exemplo o judiciário e legislativo ou mesmo o primeiro junto ao executivo, a criação de leis seguirá vontade individual daquele que as cria e não beneficiará a população e haverá opressão, pois o poder é repassado das pessoas ao Estado, não ocorrendo a separação, existe então uma afronta a condição da natureza humana.³⁹⁰

Atualmente no Brasil, em relação aos poderes que constituem o Estado, componentes do legislativo aceitam cargos no executivo, mas no momento de votar uma matéria estes retornam ao cargo de origem para que haja a aprovação de acordo com suas vontades, após, retornam ao cargo executivo, o mesmo ocorre no tribunal de contas e no judiciário, neste último há a atuação político-partidária intensa com o agravante do cargo vitalício que os dá poder de julgar e que são designados pelo Chefe do Executivo. Atualmente uma forma que o Presidente da República tem de restringir essas ações é o uso do veto presidencial, o que pode se ver hoje como uma maneira de limitar o poder Legislativo quanto ao executivo são os vetos dos quais o Presidente pode impedir “leis casuísticas.” Mas isso não torna suficiente para gerar uma segurança dos cidadão em relação ao Estado. Um problema em relação aos poderes é a união do Executivo junto ao Legislativo, onde pode se citar como exemplo os legisladores aceitando o direito de reeleição do presidente e após isso o poder Executivo atuando para garantir o mesmo direito ao poder constituinte. Dessa maneira, evidencia-se as vontades dos dois poderes sendo impostas conforme o interesse deles e não os de sua representatividade³⁹¹.

Para buscar uma maneira de equilibrar os poderes, deve existir uma forma de controle para que não haja o desequilíbrio entre os poderes e não para interferir na esfera Legislativa e ela possa não limitar as ações do Executivo, mas sim garantir uma avaliação de que as leis que ela cria estão sendo executadas, pode se tomar por exemplo como forma de fiscalização do Legislativo, o Tribunal de Contas. Um problema que pode ocorrer é o caso do Legislativo, que tem o poder de tomar para si a função de julgar em determinados casos, o que pode ser julgado de acordo com um pronunciamento menos rigoroso da lei em casos de favorecimento

³⁸⁹ SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes. Descumprimento das ordens judiciais**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2008.

³⁹⁰ CARVALHO, Jeferson Moreira de. **A supremacia (in) Constitucional dos poderes do presidente da República e a teoria da separação dos poderes**. Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, São Paulo. 2005. Disponível em http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1885. Acessado em: 23/07/2014.

³⁹¹ CARVALHO, Jeferson Moreira de. **A supremacia (in) Constitucional dos poderes do presidente da República e a teoria da separação dos poderes**. Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, São Paulo. 2005. Disponível em http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1885. Acessado em: 23/07/2014.

próprio. O que pode ocorrer no Executivo crimes contra a população, e que nesses o Judiciário não venha a intervir por vontade ou por impossibilidade. Ocorrendo uma atuação de judicialização do Legislativo que acaba limitando o Judiciário, e dando poderes plenos quanto a questão de julgar casos para o Legislativo³⁹².

No Brasil com o modelo atual pode se notar uma junção e entre administrativo e o poder legiferante, com tendências de auto favorecimento, uma vez que ambos juntos são a maior fonte arrecadadora de tributos, o que desrespeita a Constituição, mediante isso, se faz necessário que haja um judiciário neutro afim de balizar essas relações aos Poderes do Estado, e que, esse judiciário não possua relações com aqueles que estão no poder central nem com os entes federativos, para que através da leis em CF vigente, possam ser aplicadas, e com a atuação o equilíbrio entre os poderes possam ser restaurados.

O não funcionamento de forma esperada dos Poderes, faz com que o povo espere a realização de uma justiça, mais ativa ao menos, uma vez que já não se subsidia o bem comum, os constantes conflitos da sociedade necessitam ser resolvidos. Também ocorreram fatores que favoreceram um desalinhamento dos poderes em relação ao judiciário, pois, a forma a qual se chegou o Estado atual, em constantes conflitos de poderes, exigiu um judiciário mais ativo para um controle judicial do Estado, a justiça deixando de apenas solucionar as lides, objeto de sua atuação inicial, para buscar a regulação dos Poderes³⁹³.

A crise de Poderes por parte do Judiciário, inicia quando este, por motivos os quais eram necessários para buscar um reequilíbrio do Estado, fez com que o judiciário passasse a ser mais ativo em sua função, características estas decorrentes da mudança conceitual de cidadania e da descrença por parte do povo em relação aos outros poderes do Estado em cumprir com suas atribuições legais e dispostas em CF.

Ao não cumprirem com o que a lei se faz entender por direito dos cidadãos, estes cansados de serem esquecidos, voltam se ao judiciário, para que esse sim, através de seu poder legal de se fazer cumprir a norma escrita, traga para esses indivíduos aquilo que entendem por justiça, por tanto a concepção de suas atribuições foi aumentada. Assim o judiciário sai de um estado de discrição e passa a ter importância perante a sociedade e no meio político, com a crescente demanda judicial e alteração na lei estatal, fazem surgir o termo o qual tem se mencionado de judicialização da política. No mundo todo ocorre um aumento pela procura dos judiciários a fim de se ter as leis garantidas.

No Brasil isso é um fato recorrente antes mesmo a CF de 1988, mas após esse marco, houve uma crescente procura pelo órgão, em tamanha proporção, que gerou um acúmulo de processos. Ao mesmo tempo em que, houve esse aumento demandado pelo judiciário, este órgão encontrava se desestruturado para enfrentar tamanha procura, o que explica o engessamento na realização da

³⁹² CARVALHO, Jeferson Moreira de. **A supremacia (in) Constitucional dos poderes do presidente da República e a teoria da separação dos poderes**. Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, São Paulo. 2005. Disponível em http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1885. Acessado em: 23/07/2014.

³⁹³ RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. **Estudos Avançados**. vol.14 no.38 São Paulo Jan./Abr. 2000. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000100017>>. Acessado em: 19 de maio de 2014.

justiça em tempo hábil. Os conflitos que deveriam ser resolvidos pelas instâncias políticas, passam a fazer parte das atribuições do judiciário na visão da sociedade, o que fez que o órgão ganhasse notoriedade em solver assuntos estatais³⁹⁴.

A multiplicação das leis por parte do Legislativo, acarreta em uma insegurança jurídica, pois remove a eficácia da lei em si e a variabilidade normativa torna o processo instável, mediante a evolução da sociedade, também a falta de coerência dentro do próprio sistema de leis, fatos estes, aliados ao crescimento das normativas, geram insegurança e instabilidade judiciária.

Com a formalização do direito, gerando um processo burocrático a partir da década de 1980, o sistema de justiça passa a ser moroso e sem efetividade em sua prestação de serviço, para tentar solver este impasse o Legislativo passa a formalização e criação de leis específicas e minuciosas a fim de atender a demanda da sociedade, fortemente influenciadas pela mídia da época, leis tendenciosas à proteção de certas entidades mediante decisões indesejáveis, com isso surgem leis oriundas da vontade popular, leis estas que não comportavam todo o contexto necessário.

A ausência de “justeza” faz com que os cidadãos não depositem mais sua confiança na justiça, o que gera um sentimento de preferência por mais realização de justiça de que direito, seguindo essa visão de insuficiência por parte da Justiça, tem se atribuído elementos como a busca de uma nova interpretação do direito, buscando embasar-se em doutrinas, princípios constitucionais e até mesmo o direito não positivado. E nessa concepção alternativa do direito, outro problema se lança, a falta de argumentação acerca desse entendimento, uma vez que, não se explica se ocorre uma tentativa de se trazer uma nova hermenêutica, ou propor novos formatos doutrinários para entendimento dos fenômenos legais³⁹⁵.

Interessante citar o caso do julgamento do Deputado Natan Donadon, onde o STF, mesmo tendo poderes de já cassar seu mandato, devido a sua condenação em regime fechado e superior ao tempo restante do mandato o que de acordo com o art. 55 da CF, o impossibilitaria de continuar no cargo, o mesmo preferiu deixar para que a câmara deliberasse sobre sua cassação. O que gerou um mal estar nos demais Poderes, pois o judiciário estaria tomando uma posição política em relação ao caso em vez de aplicar a letra da lei.

Ocorrendo assim um empasse nos Poderes na visão da sociedade, uma vez que, o Supremo, aquele que representa para os cidadãos, a última e mais importante instância em solver problemas de desvio das normas, ao julgar não obteve a importância e potência necessária para que sua decisão fosse acatada, levando a outro ponto, seria então, o Legislativo não cumpridor das próprias leis por eles criadas, além de se tratar de um abuso de Poder, onde novamente demonstra a falha na atual separação dos Poderes.

Com a exposição da divisão dos Poderes atualmente, surge a necessidade de se buscar uma alternativa para um equilíbrio efetivo dos Poderes, de forma que, seja respeitado acima de tudo a Constituição, para isso, pode se

³⁹⁴ PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A reserva de Jurisdição**. Dissertação de pós graduação Universidade Mackenzie. São Paulo, 2009.

³⁹⁵ PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A reserva de Jurisdição**. Dissertação de pós graduação Universidade Mackenzie. São Paulo, 2009.

pensar em usar dos próprios instrumentos à disposição dos Poderes, como por exemplo o Ministério Público e o CNJ, como meios garantidores do cumprimento das funções de cada um dos Poderes, atuando como fiscalizadores das funções, afim de não permitir a usurpação dos poderes.

3.2. Continuidade da Discussão

Apesar de saber da complexidade da temática e segundo conversas via e-mail com o professor Eduardo Cambi, tais questionamentos e ponderações nada mais são do que “*cutucar um vespeiro*”, mas que trata-se de uma necessidade contemporânea.

Pensando nisso e dando os contornos finais para a presente discussão, salienta-se a necessidade de buscar novas tendências no que tange à teoria do Monopólio da última Palavra. Por essa razão, aponta-se aqui a possibilidade de fazer o contraponto discursivo com a Teoria do Diálogo Jurídico, apresentado por Conrado Hübner Mendes³⁹⁶.

A teoria do diálogo busca demonstrar que a ideia de *última palavra* deve ser superada, uma vez que nunca existirá uma instituição que poderá finalizar as discussões, pois estas são cíclicas e temporárias. A sociedade, da maneira que vem se desenvolvendo e mudando seu comportamento, passa a exigir mudanças de posicionamentos, tanto do Executivo, Legislativo quanto do Judiciário.

Pensando nestes detalhes a Teoria do Diálogo passa a ter novos adeptos, mas que deverá ser mais bem detalhado em um outro trabalho.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A divisão clássica dos Poderes, implantando no modelo político brasileiro, vem a muito sendo discutida sobre a necessidade de uma evolução, devido aos problemas de interferências, causados a princípio pela mal compreensão do sistema de freios e contrapesos, e na junção de poderes distintos para sobressair a vontades individuais, deixando os princípios de igualdade do povo para traz.

Tratando-se de uma crise hermenêutica, tanto pela compreensão da lei, quanto das novas posturas adotadas pelo Judiciário, o que levam a necessidade de um novo paradigma na divisão de poderes, talvez com o entendimento do real significado do Poder em cada esfera, fosse desnecessária tais discussões em relação ao tema.

A questão que fica evidente é a necessidade de uma evolução da divisão dos poderes, afim de defender a própria lei escrita e assim defender o povo. Numa divisão onde o que ocorre é a disputa pelo Poder e não a sua efetivação, deve se questionar que poder manda mais no Brasil? E se deveria ter essa disputa? Onde quem perde é o povo brasileiro, e uma afronta aos cidadãos quanto à

³⁹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acessado em: 30/06/2014.

incapacidade por parte dos Poderes em seguir as normas escritas.

5. AGRADECIMENTOS

Agradecemos à instituição de ensino que tens proporcionado a realização de um evento que possibilitará aos pesquisadores visibilidade e incentivo à novas pesquisas.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **A Política**, Coleção Mestres Pensadores. Tradução Nestor Silveira Chaves, Escala. ed. 15. São Paulo, S/D.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle concentrado de constitucionalidade: o guardião da constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. de 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/1009>>. Acesso em 13/02/2013 às 10:13

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte. V.2 n.º3/4, p. 89-154

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acessado em: 23/07/2014/.

BILLIER, Jean-Cassien. **História da filosófica do direito**./Jean-Cassien, Aglaé Maryioli; tradução de Maurício Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005. p.203.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 mai. 2014.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**.-5.ed.rev.e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 64/2010.-São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1276/1277.

BURRIEZA, Ángela Figueruelo. **Novas tendências do direito constitucional na Europa**. Revista de informação legislativa, v. 44, n. 174, p. 73-95, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/141332>>. Acesso em 12 fev. 2013 às 9:25.

CALMON, Pedro. **Curso de teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 204-206.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**/ Eduardo Cambi. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 194

CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941-**Direito constitucional e teoria da constituição**. – 7ª Ed., 9ª reimp. (Manuais universitários). Coimbra. Portugal: Almedina. 2003. p. 917.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. **A supremacia (in) Constitucional dos poderes do presidente da República e a teoria da separação dos poderes**. Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, São Paulo. 2005. Disponível em: <http://www.sapiientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1885>. Acesso em 5 mai. 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (Die Normative Kraft der Verfassung) / Konrad Hess: Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 9-12.

KATO, Evandro Takeshi. **A Lei nº 8429/92 e a perda do mandato do chefe do executivo por decisão judicial em razão de ato de improbidade administrativa**. São Paulo. Tese de Doutorado da Universidade de São Paulo, 2004. p.79.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**/ Hans Kelsen: tradução João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes. 1998, p. 244-249.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/93276>>. Acesso em 13 jan. 2013.

MAIA, Juliana. **Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 443.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado** (atualizador Miguel Alfredo Maluf Neto), 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 217- 220.

MEDINA, José Miguel Garcia. Wambier, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Repercussão geral e súmula vinculante**. In **REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004**/ coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier...(et al) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 379.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no Departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.-2ed. rev. E atual.- São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176518>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X** / Nelson Nery Junior. Revista de informação legislativa, v.47, nº 187, p. 193-200, jul./set. de 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/198654>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A reserva de Jurisdição**. Dissertação de pós graduação Universidade Mackenzie. São Paulo, 2009.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **O Judiciário como poder político no século XXI**. Estud. av. vol.14 no.38 São Paulo Jan./Abr. 2000. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000100017>>. Acesso em 19 mai. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p.78-140.

SCAFF, Fernando Fecury. MAUÉS, Antonio G. Moreira. **A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante do controle de constitucionalidade. In REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004**/ coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier...(et al) São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005. p. 227.

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes**. Descumprimento das ordens judiciais. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2008.

STF, **Mandando de Segurança 32.326**. Min. Roberto Barroso. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ms32326.pdf>>. Acesso em 24 mai. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdução constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2002. p. 285-303.

STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e Limites da Legalidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=60&Itemid=40>. Acesso em: 20 jul. 2014. p. 5.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito GV.vol.4 São Paulo jul/dec.2008, Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>>. Acesso em: 23 jul. 2014. p. 441-463.

Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Reclamação 4335-5 Acre. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2014.

GLOBALIZAÇÃO E OS CONTRATOS DE TRABALHO INTERNACIONAIS

Elaine Cristina Soares³⁹⁷, Flávio Pierobon³⁹⁸, José Antônio Miguel³⁹⁹ e Raquel Cristina Silva das Neves⁴⁰⁰

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: relações de trabalho e globalização

RESUMO

Por meio do presente trabalho pretende-se estudar uma especial consequência da globalização: o contrato de trabalho internacional, fruto da intensa mobilidade do capital e mão-de-obra que a globalização da economia acarreta. Como premissa básica, será estudada a globalização e seus efeitos e a caracterização dos contratos internacionais. A par destas premissas serão estudadas duas importantes questões que envolvem o contrato de trabalho internacional: o conflito de leis dos países envolvidos no contrato de trabalho internacional e o eventual conflito entre o ordenamento interno e o internacional. A questão será abordada especificamente quanto à solução dada para os conflitos que envolvem contratos de trabalho internacionais com elemento de conexão com o Brasil. A solução apontada, portanto, considerará, exclusivamente, contratos de trabalho internacionais envolvendo o Brasil, enfocando especialmente a necessidade de respeito aos direitos humanos do trabalhador em uma sociedade globalizada e, no Brasil, protegida por normas de direito interno e normas de direito internacional.

Palavras-chave: Globalização. Contrato de Trabalho Internacional. Direitos Humanos dos Trabalhadores.

³⁹⁷ Advogada. Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Londrina. Láurea Acadêmica pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em “Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho” pela Faculdade Arthur Thomas de Londrina. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Professora universitária na Faculdade Catuaí de Cambé-PR. e-mail: <elainesoaresadv@hotmail.com>.

³⁹⁸ Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Londrina. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Professor universitário na Faculdade Arthur Thomas - FAAT. e-mail: <pierobonflavio@gmail.com>.

³⁹⁹ Advogado. Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em “Estado Democrático de Direito” pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Arthur Thomas de Londrina. Mestre em “Ciências Jurídicas” pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor universitária na Faculdade Catuaí de Cambé-PR. E-mail: jantoniomiguel@uol.com.br

⁴⁰⁰ Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro de Estudos de Maringá – CESUMAR. Mestranda em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. e-mail: <raquelitalia0@gmail.com>.

RESUMÉN

A través de este trabajo pretendemos estudiar una consecuencia especial de la globalización: el contrato de trabajo internacional, resultado de la intensa movilidad del capital y del trabajo, fruto que la globalización económica conlleva. Como premisa básica, será estudiada o que es la globalización y sus efectos y la caracterización de los contratos internacionales. Junto a estas premisas se estudiarán dos temas importantes relacionados con el contrato de trabajo internacional: el conflicto de leyes de los países que participan en el contrato de trabajo internacional y el posible conflicto entre el derecho interno e internacional. La cuestión se abordará específicamente en cuanto a la solución dada por los conflictos que afectan a los contratos laborales internacionales con factor de conexión con el Brasil. La solución propuesta por lo tanto tener en cuenta los acuerdos internacionales exclusivamente laborales que implican Brasil, haciendo especial hincapié en la necesidad de respetar los derechos humanos de los trabajadores en una sociedad globalizada y, en Brasil, protegidos por normas de derecho interno y el derecho internacional.

Palabras clave: Globalización. Contrato Internacional de Trabajo. Derechos Humanos de los Trabajadores.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos atualmente em um mundo globalizado, onde a liberalização do comércio mundial e os avanços tecnológicos impulsionaram os mercados, impondo novas relações de trabalho e avançando fronteiras.

Observa-se hoje uma grande transferência de mão-de-obra entre países.

Tornou-se comum a existência de contratos de trabalho envolvendo mais de um país, quer seja pelos elementos de conexão que o contrato possui com o local de sua celebração ou com o local da execução dos serviços, quer seja em decorrência da nacionalidade das partes.

A existência de contratos de trabalho internacionais, assim definidos aqueles que possuem como característica ligações – relacionadas ao elemento territorial – com mais de um país tornou-se efeito comum da globalização.

São nestes contratos que muitas vezes verificam-se condições de trabalho precárias, decorrência da própria globalização que possui como tendência a flexibilização de normas trabalhistas e acarreta, por vezes, a precarização das relações de trabalho.

Exemplo disto são os trabalhadores resgatados no Brasil de regimes análogos ao de escravidão... São bolivianos, colombianos, haitianos e outros de tantas outras nacionalidades vivendo em condições inadequadas e submetendo-se a contratos de trabalho que não respeitam direitos mínimos.

Alguns trabalhando até em grandes cidades. Tudo sob os olhares dos nacionais, quase acostumados a ver tal situação como consequência natural da

globalização, da liberalização dos mercados, da necessidade de sobrevivência das empresas e como necessidade de sobrevivência dos próprios trabalhadores.

Contudo, a regulação do contrato de trabalho destas pessoas recebe o mesmo albergue da legislação trabalhista que protege os contratos de emprego dos nacionais que prestam serviços no Brasil.

É certo que a precarização das relações de trabalho surge nestas situações como fruto da globalização, mas também surge diante da falsa sensação de inaplicabilidade da legislação protecionista a tais contratos diante de dúvidas e questões que se avolumam em torno dos contratos de trabalho internacionais.

Algumas dificuldades se apresentam na aplicação do direito do trabalho aos contratos de trabalho internacionais como o conflito de leis no espaço, envolvendo normas de direito interno de mais de um país, e o conflito entre normas do ordenamento interno de cada país e normas internacionais de tutela do trabalho.

Considerando isto e buscando apontar as soluções encontradas na doutrina para tais conflitos, pretende-se estudar no presente artigo a forma de solucionar os conflitos na aplicação da lei no espaço quando o contrato envolve o Estado brasileiro, bem como a solução para um eventual conflito entre o ordenamento interno brasileiro e o ordenamento internacional.

2. METODOLOGIA

Para a construção deste texto foi utilizado o método dedutivo, realizando-se uma pesquisa bibliográfica.

3. GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA, FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS E TERCEIRIZAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS

Vive-se atualmente um momento que se convencionou chamar de “globalização da economia”.

Uma fase de transição, resultado da revolução tecnológica e de outros fatores, como o fim da guerra fria, o fim do império da União Soviética e o fim do comunismo internacional. Uma fase em que a informática, a telemática e a robótica favorecem a evolução tecnológica, promovem profundas inovações no campo da estruturação empresarial, impõe uma maior produtividade empresarial, uma melhor qualidade dos produtos e serviços, além da redução de custos.

Os países mais desenvolvidos bradam pela liberalização do comércio mundial, ao mesmo tempo que opõem barreiras à importação de produtos

que possam concorrer vantajosamente com os similares nacionais (SÜSSEKIND, 2002, p. 51).

Instalou-se uma grande concorrência comercial, alimentada pela globalização e liberalização da economia. Ao invés de um mundo só, a globalização dividiu o mundo em países globalizantes e globalizados (SÜSSEKIND, 2001, p.45).

Passou a ser condição de sobrevivência o rebaixamento dos custos empresariais, o que se deu não só pela implementação de novas tecnologias, mas também, em alguns casos, pela redução de direitos dos trabalhadores.

Este desequilíbrio da economia acarretou um significativo aumento da taxa de desemprego.

Com o desemprego, houve sensível redução do índice de sindicalização, a maior arma dos trabalhadores contra a supremacia econômica do empregador. A competição empresarial impôs, assim, uma nova organização produtiva e uma nova estrutura das relações de trabalho.

As alterações na economia mundial e também na estruturação das empresas acabaram por acarretar mudanças nas relações de trabalho, representadas pela flexibilização de algumas normas trabalhistas.

Tornou-se, assim, inevitável a flexibilização das normas trabalhistas.

Iniciada na década de 1980 na Europa Ocidental, a flexibilização surgiu para evitar que “a crise econômica gerada pelo segundo choque petrolífero acarretasse a extinção de muitas empresas” (SÜSSEKIND, 2002, p. 52).

Segundo Martins, a flexibilização é o meio encontrado para garantir um patamar mínimo de proteção ao trabalhador por meio de regras jurídicas e ao mesmo tempo permitir a sobrevivência da empresa.

Esta simbiose se dá “por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos, e ao empregador a possibilidade de adaptação do seu negócio, mormente em épocas de crise econômica” (MARTINS, 2001, p. 38).

A flexibilização passou a ser uma necessidade e uma realidade, a ponto de mesmo os defensores de um Estado Social a admitirem, pregando a necessidade de intervenção do Estado na efetivação dos princípios consolidadores da justiça social e da dignidade da pessoa humana e relegando para a negociação coletiva a ampliação dos direitos trabalhistas mínimos indisponíveis.

Contudo, a flexibilização jamais pode servir para suprimir direitos mínimos.

Mesmo em uma sociedade globalizada, não é possível vilipendiar o que se galgou a um patamar mínimo de proteção ao trabalhador.

Ao contrário do que se vê, inclusive no cenário nacional brasileiro, a globalização não pode servir para vilipendiar direitos mínimos. No Brasil, trabalhadores são resgatados em condições de trabalho precárias, alguns até em regime análogo ao de escravidão... Bolivianos, colombianos, haitianos e outros de tantas outras nacionalidades vivendo em condições inadequadas e submetendo-se a contratos de trabalho que não respeitam direitos mínimos. E isto em grandes certos e diante da exploração de grandes empresas, algumas delas, multinacionais, nascidas e criadas pela globalização.

Pessoas que não falam o idioma do país onde trabalham, pessoas que desconhecem a legislação do país onde se encontram, pessoas às vezes em situação ilegal se tornam mais vulneráveis.

Por vezes, os contratos de trabalho internacionais preveem o intercâmbio de trabalhadores do alto escalão de multinacionais, que são transferidos de país para país com seus direitos trabalhistas respeitados e até ampliados por privilégios.

Porém, por vezes, estes contratos de trabalho internacionais são fruto do fluxo migratório, onde trabalhadores se colocam em situação de vulnerabilidade e sofrem com contratos de trabalho que violam os direitos humanos do trabalhador.

São pessoas mais vulneráveis porque não falam o idioma local e porque desconhecem seus direitos. Alguns se sujeitam a terem seus direitos mínimos (como preservação da vida, da saúde e da higidez física e mental) vilipendiados por se encontrarem em situação ilegal. Outros, mesmo não estando em situação de ilegalidade, encontram-se em situação de fragilidade, diante da premente necessidade de sustentarem-se com o seu trabalho em um país estranho, onde não possuem raízes, família ou amigos que os amparem em um momento de necessidade.

São pessoas que encontram-se em maior estado de vulnerabilidade porque encontram-se em um país estrangeiro, onde não falam o idioma local e para

onde vêm sem sequer possuíram um local para morar. Ficam à mercê de algumas empresas que, diante da necessidade de redução de custos para competir no mercado globalizado, exploram esta mão-de-obra. Alguns trabalhadores têm em seus empregadores os provedores de seu sustento, de sua moradia, de sua educação e de seu bem-estar (seus e de seus familiares).

São trabalhadores especialmente vulneráveis, por apresentarem uma maior dependência em relação ao empregador, desta feita não só econômica.

A globalização nos faz pensar sobre tais situações, posto que não deve servir ao propósito de precarizar as relações de trabalho.

Pelo contrário, em um mundo globalizado devem imperar relações de trabalho humanizadas.

A estes contratos de trabalho, embora qualificados como internacionais, aplica-se toda a legislação protecionista que tutela o trabalho no Brasil.

3.1. Contratos de Trabalho Internacionais

Um dos efeitos da globalização é a intensa mobilidade dos fatores de produção, tanto do capital, como o trabalho. Tornou-se frequente a transferência internacional de empregados e de mão-de-obra.

Neste mundo globalizado onde se torna comum a existência de contratos de trabalho de nacionais em terras estrangeiras surge uma distinta regulação jurídica: a regulação dos contratos de trabalho internacionais pelo Direito Internacional Privado.

O Direito Internacional Privado é um ramo jurídico que se compõe por um conjunto de normas de direito público e interno. Compreende tanto as normas de direito público como a de direito interno, apesar do que seria possível subentender da nomenclatura. As normas de direito interno são aquelas adotadas livremente pelo país, inclusive, no que se refere à adoção voluntária das normas previstas em tratados internacionais. As normas de direito público caracterizadas como normas de “superdireito” ou “sobredireito” são as que disciplinam a aplicação de outras normas (e não as relações interpessoais).

Distingue-se do Direito Internacional do Trabalho, ramo do Direito Internacional Público, na medida em que este regula as relações entre os Estados

soberanos entre si e as relações entre os Estados soberanos e os organismos internacionais.

É o Direito Internacional Privado quem irá regular o direito material e o direito processual aplicável aos contratos de trabalho internacionais.

Qualifica-se de “internacional” o contrato que possui um ou mais elementos estrangeiros, tais como a nacionalidade das partes, seu domicílio, o local de celebração do contrato ou de sua execução, a moeda na qual é fixada a remuneração do empregado, entre outros. (MONTENEGRO; WINTER, 2008, p. 134)

Estes contratos possuem como característica ligações (relacionadas ao elemento territorial) com mais de um país. E relacionando-se a mais de um país, a qual ordenamento jurídico esta relação de trabalho fica sujeita?

De certo tal contrato é regulado por normas de direito internacional, porém, no âmbito interno, se sujeitam a normas de diferentes países, mas, de um apenas. No Brasil, a solução apontada para o conflito de leis no espaço que se estabelece é regulado por normas próprias, por princípios próprios do direito do trabalho que tutelam com especial atenção os trabalhadores.

3.1.1. A Questão da territorialidade

O conflito entre as leis que se instaura nos contratos de trabalho internacionais deve ser solucionado por um determinado “elemento de conexão” escolhido no ordenamento interno dos países envolvidos no conflito. São vários os “elementos de conexão” apontados: local da contratação, nacionalidade dos contratantes, local da execução do contrato ou local do domicílio das partes, dentre outros.

No Brasil aplica-se o princípio da “lex loci executionis” no direito do trabalho.

De acordo com o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (decreto-lei 4.657/42), o “elemento de conexão” seria o local da celebração do contrato, critério que seria adotado independentemente do local da sua execução ou da nacionalidade das partes.

Entretanto, no direito do trabalho, a lei do local da celebração do contrato mostra-se irrelevante, de modo que é pacífico o entendimento de que a lei a

ser aplicada é a do local da prestação dos serviços, o que é feito com amparo no art. 1º do decreto-lei 5.452 de 01/05/1973, a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), que determina a aplicação irrestrita das suas normas a todas as relações individuais e coletivas de trabalho.

A igual conclusão é possível chegar por meio da aplicação do art. 17 da LICC que afasta de maneira expressa a eficácia de todo e qualquer dispositivo da legislação estrangeira que seja contrário à ordem pública interna. E tratando-se de direito do trabalho, ramo do direito composto essencialmente por normas de ordem pública, resta afastada a lei do local da prestação dos serviços toda vez que esta contrariar o ordenamento jurídico brasileiro, aplicando-se a lei brasileira.

Neste sentido, Carrion:

Segundo a Lei de Introdução, para “qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (art. 9º); “destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira, quanto aos requisitos extrínsecos do ato. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente” 9§2º).

Mas, salvo circunstância muito excepcional, percebe-se totalmente inadequado que os empregados que trabalhem no Brasil habitualmente, estrangeiros ou não, tenham regulados seus direitos e obrigações por lei estrangeira, em virtude de ter pactuado seu contrato em outro país ou porque a empresa empregadora proponente nele resida.

A finalidade protecionista universal do Direito do Trabalho, que é sua razão de ser, não se coaduna para sua eficácia, conhecimento pelas partes, fiscalização e sanções possíveis senão com a sua territorialidade, ou seja, com o princípio jurídico da lei do lugar onde deva ser cumprida a execução (“lex loci executionis”), mesmo que tenha sido contratada noutro país.

Por isso, nossa regra geral das obrigações não pode brange-la. (CARRION, 2003, p. 22)

Montenegro e Winter também ressaltam as vantagens da adoção do critério da territorialidade no direito do trabalho:

A adoção do critério da territorialidade apresenta uma série de vantagens, como, por exemplo, permitir um tratamento igualitário a todos os trabalhadores e possibilitar um melhor conhecimento da legislação que disciplina a prestação de serviços (já que seria mais difícil que se tivesse acesso a uma lei alienígena, no caso de sua utilização), além de que as obrigações devidas pelas partes guardam relação mais intensa ao lugar em que o contrato é executado, sendo acertado, pois, que se utilize a legislação nele vigente. (MONTENEGRO; WINTER, 2008, p. 137)

A adoção do critério da territorialidade também emana da aplicação

do art. 651 da CLT que dispõe da competência territorial do Poder Judiciário brasileiro para julgar litígios envolvendo toda e qualquer prestação de serviços ocorrida no Brasil, ainda que a contratação tenha sido realizada no estrangeiro.

Trata-se do princípio da “lex loci executionis”, também previsto no art. 198 do Código de Bustamante (Código de Direito Internacional Privado adotado pelos Estados Americanos da reunião de Havana de 1928) e que foi incorporado em nosso ordenamento interno pelo decreto 18.871 de 13/08/1929 e que afirma ser territorial a legislação referente à “proteção social do trabalhador”, situação que também afasta a possibilidade de escolha do foro de eleição.

A situação inclusive encontra-se pacificada jurisprudencialmente pela Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Súmula 207 – TST: A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação do serviço e não por aquelas do local da contratação.

Ainda, trata-se de regra, inclusive, universalmente aceita, vez que prevista na Convenção de Roma, de 1980.

Excepcionam-se do critério da territorialidade apenas as situações de “imunidade de jurisdição”, em que “o trabalho é prestado para pessoas jurídicas de direito público internacional” e os casos em que o trabalho é prestado no Brasil apenas “a título esporádico, inserido em uma relação laboral continuada, desenvolvida em outro país ou em vários países e subordinada habitualmente a matriz ou filial no estrangeiro” (CARRION, 2003, p. 23).

Assim, no Brasil, as relações de trabalho executadas em território brasileiro, independentemente da nacionalidade das partes e do local da contratação, regem-se pelo regulamento interno brasileiro, bem como pelas convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil (art. 5º, §2º, da CF/88).

E daí surge outro questionamento, em realidade, um conflito, um conflito entre as normas internas do país e as normas internacionais de tutela do trabalho.

3.1.2. Relação entre os ordenamentos interno e internacional

No Brasil, o art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) preconiza a aplicação do regramento interno brasileiro, bem como das previstas em convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil (art. 5º, §2º, da CF/88).

Havendo, entretanto, conflito entre normas do ordenamento interno e normas previstas em Convenções ou Tratados ratificados pelo Brasil, estabelece-se a observância da que for mais favorável ao trabalhador.

É certo que a hierarquia entre as normas se impõe como pressuposto necessário para o estabelecimento da ordem dentro do ordenamento jurídico interno do país. Entretanto, no direito do trabalho, esta hierarquia não é estática.

No direito do trabalho vige o princípio da “norma mais benéfica ao trabalhador” no caso de conflito de normas, preceito decorrente do princípio protetor. Tal princípio impõe uma hierarquia dinâmica entre as normas, definida segundo a norma que mais favorece o trabalhador, considerado o hipossuficiente na relação de trabalho.

Feliciano (2013, p. 208) e Barros (2007, p. 127) destacam que não prevalece no direito do trabalho uma hierarquia estática das normas. Não prevalece a “hierarquia kelseniana”, prevalecendo sempre a norma que for mais favorável ao trabalhador.

Sobre a aplicação das normas do direito do trabalho que forem mais favoráveis ao trabalhador, ainda que não observa a hierarquia tradicional MAZUOLLI pondera:

Primazia da norma mais favorável. Não obstante a reforma do texto constitucional brasileiro, pela EC 45/2004, ter autorizado a integração formal de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (como é o caso das convenções da OIT) no ordenamento jurídico nacional, ainda assim pensamos que em havendo conflito entre uma convenção interacional do trabalho ratificada e as leis internas nacionais) deverá prevalecer a norma mais favorável ao ser humano?7 Sendo um dos propósitos da OIT a universalização das regras trabalhistas, não seria bom para o trabalhador que eventuais normas das convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho fossem menos favoráveis à proteção dos seus direitos em relação às normas. Do Direito interno de seu país. Daí ter a Constituição da OIT prescrito expressamente, no § 8º do seu art. 19, que:

“Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, deu uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação”. (MAZUOLLI, 2011, p. 1033).

Neste mesmo sentido, Feliciano destaca a necessidade de uma abordagem “pós-positivista” na interpretação das normas trabalhistas:

Pós-positivismo, portanto, como atalho de aproximação entre a ética e o Direito, entre a legitimidade e a positividade jurídica, pela via da supremacia dos princípios jurídicos [...] Que segurança jurídica terá o próprio empregador, se o seu rol de deveres e obrigações não se define a partir da Constituição – e de uma construção judicial ponderada e estável, de razão prática, para a tensão constitucional entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho – , mas unicamente a partir da vontade histórica do legislador ordinário, que geralmente tem mais compromissos com plataformas políticas do que com algum sentido de coerência constitucional? (2013, p. 220)

Não há violação à hierarquia tradicional, apenas se coloca um vértice diferente nesta pirâmide. A hierarquia – dinâmica que é nestes casos – observa sempre a norma que confere maiores direitos ao trabalhador assalariado, pois se coloca no mais alto nível normativo a norma que melhor atende o fim social da lei.

O princípio da “norma mais favorável ao trabalhador” se consagrou e se consolidou no direito do trabalho considerando a necessidade de se preservar importantes conquistas sociais do trabalhador. É por isto que no caso de conflito entre normas, se coloca no mais alto nível normativo a norma que melhor atende o fim social da lei: a melhoria das condições do trabalhador e manutenção dos direitos já conquistados.

Nascimento (1998, p. 73) pontua que no âmbito do direito do trabalho é necessário preservar todas as conquistas galgadas ao longo dos anos em prol dos trabalhadores, tendo em vista sempre o fim social da lei: a melhoria da condição do trabalhador. É possível que o direito do trabalhador possa vir a ser tratado de forma diversa por diferentes normas jurídicas dentro da própria estrutura estatal, mas prevalecerá sempre a disposição mais favorável ao trabalhador.

Assim, as normas internacionais de proteção ao trabalho irão se constituir em um patamar mínimo de proteção ao trabalhador e sobre o qual devem evoluir os países.

É de fundamental importância a aplicação deste princípio em um mundo globalizado, eis que é um dos maiores expoentes das conquistas dos trabalhadores.

Historicamente o Direito do Trabalho é o ramo da ciência que se desenvolveu para proteção de uma categoria específica de cidadãos, os trabalhadores na relação destes com o empregador, numa relação que para Marx (1999, p. 218) é acima e tudo a pacificação do conflito entre o capital e o trabalho, em que o capital só é multiplicado trocando-se por força de trabalho, trazendo à vida o trabalho assalariado. A força de trabalho do operário assalariado só pode trocar por capital multiplicando o capital, fortalecendo o poder de que é escrava.

Esta relação desigual, onde há uma apropriação de um pelo outro, exigiu a interferência do Estado como forma de criar uma igualdade. Assim, a isonomia na relação empregatícia é uma ficção da norma que o empregado da manipulação do poder econômico. A norma o empregado de si mesmo, porquanto ele não tem liberdade para manifestar sua vontade senão quando for para melhorar sua condição social pelo trabalho. Tudo que representar uma perda, um prejuízo na relação empregatícia, é visto como nulo.

Assim, no Direito do Trabalho, não há uma relação de partes iguais que negociam livremente o pacto social porque o empregado se submete a uma espécie de contrato de adesão, imposto pelo empregador, todavia, a lei impede que este contrato já no seu nascimento, crie prejuízos ao trabalhador.

Trata-se da atual situação vivenciada no mundo globalizado. Trata-se de um retorno à situação de dependência econômica do trabalhador em relação ao empregador, desta feita, tomando-se ainda a circunstância de que a proteção do trabalhador deve conviver com questões cruciais para a subsistência das empresas em um mundo globalizado e com liberalização do mercado.

Todavia, jamais a sobrevivência da empresa, mesmo em um mundo globalizado, pode vilipendiar o que se consagrou no rol dos direitos humanos dos trabalhadores.

3.2. Direitos Humanos dos Trabalhadores

Os contratos de trabalho internacionais são evidente fruto da globalização, da qual decorrem, por vezes, efeitos nefastos.

Entretanto, a globalização, não pode se prestar para precarizar as relações de trabalho.

Pelo contrário, a OIT (Organização Internacional do Trabalho) preconiza a humanização da globalização, prevendo a necessidade de preservação dos direitos mínimos dos trabalhadores, através de relações de cooperação internacional.

Consoante ressalta Sússekind:

A cooperação internacional deve encaminhar-se para humanizar a globalização, conciliando as necessidades em matéria de justiça social com os imperativos da competição econômica. (SÜSSEKIND, 2001, p. 46)

Portanto, a cooperação internacional não deve ser usada para afrontar direitos mínimos do trabalhador e, muito menos, direitos humanos dos trabalhadores, que merecem ser tomados em sua dimensão real.

Atualmente os direitos humanos não estão mais restritos aos direitos civis e políticos. Dentro de um grupo de direitos que encontra especialmente tutela – os direitos humanos – estão alguns direitos do trabalhador, assim consagrados em razão da necessidade de concretizar valores como o da justiça social. Inserem-se dentre os direitos humanos sociais.

Os direitos humanos sociais têm como fundamento a necessidade de garantia de um mínimo ético que deve ser preservado nos ordenamentos jurídicos nas relações de trabalho internacionais, como meio de manutenção da paz mundial, e internas como forma de organização jurídico-moral da sociedade quanto à vida, saúde, integridade física, personalidade e outros bens jurídicos valiosos para a defesa da liberdade e integração dos trabalhadores na sociedade perante a qual tem o dever-direito ao trabalho. Não são direitos contra a opressão do Estado, como as liberdades políticas destinadas a garantir os direitos do cidadão, mas são indispensáveis para a valorização da cidadania. São promocionais, na medida em que procuram elevar a condição social da pessoa, e proibitivos como salvaguardas do trabalhador contra a sua absorção pelo processo econômico. Não são garantias contratuais ou legais, mas podem expressar-se também dessa forma. São liberdades e direitos que devem ser respeitados para que a pessoa humana, no trabalho, cresça como “homo sapiens”, e não apenas como “homo faber”, e tenha reconhecimento social da sua participação no progresso técnico, econômico e social da humanidade. (NASCIMENTO, 1998, p. 285-286).

Nem todos os direitos trabalhistas caracterizam-se como direitos humanos do trabalhador. Os direitos trabalhistas são amplos, abrangendo direitos patrimoniais e extrapatrimoniais de diversas naturezas, individual, coletiva etc.

Os direitos humanos do trabalhador são aqueles que encontram especial tutela em nossa Constituição Federal e que também encontram albergue em normas internacionais.

Alguns destes direitos confundem-se com os direitos humanos comuns ou com os direitos da personalidade, como os direitos de liberdade de trabalho, liberdade de consciência, liberdade de opinião, liberdade de convicção política ou ideológica, liberdade de crença religiosa, liberdade de escolha da profissão, de

integridade moral, de respeito à vida, à saúde e à integridade física, o direito de não ser discriminado, o direito à intimidade, à privacidade, à liberdade de modo de vida e à imagem. Mas existem alguns próprios do trabalhador: o direito ao salário vital ou justo, o direito a um emprego, o direito à limitação razoável das horas de trabalho, o direito ao descanso semanal e anual (NASCIMENTO, 1998, p. 291).

De seu turno, a Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, estabelece que “todos homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas por igual trabalho” e a a Convenção de nº 111 de 1958, veda a discriminação em matéria de “emprego e profissão”. Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil antes da vigência da atual Carga Magna de 1988 e, portanto, possui “status” constitucional e possui maior amplitude do que as previsões constitucionais de “não discriminação” em matéria de trabalho (2001, p. 260).

[...] o princípio da não-discriminação é aplicável aos diferentes aspectos do Direito do Trabalho e da Seguridade Social, entre as quais **o direito ao trabalho, a livre escolha de emprego**, às condições de trabalho, ao salário igual por igual trabalho e à proteção contra o desemprego (art. XXII).

Na Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Convenção 111, de 1958, consagrou de forma ampla, o princípio da não-discriminação em matéria de emprego e profissão. Esse tratado multilateral da OIT impõe a eliminação de todas as formas de discriminação [...] (2001, p. 260, grifos acrescidos)

O princípio da valorização do trabalho é o que mais merece destaque neste cenário de globalização da economia, pois protege o trabalho apontando-o como uma garantia das conquistas sociais até então conseguidas, como uma garantia de que o capital não deve prevalecer sobre o valor do trabalho, mesmo em época de liberalização dos mercados e globalização da economia.

Nascimento destaca que a valorização do trabalho foi alçada à categoria de princípio constitucional no Brasil e, de acordo com a teoria moderna, possui eficácia imediata (1998, p. 111).

Portanto, quer seja diante das normas do ordenamento interno brasileiro, quer seja diante das normas do ordenamento internacional, o trabalho, ainda que em um mundo intensamente globalizado, deve revestir-se das garantias mínimas consagradas ao trabalhador, sendo que, no Brasil, tais garantias foram alçadas, inclusive, ao status de direito fundamental do trabalhador pela Constituição Federal de 1988.

4. CONCLUSÃO

Apesar do mundo globalizado em que vivemos, onde a liberalização do comércio mundial e os avanços tecnológicos deram nova roupagem às relações de trabalho e avançaram fronteiras é necessário que se observe sempre um patamar mínimo de proteção dos trabalhadores.

A globalização favorece a precarização das relações de trabalho, pois pressupõe a flexibilização de normas trabalhistas. E mais, o avanço de fronteiras por meio da mobilidade de capital e de mão-de-obra é meio para propício a gerar a vulnerabilidade de alguns trabalhadores, fluxo de migração em busca de melhores condições de trabalho ou simplesmente em busca de um trabalho.

Observa-se hoje uma grande transferência de mão-de-obra entre países.

Os contratos de trabalho internacional passam a exigir maior atenção e maiores questionamentos.

Apesar das questões que se avolumam em torno de tais contratos, no Brasil, a legislação trabalhista protege os contratos de emprego tanto de nacionais, como de estrangeiros que aqui prestam serviços.

A dificuldade apontada para a aplicação do direito do trabalho a estes contratos de trabalho são resolvidos no Brasil pelo Direito Internacional Privado e por normas do próprio Direito do Trabalho, cujas normas protetoras dão um contorno diferente daquelas dadas pelos outros ramos do direito aos conflitos que surgem envolvendo a aplicação do Direito do Trabalho no espaço, bem como as que surgem envolvendo a resolução de possíveis conflitos entre normas do ordenamento interno brasileiro e normas de direito internacional.

O Direito do Trabalho é um ramo das ciências jurídicas com normas próprias, diferenciadas pelo grau de proteção que se dá ao trabalhador. Prevalece no direito do trabalho o princípio protetor e do qual decorrem outros, como o da aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador.

São estas normas, mais especificamente, estes princípios próprios do Direito do Trabalho que dão um contorno diferente à questão, que apontam para soluções diferentes daquelas que teríamos na solução das mesmas questões envolvendo outras relações jurídicas, que não a relação de trabalho.

No direito do trabalho a solução para o conflito envolvendo um contrato internacional observa a necessidade de especial proteção aos direitos do trabalhador, bem como para um solução distinta para o conflito que eventualmente poderia vir a se estabelecer entre o ordenamento interno de dado país e o ordenamento internacional.

Tais conflitos que surgem com os contratos de trabalho internacionais, quando envolvem o Brasil, devem ser solucionados considerando os princípios do Direito do Trabalho, em especial o princípio protetor.

No Brasil, todos os contratos aqui executados, sejam por nacionais ou estrangeiros, são regulamentados pela legislação interna trabalhista em razão do princípio da “lex loci executionis”.

E além da legislação protecionista contida no ordenamento interno brasileiro, também são aplicáveis as normas internacionais provenientes de Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil.

No Brasil prevalece o princípio da norma mais favorável, decorrente do princípio protetor, e a norma que mais favorece o trabalhador prevalece no topo da hierarquia da normas, seja ela proveniente do ordenamento interno ou internacional.

A observância de tal princípio ajuda a resguardar importantes conquistas sociais ameaçadas pela globalização e impõe sempre o máximo respeito aos direitos humanos dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Ana Silvia Voss de. **A terceirização como forma de desvalorização das relações de trabalho sob o enfoque do princípio da dignidade humana.** In VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland. (coord.) Estado & Atividade Econômica: o direito laboral em perspectiva. Curitiba: Juruá, 2007, p. 180-202.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2013.

HASSON, Roland. **O Estado, a atividade econômica e a sociedade globalizada.** In VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland. (coord.) Estado & Atividade Econômica: o direito laboral em perspectiva. Curitiba: Juruá, 2007, p. 39-52.

JORGE, Arabela Coninck. **Valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica.** In VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland. (coord.) Estado & Atividade Econômica: o direito laboral em perspectiva. Curitiba: Juruá, 2007, p. 21-37.

LAVALLE, Ana Cristina Ravaglio. **O desemprego e a precarização das relações de trabalho.** In VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland. (coord.) Estado & Atividade Econômica: o direito laboral em perspectiva. Curitiba: Juruá, 2007, p. 54-63.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MARX, Karl. **O Capital. Crítica da Economia Política.** 17ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 5 ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

MONTENEGRO, Juliana Ferreira; WINTER, Luís Alexandre Carta. **Os tratados internacionais – art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988.** In VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland. (coord.) Direito Constitucional do trabalho: vinte anos depois – Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008, p. 133-152.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Direito Constitucional do Trabalho.** 2 ed. ampl e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA, Segadas Vianna Lima. **Instituições de direito do trabalho.** Vol. 1. 15 ed. São Paulo: LTr, 1995.

CAPÍTULO 3

Constitucionalização do direito privado

INTERDISCIPLINARIDADE E A EXPANSÃO JUDICIAL

Alencar Frederico Margraf⁴⁰¹

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Constitucionalização do direito privado

RESUMO

Por meio da presente pesquisa serão demonstrados os fatores interdisciplinares que levaram à expansão das funções do Judiciário que, representado pelo Supremo Tribunal Federal, tornou-se uma instituição indispensável para a correção de atos e leis que colidam com a Constituição Federal, bem como para a efetivação dos Direitos Fundamentais. Fatores como ciência política, antropologia, hermenêutica, constitucionalismo, economia e relações sociais foram fundamentais para a concepção e reconhecimento da necessidade de uma atuação política por parte da Suprema Corte, culminando no que a doutrina vem chamando de *judicialização da política*.

Palavras-chave: Expansão Judicial; Judicialização da Política; Interdisciplinaridade.

ABSTRACT

Through this research will be demonstrated interdisciplinary factors that led to the expansion of the functions of the judiciary that rendered by the Supreme Court, has become an indispensable tool for the correction of acts and laws which conflict with the Federal Constitution institution as well as for enforcement of Fundamental rights. Factors such as political science, anthropology, hermeneutics, constitutionalism, economics and social relations were fundamental to the design and recognition of the need for political action by the Supreme Court, culminating in the doctrine comes calling for *judicialization of politics*.

Keywords: Expansion of Judiciary; Judicialization of Politics; Interdisciplinarity.

1. INTRODUÇÃO

A evolução do Estado brasileiro é fortemente marcada por conflitos estruturais e institucionais, tendo como principais atores as autoridades responsáveis pelas três principais funções estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário).

A disputa entre eles sempre existiu e, a que tudo indica, sempre existirá, até mesmo porque são compostos por seres humanos, movidos,

⁴⁰¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busatto de Ensino. Pós-Graduado *latu senso*, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR; Professor Pesquisador-Orientador no Programa de Pesquisa da Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

geralmente, pela ganância e desejo pelo poder supremo.

Por longo período o Brasil vivenciou a divisão binária das funções do Estado, sendo o Judiciário apenas uma instituição dependente do Poder Executivo e, portanto, submisso às suas pretensões⁴⁰².

Com a evolução da doutrina da separação dos poderes o Brasil se viu obrigado a reconhecer a necessidade de tornar o Judiciário independente, tendo em vista que os magistrados deveriam julgar as causas de maneira neutra, sem o temor de sofrer alguma represália de seus superiores (até então o executivo).

A importância do Poder Judiciário no cenário nacional passou a ser verificada a partir de 1891, momento em que foi recepcionado o modelo Norte-Americano de controle de constitucionalidade das normas, o qual permitia que os magistrados (inclusive de primeira instância) julgasse uma lei inconstitucional.

Não será discutido no presente artigo as teorias procedimentais e substanciais a respeito da atuação da Suprema Corte, tendo em vista que o objetivo principal é apresentar as situações fáticas que fundamentam a ocorrência da expansão judicial.

2. METODOLOGIA

Neste artigo buscar-se-á apresentar a importância do conhecimento constitucional e das modificações da sociedade para a realização de um discurso jurídico capaz de proteger as pessoas e seus direitos. Para a elaboração deste texto foi utilizado o método dedutivo, consubstanciado por meio de pesquisa de livros, artigos científicos, revistas e sítios da internet sobre o tema ora discutido. Com o procedimento funcionalista será apresentado que é indispensável analisar as mudanças sociais e jurídicas para compreender as razões que levaram ao Judiciário a decidir de maneira mais ampla possível.

3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ORIGEM, EVOLUÇÃO E RECONHECIMENTO

Em 1824 foi instituído o Superior Tribunal de Justiça, o qual passou a ser considerado a cúpula do poder judiciário e com jurisdição em todo território nacional, tendo também como missão a de manter a aplicação das leis judiciais em seu preceito abstrato, uniformizar a jurisprudência, interpretar doutrinariamente as leis em casos práticos, bem como analisar delitos e erros de funcionários políticos. Diante estas missões, ele combinaria dois elementos: “*o político, que o caracteriza, e o judiciário, por ser aquele sobre a matéria deste exame de actos judiciais, na sustentação das leis judiciais, e no julgamento da competência criminal.*”⁴⁰³ Porém, uma atuação independente do Judiciário estava fora de

⁴⁰² Cfr. José Maria de Avellar: “A constituição orgânica de cada estado podem crear o poder judiciário, como também podem crear o poder moderador, e o poder eleitoral, e confessamos que a politica ensina e obriga a fazer-se tal divisão das atribuições do poder executivo; assim na realidade si se podesse tornar a magistratura totalmente independente dos dois poderes executivos e legislativo, tal independência seria uma salvaguarda às liberdades individuais, e aos domínios particulares, não pela cousa em si, mas sim pelos abusos, e falta de moralidade no choque dos interesses.” (AVELLAR, José Maria de. **A filosofia do Direito Constitucional: por um ex-magistrado**. São Paulo: Typographia do Governo arrendada por Silva Sobral. 1842. p.19)

⁴⁰³ ANDRADE PINTO, João José de. **A constituição da república do Brasil: Idéas Geraes**. 2ª ed. corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Imprensa a vapor H. LOMBAERTS & C., Editores. 1890. p. 36

cogitação⁴⁰⁴.

Andrade Pinto ainda destaca que a missão política do Supremo Tribunal “é subjetiva no seu fim e de efeito indireto sobre o organismo social”, pois o caráter político é elemento acessório das funções judiciais, ou seja, o juiz está constituído em uma missão política quando julga, o que não significa dizer que ele terá uma função ativa de intervenção nos negócios políticos, até mesmo porque “a *especialidade d’esse poder não é o jogo político, e sim o desempenho da fiel execução das leis*”⁴⁰⁵.

Portanto, não cabia ao Judiciário a tarefa de controlar e corrigir a ilegalidade ou inconstitucionalidade de uma lei. Tal função cabia ao Poder Legislativo, pois, além de ser a instituição responsável pela elaboração dos textos, possuía legitimidade representativa para verificar as mudanças sociais e adequar o ordenamento jurídico à evolução/modificação visualizada na sociedade.

Nesta atividade específica o Poder Legislativo era supervisionado pelo Príncipe Regente o qual, por meio do Poder Moderador, controlava e fiscalizava as duas principais funções do Estado.

A Constituição brasileira de 1891 proporcionou algumas mudanças importantes, tais como: foi reconhecida e incorporada a doutrina da Separação das Funções do Estado; foi criado o Supremo Tribunal Federal (artigo 54 do Decreto 510 de 22/06/1890), sendo composto com os antigos membros do Superior Tribunal de Justiça; foi introduzida no Brasil a possibilidade de ser realizado o controle de constitucionalidade de normas a ser realizado pelo Judiciário.

Os membros do Supremo fizeram pouco uso desta última modificação constitucional em face da pouca, ou nenhuma, experiência nacional com a independência e autonomia do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, o que levava à suposição de que estariam ofendendo e interferindo na atuação legislativa, e conseqüentemente poderia acarretar numa crise estrutural pela desarmonia entre Poder Judicante e Legiferante. Portanto, julgava-se apenas as leis que apresentassem uma “injustiça notória ou de nulidade manifesta”⁴⁰⁶.

Por mais que a nova Constituição deixasse clara a inovadora e importante função a ser exercida pelos antigos Ministros do Superior tribunal de Justiça, agora como Ministros do Supremo Tribunal Federal, eles ainda não haviam iniciado suas atividades, ou seja, não estavam realizando o controle de constitucionalidade dos atos do Congresso Nacional e do Executivo, até mesmo porque faltaria, em tese, legitimidade para a Corte Suprema conseguir,

⁴⁰⁴ A constituição de 1824 era imperfeita em sua organização e “deixou grande margem para a sujeição do poder judiciário pelos outros”, principalmente pelo executivo que possuía força arbitrária sob os juizes. Andrade Pinto já destacava, em 1890, que “aos nossos politicians naturalmente desconvêm uma magistratura independente”, por essa razão buscavam converter os juizes em meros instrumentos de seus interesses “desviando-os da obediência á voz da justiça”. (ANDRADE PINTO, João José de. **A constituição da república do Brasil: Idéas Geraes**. 2ª ed. corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Imprensa a vapor H. LOMBAERTS & C., Editores. 1890. p. 29/30)

⁴⁰⁵ ANDRADE PINTO, João José de. **A constituição da república do Brasil: Idéas Geraes**. 2ª ed. corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Imprensa a vapor H. LOMBAERTS & C., Editores. 1890. p. 51.

⁴⁰⁶ NOGUEIRA, Rubem. Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de informação legislativa**, v.17, nº 67, p. 135-146, jul./set. de 1980. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181229/000390169.pdf?sequence=3>. Acessado em: 24/07/2014.

efetivamente, anular uma lei aprovada pelas outras duas casas democráticas.

A Constituição de 1934 acrescentou ao Senado Federal a função de analisar o alcance da decisão do Supremo Tribunal em relação às declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato (artigo 91, inciso IV). Desde então, quando um ato ou uma lei, criada pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, fosse declarada inconstitucional pelo STF, deveria ser apresentada ao Senado Federal antes de produzir efeitos erga omnes. Isso porque, sendo esta instituição aquela que representa os Estados-Membros do Brasil e por respeito ao princípio federativo, a ela caberia dar legitimidade e reconhecimento de que a decisão seria aplicado a todos dos os setores do país.

Na realidade, com a presente modificação buscava-se a redemocratização das decisões do STF; o fortalecimento das decisões judiciais – que até então não eram respeitadas -, a adequação e reconhecimento da importância do Princípio da Separação dos Poderes e do Princípio da Unidade Federativa do Estado.

Destaca-se que o STF sempre careceu de reconhecimento nacional, ou seja, a população, os administradores do Estado e os representantes nacionais não viam a Suprema Corte como Suprema, pois suas decisões (em relação ao controle de normas) sempre estava limitada à satisfazer os interesses das autoridades do Estado.

Tal situação se agravou com a Constituição de 1937, momento em que o Presidente Getúlio Vargas dissolveu o Congresso Nacional e assumiu as duas funções legiferantes do Estado (Executivo e Legislativo) e determinou que, se alguma lei ou ato fosse julgada inconstitucional, caberia a ele (o Presidente da república) declará-la como tal, bem como, com apoio do novo Parlamento, declarar tal decisão sem efeito.

Em 1946 o Senado Federal retornou a exercer seu papel no controle de constitucionalidade aos moldes da Constituição de 1934.

No governo do General Emílio Garrastazu Médici (1970-1974) ocorreu uma verdadeira crise de representação da constitucionalidade no Brasil. Tudo resultou da censura prévia de livros, jornais e periódicos imposta pelo Governo mediante Decreto-Lei 1.077/70. O Movimento Democrático Brasileiro (MDB, atual PMDB) apontou a inconstitucionalidade da lei e levou a questão ao Procurador Geral da República para que este levasse a questão ao Supremo Tribunal Federal (tendo em vista sua legitimidade exclusiva para arguir sobre eventual inconstitucionalidade de lei perante a Suprema Corte).

O Procurador Geral da República (por questão política), alegando inexistência de inconstitucionalidade e ausência de motivos significativos, optou por arquivar o referido pedido. Inconformado com a resposta o MDP apresentou ao STF uma reclamação que o Procurador Geral da República estaria usurpando a função do Supremo, exercendo realmente a função dos Ministros em proceder com o arquivamento do requerimento.

A decisão realizada pela Suprema Corte ficou marcada na história do STF em razão do evidente receio de contrariar os interesses do governo (de exceção). Por maioria de votos, foi defendida a postura do Procurador Geral da República, momento em que o Ministro Adaucto Lucio Cardoso (voto vencido)

demonstrando total indignação com as fundamentações apresentadas pelos demais ministros, principalmente a do Ministro Carlos Thompson Flores⁴⁰⁷, acabou despiando sua toga e abandonou “acintosamente o recinto”⁴⁰⁸.

A salvação da CF contra golpes de Estado e a proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros somente seria possível se o Supremo Tribunal estivesse fortalecido e credenciado para o exercício de tal função. De nada adiantaria afirmar que compete ao STF realizar o controle das normas e credenciarlo como o Guardião da Constituição se ele não possuísse autonomia e autoridade institucional para solucionar os conflitos entre a atuação dos Poderes e a constituição, bem como entre o Estado e a sociedade⁴⁰⁹.

Suas decisões judiciais somente passaram a ter mais força com a reforma do Judiciário ocorrida em 2004, a qual possibilitou a expansão da legitimidade da propositura de ações com intuito de anular leis ou atos do governo. Segundo Silvio de Salvo Venosa as mudanças realizadas pela Emenda Constitucional 45/2004 foi ousada⁴¹⁰, pois trouxe inúmeras medidas para reformulação do sistema jurídico brasileiro, proporcionando a expansão do Judiciário.

Além de mudanças indispensáveis para o aprimoramento do Poder Judiciário, a E.C. 45/2004 acrescentou alguns institutos jurídicos que causaram e causam enormes discussões doutrinárias, como por exemplo, a criação das Súmulas Vinculantes (regulamentada pela lei 11.417/2006) de maneira diversa da idealizada por Victor Nunes Leal⁴¹¹, mas que, devido à simplicidade e agilidade que iria acarretar ao sistema jurídico brasileiro foi considerada a “panaceia nacional”⁴¹² na busca da efetivação das decisões judiciais. Destaca-se também as ADINS, ADC,

⁴⁰⁷ Segue um trecho do voto do Ministro Carlos Thompson Flores e do Ministro Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello, respectivamente, na Reclamação 849: “(...) E, em sendo assim, ele, e só ele, é o juiz, e é único, de sua posição, do seu ajuizamento, a qual é, de outra forma, da competência exclusiva para apreciar-la, acolhendo-a ou rejeitando-a, soberanamente o STF” (pag. 78). (...) Por outro lado, considero a questão de certo modo acadêmico, porque esse entendimento não importa em restrição de direito que afete a ordem constitucional” (pag. 91). (Arquivo digital disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87519>. Acessado em: 22/05/2013.)

⁴⁰⁸ RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Vol. 1. Tom. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002. p. 480.

⁴⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002. p. 304

⁴¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 2.ed.6ª.reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 133

⁴¹¹ Cfr. Nunes Leal: “A Súmula não é estática, nem estratificada, porque está previsto no Regimento do Supremo Tribunal, não só o seu acréscimo continuado, como também o mecanismo da sua modificação. Portanto, o que nela mais importa, como solução duradoura, não é propriamente o conteúdo dos seus enunciados (contra os quais é que se rebela boa parte dos seus críticos); o que mais importa na Súmula é ser um método de trabalho, um instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal, um elemento de racionalização da atividade judiciária, que simplifica a citação de precedentes, elimina afanosas pesquisas e dispensa referência especial, tanto aos julgados que lhe servem de base, como aos posteriores que se limitarem a aplicar a Súmula”. LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros Problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 2, p. 331.

⁴¹² STRECK, Lenio Luiz. **O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça**. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf> Acessado em: 23/04/2013.

ADIN por Omissão, Mandado de Injunção, os Mandados de Segurança, os quais permitiram que o STF realizasse a proteção da Constituição Federal e de direitos fundamentais de maneira mais efetiva.

Essas e outras modificações foram suficientes para ampliar a atuação do Judiciário no cenário nacional, e, conseqüentemente, passou-se a temer que esta instituição passasse a concentrar poderes maiores que as demais funções. Oscar Vilhena Vieira acredita que o Brasil está vivendo momentos de uma “supremocracia”⁴¹³, já Daniel Mitidiero relata que a preocupação atual é a de buscar meios de limitar a atuação da Suprema Corte⁴¹⁴.

Porém, com a pretensão de efetivar as garantias fundamentais previstas na Constituição federal, passou-se a utilizar os dois modelos de controle de constitucionalidade: o difuso/concreto (Norte Americano) e o concentrado/abstrato (Europeu). O grande problema é que o ordenamento jurídico brasileiro não criou um modelo próprio de controle de constitucionalidade, tampouco usou um modelo estrangeiro de maneira uniforme. Assim, optou por aplicar dois modelos distintos (Norte Americano e Europeu), os quais possuem peculiaridades próprias e que por isso não são completamente compatíveis.

Tendo em vista as irregularidades na recepção do modelo norte-americano⁴¹⁵, vez que não incorporou a ideologia do *Judicial Review*⁴¹⁶ nem do *stare decisis*⁴¹⁷, sendo este “é imprescindível como condição *sine qua non* do Estado Constitucional”⁴¹⁸ (p. 103). Com isso os legisladores brasileiros passaram elaborar institutos (súmulas vinculantes, requisito da repercussão geral, *amicus curie*...) para dar maior credibilidade e coercibilidade para as decisões proferidas pela Suprema Corte Brasileira⁴¹⁹.

Tais medidas fizeram com que novas teorias, posicionamentos e

⁴¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. vol. 4. São Paulo jul/dec.2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci_arttext. Acessado em: 20/03/2014.

⁴¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente** / Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 97/101

⁴¹⁵ Cfr. Aurélio Leal: “O modelo americano fora aqui mal copiado. Ali os Estados Unidos garantem – uma forma republicana de governo – quer dizer, uma forma qualquer, dentro das variantes que a forma republicana permite. Aqui, não; falou-se da manutenção – da forma republicana federativa, que outra coisa não é senão a delineada no pacto da União.” (LEAL, Aurélio. **Técnica constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C. 1914. p. 53/54)

⁴¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941-**Direito constitucional e teoria da constituição**. – 7ª Ed., 9ª reimp. (Manuais universitários). Coimbra. Portugal: Almedina. 2003. p. 917.

⁴¹⁷ SCAFF, Fernando Fecury. MAUÉS, Antonio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante do controle de constitucionalidade. In **REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004**/. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier...(et al) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 227.

⁴¹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente** / Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 103.

⁴¹⁹ Cfr. Daniel Mitidiero: “O precedente das cortes deve ter reflexo em todas as direções, horizontal e verticalmente falando. Primeiramente deve ser respeitada pela mesma corte, para em seguida poder exigir das demais instâncias. “Sem a autovinculação o precedente não teria como contar com qualquer força de orientação.” (MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente** / Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 105)

interpretações fossem elaboradas em relação ao controle difuso de constitucionalidade, o que para uns é consequência lógica da aplicação destes institutos, para outros se trata de um ativismo judicial⁴²⁰ e há quem defenda que não passa de uma “manipulação inconstitucional”⁴²¹.

4. FATORES INTERDISCIPLINARES RESPONSÁVEIS PELA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Quando se fala do surgimento da “judicialização da política” deve ficar em destaque a sua impossibilidade em Estados autoritários, até mesmo porque seria difícil “imaginar um ditador convivendo com juízes independentes e tomando decisões de natureza política em um Estado não democrático”⁴²², para tanto basta verificar as constantes limitações de atuação já ocorridas na Suprema Corte brasileira⁴²³.

Loiane Prado Verbicaro⁴²⁴ esclarece que a “judicialização da política” surge com a superação do modelo clássico da Separação dos Poderes do Estado, devido à necessidade de atualização e evolução conceitual, percebeu-se que, a total e simples independência não seria o melhor caminho para a evolução do Estado, principalmente após as violações dos direitos humanos ocorridos nas grandes guerras.

O surgimento da judicialização da política foi resultado da “conspiração dos fatos em favor do fortalecimento da expansão do poder judicial”⁴²⁵. Para maior compreensão do tema, se faz necessário levar em consideração algumas modificações do Estado brasileiro nos últimos anos, tais como: fim da

⁴²⁰ SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. **Revista de Informação legislativa**, Vol. 44, nº. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/140970>. Acessado em: 09/01/2014.

⁴²¹ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional. De acordo com a Emenda Constitucional 64/2010**. 5ª.ed. rev. e atual..-São Paulo: Saraiva, 2010. p. 226.

⁴²² LEITÃO, Rômulo Guilherme. **Judicialização da política e governabilidade democrática no âmbito do poder local**. Dissertação de Mestrado apresentada à Fundação Edson Queiroz – Universidade de Fortaleza – Centro de Ciências Jurídicas – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077097.pdf>. Acessado em: 01/07/2014. p. 55

⁴²³ Cfr. Costa: “Depois do golpe (1964), o poder foi assumido pelos militares que tentariam resolver os problemas a sua maneira. O Legislativo e o Judiciário sofreram profundas alterações. À semelhança do Estado Novo, os poderes do Executivo foram aumentados. Seus atos escaparam ao controle do Judiciário. O Supremo Tribunal Federal foi atingido por várias medidas que interferiram na sua composição e limitaram seus poderes. Os direitos e garantias dos cidadãos, assim como a liberdade de comunicação, reunião e pensamento ficaram subordinados ao conceito de segurança nacional.” (COSTA, Emilia Viotti da. **STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Editora UNESP. 2006. p. 165)

⁴²⁴ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista de direito GV [online]**. 2008, vol. 4, nº. 2. p. 389-406. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.

⁴²⁵ LEITÃO, Rômulo Guilherme. **Judicialização da política e governabilidade democrática no âmbito do poder local**. Dissertação de Mestrado apresentada à Fundação Edson Queiroz – Universidade de Fortaleza – Centro de Ciências Jurídicas – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077097.pdf>. Acessado em: 01/07/2014. p. 54

ditadura, promulgação da CF 88; período de transição democrática; universalização do acesso à justiça; tripartição dos poderes; CF passível de interpretação aberta (Peter Harbele) com normas programáticas; fim do positivismo, maiores poderes ao STF⁴²⁶; força dos grupos sociais; ineficácia política; hipertrofia legislativa, ausência de representatividade⁴²⁷; *accountability vertical*.

4.1. Estado, Organização e Separação dos Poderes

Destaca-se que, para se chegar ao conceito atual de “constituição” foram necessários muitos estudos e principalmente situações fáticas que acarretaram no fortalecimento da ideia da necessidade de uma norma superior. A ruptura da aliança entre Estado e Igreja, movimentos sociais em busca de melhorias (revolução francesa), guerra de libertação e independência (que culminou na criação da constituição americana) demonstram que grandes mudanças decorrem da insatisfação com o modelo vivido⁴²⁸. Com a separação dos poderes, ultrapassando os conceitos clássicos de rigidez e total independência⁴²⁹, percebe-se que, com a independência e autonomia das três funções do Estado, o crescimento da importância do Judiciário para a sociedade, pois, sendo, em tese, neutro das manipulações políticas, passa a tomar as decisões conforme as disposições legais e constitucionais, podendo assim, decidir de maneira contrária às intenções do Executivo e do Legislativo, mantendo e protegendo as normas que versam sobre direitos e garantias fundamentais dos seres humanos.

4.2. Neoconstitucionalismo

Tendo em vista a recente mudança de paradigma no sistema jurídico brasileiro, que, em tese, proporcionaria a assimilação de uma pacificação em relação à utilização das normas-regras e princípios previstos na Constituição Federal, bem como, o reconhecimento de direitos indispensáveis para os seres humanos previstos dentro ou fora do catálogo⁴³⁰, mas que, também devem ser respeitadas e efetivadas na sociedade brasileira, verifica-se a dificuldade de dar

⁴²⁶ Direitos constitucionais que ampliam atuação do STF: liberdade de expressão, a liberdade de associação, o pluralismo político, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o sufrágio universal, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, o bem-estar, a justiça e o reconhecimento de diversos direitos individuais e sociais; instrumentos judiciais que permitem a proteção das minorias (como: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção).

⁴²⁷ Cfr. Aurélio Leal: *“Infelizmente, parece que o nosso legislador, ao lado de cada barreira oposta ao arbítrio, deixou armado, involuntariamente, um alçapão por onde se escapam os chicaneiros e se alimentam todas as conveniências da política.”* (LEAL, Aurélio. **Technica constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C. 1914. p. 56)

⁴²⁸ CALMON, Pedro. *Curso de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 204-206.

⁴²⁹ Cfr. Nuno Piçarra: *“Ressalta-se, contudo, que, porque uma separação orgânica-funcional rígida não é viável na prática, a independência entre vários órgãos não pode ser absoluta, antes devendo existir entre eles mecanismos de coordenação e interdependência – o que, em última análise, reforçará a fiscalização e o controlo recíprocos.”* – (PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Portugal: Coimbra editora limitada. 1989. p. 13)

⁴³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p.78-140.

efetividade à essas diretrizes.

Assim sendo, todas as disposições que tratem de direitos fundamentais deverão ser respeitadas e aplicadas por todos, independentemente de raça, cor, sexo, ou se, integrante da esfera pública ou da esfera privada. Diante disso, reconhecesse que, pela primeira vez na história do direito pátrio, a Lei Fundamental assumiu uma posição de supremacia dentro do ordenamento jurídico, mas para não ser considerada “mera folha de papel”⁴³¹ e passar a ter aplicação imediata, deve-se garantir-lhe efetividade absoluta.

Lorenzetti posiciona a magna carta no centro do ordenamento jurídico (equiparando o Sistema Jurídico ao Sistema Solar, no qual a Constituição Federal seria o sol; os códigos e as normas infraconstitucionais seriam os planetas e satélites, já os raios solares, que atingem os planetas seriam os princípios não expressos)⁴³², assim as normas constitucionais e os princípios seriam considerados “mandamentos de otimização”, pois são satisfeitos “em graus variados e pelo fato que a medida devida de sua satisfação não depende somente pelas possibilidades fáticas, mas também das jurídicas”⁴³³. Por isso deve ser utilizado da forma mais ampla possível, isto é, como nortes⁴³⁴.

Destaca-se que a Constituição é elaborada no campo hipotético⁴³⁵ do legislador ao analisar os anseios da sociedade, em um dado momento histórico, tendo nesta norma fundamental⁴³⁶ a confirmação de sua superioridade hierárquica perante as demais. Sendo ela a base das demais leis, qualquer ato realizado em descompasso com suas normas, desrespeitando a “formação do Direito em graus”⁴³⁷, deverá ser corrigido, vez que, sendo ele derivado, não poderá, então, contrariar seu criador, representando, desta maneira, “a principal garantia e o meio mais eficaz de preservação da Constituição”⁴³⁸.

Em função dessa posição de supremacia das normas constitucionais se faz necessário um acompanhamento da criação das normas e, principalmente, uma fiscalização das suas aplicações.

4.3. Opacidade Legislativa

O constante e incansável processo de criação de leis, no intuito de regulamentar a sociedade multicultural brasileira, tem acarretado, ao longo dos séculos, elaborações de textos de difícil compreensão para os operadores do

⁴³¹ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política**. Tradução: Manoel Soares. Global Editora: São Paulo, 1987. p. 19.

⁴³² LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p.45.

⁴³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais: teoria e direito público**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª Ed. Malheiros. 2011. p. 90 .

⁴³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia**. 2ªed. 2011. São Paulo: Malheiros, p. 46.

⁴³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional/** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.-2ed. rev. e atual. -São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58

⁴³⁶ Kelsen, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito/** Hans Kelsen: tradução João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes. 1998, p. 244-249.

⁴³⁷ BILLIER, Jean-Cassien. **Historia da filosofia do direito**./Jean-Cassien, Aglaé Maryioli; tradução de Maurício Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005. p.203.

⁴³⁸ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional. De acordo com a Emenda Constitucional 64/2010**.- 5.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1276/1277.

Direito⁴³⁹, e, principalmente, para seus destinatários: a sociedade.

Levados à ideologia de que são os “portadores do elixir miraculoso da salvação imediata”⁴⁴⁰, acabam cometendo erros na produção legiferante a qual acarreta no acúmulo de discussões sobre a aplicação, ou não, de uma norma, bem como levantavam dúvidas sobre qual interpretação que deveria ser dada à ela no caso concreto, cabendo, assim, ao judiciário delimitar o alcance. Segundo Verbicaro “a ineficácia crescente do sistema legal em face da nova dinâmica social, o que impulsionou uma tentativa de reformulação no paradigma jurídico”⁴⁴¹, isso porque o Estado, por meio do poder legislativo, passou a legislar sucessivamente sobre questões comportamentais, sobre organização social e estatal, no afim de controlar a sociedade multicultural brasileira. Contudo, quanto mais o Estado legislava para conter os conflitos (devido à desigualdade e a crise social) mais os intensificava. A necessidade de controlar a sociedade por meio de normas postas, decorrentes apenas do anseio dos governantes e não das súplicas da população, gerou, além da diminuição da eficácia da lei, a instabilidade legal, insegurança, inefetividade das políticas públicas, pluralidade de entendimento e interpretação das leis em face das contradições entre elas, causando o aumento de conflitos levados ao Judiciário em face da incoerência⁴⁴² do ordenamento jurídico brasileiro.

Esquece-se então a antiga visão de que o direito seria um ordenamento fechado, coerente e completo, até mesmo porque, com a introdução dos princípios no sistema jurídico, o juízo hipotético de valor, a ponderação e a interpretação tiveram que sofrer modificações, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário dar “um mínimo de coerência” e de unicidade do sistema jurídico. A “liberdade e a discricionariedade interpretativa no seio da magistratura”⁴⁴³ foi inevitável. Até mesmo porque, o não cumprimento de um dever legal por parte do Executivo e do Legislativo era/é algo corriqueiro no Brasil, ou seja, “muitas vezes a existência de direitos formalmente estabelecidos não significa sua aplicação pelas

⁴³⁹ Cfr. Aurélio Leal: “*Nós profissionais conhecemos de perto como um simples preceito sancionado em um estatuto, pode comprometer situações privadas e políticas que o legislador quis proteger e garantir, mas que não pode, não soube ou não teve a paciência e o cuidado de adaptar a objetividade da vida diária, quando, partindo das abstrações científicas, lhe preparou a moldura no mundo concreto*” (LEAL, Aurélio. **Technica constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C. 1914. p. 4)

⁴⁴⁰ LEAL, Aurélio. **Technica constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C. 1914. p. 78.

⁴⁴¹ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista de direito GV [online]**. 2008, vol. 4, nº. 2. p. 389-406. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 400.

⁴⁴² Cfr. Celso Fernandes Campilongo: “*A idéia de unicidade do sistema jurídico é substituída por uma visão policêntrica, que admite a convivência de infinitos microssistemas normativos dotados de lógicas próprias, mas dificilmente ajustáveis à pretensão de coerência do macrosistema.*” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40-42)

⁴⁴³ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista de direito GV [online]**. 2008, vol. 4, nº. 2. p. 389-406. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 401.

autoridades competentes”⁴⁴⁴.

4.4. Expansão do Judiciário

Sendo o Direito respaldado pela maneira que é interpretada a Constituição e as leis infraconstitucionais pelas Supremas Cortes⁴⁴⁵, percebe-se cada vez mais a busca pelo Judiciário para a delimitação semântica das palavras e dos princípios incorporados no ordenamento jurídico pelos legisladores. Por essa razão é importante o controle das normas feito pelo Judiciário.

O Poder Judiciário brasileiro, como já dito anteriormente, realiza tais controles, basicamente, por duas maneiras distintas: i) controle de normas realizado pelos magistrados (incluindo de primeira instância) por meio do controle difuso de constitucionalidade; ii) e pelo STF, por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Portanto, a existência destes dois modelos de controle de normas faz com que o leque de legitimados à questionar a atuação legiferante dos representantes do povo aumente significativamente, cabendo ao Judiciário a solução da lide. Essa maneira híbrida de realizar o controle de normas é fundamental “à inserção do Poder Judiciário no sistema político de poder”⁴⁴⁶.

O aumento das funções do Poder Judiciário, a necessidade de transparência⁴⁴⁷ e de atuação do Poder Legislativo, juntamente com a descrença, desconfiança e a falta de representatividade⁴⁴⁸, fez com que a população se aproximasse e depositasse sua confiança naquele partido, tornando-o, de certa forma, mais democrático e preocupado com os anseios e necessidades dos

⁴⁴⁴ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política [online]**. 2004, nº. 23, p. 127-139. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 118.

⁴⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente** / Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 103

⁴⁴⁶ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista de direito GV [online]**. 2008, vol. 4, nº. 2. p. 389-406. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 398.

⁴⁴⁷ Cfr Aldo Rebelo: “Mas convém atentar, primeiro, na facilidade do diagnóstico: trata-se de instituição transparente, onde tudo é passível de verificação e cotejo; os debates, as negociações e as decisões são públicos. Ademais, tem o Legislativo um baixíssimo poder de dissuasão e nenhum de retaliação. Falta-lhe a caneta das nomeações (e do orçamento) do Executivo, assim como não tem o poder punitivo do Judiciário. O primeiro dispõe de generosas verbas de publicidade e elevada capacidade de favorecer negócios. O segundo tem a prerrogativa de impor sanções civis e penais a quem o desafia, e até determinar censura prévia aos meios de comunicação.” (p. 115). (REBELO, Aldo. A corrosão da democracia representativa. **Estudos Avançados. [online]**. 2009, vol. 23, nº. 67. p. 113-118. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300014&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.)

⁴⁴⁸ Cfr. Vianna, Burgos e Salles: “Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao welfare, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional.” (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social. [online]**. 2007, vol. 19, nº. 2. p. 39-85. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 41.)

cidadãos, ou seja, “o juiz torna-se protagonista direto da questão social”⁴⁴⁹ e um instrumento para a realização dos direitos fundamentais⁴⁵⁰, tendo em vista a ausência de apoios e deveres políticos na tomada da decisão.

A questão da legitimidade democrática por meio de eleições na atuação política passou a ser mitigadas com a necessidade de atuação do STF em questões de maiores relevâncias sociais, principalmente pela inércia do Poder Legislativo. Apesar do STF não ser um órgão eminentemente político para sua formação, não significa dizer que suas decisões sejam apolíticas, ou que ele não possa exercer uma participação mais efetiva na construção do Estado brasileiro, pois o simples fato de ele ser (Judiciário) um dos poderes do Estado já justifica sua atuação⁴⁵¹. Portanto, o STF exerce uma função política⁴⁵², tornando-se uma instituição indispensável para assegurar o cumprimento da Constituição Federal, não podendo seus membros decidirem em prol de uma ou outra agremiação⁴⁵³, mas sim conforme a lei suprema.

Contudo há que se destacar que, em havendo uma demanda, baseada no ordenamento jurídico e que pode ser resolvida por meio da CF, trata-se de uma função clara da Suprema Corte por fim à ela. Não trata-se portanto de uma “*distorção institucional*”⁴⁵⁴, mas decorrente da existência de uma Constituição social,

⁴⁴⁹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social**. [online]. 2007, vol. 19, nº. 2. p. 39-85. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 41.

⁴⁵⁰ Para tanto basta verificar as recentes decisões a respeito do nepotismo, da união homoafetiva, adoção de crianças por casais homossexuais, antecipação de parto de anencéfalo, obrigatoriedade do Estado em realizar tratamento não coberto pelo SUS, dentre outras...

⁴⁵¹ Cfr. Francisco G. Marques de Lima: “*Primeiro, por colocar-se ele no ápice da pirâmide judiciária, no cume do Poder Judiciário (cuja estruturação obedece a critérios políticos), uma das três instituições básicas, encarregada de cumprir uma das clássicas funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária); e não existir poder apolítico dentro da formação estatal. Segundo, por serem as decisões do Judiciário, nesta esteira, manifestações de índole política (não partidária) do Estado, no desempenho da jurisdição. Terceiro, porque habitualmente se submetem ao seu crivo questões referentes à condução do país, ao comportamento de altas autoridades, à política econômica da nação, à tributação, às alterações constitucionais, ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, aos conflitos entre a União, seus Estados e o Distrito Federal, e entre estes e Estados ou organismos estrangeiros, bem ainda à segurança nacional etc*” (LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira: estudos de casos, abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 29-30.)

⁴⁵² Cfr. Oscar Vilhena Vieira: “*Afirmar isso significa admitir que o Supremo Tribunal Federal é hoje, mais do que nunca, um órgão inelutavelmente político, pois suas decisões têm um profundo e determinante impacto sobre a conduta dos demais Poderes e da população em geral. E quem exerce autoridade sobre os demais, exerce função política.*” (VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 228)

⁴⁵³ Cfr. Oscar Vilhena Vieira: “*Caso se afaste da vontade da Constituição, substituindo-a pela de seus próprios Ministros, estará agindo ilegitimamente, pois afinal não foram eleitos para assumir esse tipo de função e sequer a Constituição assegurou ao tribunal tais atribuições. Ao Supremo Tribunal Federal, no entanto, cabe a última palavra. Daí sua enorme responsabilidade.*” (VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 231)

⁴⁵⁴ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista de direito GV [online]**. 2008, vol. 4, nº. 2. p. 389-406. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 391.

democrática e compromissária. Assim sendo, “(...) o juiz fortemente vinculado à lei é substituído por um juiz modelador da vida social, com sensibilidade para captar e atender as múltiplas necessidades sociais.”⁴⁵⁵.

A universalização do acesso à justiça se dá pela abertura e facilitação que se tem verificado para se chegar ao judiciário, ou seja, a criação de diversas maneiras de solução de litígios evidencia tal mudança. A ampliação estrutural (v.g. realização de concursos para contratações de magistrados e servidores da justiça; criação de Juizados Especiais; defensoria pública...) e instrumental (justiça gratuita, mediação, arbitragem ...) faz com que o Judiciário torne-se acessível a todas as pessoas, independente das questões econômicas em que ela se encontre.

4.5. Situação Econômica Brasileira

A mudança econômica da sociedade brasileira é outro fator importante para a ocorrência da “Judicialização da política”, pois com a modificação social da população (de uma sociedade agrária e produtora, passou para uma sociedade industrial e, principalmente, consumidora), conjuntamente com a diversidade cultural, culminou na crescente desigualdade social e a instabilidade institucional. Segundo Verbicaro⁴⁵⁶, o processo de modernização e industrialização do Brasil iniciou-se a partir de 1940, mas de maneira diferente dos países europeus, ou seja, lá o investimento partia do setor privado, aqui a industrialização se deu por incentivos públicos. Tal comportamento acarreta na sociedade a visão de que o Estado deve realizar e efetivar todos os meios necessários a evolução local, criando a figura do Estado Providência.

O processo tardio de desenvolvimento e a iniciativa do Estado em prover essa necessidade acarretou a desestruturação do país, pois a modificação da sociedade agrária para urbana-industrial se deu sem planejamento e sem políticas públicas que pudessem providenciar um aparato para a população que estavam deixando as plantações; as cidades não estavam estruturadas para suportar a migração que estava por vir; a população não estava preparada para suportar os choques culturais que iria ocorrer; por fim, o Estado não estava preparado para suportar as crises culturais-sociais-econômicas que eclodiram.

Atualmente percebe-se um novo problema para a administração do Estado. Problema este criado pela própria postura do governo ao “fabricar” uma nova classe média no Brasil⁴⁵⁷. Classe essa com anseios e desejos⁴⁵⁸ que não

⁴⁵⁵ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista de direito GV [online]**. 2008, vol. 4, nº. 2. p. 389-406. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 395.

⁴⁵⁶ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista de direito GV [online]**. 2008, vol. 4, nº. 2. p. 389-406. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 399.

⁴⁵⁷ Para Sonia Fleury a classe média brasileira está sendo fabricada, pois as políticas de inclusão social, abertura de crédito e facilidade de consumo, unidos à especulação midiática, moldam o

serão alcançados pelo simples fato do Estado Provedor estar carente e desprovido de recursos, tendo a corrupção política como um dos fatores do escoamento das verbas públicas.

Nos meses de junho e julho de 2013, o Brasil vivenciou dias de intensas manifestações sociais, devido à insatisfação popular em relação à postura administrativa das autoridades do Estado, tendo como principais reclamações: i) excessivos gastos de dinheiro público nas construções de estádios de futebol para a realização da Copa do Mundo; ii) precário sistema de transporte coletivo; iii) falta de investimento na saúde e educação; iv) sensação de insegurança pública e jurídica; v) incompetência administrativa; vi) impunidade dos políticos envolvidos em corrupção; vii) atuação tendenciosa dos representantes políticos e de seus partidos; viii) excesso da carga tributária; ix) e desejo de uma reforma política⁴⁵⁹.

As manifestações de massa, que inicialmente era apontada apenas como uma crise econômica demonstrou que a fonte da revolta não é apenas a de ordem financeira, mas sim a forma pela qual o país está sendo administrado e estruturado⁴⁶⁰.

A postura dos governantes em não atender as súplicas da população fez com que aumentasse a insatisfação popular acarretando na adesão de milhares de pessoas ao movimento ficando então evidente que as reivindicações seriam uma das formas de responder às rápidas mudanças sociais e à subsequente desorganização estatal. Dessa forma, a cultura de contestação, a ampliação das demandas e a hiperpolitização das massas não pode ser tida como vícios ou inconvenientes do regime democrático. Essas características são justamente suas virtudes⁴⁶¹.

A crise do *Welfare State*, decorrente das atuações do

discurso distorcido de que o governo conseguiu modificar a estrutura brasileira permitindo a inclusão de pessoas da “classe pobre” para a “classe média” (p. 69-80) . E afirma: “*Ter uma sociedade em que a renda familiar de cerca da metade da população está entre R\$1.064,00 a R\$ 4.561,00 pode ser uma conquista se olharmos o tamanho da dívida social e o nível de desigualdade do país, mas não autoriza nenhuma análise a concluir que há um padrão de vida de classe média. É preciso localizar essa população: o território é um referente para a análise das condições de vida. Morar em centros urbanos com gastos diários de transporte é uma variável que interfere na condição de vida, morar em imóvel alugado ou financiado também interfere no padrão de vida familiar. Assim, R\$ 4.561,00 ao mês para uma família que vive na metrópole de São Paulo pode significar uma vida mais restrita do que R\$ 1.064,00 para outra família que vive numa cidade de interior. Pensar em medir condições de vida tendo a renda como principal variável é sempre uma aposta reducionista que deixa de fora todas as outras variáveis necessárias para ter uma visão mais coerente e clara da sociedade.*” (p. 50). (COSTA, Lucia Cortes da. Classe média e as desigualdades sociais no Brasil. Dawid Danilo Bartelt (org.); **A “nova classe média” no Brasil como Conceito e Projeto Político**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll. 184p. 2013. p. 43-55. Disponível em: <http://br.boell.org/sites/default/files/ncmlivrohbs.pdf>. Acessado em: 01/07/2014.)

⁴⁵⁸ ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar Frederico. **Manifestação de protesto no Brasil: do Occupy Wall Street à primavera Árabe**. No Prelo.

⁴⁵⁹ MARGRAF, Alencar Frederico; ALVES, Fernando de Brito. **COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DA FIFA E SEUS REFLEXOS ECONÔMICOS: O princípio da vedação do retrocesso como protetor dos direitos sociais brasileiros**. 2014. No prelo.

⁴⁶⁰ MARGRAF, Alencar Frederico; ALVES, Fernando de Brito. **Manifestação de protesto no Brasil: do Occupy Wall Street à primavera Árabe**. 2013. No prelo.

⁴⁶¹ ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar Frederico. **Transição Democrática ou Falsa Democracia? O Brasil como refém das posturas políticas dos seus governantes**. 2014. No prelo.

neoliberalismo, em que, os Estados moviam-se para a adequação com o capitalismo contemporâneo, sobrepondo-se a qualquer outra forma de contenção e de proteção de direitos individuais (poder legislativo, religião, sindicatos), percebeu-se que as pessoas (em um contexto mundial) necessitaram encontrar uma outra instituição para se sentirem protegidas. É exatamente neste contexto que surge a figura do Poder Judiciário como o protetor, e “o muro das lamentações do mundo moderno”⁴⁶².

Percebeu-se então que a *judicialização da política* se “alimentava” dos interesses econômicos e sociais⁴⁶³, ou seja, a população passou a buscar no judiciário a proteção dos direitos já reconhecidos por lei ou pela Constituição, sendo que, após a CF 88, a procura passou a ser maior em face da sua estrutura, que concilia normas e princípios (de conteúdo vago) que possibilita a ampliação das interpretações do que vem a ser um direito fundamental.

5. DELIMITANDO O SIGNIFICADO

Segundo Ernani Rodrigues Carvalho o estudo da judicialização da política pode ser realizada sob dois ângulos: normativo e analítico⁴⁶⁴. O primeiro, enquanto se preocupa em consolidar a supremacia da Constituição para solucionar os conflitos existentes na sociedade, bem como para a realização da democracia constitucional; o segundo se prende à necessidade de corrigir os impasses políticos e institucionais do Estado.

Utilizando as expressões de Vallinder, Ernani Carvalho explica que podem existir várias maneiras de verificar a judicialização da política, sendo elas as “*from within*” a qual utiliza o judiciário como aparato para correção das funções do Estado e a “*from without*” que é uma “reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomado como base a Constituição”⁴⁶⁵. Assim sendo, pode-se dizer que, a forma mais evidente de judicialização da política no Brasil se dá pela segunda maneira, ou seja, por meio de uma provocação de terceiro, principalmente pelas agremiações políticas opositoras ao governo da situação⁴⁶⁶.

⁴⁶² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo social**. [online]. 2007, vol. 19, nº. 2. p. 39-85. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.

⁴⁶³ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política** [online]. 2004, nº. 23, p. 127-139. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 118.

⁴⁶⁴ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política** [online]. 2004, nº. 23, p. 127-139. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 116.

⁴⁶⁵ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política** [online]. 2004, nº. 23, p. 127-139. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 121.

⁴⁶⁶ Segundo pesquisa empírica de Vianna, Baumann e Salles a respeito das Adins impetradas no período compreendido de 1998 à 2005 (17 anos): “a esquerda é responsável por quase 70% das Adins de partidos contra normas federais, torna-se interessante discriminar a atuação específica das

Apesar de a quantidade de ações apresentadas no STF para realizar o controle da produção normativa ser um indício da judicialização da política, não significa dizer que realmente o país esteja nesta situação, pois depende diretamente da postura tomada pela Supre Corte no momento em que decide, ou não, pela inconstitucionalidade da norma criada pelo legislativo. Sendo assim, para realmente verificar a existência de uma judicialização da política de um país, deve-se analisar o alcance dos efeitos das decisões do Judiciário e seus reflexos em relação às demais instituições políticas do Estado.

Analisando as decisões proferidas pelo STF no Brasil, entre 1988 e 2005, Vianna, Baumann e Salles constataram que aproximadamente 57,2% das ADINS impetradas em face de normas produzidas pelos legislativos estaduais foram deferidas ou parcialmente deferidas. Com base nos dados colhidos pela pesquisa realizada constataram que a “produção legislativa estadual está sendo submetida a uma efetiva judicialização”⁴⁶⁷. O mesmo não seria dito se analisasse os dados em relação às ADINS impetradas em face à produção normativa federal, a qual apenas 10% são julgadas procedentes ou parcialmente procedentes.

Porém os autores fazem uma breve, mas pontual colocação, pois delimitam a judicialização da política em relação às matérias julgadas pela colenda Corte, tendo em vista que, as recentes decisões tomadas em algumas ADINS atingiram diretamente as intenções políticas nacionais⁴⁶⁸.

Portanto, apesar de estar havendo uma atuação significativa do Poder Judiciário na elaboração e controle de constitucionalidade das normas, “o STF não tem protagonizado um processo de interferência sem precedentes na

diferentes legendas. A Tabela 19 evidencia que, durante o período FHC, o PT era o grande responsável pelas Adins da esquerda, respondendo por quase 60% delas. Como era de se esperar, no período Lula, o PT deserta o campo das Adins contra normas federais, não propondo nenhuma nesse período. Os demais partidos de esquerda, no entanto, não deixam de apresentar Adins contra o governo federal nesse período, em especial o PDT, autor de dez das dezessete apresentadas pela esquerda. Vale notar que, apesar de recém criado, o PSOL já aparece entre os partidos de esquerda propositores de Adins contra normas federais, o que indica que esse mecanismo é legitimado até mesmo pelos segmentos mais radicais da esquerda.” (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social. [online]**. 2007, vol. 19, nº. 2. p. 39-85. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 69-70)

⁴⁶⁷ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social. [online]**. 2007, vol. 19, nº. 2. p. 39-85. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 77-78.

⁴⁶⁸ Cfr Vianna, Burgos e Salles: *ADIN 3068*, ajuizada pelo PFL contra a medida provisória 136/2003, que trata da estrutura organizacional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade; *ADIN 3369*, ajuizada pelo Ministério Público contra as mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, que trata da remuneração de servidores do legislativo; *ADIN 3467*, ajuizada pelo PSDB contra medida provisória 242/2005, que altera os critérios de cálculo de auxílio-doença da previdência social; *ADIN 3578*, ajuizada pelo PC do B contra medida provisória 3192/2001, que estabelece critérios para a privatização de instituições financeiras. *ADIN 1351* e *1354* propostas por partidos de esquerda e nânicos contra a lei 9096/95, que estabelecia cláusula de desempenho eleitoral, o que contou com amplo consenso dos principais partidos do país. (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social. [online]**. 2007, vol. 19, nº. 2. p. 39-85. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014. p. 79.)

história brasileira, como sustenta parte da literatura especializada no Brasil”⁴⁶⁹. Assim sendo, deveriam os parlamentares se preocuparem em reestabelecer a confiança da população e atuar de maneira mais eficiente em relação à concretização dos direitos previstos na Lei Suprema do que buscar fundamentar ou apontar atuações irregulares das Cortes⁴⁷⁰.

Outros dados relevantes são apontados por Ernani Carvalho que analisou os questionamentos de inconstitucionalidades de leis federais, mas sob outro viés: dos seus autores. Constatou que 71,2% das ADINS (764) foram impetradas por partidos políticos (34,3%) e por confederações sindicais e entidades de classe (36,9%), ou seja, 368 e 396 ADINS, respectivamente. Ficando evidente que a judicialização da política trata-se de um “convite à participação na adjudicação constitucional”⁴⁷¹, a qual é feita, principalmente por partidos e confederações.

Luis Legaz y Lacambra afirma que com este decisionismo dos juízes e da “politicagem” dos legisladores, percebe-se claramente que a postura destes dois setores vêm causando grande tensão entre eles, e por isso, proporcionando uma disputa pelo poder que a muitos anos estava esquecida⁴⁷² ou pelo menos enfraquecida. No entanto deve ser levado em consideração que muitos destas decisões proferidas pela Suprema Corte se devem justamente por ações impetradas pelos próprios parlamentares, demonstrando evidente contradição entre suas condutas, ou seja, defendem a utilização do Judiciário como meio de proteger seus direitos e interesses, mas criticam quando constatarem decisões contrárias a eles. Portanto, não há que se falar em ativismo do judiciário ou que ele está atuando como um legislador positivo, pelo menos não nesta questão, uma vez que

⁴⁶⁹ CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social [online]**. 2009, nº. 191. p. 315-335. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acessado em: 01/07/2014. p. 316.

⁴⁷⁰ Nesse sentido, também conclui Leonardo Avritzer, “o Congresso Nacional precisa reassumir suas prerrogativas no que diz respeito à organização da expressão da soberania popular. Para isso, é necessário organizar uma reforma política que restabeleça a credibilidade dos parlamentares e do sistema de representação em sua relação com os atores da sociedade civil. O Poder Legislativo não pode continuar deslegitimado da forma como se encontra no país, sob o risco de afetar o equilíbrio entre os poderes. Ao mesmo tempo, independentemente da deslegitimação em curso do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tampouco pode assumir o papel de legislador, como tem feito sistematicamente em um conjunto de decisões, como a recente legalização da união homoafetiva. Por mais que concordemos com a decisão do Supremo nessa questão, era fundamental que ela tivesse sua origem no Poder Legislativo. Assim, é possível afirmar que o Brasil avançou enormemente no que diz respeito ao aumento das prerrogativas do Poder Judiciário e que a tradição de revisão constitucional, o assim chamado ‘controle concentrado de constitucionalidade’, está definitivamente instituída no país. Todavia, ainda não alcançamos o equilíbrio desejável devido ao enfraquecimento das prerrogativas do Poder Legislativo no país. O alcance de um equilíbrio desejável requer a recuperação das prerrogativas de soberania pelo Congresso Nacional, que, no entanto, só conseguirá fazê-lo se for capaz de se autorreformular sem o que o Poder Judiciário interfira naquilo que são os seus poderes administrativos e legislativos próprios, que decorrem da tradição de um governo misto” (AVRITZER, Leonardo. Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. In: **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.p. 219-220).

⁴⁷¹ CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social [online]**. 2009, nº. 191. p. 315-335. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acessado em: 01/07/2014. p. 334.

⁴⁷² LACAMBRA, Luis Legaz y. **Horizontes del pensamiento Jurídico: estudios de filosofía del derecho**. Barcelona: Casa Editorial Bosch. 1947. p. 333.

são “chamados”⁴⁷³ a corrigir, ou não, alguma irregularidade cometida ou pelo Executivo ou pelo Legislativo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de serem inúmeras as alegações em face do comportamento ativo do Judiciário, principalmente quando assume o papel de legislador positivo (v.g., com as Súmulas Vinculantes) há a necessidade de analisar com maior cautela se uma decisão foi realmente ativa ou se a Suprema Corte está legitimada a decidir sobre tal matéria.

Percebe-se então, que a questão primordial a ser estudada é sobre a legitimidade, ou não, do Supremo Tribunal Federal proferir decisões que inicialmente caberia apenas ao Congresso Nacional ou ao Poder executivo.

Apesar de ser relevante a discussão e o aperfeiçoamento dado ao discurso jurídico, por meio das teorias procedimentalista e substancialista, buscou-se neste artigo demonstrar que o tema em questão necessita de um estudo interdisciplinar, uma vez que a sociedade brasileira, carente de efetivação das normas constitucionais, passa a buscar sua concretude por meio do Judiciário.

Por essa razão, não ignorando a importância da questão democrática da formação das instituições políticas nacionais, nem as teorias do discurso jurídico, buscou-se demonstrar que as questões econômicas e sociais, atuações dos parlamentares, a falta de representatividade, a corrupção e a ausência de políticas públicas que efetivem os direitos previstos na Constituição Federal, passam a dar condições e legitimar a *expansão das decisões do Judiciário* sem que possa ser chamada de *ativismo judicial*.

7. AGRADECIMENTOS

Primeiramente parabênzo à Faculdade de Telêmaco Borba pela iniciativa na realização de um evento tão grandioso e respeitável. Nos dias contemporâneos cada vez mais se vê rarefeito o desejo pela pesquisa e incentivo aos acadêmicos para o desenvolvimento de novas teorias e defesas de posicionamentos de extrema relevância jurídica.

Por fim, agradeço à instituição de ensino FATEB, por ter atribuído a mim a função de Professor Pesquisador, bem como o responsável pela orientação dos trabalhos a serem desenvolvido no Grupo de Pesquisa “Administração Pública e Dilemas do Estado Contemporâneo”.

Agradeço também aos alunos, membros do Grupo de Pesquisa, que sem as ponderações e participação de todos, as pesquisas e o desejo pela produção científica não teriam sido os mesmos.

⁴⁷³ Cfr. Marcos Faro Castro: “A Judicialização da Política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre “Direito e Política” e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político””. (CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Trabalho apresentado no XX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu-MG, 1996. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5342&Itemid=361. Acessado em: 01/07/2014. p. 148.)

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais: teoria e direito público**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª Ed. Malheiros. 2011.

ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar Frederico. **Manifestação de protesto no Brasil: do Occupy Wall Street à primavera Árabe**. 2013. No Prelo.

ALVES, Fernando de Brito; MARGRAF, Alencar Frederico. **Transição Democrática ou Falsa Democracia? O Brasil como refém das posturas políticas dos seus governantes**. 2014. No prelo.

ANDRADE PINTO, João José de. **A constituição da república do Brasil: Idéas Geraes**. 2ª ed. corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Imprensa a vapor H. LOMBAERTS & C., Editores. 1890.

AVELLAR, José Maria de. **A filosofia do Direito Constitucional: por um ex-magistrado**. São Paulo: Typographia do Governo arrendada por Silva Sobral. 1842.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o guardião da constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. de 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/1009>. Acessado em: 14/05/2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002.

BILLIER, Jean-Cassien. **Historia da filosófica do direito**./Jean-Cassien, Aglaé Maryioli; tradução de Maurício Andrade. Baruerí, SP: Manole, 2005.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional. De acordo com a Emenda Constitucional 64/2010**. 5ª.ed. rev. e atual..-São Paulo: Saraiva, 2010.

CALMON, Pedro. **Curso de teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941- **Direito constitucional e teoria da constituição**. – 7ª Ed., 9ª reimp. (Manuais universitários). Coimbra. Portugal: Almedina. 2003.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política [online]**. 2004, nº. 23, p. 127-139. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.

CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social [online]**. 2009, nº. 191. p. 315-335. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acessado em: 01/07/2014.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Trabalho apresentado no XX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu-MG, 1996. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5342&Itemid=361. Acessado em: 01/07/2014.

COSTA, Emilia Viotti da. **STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Editora UNESP. 2006.

COSTA, Lucia Cortes da. Classe média e as desigualdades sociais no Brasil. Dawid Danilo Bartelt (org.); **A “nova classe média” no Brasil como Conceito e Projeto Político**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll. 184p. 2013. p. 43-55. Disponível em: <http://br.boell.org/sites/default/files/ncmlivrohbs.pdf>. Acessado em: 01/07/2014.

FLEURY, Sonia. A fabricação da classe média: projeto político para nova sociabilidade. Dawid Danilo Bartelt (org.); **A “nova classe média” no Brasil como Conceito e Projeto Político**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll. 184p. 2013. p. 69-83. Disponível em: <http://br.boell.org/sites/default/files/ncmlivrohbs.pdf>. Acessado em: 01/07/2014.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**/ Hans Kelsen: tradução João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política**. Tradução: Manoel Soares. Global Editora: São Paulo, 1987.

LEAL, Aurélio. **Technica constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C. 1914.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros Problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 2.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. **Judicialização da política e governabilidade democrática no âmbito do poder local**. Dissertação de Mestrado apresentada à Fundação Edson Queiroz – Universidade de Fortaleza – Centro de Ciências Jurídicas – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077097.pdf>. Acessado em: 01/07/2014.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira: estudos de casos, abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MARGRAF, Alencar Frederico; ALVES, Fernando de Brito. **COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DA FIFA E SEUS REFLEXOS ECONÔMICOS: O princípio da vedação do retrocesso como protetor dos direitos sociais brasileiros**. 2014. No prelo.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.-2ed. rev. e atual. -São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente** / Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NOGUEIRA, Rubem. Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, v.17, nº 67, p. 135-146, jul./set. de 1980. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181229/000390169.pdf?sequence=3>. Acessado em: 14/05/2014.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Portugal: Coimbra editora limitada. 1989.

REBELO, Aldo. A corrosão da democracia representativa. **Estudos Avançados**. [online]. 2009, vol. 23, nº. 67. p. 113-118. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300014&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Vol. 1. Tom. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/140970>. Acessado em: 14/05/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCAFF, Fernando Fecury. MAUÉS, Antonio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante do controle de constitucionalidade. In **REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004**/ coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier...(et al) São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia**. 2ªed. São Paulo: Malheiros. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça**. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf>. Acessado em: 23/04/2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista de direito GV [online]**. 2008, vol. 4, nº. 2. p. 389-406. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas.** 2.ed.6ª.reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social. [online]**. 2007, vol. 19, nº. 2. p. 39-85. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 01/07/2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV.** vol. 4. São Paulo jul/dec.2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci_arttext. Acessado em: 20/03/2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIBERDADE CONTRATUAL E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Isaquel Maia⁴⁷⁴ e Jacieli Aparecida Almeida Bueno⁴⁷⁵

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Constitucionalização do Direito Privado

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar sucinto conceito de Capitalismo, o seu surgimento e os mecanismos jurídicos que o legitimam. Dentre estes mecanismos, temos a Liberdade, num sentido lato e, num sentido mais stricto, a Liberdade Contratual, como um dos elementos iniciais e fundamentais para o progresso do sistema criado. Este trabalho busca localizar as etapas histórico-econômicas que o sistema capitalista passou. Etapas estas, que se confundem com a própria história do Estado Moderno. Objetiva por fim, localizar os contratos ao longo deste histórico, bem como, entendê-lo em seu momento atual.

Palavras-chave: Capitalismo; Liberdade contratual; Função social do contrato.

ABSTRACT

This article aims to present a summarized concept of Capitalism, its emergence and legal mechanisms that legitimize. Among these mechanisms, we have the freedom, in a lato sensu and, in strito sensu, the Freedom of Contract, as an early and fundamental elements to the progress of this system. This paper seeks to locate the historical and economic steps that the capitalist system has passed. These steps, which are confused with the history of the modern state. Objective finally locate contracts along this historic and understand it in current time.

Key-words: Capitalism; Freedom of Contract; Social function of contract.

1. INTRODUÇÃO

Para o correto entendimento do que seja Liberdade Contratual como elemento de significativa importância dentro do sistema capitalista, primeiramente é necessário entender e conhecer o sistema no qual ele se insere. Este trabalho tem como finalidade buscar as origens do sistema capitalista, não só as suas origens,

⁴⁷⁴ Advogado, Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor da disciplina de Direito Constitucional da Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB. E-mail: maia.maia@outlook.com.

⁴⁷⁵ Acadêmica do quarto período do Curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB.

mas também os princípios regedores e norteadores do mesmo. Não se fará uma abordagem dos princípios contratuais, ou ainda uma análise minuciosa de seus institutos. Este trabalho tem o condão de localizar a liberdade contratual em algumas das etapas do sistema, apontá-la como elemento significativo do sistema capitalista, bem como a sua nova roupagem constitucional, em especial a observância de sua função social.

Todo sistema, independentemente de paixões ideológicas, necessita de uma legitimação jurídica, ou seja, que os seus princípios regedores e mantenedores sejam institucionalizados e que possam ser exigidos como regras àqueles que a ele se submetem. Assim, temos que o sistema capitalista criou certas regras, dentre estas a liberdade, e as institucionalizou para sua legitimação. Uma vez legitimada, esta se ramificou em todas as esferas das relações sociais. Conseqüentemente, os contratos sofreram influência desta liberdade. Estamos diante da Liberdade contratual, um dos elementos fundamentais da ordem capitalista.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho utilizará o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, a respeito do tema liberdade contratual e função social do contrato, localizando-o dentro do sistema econômico capitalista, a partir da análise dos diferentes sistemas econômicos e das diferentes perspectivas acerca da intervenção estatal na economia - liberal e social - dentro do texto constitucional.

Será realizada pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de doutrina, artigos jurídicos, revistas jurídicas, jurisprudência, normas constitucionais e infraconstitucionais.

3. DESENVOLVIMENTO

Para entendimento do surgimento do sistema capitalista, faz-se necessário buscarem-se as mudanças estruturais ocorridas na Europa a partir do século XV. As condições e as formas de organização dos Estados Nacionais, de maneira alguma favoreciam o surgimento e desenvolvimento do capitalismo. O sistema Feudal não poderia oferecer um ambiente propício, pois as barreiras por este imposta, tais como pagamentos de pedágios, diferenças de moedas, descentralização política, entre outros, eram grandes entraves para que se desenvolvesse algo da amplitude e alcance do sistema capitalista.

O que se viu na Europa dos séculos XV a XVII foi a derrocada do Feudalismo e a formação dos Estados Nacionais. É importante destacar que a formação dos Estados Nacionais se deu por uma forte pressão dos comerciantes que, como já destacado, viam no Feudalismo grandes entraves para o progresso do comércio.

A primeira face do Capitalismo se deu, se assim podemos dizer, com o Mercantilismo. Este era caracterizado pela produção manufatureira, pela utilização da terra e, sobretudo, pela forte presença do Estado. Esta presença forte se justifica uma vez que recente era a sua formação. Lembremos que o sistema que o antecedeu era marcado por um Estado descentralizado e com pouca atuação: a doutrina Mercantilista fundamenta-se no pressuposto de que a intervenção do Estado deve garantir o equilíbrio indispensável da balança comercial.

Para alcançar este objetivo, haveria a necessidade de organizar a economia de acordo com um conjunto de fatores, tais como, metalismo, balança comercial favorável, protecionismo alfandegário, defesa da produção nacional, incentivo ao crescimento demográfico e forte intervenção do Estado na Economia.

A forte proteção do Estado na economia favoreceu o surgimento da indústria. Os “descobrimientos” abriram caminhos para novos mercados e assim se viu na Europa, especialmente na Inglaterra, uma nova mudança de panorama, culminando com a Revolução Industrial. Esta aos poucos foi rompendo com a dominação existente até então, vindo a criar os seus próprios mecanismos de dominação.

Vale lembrar que antes da Revolução Industrial quem controlava os meios de produção eram as corporações de ofício, além de garantir o monopólio da atividade profissional. Este monopólio era prejudicial ao sistema, uma vez que eliminava a livre concorrência e o poder de iniciativa dos particulares. Para que o Capitalismo tomasse fôlego (impulsionasse), era necessário colocar limites às corporações de ofício, bem como buscar a sua extinção.

A Revolução Industrial trouxe à tona uma nova classe social, que será responsável pelas grandes mudanças que o sistema capitalista passará. A burguesia nasce como uma grande força econômica, mas não como força política. O avanço do capitalismo significou também o avanço da burguesia, todavia, como já afirmado, ela não detinha o poder político, ou seja, o poder de decisão.

Foi na Revolução Francesa que a burguesia alcançou o seu objetivo, qual seja, o de chegar ao poder, pois, a partir daí, ela poderia criar um sistema jurídico que melhor representasse os seus interesses. Ressalta-se que a Revolução Francesa, antes de tudo foi uma revolução burguesa, de cunho essencialmente liberal.

Era necessário a criação de um sistema jurídico que desse suporte, sustentação e legitimação àquilo que se visava. O próprio Capitalismo, nas palavras de Ripert (1948, p. 21) “é um conjunto de instituições e regras”, e são estas regras e instituições que lhe dão legitimidade.

Nesta mesma linha, Ripert, conclui:

O capitalismo jacta-se de dizer que nada pede, que simplesmente lhe basta

a liberdade; apraz-se em repetir: deixai fazer, nada poderia fazer se o legislador não lhe tivesse dado ou permitido lançar mãos dos meios próprios à concentração e à exploração de capitais. O direito comum não lhe bastava. Criou seu próprio direito (1948, p. 23).

O sistema não apenas criou estas regras e instituições, mas criou também um estado de espírito:

[...] qualquer regime cria um estado de espírito, um clima e que o regime capitalista tem o seu. É a procura do lucro ilimitado pelo hábil manejo dos capitais. Quando tal espírito ganha todas as classes da população ele sustenta o regime que criou (RIPERT, 1948, p. 26).

Esta criação de um direito próprio, ou seja, de regras e institutos regedores, é uma criação contínua e nunca acabada. O que se percebe é que, em cada etapa por qual o sistema passou, criou mecanismos jurídicos para se adaptar a esta nova conjuntura.

Denota-se que a criação de um direito próprio se refletiu nas relações contratuais. Estes mecanismos jurídicos avançaram e se impuseram porque encontraram, no capitalismo, instrumentos legitimadores. Nesta esteira, assevera Lyra Junior (2008):

a teoria contratual, tal como se conhece nos dias de hoje, sofre grande influência graças ao desenvolvimento da economia e da sociedade capitalista, as quais trouxeram consigo os fenômenos da massificação e da standardização.

3.1. Etapas do Sistema Capitalista

As fases pelas quais o sistema capitalista passou, coincidem com as fases do Estado Moderno. Discorrendo acerca destas etapas Nunes (1997) apresenta três etapas as quais o sistema capitalista passou.

a) Capitalismo de concorrência

A existência de um grande número de pequenas empresas, muitas vezes empresas individuais e familiares, gozava de absoluta liberdade de iniciativa. Afirma o autor, que esta livre concorrência se deu pelo fato de elas serem pequenas e nenhuma delas poderia exercer influências sobre as outras e muito menos sobre o mercado. Como eram muitas, não tinham a possibilidade de estabelecer acordos entre si com vista ao controle dos preços e do mercado.

O Estado não intervinha de forma alguma na economia. A economia funcionava por si e a “mão invisível” era quem regulamentava o mercado. Uma vez

o Estado não intervindo na economia e esta se auto-regulamentando, os contratos seguiam a mesma linha. Dificilmente, nas relações contratuais, se constatava a intromissão do Estado.

O papel que cabia ao Estado era criar regras gerais. Criou primeiramente a liberdade. A liberdade avançou em todas as esferas de relações. As relações contratuais foram atingidas de forma intensa por este ideal de liberdade, não se permitindo a ingerência estatal nestas relações.

Nesta primeira fase, afirma Lôbo (2008), “o direito privado dos contratos, das obrigações, não se tinha definido com muita clareza em relação ao Estado”. Os contratos possuíam um cunho individualista, e em momento algum se permitia a intervenção estatal nestas relações.

b) O capitalismo monopolista

A segunda fase do capitalismo, que perdurou desde o século XIX e vai até o fim da Primeira Guerra Mundial foi a do capitalismo monopolista. Lembremos que a primeira fase que o sistema teve, qual seja, o capitalismo de concorrência, um grande número de pequenas empresas que disputavam a preferência do mercado. O que vemos agora é o surgimento de grandes empresas. Com o surgimento destas grandes corporações, a consequência imediata foi a extinção das pequenas empresas (NUNES, 1997).

Para o autor, as mega-corporações tinham como objetivo sufocar as pequenas empresas, com o fim claro de eliminar a concorrência.

Esta [concorrência] concentrava-se na busca incessante de novas condições de produção, capazes de permitir custos de produção mais baixos, única maneira de aumentarem os seus lucros as pequenas empresas impossibilitadas de exercer qualquer acção relevante sobre os preços. Exactamente por isso, a concorrência era impossível com a ineficiência, e as empresas que não acompanhassem os progressos técnicos estavam condenadas a desaparecer, fechando as portas ou sendo absorvidas por outras [...] (NUNES, 1997, p. 163).

Como já afirmado, as fases do sistema capitalista coincidem com as fases do próprio Estado Moderno. Esta segunda fase, conceituada como Estado Liberal é aquela em que as relações contratuais assumem as suas características clássicas, quais sejam: autonomia da vontade, o princípio da relatividade subjetiva e o princípio da obrigatoriedade.

No que tange a estes princípios, Lôbo (2008) faz a seguinte ponderação e, por fim, critica estes princípios:

[...] para celebrar contratos, as pessoas são livres, o que se acorda se torna

obrigatório para as partes e não ultrapassa as pessoas das partes do negócio jurídico. Na época em que vivemos, esses princípios não mais conseguem ser respostas adequadas. O atual estágio de complexidade das relações negociais nos convida a repensar, a firmar outros princípios, ao lado desses ou em contraposição a esses [...].

Por consequência, em um Estado Liberal, os princípios regedores dos contratos são liberais, e isso refletiu diretamente nas relações contratuais, já que tal reflexo foi idealizado no intuito de albergar o próprio sistema capitalista. Nesse sentido Ripert (1948), na sua obra *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, assevera que o sistema capitalista criou regras que mais atendia os seus interesses, pois se o sistema é liberal, isso têm reflexos na liberdade econômica.

Não se pode perder de vista que a liberdade econômica em si só não possui qualquer efetividade. É necessário que um sistema jurídico a legitime e que as regras econômicas sejam institucionalizadas. Os contratos são os elementos legitimadores deste Estado Liberal, pois os aspectos principiológicos dos contratos são liberais.

Criado os mecanismos jurídicos necessários ao seu avanço, o capitalismo cresce de forma avassaladora. As fronteiras nacionais não são mais suficientes para abarcar a sua gana de crescimento. Foi necessário criar novas fronteiras, novos mercados consumidores. As grandes potências capitalistas do século XIX e início do século XX (Inglaterra, Estados Unidos, França, Alemanha, entre outros), buscaram estes novos mercados consumidores na África e na Ásia.

O fim desta saga expansionista, e o fim do Estado Liberal se dá com a Primeira Guerra Mundial, culminando com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929.

O Estado mínimo e sua presença como mero espectador, ou ainda, como aquele que ditava apenas regras gerais, tornou-se insustentável. Era necessário que o Estado tomasse o seu lugar, exercesse o seu papel como condutor não somente da economia, mas especialmente das regras regedoras de todo sistema econômico, dentre eles a forma de enfrentamento das relações contratuais.

c) Capitalismo Monopolista de Estado

Por último temos, como asseverou Nunes (1997), o Capitalismo Monopolista de Estado. O Estado precisa agora tomar uma posição firme e dirigista, diante das graves crises causadas pela guerra e pela quebra das bolsas de valores.

A guerra veio tornar claro, fundamentalmente, que o Estado não podia continuar na posição de sinaleiro que, do seu pedestal, se limitava a regular o trânsito dos interesses particulares, apenas intervindo em caso de colisão

mais ou menos grave. [...] era necessária a presença do Estado, pois ele apareceu como a força indispensável para se evitarem “acidentes” se poder prosseguir no caminho com a máquina capitalista. Ao Estado era agora atribuída a posição de primeiro responsável pela economia, ao contrário do que tinha acontecido até aí (NUNES, 1997, p. 181).

A liberdade, tão defendida pelos teóricos liberais, agora, serviu de instrumento para sufocar o sistema que ele mesmo criou. Haveria a necessidade de o Estado tomar as rédeas da direção econômica, para que o próprio Estado não viesse a se extinguir. Foi necessário fazer um alargamento das funções do Estado, considerado por Keynes “como o único meio praticável de evitar a destruição das formas econômicas capitalistas” (KEYNES *apud* NUNES, 1997, p.196).

A intervenção do Estado na economia e nas relações sociais atingiu também as relações contratuais. Não há como se legitimar a liberdade individual e a autonomia da vontade como elementos fundamentais dos princípios contratuais.

Assim, o que se verifica nesse momento histórico é a transição de um Estado Liberal para um Estado Intervencionista. Vargas assim contempla este momento de transição.

A transição do século XIX para o século XX acarretou várias mudanças de paradigmas, principalmente em relação ao poder do Estado de imiscuir-se nas relações privadas dos seus cidadãos. Duramente combatido no século XIX, o dirigismo contratual, em que havia uma supremacia unânime da autonomia da vontade com o Liberalismo vigente, sentiu forte reverso no século XX, quando o Estado passou a intervir com maior vigor na autonomia da vontade, restringindo a liberdade justamente como forma de proteger esta mesma liberdade (2006, p. 334).

Há uma nova ordem surgindo, onde acima dos interesses individuais está o interesse da sociedade. O contrato deve primeiramente cumprir a sua função social. Gil (1983 *apud* LYRA JUNIOR, 2008), assim assevera esta nova conjuntura:

O intervencionismo do Estado, a proliferação da lei, a publicização do direito privado, a direção da economia, a criação de uma seguridade social, a crise da autonomia da vontade, as restrições à liberdade, a regulação heterônoma das relações, a proteção do economicamente débil, a profissionalização das atividades, o fortalecimento das associações de pessoas em razão de sua incumbência na produção, a empresa como síntese do capital e do trabalho, a predominante imperatividade das normas [...].

Frente a esta nova conjuntura, os princípios norteadores e informadores dos contratos necessitavam de uma nova roupagem, ou ainda, de se criar novos

mecanismos e princípios, uma vez que, os princípios do Estado Liberal já não mais correspondiam à realidade e não atendiam fundamentalmente ao interesse social.

3.2. Atual Panorama dos Contratos – Função Social dos Contratos

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e esta com um cunho eminentemente social, teve como consequência da necessidade de os princípios contratuais também seguirem nesse sentido. “No Estado Social exige-se que a ação dos poderes públicos se desenvolva em favor de uma maior justiça social” (AMARAL, 2000, p. 356).

Tendo a Constituição como um de seus principais anseios, a busca de uma justiça social, não há como as relações contratuais buscarem mecanismos diferentes disso. De acordo com Lôbo (2002 *apud* LYRA JÚNIOR, 2008):

o princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes dos contratos sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem.

Quando da existência de conflitos entre estes princípios, interesse individual e função social do contrato há de prevalecer a sua função social. O Estado Social surgiu com um claro motivo de delimitar o poder econômico e conseqüentemente regular o contrato (LÔBO, 2008, p. 1).

Para boa parte da doutrina a função social do contrato se extrai do art. 170, *caput*, da Constituição Federal, quando alude que “*a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]*” (BRASIL, 1988).

É importante ressaltar que os contratos possuem três importantes funções: uma econômica, por representar um instrumento de circulação de riquezas e difusão de bens; outra regulatória enquanto enfaixa direitos e obrigações voluntariamente assumidas pelas partes; por último, uma função social, considerando que seu exercício dirige-se para a satisfação do interesse social (BIERWAGEN *apud* HENTZ, 2004).

Theodoro Júnior entende do seguinte sentido a função social do contrato:

O terreno próprio para se cogitar-se da função social do contrato é a modernização do antigo e inflexível princípio da relatividade dos contratos. Os problemas do comportamento ético entre os próprios contratantes são cuidados por outro princípio novo no direito contratual, que vem disposto no art. 422, do novo Código Civil, e não naquele que implanta a função social do contrato (art.421). se o legislador cuidou de disciplinar separadamente os dois princípios foi porque lhes conheceu individualidade. Não cabe ao interprete confundi-los, reduzindo todos a um só regime e a uma única justificação teórica (2003, p. 43).

A função social do contrato não tem o objetivo de tolher a liberdade de contratar, antes, tem como função proteger àqueles que estão desfavorecidos na relação contratual. Não podemos deixar de destacar que esta foi uma das grandes evoluções que os contratos sofreram nos últimos tempos.

Como consequência desse novo enfrentamento, o Código Civil - Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, como sói acontecer, incorporou os princípios gerais previstos na Constituição Federal (v.g. inciso III e V do Art. 170 e caput do Art. 192), notadamente para elevar à função social do contrato como condição de eficácia e validade das cláusulas contratadas. Assim, dentro de uma nova principiologia – que se contrapõe a visão clássica da *pacta sunt servanda* – a liberdade de contratar e o conteúdo contratado sofrem restrições legais, mui especialmente quando o contrato não cumpre sua função social.

Nesse sentido os artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Bem verdade que a expressão “função social do contrato” gera acaloradas discussões jurídicas e doutrinárias quando se tenta delimitar as hipóteses em que um contrato (ou uma atividade) deixou de cumprir sua função social.

O legislador, no uso das suas atribuições constitucionais além de estabelecer que os contratos precisam necessariamente cumprir com a sua função social, também deu especial destaque aos princípios da probidade e da boa-fé, relativizando o antigo entendimento de que os contratos fazem lei entre as partes, a famigerada *pacta sunt servanda*, ou da força obrigatória dos contratos.

Ao relativizar a força obrigatória dos contratos, mediante a aplicação da função social do contrato, o legislador não busca quebrar a sua obrigatoriedade, muito pelo contrário, tão somente incluiu importante princípio, no qual os contratos devem ser cumpridos desde que venham cumprir a sua função social.

Ademais, como assevera Miguel Reale (2014):

Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.

Assim, o contido em todas as normas editadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988 evidencia uma nova principiologia contratual, através

da qual se põe em destaque o princípio da boa-fé contratual, o princípio da justiça contratual, o princípio da menor onerosidade e o princípio da função social do contrato, deixando outros paradigmas, em especial a tradicional *pacta sunt servanda*, num plano secundário.

4. CONCLUSÃO

De tudo que se argüiu denota-se que os contratos passaram por diversas fases. No decorrer destas fases veio a adquirir as características que até o presente nos utilizamos. A liberdade foi um dos elementos fundamentais para que se chegasse à configuração atual do instituto.

Vivencia-se a fase da Função Social do Contrato, onde as relações contratuais não devem buscar meramente os interesses individuais e a supremacia da vontade. Primeiramente se busca o fim social para quais as relações se estabeleceram. No conflito entre o interesse individual e o social, claro é, a prevalência do interesse social, na qual a relação se motivou.

A liberdade contratual, como já acima citado, foi um dos elementos essenciais para a evolução do instituto, agora tem a sua eficácia limitada. Não que a liberdade deixou de existir, é necessário o entendimento que está-se na égide da liberdade contratual, princípio instituído e garantido constitucionalmente. O que se tem, é que esta liberdade se limitada ao cumprimento, primeiramente, da função social do contrato.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.356.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado, **Revista dos Tribunais**, n. 750/117.

BARROSO, Luiz Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 14, jun./ago. Salvador/Bahia: CAJ, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicolas; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12 ed. Brasília: UNB, 2004.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de interpretação dos Contratos no novo Código civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Editora Saraiva com

Colaboração de Luiz Roberto Curia. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série Conjugados).

GIL, Antonio Hernandez. **Derecho de Obligaciones**. Madri: Editorial Ceura. p. 232-233. 1983

HENTZ, André Soares. O Sistema das Cláusulas Gerais no Código Civil de 2002 e o Princípio da Função Social do Contrato. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, v. 9, n. 13, p. 129-138, 2004.

KEYNES, John Maynard. **The General Theory of Employment, Interest and Money**. London: Macmillan Press; New York: St. Martin's Press, 1936.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Contratual e Constituição**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=563>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, n. 42, p. 187-195, abr. / jun. 2002.

LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves. **Os princípios do Direito Contratual**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3759>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

NUNES, A. J. Avelãs. **Os Sistemas Econômicos**. Coimbra, 1997.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. Campinas: Red Livros, 1948.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e a sua função social**. São Paulo: Editora Forense, 2003.

VARGAS, Valmir Antônio. O século XX e as alterações principiológicas informativas do contrato. **Novos estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, n. 2, p. 333-340, jul./dez.2006.

EFETIVAÇÃO DE ALGUNS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA.

Luciana Moriwaki⁴⁷⁶; Melissa Andrea Smaniotto⁴⁷⁷.

Área de Concentração: Direito.

Grupo de Trabalho: Constitucionalização do direito privado.

RESUMO

Esse trabalho tem como escopo a análise da efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da afetividade e da função social da família, no âmbito jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O princípio informador de todo o sistema jurídico brasileiro é o da dignidade da pessoa humana, que dá sustentação e abarca os demais, sendo um meta princípio. Como desdobramento deste, outros princípios respaldam a tutela constitucional da família, sendo o afeto o mais novo paradigma para a conformação do conceito de arranjo familiar.

Palavras- Chave: Família; dignidade humana; constituição.

ABSTRACT

This work has the aim to analyse the efectivation of the principles of human person dignity, of familiar solidarity, of affective and of the social function of the family, in the jurisprudence of Supreme Federal Court and Superior Court of Justice. The informed principle of all juridic system and the Family's Law is the human person dignity, which gives the sustentation and take the others, being such a meta principle. Like a unfolding of this one, other principles smooth down the constitutional family's tutelage, being the affect the newest paradigm to the conformation of the concept of the familiar arrangement.

Key words: Family, Human Dignity; Constitution.

1. INTRODUÇÃO

Analisar o Direito de Família implica em, necessariamente, olhar por um viés constitucional, propiciando uma dimensão diferenciada para a seara jurídica, o que inclui aquela disciplina. Dessa forma, é imperioso analisar os institutos de Direito Privado tendo como ponto de partida a Carta Magna de 1988, aplicando-se, assim, a constitucionalização como caminho irreversível para o aplicador do Direito.

⁴⁷⁶ Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito do Centro de Ensino dos Campos Gerais(CESCAGE). Graduada em Odontologia pela Universidade Estadual de Ponta Grossa(UEPG). Pós graduada em Ortodontia pela Uningá. e-mail: worthwhile@bol.com.br.

⁴⁷⁷ Mestre em Ciências Sociais pela UEPG. Professora do Curso de Graduação do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais(CESCAGE). Advogada. e-mail: melissa.smaniotto@yahoo.com.br.

A análise dos institutos privados numa previsão imbuída na Constituição Federal de 1988, enseja o reconhecimento da eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais, inclusive com a horizontalização das normas que protegem a pessoa, e que devem ser aplicadas nas relações entre particulares, dirigidas que são, também, aos entes privados.⁴⁷⁸

Nesse diapasão, lembrando a tão conhecida simbologia de Ricardo Lorenzetti, o Direito Privado encontra-se no sistema solar. O sol é a Constituição Federal de 1988 e o planeta principal é representado pelo Código Civil, que, por sua vez, estaria rodeado por satélites, identificando-se aqui os microssistemas jurídicos ou estatutos, os quais também merecem especial atenção pelo Direito de Família, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso.⁴⁷⁹ Diante desse *boom* legislativo, haveria necessariamente um diálogo das fontes no sentido de complementaridade entre essas leis.

Como consequência o Direito de Família resta constitucionalizado, pois “grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Constituição”.⁴⁸⁰

Portanto, os antigos princípios do Direito de Família foram aniquilados, surgindo outros, dentro dessa proposta de constitucionalização, remodelando esse ramo jurídico.

Esse trabalho tem como finalidade demonstrar, de maneira sucinta, alguns desses novos princípios aplicáveis ao Direito de Família que, com a realidade pós-positivista que se vive, ganharam um papel fundamental nas relações particulares. Por esse motivo é que muitos dos princípios do atual Direito de Família encontram substactum constitucional.⁴⁸¹

Os princípios ganharam fundamental importância, sendo como linhas mestras do Direito Privado, deixando espaços abertos para que o operador do Direito possa adequar o sistema normativo a partir do fato social que reclama sua aplicabilidade. Isto é possível eis que princípios são cláusulas gerais, janelas abertas deixadas pelo legislador para complementação cientista jurídico. Em outras palavras, o próprio legislador, por meio desse novo sistema aberto, delegou parte de suas atribuições ao aplicador do Direito, para que possa(re)criar o Direito, conforme as exigências do caso concreto.

Quando a Constituição Federal traz luz interpretativa ao Direito de Família por meio de diversos princípios, torna-se perceptível a reconstrução dos paradigmas pela qual passou esse ramo do Direito Civil. E é isso que torna tão instigante a discussão ora proposta.

2. METODOLOGIA

⁴⁷⁸Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁴⁷⁹LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 45.

⁴⁸⁰DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

⁴⁸¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 255-294.

O presente trabalho teve como metodologia a pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial no site do Supremo Tribunal Federal e no site do Superior Tribunal de Justiça, sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da função social da família, onde analisou-se a efetividade desses princípios no Direito de Família. Extraíu-se julgados de forma aleatória. O método adotado foi o dedutivo, pois o estudo teve como ponto de partida a Constituição Federal de 1988 para então analisar a legislação vigente e o posicionamento dos Tribunais nas decisões acerca do tema.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

O período pós-guerra mundial representou um paradigma para os direitos humanos, devido as atrocidades cometidas pela Alemanha Nazista de Hitler. O valor principiológico da dignidade da pessoa humana tomou tal monta que as relações humanas vieram a se revestir por um tom antropocêntrico, no sentido de dar satisfação às necessidades sociais e a gerar profunda transformação no modo de formular os direitos individuais e no de configurar a esfera privada quanto a família, a propriedade, a empresa e o contrato, havendo um caminho irreversível para a despatrimonialização do direito privado. O movimento do Constitucionalismo, que ganhou força ao final do século XX, introduziu no âmbito constitucional assuntos antes considerados privados, ocorrendo a Constitucionalização do Direito Privado, passando o Código Civil a ser somado com os direitos e garantias fundamentais à luz dos princípios constitucionais, tendo a pessoa humana como o centro informador de todo o arcabouço jurídico e não o patrimônio como antes. O princípio revela inequívoca a repercussão na configuração do perfil contemporâneo dos pilares de base do direito civil: contrato, propriedade e família, impondo-se a funcionalização das situações subjetivas patrimoniais as situações existenciais: do “Ter” em relação ao “Ser”, da propriedade em relação ao sujeito, seja ele titular ou não.

Em razão de sustentar o Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana, que é considerado o princípio axiológico, informador de todo o sistema jurídico, princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios, é que se analisa esse princípio.

Nesse sentido, é a busca incessante de dignidade que forja a repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado⁴⁸², em que se atribui significado jurídico inestimável ao ser humano e relega-se o patrimônio a análises secundárias.

Em especial a repersonalização – como princípio – teve sua aplicabilidade intensificada, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, para repelir o totalitarismo nazifascista. “Isso se deveu a um giro axiológico no ordenamento jurídico, por conta da percepção do ser humano não apenas como destinatário do ordenamento, mas também como seu centro e fundamento”.⁴⁸³ Em outras palavras, para que a dignidade se torne palpável é preciso manter o foco no ser humano.

⁴⁸²Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁸³ Disponível em: <http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/50570/apontamentos.pdf>. Acesso em : 19 ago 2014.

Mas o que traduz o significado de dignidade? São muitas as faces desse conceito e pode ser arriscado reduzi-la a frases prontas. Por outro lado, é necessário ter um norte orientador do que se compreende como digno do ser humano para impor uma linha de raciocínio que permita divagações sobre a temática. Por conseguinte, empresta-se o conceito de Ingo Wolfgang Sarlet para afirmar que se traduz no “reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana”.⁴⁸⁴

Fonte de inesgotáveis reflexões, inúmeros seriam os julgados que concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente no Direito de Família. Todavia, seria ingênuo tentar reuni-los no estudo ora apresentado. Daí porque, selecionou-se, aleatoriamente, algumas decisões que espelham o aludido princípio.

Conforme se depreende da leitura Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607.562, em que se reconhece a união homoafetiva como entidade familiar e, por conseguinte, merecedora da proteção estatal. E é em virtude de tal amparo que se mostra indiscutível o direito do companheiro, na união estável, a percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. DIREITO À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A

UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM

CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.⁴⁸⁵

Por óbvio, embora não esteja expresso na ementa acima citada a dignidade - como balizador que é - permeia a decisão, para que, ao assegurar um benefício previdenciário garanta condições de sobrevivência àquele que construiu um relacionamento afetivo amparado pelo Direito de Família.

Em outra oportunidade, prestigiando o referido princípio, a Suprema Corte reconheceu a necessidade do Estado de garantir o acesso à educação infantil, sendo um direito de segunda geração, de prestação positiva, revelando a tendência de uma Constituição em favor de um Estado Social:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM

⁴⁸⁴A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 124.

⁴⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607.562. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. DJe 03/10/2012. Disponível em :<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2864514>. Acesso em 19 ago 2014.

UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS

SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.⁴⁸⁶

Garantir o acesso das crianças a unidades de educação próximas a sua residência ou próximo ao trabalho de seus responsáveis legais é a efetivação da dignidade humana, tanto no sentido individual como familiar (coletivo), um dever jurídico-social posto pela Constituição Federal ao Poder Público, não podendo se furtar desse mandamento constitucional, sob pena de erosão constitucional e violação dos direitos fundamentais que fundam o Estado Democrático de Direito.

De fato cristalizado na jurisprudência, o multifacetado princípio da dignidade da pessoa humana redimensiona as relações familiares, como bem aponta a Suprema Corte no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.554.

“ [...] O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse paradigma como núcleo conformador do conceito de família, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade humana [...]”.⁴⁸⁷

Após a Constituição Federal de 1988, tornou-se indiscutível o reconhecimento de que, no plano das relações familiares, para fins de estabelecimento de direitos e

⁴⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639.337, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em : <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 19 ago 2014.

⁴⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.554, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/08/2011.

deveres decorrentes de vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto, um dos fundamentos mais significativos da família moderna. Aplaudido como valor jurídico-constitucional, o afeto assegura a fruição dos direitos fundamentais, inclusive no âmbito das relações entre pessoas do mesmo sexo.

O afeto é corroborado pelo princípio implícito da busca da felicidade, que se encontra sedimentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal(ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) e representa um importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais.

Respeitando o princípio axiológico fundamentador de todo arcabouço jurídico, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a impenhorabilidade do bem de família de pessoas solteiras, buscando, assim, efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana:

Súmula 364 –“O Conceito de Impenhorabilidade De bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.⁴⁸⁸

A impenhorabilidade suscitada visa a proteção não apenas a entidade familiar, mas um direito inerente à pessoa humana: o direito à moradia. A Lei nº8.009/90 visa a proteção da pessoa, e não um grupo específico, mas da família em si, o que coaduna com o princípio art. 1º, inc.III, da Constituição da República e com direito constitucional à moradia. Numa leitura ampliada do conceito de família do art. 226, da Constituição Federal, bem de família constitui bem de residência da pessoa natural ou bem do patrimônio mínimo, residindo nesse ponto, forte tendência de personalização do Direito Privado, nas brilhantes palavras de Luiz Edson Fachin.

Tema árduo em direito de família, inclusive na vigência do Código Civil anterior, era a discussão da culpa quando o litígio versava sobre dissolução da sociedade conjugal. É sabido que a emenda constitucional 66/2010 foi aprovada para extinguir o prazo mínimo de separação de fato para se requerer o divórcio e, para a maioria da doutrina especializada, também se deixou de discutir a responsabilidade dos cônjuges, reconhecendo-se apenas a vontade como suficiente para legalizar a falência da sociedade afetiva. E esse é um dos tantos prismas da dignidade como princípio que se torna palpável, primando o julgador pelo término do matrimônio sem que haja a necessidade de se apontar um culpado. Esse posicionamento é ilustrado, dentre tantas decisões, no julgado abaixo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE CULPA DA VIRAGO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DECRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO EM FACE DA INSUORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTE DA VERIFICAÇÃO DE CULPA EM RELAÇÃO ÀS PARTES. ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.(Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 78.716, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Data do

⁴⁸⁸MUNDO NOTARIAL. Disponível em: <http://www.mundonotarial.org/sumula364.html>. Acesso em: 19 ago 2014.

Julgamento 17/09/2013).⁴⁸⁹

Outra face do princípio em questão aplicável ao Direito de família está na filiação sócio afetiva. Observando o Recurso especial nº 878.941, onde embora o STJ venha reconhecendo como verdadeiro o vínculo sanguíneo de parentesco, o dissenso familiar acaba por priorizar o “status pater”. Na situação narrada nesse julgado, pai e filho conviveram, juntamente com a esposa e mãe respectivamente, até o falecimento, prevalecendo, assim, os laços afetivos:

“O próprio ordenamento reconhece, em algumas hipóteses, a existência de vínculo jurídico de filiação mesmo quando ausentes quaisquer laços biológicos ou sanguíneos. Tome-se, por exemplo, a hipótese do art. 1.597, V, CC/2002. Foi estabelecido ali que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tal fato tenha contado

com a expressa anuência do marido. O mesmo fenômeno ocorre quando o filho havido na constância do casamento e o marido de sua

mãe aceitam, conjuntamente, a presunção legal do pater is est cientes da inexistência de vínculo biológico entre ambos”.⁴⁹⁰

Sendo coerente com tal raciocínio, o voto reforça que:

“Cumpra ressaltar, por fim, que é totalmente irrelevante o fato de que tenha transitado em julgado decisão que, anteriormente ao reconhecimento extrajudicial da filiação, tenha negado a paternidade biológica. Paternidade sócio-afetiva e biológica são conceitos diversos e a ausência de uma não afasta a possibilidade de se reconhecer a outra. O reconhecimento da filiação sócio-afetiva pressupõe a ausência de vínculo biológico entre partes que constroem uma relação familiar e se reconhecem como pais e filhos. Nesse sentido, os efeitos da decisão que reconhece a ausência de paternidade biológica não joga uma pá de cal sobre a questão da filiação sócio-afetiva”.

Percebe-se que esse entendimento só é possível à medida que tem como bússola o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado ao Direito de Família, visualizando-se, assim, a constitucionalização como a luz que transpassa esta seara jurídica.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 878.941, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 17/09/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1263919&sReg=201102675298&sData=20130930&formato=PDF. Acesso em 19 ago 2014.

⁴⁹⁰ IDEM, p. 10.

⁴⁹¹ É interessante transcrever e destacar as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira ao anunciar o V Congresso Brasileiro de Família, realizado em outubro de 2005: “Dignidade humana é o direito do ser humano. Kant, o ‘filósofo da dignidade’, certamente não imaginava que as suas idéias originais de dignidade ocupariam o centro e seriam o veio condutor das constituições democráticas do final do século XX e as do século XXI. Essas noções de dignidade incorporam-se de tal forma ao discurso jurídico que se tornou impensável qualquer julgamento ou hermenêutica sem a consideração dos elementos que compõem e dão dignidade ao humano. Seguindo a tendência personalista do Direito Civil, o Direito de Família assumiu como seu núcleo axiológico a pessoa humana como seu cerne a

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 onde discutia-se o direito à vida de fetos anencefálicos, foi reconhecida a inconstitucionalidade da interpretação, segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE –

DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.⁴⁹²

Por conseguinte, o enfoque constitucional dedicado à questão, passou a permitir que a gestante se submeta à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o nascituro, eis que “O dever de gestação se converte no dever de dar a luz a um filho para enterrá-lo. Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencefalo significa uma lesão a autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa[...]”⁴⁹³

Mais uma vez o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana é invocado para que sejam garantidos outros direitos fundamentais tais como a vida, a saúde e a integridade física da gestante.

4. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR (ARTIGO 3º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

Sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil, busca-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, repercutindo-se no âmbito familiar, no sentido de que a solidariedade deve existir nas relações pessoais, justificando o pagamento dos alimentos em caso de necessidade. (artigo 1694, do Código Civil).

Aplicando o princípio e questão, o Superior Tribunal de Justiça já considerava o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes da entrada em vigor da Lei nº 8.971/94, o que veio a tutelar os direitos da companheira.

dignidade humana. Isso significa que todos os institutos jurídicos deverão ser interpretados à luz desse princípio, funcionalizando a família à plenitude da realização da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros. A família perdeu, assim, o seu papel primordial de instituição, ou seja, o objeto perdeu sua primazia para o sujeito. Seu verdadeiro sentido apenas se perfaz se vinculada, de forma indelével, à concretização da dignidade das pessoas que a compõe, independentemente do modelo que assumiu, dada sua realidade plural na contemporaneidade. Se não por outras razões, essa soa suficientemente forte para justificar o tema central do V Congresso: Família e Dignidade Humana” (Boletim do IBDFAM, Belo Horizonte, IBDFAM, jul./ago. 2005, p. 10).

⁴⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Tribunal Pleno, DJe 30/04/2013, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em 20 ago 2014.

⁴⁹³ Idem, p.53.

Nessa toada, reconheceu-se que o dever de prestar alimentos aos companheiros é matéria de ordem pública, o que justificaria sua retroatividade.

“ALIMENTOS x UNIÃO ESTÁVEL ROMPIDA ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 8.971, DE 29.12.94. A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar. Precedente da Quarta Turma” (STJ, REsp 102.819/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 23/11/1998, DJ 12/04/1999, p. 154).⁴⁹⁴

Observa-se no Recurso Especial nº 1.085.646, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11 de maio de 2011, pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, onde diante da comprovação da existência da união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo, reconheceu-se o direito do companheiro à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome de um dos parceiros, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos é presumida. Desse modo, houve prevalência dos princípios da igualdade e da dignidade humana, o que justifica o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar, conforme depreende-se da leitura da ementa que se segue.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO EDISSOLUÇÃO DE UNIÃO AFETIVA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS E PEDIDO DE ALIMENTOS. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM.⁴⁹⁵

O referido Recurso faz alusão ao Decreto que instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH, o qual se encontra em sua terceira versão, editado sob o n.º 7.037, de 2009. Um dos eixos orientadores desse Decreto consiste em “universalizar direitos em um contexto de desigualdades” (Eixo Orientador III), figurando como diretriz de n.º 10, a “garantia da igualdade na diversidade”, pontuada por 5 (cinco) objetivos estratégicos. O objetivo estratégico I trata da “afirmação da diversidade para construção de uma sociedade igualitária” e tem como uma de suas ações programáticas, “realizar campanhas e ações educativas para desconstrução de estereótipos relacionados com diferenças étnico-raciais, etárias, de identidade e orientação sexual, de pessoas com deficiência, ou segmentos profissionais socialmente discriminados”. O objetivo estratégico V, explicitado no Anexo do referido Decreto, prima pela “garantia do respeito à livre orientação sexual e identidade de

⁴⁹⁴SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 102.819/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 23/11/1998, DJ 12/04/1999, p. 154. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1416550&sReg=2008019138625&sData=20119876&formato=PDF. Acesso em 20 ago 2014.

⁴⁹⁵SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.085.646, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11 de maio de 2011, pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1040550&sReg=200801927625&sData=20110926&formato=PDF. Acesso em 20 ago 2014.

gênero” (frisa-se que os destaques não constam dos originais), por meio das seguintes ações programáticas, onde na alínea d, “Reconhecer e incluir nos sistemas de informação do serviço público todas as configurações familiares constituídas por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, com base na desconstrução da heteronormatividade”.

Abrilhantando a decisão, cita-se as palavras da eminente relatora, na página 14 da Ementa aludida:

A família, com efeito, deixou de ser vista apenas como uma unidade de reprodução biológica para traduzir a necessidade humana de pertencimento que leva as pessoas a estabelecer relações íntimas, a fim de satisfazer desejos de aceitação e afeto. Dessa nova percepção intui-se uma forte correlação entre os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana, no sentido de que a troca de afetos gerada pela formação de laços íntimos é condição sine qua non para uma vida digna e feliz.

A solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica. Assim, “ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (artigo 227, da Constituição Federal de 1988) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação”.⁴⁹⁶

Entretanto, o Estado também assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, o que cristaliza a solidariedade social na ótica familiar (artigo 226, § 8º, da Carta da República), não esquecendo que também implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família.

Subsiste a solidariedade familiar quando há o intuito de constituir família, como bem sustenta o Recurso Especial 125.781-9, no qual não foi reconhecida a união estável, pois ainda que o casal de namorados tenha tido habitação comum e isso revele um indício caracterizador da *affectio maritalis*, sua ausência ou presença não consubstancia fator decisivo ao reconhecimento da citada entidade familiar, devendo-se encontrar presentes outros relevantes elementos que denotem o imprescindível intuito de constituir família.⁴⁹⁷

Nessa toada, da leitura da ementa do Recurso Extraordinário nº 102.877-7, depreende-se o espírito de solidariedade familiar que deve existir no seio do grupo .

EMENTA: DIREITO. CIVIL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE

⁴⁹⁶DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, op. cit., p. 62.

⁴⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 125.781-9, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJe 15/12/2011, Relator Ministro Massami Uyeda Disponível em : https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1040550&sReg=200801927625&sData=20110926&formato=PDF. Acesso em 20 ago 2014.

ALIMENTOS. A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR OU PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE PARENTESCO, COMO ESTA EXPRESSO NOS ARTS. 396 E 397 DO CÓDIGO CIVIL, A VALORIZAR O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR, OU ASSENTA NO DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA ENTRE OS CÔNJUGES (VER ART.231,INC.III, DO CÓDIGO CIVIL E ART. 19 DA LEI DE DIVÓRCIO). DAÍ DECORRE QUE ENTRE CONCUBINOS NÃO HÁ DIREITO A RECORRENTE DA OBRIGAÇÃO.

CORRETA A SENTENÇA, AO EXONERAR O RECORRENTE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM RELAÇÃO À FILHA MÁRCIA MOURA, E AO CONSIDERAR INSUBSISTENTE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DIVISADA PELA RECORRIDA, EX-CONCUBINA, QUE, NA VERDADE, APENAS REPRESENTAVA A FILHA MENOR.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO COM BASE NAS LETRAS A E D DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL, E PROVIDO, PARA RESTABELECE A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU.⁴⁹⁸(grifo nosso)

Naquela época, já se valorizava o princípio da solidariedade familiar, tendo obrigação alimentar quando da existência de parentesco (artigos 196 e 197 do Código Civil de 1916) ou quando assentado no dever de mútua assistência entre os cônjuges(artigo 231, inciso III, do Código Civil de 1916 e artigo 19 da Lei do Divórcio).

5. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O afeto é o principal fundamento das relações familiares. Apesar de não estar descrito no texto da Lei como um direito fundamental, pode-se inferir que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.⁴⁹⁹

Com o trabalho de João Baptista Vilella, escrito no início da década de 1980, tratando da Desbiologização da paternidade, o afeto ganhou popularidade. Como o próprio nome sugere, o trabalho procurava dizer que o vínculo familiar seria mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico, fazendo surgir, dessa forma, uma nova

⁴⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 102.877-7, julgado em 14/09/1984, Segunda Turma, Relator Ministro Djaci Falcão Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=195148>. Acesso em 20 ago 2014.

⁴⁹⁹ É por isso que, para fins didáticos, destacamos o princípio em questão, como faz Maria Berenice Dias no seu excelente *Manual de direito das famílias* (op. cit., p. 66).

forma de parentesco civil, a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho.⁵⁰⁰

A aplicação da paternidade socioafetiva é muito comum entre os doutrinadores do Direito de Família. Tanto isso é verdade que, na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado n. 103, com a seguinte redação:

“O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe), que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva,

⁵⁰⁰ Sobre a valorização desse vínculo afetivo como fundamento do parentesco civil, ensina Paulo Luiz Netto Lôbo: “O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. O biodireito depara-se com as consequências da dação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino. Nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão da bioética, apontam para atribuir a paternidade ao dador anônimo de sêmen. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga não tende a questionar a paternidade e a maternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros. Situações como essas demonstram que a filiação biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional e no afazer dos aplicadores do direito, ainda fascinados com as maravilhas das descobertas científicas. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo” (*Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 24 jan. 2006). Como nós, entende o autor que o *princípio da afetividade* tem fundamento constitucional, particularmente na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), na solidariedade social (art. 3º, I, da CF/88) e na igualdade entre filhos (art. 5º, *caput*, e art. 227, § 6º, da CF/88). Assim, em síntese, conclui o renomado autor alagoano, um dos fundadores do Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), que: “Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações” (*Princípio jurídico da afetividade na filiação*, op. cit.).

fundada na posse do estado de filho”.

Na mesma Jornada, aprovou-se o Enunciado n. 108, prevendo que: “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva”. Em continuidade, na III Jornada de Direito Civil, idealizada pelo mesmo STJ e promovida em dezembro de 2004, foi aprovado o Enunciado n. 256, pelo qual “a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Na jurisprudência nacional, o princípio da afetividade vem sendo muito bem aplicado, com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, predominante sobre o vínculo biológico, como se observa no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 477.554 onde entendeu-se a união civil entre as pessoas do mesmo sexo, sendo de alta relevância social e jurídico constitucional a questão pertinente as uniões homoafetivas, de legitimidade constitucional o reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na Suprema Corte(ADPF 132/RJ e ADI 4.277/ DF). O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, sendo valorado como novo paradigma conformador do conceito de família. O direito à busca da felicidade verdadeiro postulado constitucional, implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio essencial da dignidade da pessoa humana.⁵⁰¹

Segundo o Relator Ministro Ayres Britto, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ é na Constituição que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às relações homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituir família. Adotou-se o termo homoafetividade, utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, usado pela ilustre desembargadora aposentada Maria Berenice Dias.⁵⁰²

Inteligência encontrada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF, onde ficou evidente a proibição de discriminação das pessoas em razão de sua orientação sexual, homenageando o pluralismo como valor sócio-político-cultural, tendo identidade constitucional os conceitos de entidade familiar e família, não havendo hierarquia entre eles. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se deu na hipótese sub judice.⁵⁰³

⁵⁰¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 477.554, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, DJe 26/08/2011 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>. Acesso em 20 ago 2014.

⁵⁰²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 20 ago 2014.

⁵⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF, Plenário do Supremo Tribunal Federal, DJe 14/10/2011, Relator Ministro Ayres Britto Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 20 ago 2014

Julgada conjuntamente com a ADPF 132/RJ, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF, Plenário do Pretório Excelso, DJe 14/10/2011, Relator Ministro Ayres Britto, também vedou qualquer discriminação das pessoas em razão de sua orientação sexual, homenageando o pluralismo como valor sócio-político-cultural, tendo identidade constitucional os conceitos de entidade familiar e família, não havendo hierarquia entre eles, apreciando mais uma vez o afeto e dando reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros.⁵⁰⁴

Portanto, o princípio da afetividade representa a quebra paradigmas, trazendo a baila a ampliação da concepção da família, reforçando o ideal de dignidade da pessoa humana.

6. FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Tida como uma qualificação de alguns institutos, a função social é terminologia que se espalha pelos mais diversos ramos do Direito, inclusive para a área cível e em especial, ao viés jurídica da família.

É preciso, no entanto, tomar o cuidado de esclarecer o que se entende por função social para direcioná-la no sentido proposto nesse estudo. Para tanto, assim transcreve-se:

Função social, conseqüentemente, pode ser entendida como o resultado que se pretende obter com determinada atividade do homem ou de suas organizações, tendo em vista interesses que ultrapassam os do agente. Pouco importa traduza essa atividade exercício de direito, dever, poder ou competência. Relevantes serão, para o conceito de função, as conseqüências que ela acarreta para a convivência social. O modo de operar, portanto, não define a função, qualifica-a.⁵⁰⁵

De grande valia, portanto, a percepção de que se trata de um instrumento a ser manuseado pelo profissional do Direito para concretizar, ainda que indiretamente, diversos direitos e garantias, inclusive no Direito de Família.

Trazendo para essa especialidade do Direito Civil, a função social da família é assunto que tem muito a ser explorado, todavia que depende de uma perspectiva interdisciplinar para facilitar a sua compreensão.

Em outras palavras, é a concepção neopositivista do Direito que nos permite estabelecer um diálogo com outras áreas do conhecimento para traduzir a função social da família como:

a realização do ser humano que transcende o próprio indivíduo para se propagar em outros âmbitos que a alcancem, a fim de assegurar dignidade. Realização essa que é intrínseca à subjetividade e, portanto, tende a ser sentida e valorada por cada um de forma única, contudo que deve

⁵⁰⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF, Plenário do Supremo Tribunal Federal, DJe 14/10/2011, Relator Ministro Ayres Britto Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 20 ago 2014.

⁵⁰⁵PASSOS, J. J. Calmon de. Função social do processo . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em: 19 mar. 2009.

encaminhar-se no sentido de explorar as respectivas potencialidades de maneira construtiva.⁵⁰⁶

Tratando-se de um conceito que exige um olhar interdisciplinar, nem sempre será encontrado explicitamente em decisões judiciais. Pelo contrário, o excesso de demandas aliado aos escassos recursos materiais e humanos força não apenas os juízes, mas os profissionais do Direito em geral, para se dedicarem a questões mais práticas, como a dissolução da sociedade conjugal, a fixação de alimentos ou a determinação da guarda, por exemplo.

Mas isso não significa dizer que a função social da família resta desprezada, pois como respaldo teóricos e encontra nas entrelinhas da prática forense, balizando o desfecho de casos concretos, a partir da efetivação de direitos já consolidados e outros em construção no Direito de Família.

Desafiador é eleger, dentre tantas decisões, uma que possa ilustrar a preocupação do Poder Judiciário com a efetividade da função social da família. No entanto, decisões reiteradas sobre a temática da socioafetividade traduzem, de forma mais palpável como se desdobra a função social da família.

Por exemplo, ao apreciar um Recurso Especial, em que se discutia a anulação do registro civil cumulada com declaratória de paternidade, determinou-se que se o pai biológico, sabendo da existência de um filho, permite que outro homem proceda ao registro de paternidade, não poderá - posteriormente à construção de laços afetivos com uma criança - tentar retroagir para proceder alterações no registro civil.

Vale a pena transcrever trecho do aresto que revela a preocupação da relatora com o caso:

O reconhecimento da filiação socioafetiva, in casu, tão somente dá vigência à cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano⁵⁰⁷.

Ou seja, assegurar dignidade depende da realização de alguém como pessoa que, por sua vez, se relaciona com a observância dos papéis exercidos dentro de um arranjo familiar. Pois bem. O cumprimento da função social aparece, assim, como questão de fundo, que sustenta a manutenção do vínculo afetivo como fator preponderante sobre o parentesco biológico. Isto porque o desenvolvimento saudável de uma criança traz resultados benéficos para a sociedade como um todo. Mais do que honrar com a condição de genitor, o pai precisa fazê-lo com vistas à inserção de sua descendência na complexa sociedade em que vivemos.

7. CONCLUSÃO

⁵⁰⁶ SMANIOTTO, Melissa Andréa. **Família brasileira contemporânea**: perspectiva jurídica sobre sua função social. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais. Ponta Grossa, 2010, p. 164.

⁵⁰⁷ STJ. Recurso Especial n.º 1.087.163/RJ. 3.ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 18 de agosto de 2011. Disponível em https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1082609&sReg=200801897430&sData=20110831&formato=PDF. Acesso 27 ago. 2014, às 17:14.

O período pós-guerra mundial representou um paradigma para os direitos humanos, devido as atrocidades cometidas pela Alemanha Nazista de Hitler. O valor principiológico da dignidade da pessoa humana tomou tal monta que as relações humanas vieram a se revestir por um tom antropocêntrico, no sentido de dar satisfação às necessidades sociais e a gerar profunda transformação no modo de formular os direitos individuais e no de configurar a esfera privada quanto a família, a propriedade, a empresa e o contrato, havendo um caminho irreversível para a despatrimonialização do direito privado. O movimento do Constitucionalismo, que ganhou força ao final do século XX, introduziu no âmbito constitucional assuntos antes considerados privados, ocorrendo a Constitucionalização do Direito Privado, passando o Código Civil a ser somado com os direitos e garantias fundamentais à luz dos princípios constitucionais.

Observa-se o princípio da solidariedade familiar no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, reiterado como sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil, buscando-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, repercutindo-se no âmbito familiar, no sentido de que a solidariedade deve existir nas relações pessoais, justificando o pagamento dos alimentos em caso de necessidade.(artigo 1694, do Código Civil).

A solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica. Assim, “ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (artigo 227, da Constituição Federal de 1988) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação”.

Entretanto, o Estado também assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, o que cristaliza a solidariedade social na ótica familiar (artigo 226, § 8º, da Carta da República), não esquecendo que também implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família.

O afeto é o principal fundamento das relações familiares. Apesar de não estar descrito no texto da Lei como um direito fundamental, pode-se inferir que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.

Na jurisprudência nacional, o princípio da afetividade vem sendo muito bem aplicado, com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, predominante sobre o vínculo biológico.

Desafiador é eleger, dentre tantas decisões, uma que possa ilustrar a preocupação do Poder Judiciário com a efetividade da função social da família. No entanto, decisões reiteradas sobre a temática da socioafetividade traduzem, de forma mais palpável como se desdobra a função social da família.

O cumprimento da função social aparece, assim, como questão de fundo, que sustenta a manutenção do vínculo afetivo como fator preponderante sobre o parentesco biológico em casos de dissídio familiar, pois é importante o desenvolvimento saudável de uma criança que trará resultados mais benéficos para a sociedade como um todo.

A Constitucionalização do Direito Privado serviu como um avanço para as relações familiares, prestigiando o princípio da dignidade da humana e tendo a pessoa como centro informador de todo o sistema.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Redesenhando os contornos da dissolução do casamento**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Função social do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em: 19 mar. 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais orientadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Boletim do IBDFAM**, Belo Horizonte, IBDFAM, jul./ago. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SMANIOTTO, Melissa Andréa. **Família brasileira contemporânea**: perspectiva jurídica sobre sua função social. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais. Ponta Grossa, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em 20 ago 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 20 ago 2014.

A FUNÇÃO SOCIAL DA MULTA CONTRATUAL

Marcos Vargas Fogaça⁵⁰⁸ e Mateus Vargas Fogaça⁵⁰⁹

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Constitucionalização do direito privado

RESUMO

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

Palavras-chave: Multa contratual. Função social. Direito civil constitucional. Redução judicial da pena.

ABSTRACT

This study makes a practical analysis of the institution of penalty clause under Civil Constitutional Law, especially in regard to its judicial reduction. That is because sometimes the contractual penalty is used as an instrument of inequities and abuses of law by the economically stronger part of the contractual relationship. Should, therefore, the magistrate against the case concrete, face it by using superior principles to the patrimony of the parties, such that individual and social, that permeate all contractual relationships, to promote their social function. When

⁵⁰⁸ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogado. – e-mail: <mvfmarcos@hotmail.com>.

⁵⁰⁹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduando em Direito Imobiliário pela Universidade Positivo. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Membro da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/PR. Advogado e Parecerista. – e-mail: <mavafo@hotmail.com>.

checked disparity function prefix losses and damages, the penalty clause with its coercive/punitive nature, in which the creditor uses the institute with the finality for enriching himself at the expense of the debtor, the magistrate shall, through equity, restore contractual equilibrium by the use of fundamentals, values, objectives and constitutional principles, as well as the general principles inserted in the Civil Code of 2002, so the contractual justice could be promoted. To prepare this, was used the deductive method of research, made possible by the literature of the Civil Constitutional Law and penalty clause, for, in the end, discuss its social role through the union of both doctrinal constructions and apply it to the legal reality, economic and social of the case concrete

Keywords: Contractual penalty. Social function. Civil law constitutional. Judicial revision of the penalty.

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

constitucional.

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

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

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

2. METODOLOGIA

O tema será abordado mediante a utilização do método dedutivo de pesquisa, de modo que com a pesquisa bibliográfica acerca do Direito Civil Constitucional e do instituto da cláusula penal ocorra uma união das construções doutrinárias ao final do trabalho, a fim de viabilizar a discussão acerca da redução judicial da multa contratual e sua função social.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. Conceito e Natureza Jurídica da Cláusula Penal

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

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

[...] uma obrigação de natureza acessória. Por meio desse instituto insere-se uma multa na obrigação, para a parte que deixar de dar cumprimento ou apenas retardá-lo. Aí estão as duas faces da cláusula penal: de um lado, possui a finalidade de indenização prévia de perdas e danos, de outro, a de penalizar, punir o devedor moroso. Trata-se basilarmente, como decorre da própria denominação, de uma modalidade de pena.⁵¹⁰

Já Carlos Roberto Gonçalves conceitua dizendo que a:

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

⁵¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. v. 2. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 331.

exemplo, o herdeiro a cumprir fielmente o legado.

A cláusula penal consiste, pois, em previsão, sempre adjeta a um contrato, de natureza acessória, estabelecida como *reforço ao pacto obrigacional*, com a finalidade de fixar previamente a liquidação de eventuais perdas e danos devidas por quem descumpri-lo.⁵¹¹

Para Orlando Gomes:

A *cláusula penal*, também chamada pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa da obrigação. Admite-se, entretanto, que, para exigir o pagamento da multa, não precisa o credor alegar prejuízo.⁵¹²

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

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

Segundo o artigo 409 do Código Civil a cláusula penal pode ser convencionada como uma cláusula do instrumento constitutivo da obrigação principal, como normalmente ocorre, ou posteriormente, em termo apartado. Independentemente do momento em que foi convencionada, seja ao mesmo tempo da obrigação principal ou em ato posterior, possui sempre a mesma eficácia, desde que pactuada anteriormente a inexecução, pois caso assim não fosse, perderia sua razão de existir.

b) tem duas finalidades, a primeira⁵¹³ função, o que não significa ser a mais importante, é a coercitiva/punitiva, em que com a fixação de uma multa para o caso de descumprimento da obrigação o devedor se vê compelido a cumprir o pacto, a fim de não incorrer na obrigação estipulada na cláusula penal, o que desestimula o inadimplemento total ou parcial da obrigação e dá maior segurança jurídica ao negócio.

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

A própria denominação dada ao instituto, cláusula penal, indica a natureza jurídica originária e mais forte do mesmo à época de sua criação, ou seja, seu caráter coercitivo/punitivo, a fim de intimidar e coagir o devedor a cumprir sua obrigação. Quando convencionado entre as partes, destaca-se, inicialmente, sua

⁵¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. v. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 405, grifo do autor.

⁵¹² GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190, grifo do autor.

⁵¹³ Há divergência doutrinária acerca de qual é a função principal da cláusula penal, se é a de reforçar o vínculo obrigacional, funcionando como uma pena civil para o caso de inexecução ou o de prefixar as perdas e danos. Caio Mário da Silva Pereira segue uma teoria eclética, no sentido de que a função da cláusula penal é tanto a de reforçar o cumprimento da obrigação, com força intimidatória de pena, como a de pré avaliar as perdas e danos.

força intimidatória ao cumprimento da avença, no entanto, em caso de efetivo inadimplemento da obrigação, esta função se concretiza na punibilidade, figurada pela prefixação das perdas e danos. A coercibilidade se converte em punibilidade.

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

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

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

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

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

Segundo Roberto Senise Lisboa⁵¹⁴ a cláusula penal funciona como uma pena civil decorrente do inadimplemento culposo da obrigação contratual no tempo, modo ou lugar convencionados, verificada em três situações: para o caso de atraso no cumprimento da obrigação (inexecução total ou parcial, denominada mora); para a compensação de eventuais danos (multa compensatória de eventuais prejuízos); e como pacto acessório consequente da inexecução da obrigação.

Desde logo, cumpre mencionar que a função de prefixar perdas e danos para o caso de inadimplemento ou mora da obrigação, não impede o estabelecimento de uma cláusula que possibilite a discussão judicial de uma indenização suplementar àquela convencionada entre as partes, funcionando a cláusula penal como um valor

⁵¹⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 235-236.

mínimo indenizatório. Desta forma, com a aludida cláusula, eventuais perdas e danos superiores ao montante estabelecido deverão ser discutidos em juízo. No entanto, tal possibilidade de indenização não é objeto do presente trabalho.

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

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

Normalmente os negócios jurídicos possuem esta dupla função, como ocorre nos contratos em geral (exemplo: contrato de locação). Uma exceção a ideia de que sempre existirá a função de preestabelecer perdas e danos na cláusula penal, tão somente com natureza coercitiva/punitiva, está presente nos testamentos com legado, em que o objetivo não é o de prefixar as perdas e danos, mas o de compelir o herdeiro ou legatário a entregar o bem a outrem, sendo, inclusive, fixada unilateralmente pelo testador, o que retira a ideia de autonomia da vontade das partes para prefixar o montante da cláusula penal.

c) conforme já mencionado, a cláusula penal pode ser estipulada tanto em negócios jurídicos bilaterais, como ocorre nos contratos bilaterais, quanto em negócios jurídicos unilaterais, como ocorre no testamento, em que é estipulada com o fim precípuo de coagir/punir o herdeiro ou legatário a cumprir o legado ou os encargos deixados.⁵¹⁵

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

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

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

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

⁵¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. v. II. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 169.

Segundo Arnoldo Wald:

A cláusula penal apresenta-se geralmente sob a forma de pagamento de determinada quantia em dinheiro, admitindo-se, todavia, a cláusula cujo conteúdo seja a prática de ato ou mesmo a abstenção por parte do inadimplente (v.g., enquanto não entregar a mercadoria não poderá ausentar-se do País; se não construir a casa dentro do prazo convencionado o empreiteiro deverá fazer mais um quarto).⁵¹⁶

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

Por fim, Christiano Cassetari, em sua obra específica sobre o tema, analisa diversos conceitos e características da cláusula penal, desde sua aplicação inicial até os dias atuais, e conceitua a cláusula penal, dizendo se tratar de uma convenção acessória “ [...] em que o devedor da obrigação se compromete, para o caso de inexecução completa da obrigação, de inexecução de alguma cláusula especial, ou simplesmente de mora, a uma sanção de natureza econômica, que pode ser de dar, fazer ou não fazer, nos limites fixados em lei.”⁵¹⁷

3.2. A Imutabilidade Relativa da Cláusula Penal Sob a Ótica do Direito Civil Constitucional

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

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

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

Desta forma, a natureza jurídica da cláusula penal: prefixar perdas e danos e

⁵¹⁶ WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**, 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

⁵¹⁷ CASSETARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

coagir/punir o devedor faltoso, será de grande importância para a análise da imutabilidade relativa da cláusula penal.

3.2.1. Redução judicial da pena

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

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

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

Trata-se, desse modo, de negócio jurídico irretratável, diante da ideia de segurança jurídica. Tão-somente em situações excepcionais se terá por rompido o vínculo jurídico [...].⁵¹⁸

No entanto, segundo Cristiano Chaves de Farias “Com o intuito de coibir abusos, é mister que se tenha em tela a possibilidade constante (e independente de previsão contratual) de *revisão judicial do valor da cláusula penal*, em nome da ordem pública, garantindo o seu equilíbrio e função.”⁵¹⁹ Enquadram-se as situações prescritas pelo legislador como exceções ao princípio da intangibilidade da cláusula penal, cuja qual poderá ser analisada pelo magistrado no caso concreto.

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

Como dito, tal possibilidade de redução já existia no Código Civil de 1916, porém de forma diversa da ora vigente. Para o fim de analisar as duas legislações cumpre colacionar o prescrito no código revogado: “Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.”⁵²⁰ Enquanto o Código Civil de 2002 dispõe: “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

A princípio os dois códigos possibilitam ao magistrado a redução do montante

⁵¹⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 87.

⁵¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo (à luz do direito civil-constitucional, do novo código civil e do código de defesa do consumidor). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 797, n. 43, p. 9-10, 2002, grifo do autor. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil/art_clausula_penal.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2013.

⁵²⁰ BRASIL. Código Civil (1916). **Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2013.

da cláusula penal, no entanto, o Código Civil de 2002 alterou o critério para tanto, da proporcionalidade prevista no código anterior, para o da equidade. Tal alteração é reflexo do progresso da legislação civil e da nova sistemática do Código.

Para Christiano Cassetari:

A equidade é uma das cláusulas gerais mais conhecidas do sistema de *civil law*. A cláusula geral é uma janela aberta deixada pelo legislador para que o magistrado possa fazer justiça no caso concreto, haja vista que a subjetividade retira o juiz da rigidez da legislação anterior, em veneração ao princípio da eticidade.⁵²¹

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

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

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

Com as cláusulas gerais, tal qual a equidade, o magistrado pode aplicar a legislação de acordo com as peculiaridades de cada caso, de modo a tutelar a justiça contratual e concretizar os princípios e objetivos constitucionais. Isto será possível com a consideração da evolução social e jurídica que o direito requer e também da análise do aspecto objetivo da autonomia da vontade, “no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os interesses jurídicos do passado.”⁵²²

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

Francisco Amaral, citado por Christiano Cassetari ensina que:

[...] a equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade que se faz presente em todas as experiências jurídicas do mundo ocidental, interessando à filosofia

⁵²¹ CASSETARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática da cláusula penal. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89, grifo do autor.

⁵²² TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 172, 2004. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2013.

e à teoria do direito, particularmente no que tange à interpretação jurídica. Excepcional por natureza, pois somente aplicável nas hipóteses legais previamente estabelecidas, tem vários significados, conforme sua imediata função. São elas: a) equidade interpretativa: quando o juiz, perante a dificuldade de estabelecer o sentido e o alcance de um contrato, por exemplo, decide com um justo comedimento; b) equidade corretiva: que contempla o equilíbrio das prestações, reduzindo, por exemplo, o valor da cláusula penal; c) equidade quantificadora: que atua na hipótese de fixação do *quantum* indenizatório; d) equidade integrativa: na qual a equidade é fonte de integração; e) equidade processual: ou juízo de equidade, é o conjunto de princípios e diretivas que o juiz utiliza de modo alternativo, quando a lei autoriza, ou permite que as partes a requeiram, como ocorre nos casos de arbitragem.⁵²³

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

Neste sentido, as cláusulas gerais dispostas no Código Civil são discutidas pela doutrina, a fim de dar aplicabilidade a elas concomitantemente aos princípios constitucionais, sendo o tema objeto de discussão na I Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal, implicando na elaboração de alguns enunciados: Enunciado n.º 25: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé objetiva nas fases pré e pós-contratual.”⁵²⁴; Enunciado n.º 26: “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpenetrar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.”⁵²⁵; e o Enunciado 363: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação.”⁵²⁶

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

⁵²³ AMARAL, Francisco apud CASSETARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática da cláusula penal. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 91, grifo do autor.

⁵²⁴ BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 25**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁵²⁵ Id. **Enunciado n. 26**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁵²⁶ BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 363**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

Código Civil de 2002, afinal, o inadimplemento não é a vontade originária das partes ou ao menos não deveria ser.

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

Como exemplo, imagine uma Associação de Estudantes constituída para transportar todas as noites os estudantes de determinada cidade para cursar a faculdade em outra, que contrata uma estofaria para consertar todos os bancos do único ônibus da associação. O valor a ser pago pelo serviço quando de sua entrega é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), devendo ser realizado até o dia anterior ao retorno às aulas. A fim de constranger o contratado a cumprir com sua obrigação e pré avaliar eventuais prejuízos causados pela mora da estofaria na entrega do serviço foi estipulada uma cláusula penal moratória no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

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

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

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

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

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

tal qual o modo como se procedeu o inadimplemento, os prejuízos sofridos pelo credor, o efetivo zelo da estofaria em informar que atrasaria na entrega do serviço, etc.

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

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

A partir deste exemplo pode-se verificar que a alteração do critério da proporcionalidade para o da equidade possibilita a atenção pelo magistrado não só dos termos contratuais pactuados, mas também dos deveres anexos e das peculiaridades do caso, mediante a análise da natureza e finalidade do negócio.

Neste sentido, com o intuito de confirmar a ideia de equidade disposta no Código e superar o critério da proporcionalidade, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado n.º 359 na IV Jornada de Direito Civil acerca da alteração do critério para tal redução: “A redação do art. 413 do CC não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido.”⁵²⁷ De tal forma que a proporcionalidade do valor adimplido não deve ser considerada sozinha quando da redução judicial da cláusula penal, não obstante possa ser um dos critérios verificadores da excessividade da multa contratual, tal qual o é a razoabilidade.

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

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Maluf compreendem que:

[...] a norma do art. 413 do Código Civil de 2002 seja não de direito positivo, mas de direito imperativo, impositivo ou taxativo, *jus cogens*, inalterável pela vontade das partes. De outro modo a parte mais fraca estaria à mercê da mais forte no jogo contratual, omitindo o direito sua função específica, a obtenção do justo equilíbrio entre interesses opostos.⁵²⁸

Saliente-se, contudo, que não se trata de dar espaço para a subjetividade

⁵²⁷ BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 359**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>.

Acesso em: 26 set. 2013.

⁵²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil: direito das obrigações**, 1ª parte. v. 4. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 404-405, grifo do autor.

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

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

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

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

O preceito revela importante *favor debitoris*, a proteger os contratantes inadimplentes que houvessem cumprido parte da obrigação, desde que o cumprimento parcial tenha efetivamente beneficiado o credor. Pretendia-se evitar aqui, ainda uma vez, o enriquecimento sem causa e, portanto, era preciso que a prestação, cumprida parcialmente, houvesse trazido algum benefício ao credor, para que pudesse deflagrar o controle judicial. Eis o pressuposto de aplicação do art. 924 do Código Civil de 1916.⁵²⁹

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

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

DIREITO CIVIL. REDUÇÃO PELO JUIZ DA PENA CONVENCIONAL. FACULDADE OUTORGADA PELO LEGISLADOR AO MAGISTRADO. INDERROGABILIDADE POR CONVENÇÃO DAS PARTES. EXEGESE DO ART. 924 DO CÓDIGO CIVIL. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. I - A faculdade conferida ao juiz pelo art. 924 do Código Civil prevalece mesmo em face de expressa convenção em contrário das partes no sentido de ser a multa devida por inteiro em caso de inadimplemento parcial da obrigação. II - A moderna doutrina e a atual jurisprudência se opõem a clássica doutrina

⁵²⁹ TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos: elementos para a configuração de um direito da crise econômica. In: _____. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 107, grifo do autor.

civilista da supremacia da vontade, preferindo optar pelo caráter social de proteção a parte presumidamente mais frágil.⁵³⁰

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

A possibilidade das partes convencionarem em sentido contrário a possibilidade de redução do valor da cláusula penal pelo magistrado foi objeto de discussão da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, momento em que foi editado o Enunciado n.º 355: “Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do CC, por se tratar de preceito de ordem pública.”⁵³¹

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

Segundo Gustavo Tepedino:

Com efeito, em momentos de agonia econômica, nota-se a tendência à previsão contratual de multa excessivas, configurando-se, por outro lado, situações de verdadeiro abuso, com a imposição ao contratante mais fraco de cláusulas destinadas a revogar preceitos legais que, como o art. 924 acima aludido, devem ser considerados de ordem pública.⁵³²

Portanto, a autonomia da vontade das partes, disposta pela possibilidade de se estipular a irredutibilidade da cláusula penal, deve ser limitada por preceitos de ordem pública, tal qual o princípio da função social do contrato, nos termos do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil⁵³³.

Este foi o entendimento adotado não só pela doutrina através do supracitado

⁵³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial n. 11527/SP**, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário da Justiça de 11 abr. 1992. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=11527=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC9>. Acesso em: 10 set. 2013.

⁵³¹ BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 355**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁵³² TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos: elementos para a configuração de um direito da crise econômica. In: _____. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108-109.

⁵³³ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

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

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

Segundo Christiano Cassetari contrato de adesão é “aquele em que uma das partes não pode discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo.”⁵³⁴ Ou seja, não há contrato de adesão somente no âmbito consumerista, mas também nos contratos civis, tais quais o de locação e o de franquia, por exemplo. No entanto, nada impede que o valor, a data e o modo de pagamento possam ser modificados pelo aderente, o que não retira o caráter de contrato de adesão.

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

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

[...] cumpre destacar que o contrato de adesão é uma realidade em grande parte das relações contratuais, sejam civis ou consumeristas, motivo pelo qual inúmeros abusos podem acontecer. Acertadamente, o legislador introduziu um mecanismo importantíssimo no combate a tal acontecimento, que é a possibilidade de redução equitativa da cláusula penal excessiva, para que ela cumpra sua função social.⁵³⁵

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

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

Roberto Senise Lisboa leciona acerca do intervencionismo do Estado:

O princípio do intervencionismo estatal nas relações contraídas pelo hipossuficiente impossibilita a derrogação privada de dispositivos relativos

⁵³⁴ CASSETARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática da cláusula penal. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

⁵³⁵ Ibid., p. 102.

às cláusulas gerais de contratação, em face da desproporção econômica das partes, verificando-se não apenas o interesse do aderente, como também da coletividade (interesse coletivo) e da sociedade (interesse difuso); objetivando-se, destarte, o controle de tais negócios jurídicos de forma preventiva (prévia) ou repressiva, em âmbito administrativo ou judicial.⁵³⁶

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

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

Tal entendimento também foi objeto de discussão da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, momento em que foi aprovado o Enunciado n.º 356: “Nas hipóteses previstas no art. 413 do CC, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.”⁵³⁷

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

Neste sentido amplo, a inércia da jurisdição quer significar que a atuação do Estado-juiz depende de provocação que a rompa, que a quebre (art. 2º). Desde que provocado, o Estado-juiz agirá mas a sua *inércia* tem que ser entendida como forma de assegurar outros valores fundamentais do direito processual civil, o “modelo constitucional do processo civil” (o principal é a imparcialidade do juízo, v. n. 3.5, *supra*). Mas, uma vez rompida esta inércia inaugural, a atuação do Estado-juiz dá-se “de ofício”, por seu próprio impulso, “por impulso oficial”, para fazer uso da expressão adotada no art. 262.⁵³⁸

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

Nas palavras de Gustavo Tepedino:

⁵³⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 3. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 192.

⁵³⁷ BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 356**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

⁵³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 290, grifo do autor.

Tais foram os antecedentes justificadores do art. 413 do Código Civil de 2002, o qual, seguindo a tendência jurisprudencial, tornou-o imperativo, atribuindo ao juiz o dever (não mais a faculdade) de aplicar o mecanismo em exame, e com equidade, aludindo ainda o codificador à finalidade do negócio, como forma de aferir se no caso concreto há compatibilidade funcional entre a cláusula penal e os fins perseguidos pelas partes.⁵³⁹

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

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

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

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

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

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

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

⁵³⁹ TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos: elementos para a configuração de um direito da crise econômica. In: _____. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 109.

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

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

É dificultosa a missão de apontar quais princípios são estes, pois só no caso concreto poderá o magistrado verificar quais são estes valores superiores aos patrimoniais e se eles realmente são superiores. Face à hierarquia constitucional e aos direitos ali garantidos, deve o Código Civil ser poroso o suficiente, para através da equidade tutelá-los, conforme os ideais do processo de constitucionalização do Direito Civil.

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

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

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

4. CONCLUSÃO

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

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

Desta forma, segundo a nova sistemática do Código Civil de 2002 à luz do Direito Civil Constitucional, a cláusula penal é um pacto acessório convencionado

entre as partes com a finalidade de prefixar as perdas e danos de um eventual inadimplemento, bem como reforçar o cumprimento da obrigação, face à sua natureza coercitiva/punitiva, estimulando o adimplemento da obrigação. A natureza jurídica de prefixar perdas e danos sempre deve existir, sendo que a função coercitiva/punitiva nunca pode ultrapassá-la. Caso isso ocorra será considerada uma pena civil e sua imutabilidade será passível de relativização, mediante sua redução judicial.

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

_____. Código Civil (2002). **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 5 ago. 2013.

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

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

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

_____. **Enunciado n. 356**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

_____. **Enunciado n. 359**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial n. 11527/SP**. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário da Justiça de 11 abr. 1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo>>

_visualizacao=null&processo= 11527=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC9>.
Acesso em: 10 set. 2013.

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

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

FARIAS, Cristiano Chaves de. Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo (à luz do direito civil-constitucional, do novo código civil e do código de defesa do consumidor). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 797, n. 43, p. 1-25, 2002. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil/art_clausula_penal.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2013.

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

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

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

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

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

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

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 167-175, 2004. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2013.

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

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

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

A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE POR MEIO DE *REVENGE PORN*

Vinicius Rafael Rissetti⁵⁴⁰

Área de Concentração: Direito.

Grupo de Trabalho: Constitucionalização do direito privado.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a aplicação do direito ao esquecimento como remédio nos casos de violação do direito personalíssimo à intimidade por meio da pornografia da vingança. Para tanto, analisou-se o direito à intimidade sob seu aspecto histórico e apresentou-se também o que há de atual sobre a pornografia da vingança, seu conceito, casos e formas de punição. Por fim, evidenciou-se o direito ao esquecimento como forma legítima de amparo as vítimas de violação à intimidade.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Direito à intimidade; Pornografia da vingança.

ABSTRACT

The current study aims to analyze the application of the right to be forgotten as a solution in cases of violation of the right to privacy through revenge pornography. To do so, the right of privacy was analyzed in its historical aspects and also introduced what is new about the porn revenge such as concepts, cases and punishment forms. Finally, the right to be forgotten was highlighted as a legitimate form to support victims of intimacy violation.

Key-words: Right to be forgotten; Right to privacy; Revenge porn.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente vive-se em contexto onde a velocidade e facilidade de transmissão de conteúdo via internet propicia inúmeras condutas ilícitas que violam o direito à intimidade. A dinâmica da sociedade pós-moderna, baseada na fluidez das relações travadas entre as pessoas, leva ao surgimento de novas demandas, que exigem do direito, novos ou renovados posicionamentos.

⁵⁴⁰ Acadêmico do quinto ano do curso de Bacharelado em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). – e-mail: <vinicius.rissetti@yahoo.com.br >.

Surge então para o direito, com a violação da intimidade daquele que se envolveu no fato em tempos pretéritos, a necessidade de se garantir a dignidade da pessoa humana através de métodos eficazes que possibilitem que os indivíduos consigam conviver em paz.

Num primeiro momento, será feita uma análise do direito à intimidade. Esse breve estudo se faz necessário e será a base para o que será visto na sequência. O direito à intimidade será tratado sob seu aspecto histórico. Necessário também é o estudo acerca do que atualmente é chamado de *revenge porn*, que, na tradução livre, está sendo chamada de pornografia da vingança. Feitos essas considerações, será abordado o direito ao esquecimento a fim de se detectar a sua aplicabilidade nos casos de violação do direito personalíssimo à intimidade.

2. METODOLOGIA

A pesquisa objetiva a realização de análise crítica acerca da aplicabilidade do direito ao esquecimento como remédio nos casos de violação do direito à intimidade por meio de *revenge porn*, à luz da doutrina atual e da legislação, forte, ainda, na teoria civilista específica que enquadra o direito ao esquecimento nos direitos da personalidade, mais precisamente como um desdobramento do direito à intimidade, protegido constitucionalmente e pela legislação ordinária. A abordagem a ser efetuada será a lógico-dedutiva, com ênfase para o uso da documentação indireta, precipuamente a legislação e doutrina.

3. DESENVOLVIMENTO

Pode-se afirmar que a intimidade é quase tão antiga quanto o homem. Não existia na Grécia Antiga um direito à intimidade, muito embora filósofos como Platão defendessem a existência de uma esfera privada do indivíduo. Em Roma, a intimidade chegou a ter uma conotação negativa. Somente na lei hebraica é que se conseguiu encontrar o que seria a mais antiga estipulação legaldo que hoje chamamos de direito à intimidade. O *Talmud*⁵⁴¹ proibia as construções de janelas de onde o indivíduo pudesse ver o que se passava na casa de seu vizinho⁵⁴².

O direito à privacidade foi consagrado no século XVI em muitos ordenamentos jurídicos alienígenas, em especial nos Estados Unidos da América (EUA), com a promulgação da sua Constituição, chamada de *Bill of Rights*, onde, na sua Quarta Emenda⁵⁴³, foi garantido o direito à inviolabilidade das pessoas, casas e documentos em investigações⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ Talmud é um complemento da Bíblia. Preenche as lacunas e explica as leis da Torá. Além disso, inclui histórias e ditos que tanto direta quanto alegoricamente oferecem a filosofia e sabedoria do Judaísmo. (STUDENT, G. **O que é o Talmud?**. Disponível em: <<http://www.chabad.org.br/biblioteca/artigos/talmud/home.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁵⁴² RAMOS, B. L. *apud* ALTO, L. T. S. M. A proteção dos direitos de personalidade nas relações de vizinhança: direito à intimidade e vida privada e direito ao sossego. In: MIRANDA, J.; RODRIGUES JUNIOR, L. O.; FRUET, G. B. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 412.

⁵⁴³ Amendment V: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval

Muito embora tenha havido uma evolução histórica do direito à intimidade, autores denotam que a sua origem encontra-se nos EUA:

[...] parece indiscutível que verdadeiramente a origem do direito à intimidade da vida provada situa em 1890, nos Estados Unidos da América, e num artigo incluído na Harvard Law Review, da autoria do Advogado Samuel Warren e do seu colega de escritório Louis Brandeis, o qual mais tarde viria a ser juiz do Supremo Tribunal Federal. [...] Nele, Warren e Brandeis defenderam que a commonlaw teria evoluído da proteção da personalidade física, para a tutela dos pensamentos, emoções e sensações do indivíduo⁵⁴⁵.

No referido artigo, Warren e Brandeis analisaram se a lei existente oferecia uma segurança que pudesse ser utilmente invocada para proteger a privacidade do indivíduo⁵⁴⁶ e sua escrita teria sido motivada pelo destaque que os jornais da cidade de Boston davam à vida social da esposa de Samuel. Anderson Schreiber informa que tal motivação explica o carácter individualista que o direito à privacidade assumiu no artigo, sendo inclusive apresentado como um "direito a der deixado só" (*right to be alone*)⁵⁴⁷.

Lívia Tognolo da Silva Monte Alto⁵⁴⁸ informa que muito embora o artigo escrito por Warren e Brandeis tenha sido publicado em 1890, foi somente em 1905 que o Supremo Tribunal do Estado da Geórgia reconheceu o direito à privacidade ao julgar o caso Pavesichv. New England Life Insurance Co., nesse caso, o artista Paolo Pavesich processou o jornal local que publicou sua foto em um de seus anúncios.

No anúncio a foto do autor foi vinculada a frase "Faça isso agora. O homem que fez." dando a entender que Pavesich havia contratado um seguro com a New England Mutual Life InsuranceCo., a outra foto representava alguém que não havia contratado o seguro, apresentando a seguinte frase "Faça enquanto você pode. O homem que não fez."

forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation". Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁵⁴⁴ GAMIZ, M.S. F. **Privacidade e intimidade**: doutrina e jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2012. p. 22.

⁵⁴⁵ CABRAL *apud* ALTO, L. T. S. M. A proteção dos direitos de personalidade nas relações de vizinhança: direito à intimidade e vida privada e direito ao sossego. In: MIRANDA, J.; RODRIGUES JUNIOR, L. O.; FRUET, G. B. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 413.

⁵⁴⁶ WARREN, S. D; BRANDEIS, L. D. The right of privacy. **Harvard Law Review**, n. 5, 15 dez 1890, v. 4. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2>. Acesso em: 04 ago. 2014.

⁵⁴⁷ SCHREIBER, A. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 134.

⁵⁴⁸ ALTO, L. T. S. M. A proteção dos direitos de personalidade nas relações de vizinhança: direito à intimidade e vida privada e direito ao sossego. In: MIRANDA, J.; RODRIGUES JUNIOR, L. O.; FRUET, G. B. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 414.

O estado da Geórgia tornou-se o primeiro a reconhecer o direito à privacidade quando concedeu à Pavesich US \$ 25.000 em danos pessoais devido à invasão⁵⁴⁹. Clemons comenta que o tribunal, depois de uma análise exaustiva da lei sobre a questão, precisou voltar ao direito romano para encontrar precedentes, para sustentar que no caso havia um direito à privacidade⁵⁵⁰.

Já no século XX, num contexto pós-Segunda Guerra Mundial, a preocupação com a privacidade era principalmente em decorrência dos abusos contra os direitos humanos e atingiu patamares internacionais quando a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do artigo XII⁵⁵¹ da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.02.1948, recomendou aos seus Estados-membros que nenhum indivíduo deveria ser submetido à violação de sua vida privada⁵⁵².

A Itália nesse período sentiu as primeiras manifestações da indiscrição ilícita quando da tentativa de publicação seriada dos amores de Benito Mussolini e Claretta Petacci, *Il grande amore*, e da exibição de dois filmes: *Caruso, leggenda di una voce* e *Il grande Caruso*. Tanto na publicação seriada dos amores do ditador italiano quanto nos filmes, a Justiça Italiana entendeu que mesmo se tratando de pessoas célebres deve-se respeitar o segredo de sua vida privada e que a reprodução de imagem de pessoa célebre sem o seu consentimento é ilícita.⁵⁵³ Já na década de 1960 havia quem não desse importância ao tema por entender que o assunto só protegeria pessoas públicas. Alberto Trabucchi⁵⁵⁴, Professor de Direito Civil na Universidade de Pádua escreveu que percebia o direito à intimidade como algo interessante, mas que tal direito não merecia importância, já que essa proteção

⁵⁴⁹Pavisich v. New England Life Insurance Co. Disponível em: <http://readingnewengland.org/app/books/righttoprivacy/popups/popup_Pavesich.html>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁵⁵⁰ "The court, after an exhaustive analysis of the law on the question wherein it goes back to the Roman law to find precedents, holds that there is a right of privacy" Tradução livre do autor. (CLEMONS, L. S. The Right of Privacy in Relation to the Publication of Photographs. **Marquette Law Review**. v. 14.4 de junho de 1930. p.196. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4161&context=mulr>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁵⁵¹ Declaração Universal dos Direitos do Homem: Artigo XII: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques." (Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁵⁵² COMPARATO apud GAMIZ, M.S. F. **Privacidade e intimidade**: doutrina e jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2012. p. 21-22

⁵⁵³ COSTA JR, P. J. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 71-72.

⁵⁵⁴ "Desde luego que es muy interesante el derecho a la "reserva", que proteja frente a las indiscreciones ajenas; no existe nada semejante en nuestro derecho, lo que por lo demás no ostenta especial importancia, puesto que, aparte de que esa peculiar protección ampararía a un grupo reducido de expuestas al rumor popular -v. g., personas públicas-." Tradução livre do autor. (TRABUCCHI, A. **Instituciones de Derecho Civil**. vol. 1. 15. ed. Madrid: Revista Derecho Privado. 1967. p. 109.)

só ampararia um grupo reduzido de pessoas, necessariamente públicas e expostas a boatos e rumores.

No Brasil, o Direito à Intimidade, tem amparo no Código Civil⁵⁵⁵ e é igualmente assegurado pela Constituição da República⁵⁵⁶ que incluiu entre as garantias fundamentais, a proteção da "intimidade" e da "vida privada", esclarecendo que a proteção do indivíduo abrange estes aspectos. A escolha do legislador tem fundamento no desenvolvimento legislativo, histórico e doutrinário moderno. Nela repercute, por exemplo, a doutrina de Hubmann, constantemente citada, que utiliza um diagrama de esferas concêntricas para representar os distintos graus de manifestação da privacidade⁵⁵⁷

Hubmann, em íntima relação com a filosofia dos valores, tem como ponto de partida a personalidade num ambiente ético, fundando nesse conceito três elementos característicos: a dignidade humana (*Menschenwurde*), a individualidade (*Individualiat*) e a pessoalidade (*Personalitat*)⁵⁵⁸.

No diagrama tem-se que a esfera da vida privada afasta de terceiros somente alguns aspectos específicos, no entanto é a mais ampla permitindo a esses terceiros o acesso a diferentes contextos da vida do indivíduo. A segunda esfera tem por característica ser mais confidencial, dando acesso apenas a indivíduos com quem as relações pessoais são mais intensas, logo é a esfera doméstica de convivência. A terceira esfera é a esfera do segredo, mais fechada e restrita, abrangendo a reserva, o sigilo, as mais profundas manifestações espirituais da pessoa. É o último e inviolável âmbito da liberdade humana. Correlaciona-se com a intimidade⁵⁵⁹.

Maria Helena Diniz⁵⁶⁰ comenta que a proteção à vida privada no Brasil se manifesta como: inviolabilidade de domicílio, de correspondência e comunicação telefônica; liberdade de locomoção e associação e de exercício do trabalho; relativa proibição da publicidade de atos processuais. Sobre tal direito Carlos Roberto Gonçalves leciona que:

A proteção à vida privada visa resguardar o direito das pessoas de intromissões indevidas em seu lar, em sua família, em sua correspondência, em sua economia etc. O direito de estar só, de se isolar, de exercer as suas

⁵⁵⁵ CC/02. Art. 21: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato contrário a esta norma".

⁵⁵⁶ CR/88 art. 5. 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;

⁵⁵⁷ DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 108.

⁵⁵⁸ BELTRÃO, R. S. **Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil**. Atlas: São Paulo. 2005. p. 98.

⁵⁵⁹ CONSALTER, Z. M. Responsabilidade civil por danos causados a intimidade via internet. **Rivista Diritto&Diritti**. p. 13. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/30981-responsabilidade-civil-por-danos-causados-a-intimidade-via-internet>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁵⁶⁰ DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 1, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137.

idiossincrasias se vê hoje, muitas vezes, ameaçado pelo avanço tecnológico, pelas fotografias obtidas com teleobjetivas de longo alcance, pelas minicâmeras, pelos grampeamentos telefônicos, pelos abusos cometidos na Internet e por outros expedientes que se prestam a esse fim⁵⁶¹.

Autores como Pablo Stolze Gagliano, Pamplona Filho e Fabio Ulhoa Coelho nomeiam esse direito como Direito à Privacidade. Bittar chega a comentar sobre as variadas formas de denominação:

Diferentes denominações tem recebido esse direito, desde "right of privacy" ou "right to be alone" (no direito anglo-norte-americano); "droit à la vie privée" (francês); "diritto alla riservatezza" (italiano); "derecho a la esfera secreta" (espanhol); "direito de estar só"; "direito a privacidade" e "direito ao resguardo"⁵⁶²

A cada indivíduo corresponde um conjunto de informações e algumas são públicas, as demais são informações privadas e cada indivíduo tem o direito de manter reservadas essas informações. Este é o direito à privacidade.⁵⁶³ Para Silvio Romero Beltrão tal direito "leva em consideração a autonomia da pessoa humana como a liberdade de tomar decisões sobre assuntos íntimos revela-se como garantia de independência a inviolabilidade da pessoa"⁵⁶⁴.

O avanço tecnológico que influenciou o Direito à imagem também influenciou o Direito à Privacidade. Podemos mencionar, por exemplo, os atentados à intimidade e à vida privada por meio da Internet⁵⁶⁵. Consoante a isso, Mario Sérgio de Freitas Gamiz⁵⁶⁶ afirma que a partir da década de 1980 a ameaça à privacidade ganhou novos contornos com a popularização da internet, onde se inaugurou uma nova forma de comunicação, na qual a exposição de dados pessoais cresceu de forma avassaladora e preocupante. Sobre o avanço tecnológico, Carlos Alberto Bittar comenta que:

Esse direito vem assumindo, paulatinamente, maior relevo, com a continua expansão das técnicas de comunicação, como defesa natural do homem contra as investidas tecnológicas e a ampliação, coma necessidade de locomoção, do circulo relacional do homem, obrigando-o à exposição permanente perante públicos os mais distintos, em seus diferentes trajetos,

⁵⁶¹ GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. vol. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 204.

⁵⁶² BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006. p. 110.

⁵⁶³ COELHO, F. U. **Curso de direito civil**. vol.1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 207.

⁵⁶⁴ BELTRÃO, R. S. **Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil**. Atlas: São Paulo, 2005. p. 129.

⁵⁶⁵ GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. vol. 1, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 207.

⁵⁶⁶ GAMIZ, M.S. F. **Privacidade e intimidade: doutrina e jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 22.

sociais, negociais ou de lazer⁵⁶⁷.

Nesse contexto de pós-modernidade Marvin Grosswith, analisando a invasão de privacidade, admite o fim da era dos segredos, visto que os detalhes de nossa vida estão quase todos arquivados e à disposição de todos: empregados, consumidores, bancos, lojas de crédito, ex-esposas, etc.⁵⁶⁸

Uma forma de violação do direito à intimidade que se vivencia atualmente é a chamada "*Revenge Porn*", onde indivíduos, baseados em uma relação de confiança anteriormente estabelecida e com o fim de um relacionamento, expõe na *internet* fotos e/ou vídeos íntimos de seus parceiros sem o seu consentimento.⁵⁶⁹

Em 2013, a adolescente Júlia Rebeca anunciou sua morte nas redes sociais. O motivo seria a divulgação de um vídeo íntimo onde a jovem aparecia se relacionando sexualmente com outras pessoas, o vídeo se espalhou na internet por meio do *WhatsApp*⁵⁷⁰.

É certo afirmar que Júlia foi vítima da chamada pornografia da vingança, é certo também afirmar que a nossa legislação não possui meios coercitivos a fim de impedir tal prática. Nesse sentido, o Deputado Federal, pelo RJ, Romário, apresentou um projeto de lei, tipificando a conduta de exposição e divulgação de material com conteúdo íntimo sem autorização. Segundo o Deputado Federal:

A prática é popularmente conhecida como "pornografia de vingança" e ainda não há no Código Penal uma norma específica sobre a conduta. Com isso, as autoridades enquadram o ato como difamação ou injúria, que possuem pena branda para a gravidade do crime.⁵⁷¹

O projeto de lei visa o acréscimo de um artigo ao Código Penal, com a fim de tipificar a conduta de divulgação de fotos ou vídeos com cena de nudez ou ato sexual sem autorização da vítima, culminando uma pena de detenção, de um a três anos, e multa. A pena será de um terço se o crime foi cometido com a finalidade de vingança e também será verificado se o disseminador do conteúdo mantinha uma relação afetiva com a vítima. A idade da vítima também será levada em

⁵⁶⁷ BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006. p. 111.

⁵⁶⁸ GROSSWITH, M. *apud* CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 535.

⁵⁶⁹ **ABOUT Revenge Pornography**. Disponível em: <<http://www.endrevengeporn.org/>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁵⁷⁰ **Vídeo íntimo vaza no WhatsApp e menina se mata no Piauí**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/fotos/video-intimo-vaza-no-whatsapp-e-menina-se-mata-no-piaui-21112013#!/foto/1>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁵⁷¹ **Pornografia de Vingança**. Disponível em: <<http://www.romario.org/portfolio/all/pornografia-de-vinganca/>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

consideração, uma vez que, tendo a vítima idade inferior a 18 anos a pena será aumentada da metade. Se com a divulgação do conteúdo, a vítima sofreu prejuízo de ordem patrimonial, o agente ficará sujeito a indenizar a vítima. Por fim, se o crime for cometido por meio da Internet, na sentença penal condenatória, o juiz aplicará também pena impeditiva de acesso às redes sociais ou de serviços de e-mails e mensagens eletrônicas pelo prazo de até dois anos, de acordo com a gravidade da conduta⁵⁷².

Diferente do projeto de lei nº 6630, o Marco Civil da Internet, já aprovado, não cria um tipo penal, mas dá meios para a investigação e punição, obrigando os provedores de conteúdo – sites, redes, blogs e aplicativos – a guardar os registros de acesso dos usuários por seis meses. Os dados devem ser preservados em ambiente controlado e de segurança⁵⁷³.

Assim, uma foto feita em um momento de intimidade pode se disseminar por meio das redes sociais com rapidez. Fatos anteriormente praticados, e até já esquecidos, podem ser resgatados e inseridos na internet, vindo a causar novos danos. Quem pretende ir à Justiça com a intenção de apagar essas marcas negativas do passado pode invocar o chamado “direito ao esquecimento”⁵⁷⁴.

A preocupação da doutrina brasileira com o tema do direito ao esquecimento foi manifestada na VI Jornada de Direito Civil, em que se aprovou enunciado com o seguinte texto:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos,

⁵⁷²BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Nº 6630 que acrescenta artigo ao Código Penal, tipificando a conduta de divulgar fotos ou vídeos com cena de nudez ou ato sexual sem autorização da vítima e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=B0754152BB9C377C545F2C3A15451539.proposicoesWeb2?codteor=1166720&filename=PL+6630/2013>. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁵⁷³**Pornografia da vingança: Marco Civil da Internet facilita punição e obriga sites a tirar vídeos íntimos do ar.** Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2014/03/28/pornografia-da-vinganca-marco-civil_n_5052468.html>. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁵⁷⁴**Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

ais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.⁵⁷⁵

Pode-se entender o direito ao esquecimento como um desdobramento do direito personalíssimo à intimidade⁵⁷⁶, logo, tal direito encontra-se inserido na disciplina de proteção à privacidade, cuja tutela, em aspectos gerais, é extraída dos artigos 5º, X, XI e XII, da Constituição da República e 21 do Código Civil e, em termos mais amplos, o direito ao esquecimento permite que a pessoa exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição⁵⁷⁷.

Nesse sentido, em 2014 a Google foi obrigada a eliminar a ligação entre o nome de Mario Costeja González e o anúncio publicado no jornal *La Vanguardia* em 1998 pelo Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais espanhol. Mario Costeja González exigiu que fosse eliminada a referência ao tal anúncio, que aparecia nos resultados das pesquisas no Google quando se digitava o seu nome, alegando que estava a ser infringido o direito à privacidade⁵⁷⁸.

Extrai-se do caso acima que é possível ao indivíduo ter seus dados eliminados dos sistemas de busca de sites especializados. Nesse sentido, o direito ao esquecimento garante ao indivíduo, que sofre violação de sua intimidade, meios para se resguardar e restaurar sua dignidade.

4. CONCLUSÃO

Partindo-se do pressuposto da existência de proteção constitucional e legal à intimidade e, considerando-se que no seu conceito pode-se incluir o direito do indivíduo de ver-se livre do seu passado, caso isso lhe traga prejuízos morais e/ou materiais, há que se reconhecer a possibilidade da aplicabilidade do direito ao esquecimento para assegurar a dignidade da pessoa humana nos casos de pornografia da vingança.

Tal medida visaria à obrigação dos provedores de internet de eliminar qualquer informação introduzida na internet contendo, por exemplo, o nome da vítima, menção as fotos e vídeos e até mesmo as próprias fotos e vídeos íntimos. Com isso, se espera que o interesse dos indivíduos em disseminar tal conteúdo diminua.

REFERÊNCIAS

ABOUT Revenge Pornography. Disponível em: <<http://www.endrevengeporn.org/>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁵⁷⁵ JORNADA DE DIREITO CIVIL, VI. Brasília, 2013. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁵⁷⁶ RISSETTI, V. R. A Violação do Direito ao Esquecimento em Reportagem Jornalística: O Recurso Especial Nº 1334097 - RJ. IV **Simpósio Jurídico dos Campos Gerais**; 2013; Ponta Grossa, Brasil.

⁵⁷⁷ BUCAR, D. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Revista Eletrônica de Direito Civil**. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>>.. Acesso em: 15 ago. 2014. p. 10-11.

⁵⁷⁸ HENRIQUES, J. G. "Direito ao esquecimento" esquece o quê: privacidade ou liberdade de expressão? Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/direito-ao-esquecimento-esquece-o-que-privacidade-ou-liberdade-de-expressao-1637145>>. Acesso em: 10 set. 2014.

ALTO, L. T. S. M. A proteção dos direitos de personalidade nas relações de vizinhança: direito à intimidade e vida privada e direito ao sossego. In: MIRANDA, J.; RODRIGUES JUNIOR, L. O.; FRUET, G. B. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012

BELTRÃO, R. S. **Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil**. Atlas: São Paulo. 2005.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Nº 6630 que acrescenta artigo ao Código Penal, tipificando a conduta de divulgar fotos ou vídeos com cena de nudez ou ato sexual sem autorização da vítima e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B0754152BB9C377C545F2C3A15451539.proposicoesWeb2?codteor=1166720&filename=PL+6630/2013>. Acesso em: 15 ago. 2014.

BUCAR, D. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Revista Eletrônica de Direito Civil**. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

CLEMONS, L. S. The Right of Privacy in Relation to the Publication of Photographs. **Marquette Law Review**. v. 14.4 de junho de 1930. p.196. Disponível em <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4161&context=mulr>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

COELHO, F. U. **Curso de direito civil**. vol.1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSALTER, Z. M. Responsabilidade civil por danos causados a intimidade via internet. **Rivista Diritto&Diritti**. p. 13. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/30981-responsabilidade-civil-por-danos-causados-a-intimidade-via-internet>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

COSTA JR, P. J. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 01 ago. 2014.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 1, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ENUNCIADO trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>. Acesso em: 15 ago. 2014

ENUNCIADOS aprovados na vi jornada de direito civil. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-COEDi/jornadas_cej/VIJornada.pdf/at_download_file>. Acesso em: 15 ago. 2014.

GAGLIANO.P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. vol. 1, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMIZ, M.S. F. **Privacidade e intimidade**: doutrina e jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2012.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. vol. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HENRIQUES, J. G. “**Direito ao esquecimento**” **esquece o quê**: privacidade ou liberdade de expressão? Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/direito-ao-esquecimento-esquece-o-que-privacidade-ou-liberdade-de-expressao-1637145>>. Acesso em: 10 set. 2014.

PAVISICH v. New England Life Insurance Co. Disponível em: <http://readingnewengland.org/app/books/righttoprivacy/popups/popup_Pavesich.html>. Acesso em: 01 ago. 2014.

PORNOGRAFIA da vingança: Marco Civil da Internet facilita punição e obriga sites a tirar vídeos íntimos do ar. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2014/03/28/pornografia-da-vinganca-marco-civil_n_5052468.html>. Acesso em: 15 ago. 2014.

PORNOGRAFIA de Vingança. Disponível em: <<http://www.romario.org/portfolio/all/pornografia-de-vinganca/>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

RISSETTI, V. R. A Violação do Direito ao Esquecimento em Reportagem Jornalística: O Recurso Especial Nº 1334097 - RJ. IV **Simpósio Jurídico dos Campos Gerais**; 2013; Ponta Grossa, Brasil.

SCHREIBER, A. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STUDENT, G. **O que é o Talmud?**. Disponível em: <<http://www.chabad.org.br/biblioteca/artigos/talmud/home.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

THE CHARTERS of Freedom: Amendment V. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 01 ago. 2014.

TRABUCCHI, A. **Instituciones de Derecho Civil**. vol. 1, 15. ed. Madri: Revista Derecho Privado. 1967.

VÍDEO íntimo vaza no WhatsApp e menina se mata no Piauí. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/fotos/video-intimo-vaza-no-whatsapp-e-menina-se-mata-no-piaui-21112013#!foto/1>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

WARREN, S. D; BRANDEIS, L. D. The right of privacy. **Harvard Law Review**, n. 5, 15 dez 1890, v. 4. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2> Acesso em: 04 ago. 2014.

CAPÍTULO 4

Garantismo e sistema criminal

CRIMINALIDADE INFANTIL E POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTENÇÃO

Christian Del Anhol⁵⁷⁹ e Alencar Frederico Margraf⁵⁸⁰

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Garantismo e Sistema Criminal

RESUMO

Tendo em vista os constantes “escândalos” causados pela mídia por atos praticados por menores infratores, a presente pesquisa aborda o que hoje garante proteção integral a Criança e ao Adolescente, prescrito através do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Procura-se averiguar o que leva muitos jovens a cometerem crimes e a visão da sociedade frente a estes acontecimentos. A função do Sistema Nacional de Atendimento Sócio-Educativo (SINASE). Além de diagnosticar o problema em um sistema falido dentro das Políticas Públicas, voltando-se para a medida socioeducativa mais branda, ou seja, a internação de adolescentes em centros sócio-educativos, para entender o porquê são conhecidas como “faculdade do crime”.

Palavras-chave: Menor infrator, Estatuto da criança e do adolescente, Faculdade do crime.

ABSTRACT

Given the constant "scandals" caused by the media for acts committed by juvenile offenders, this research addresses what today ensures full protection Children and Adolescents, prescribed by the Statute of Children and Adolescents (ECA). It seeks to ascertain what leads many young people to commit crimes and society's views toward these events. The function of the National System of Socio-educational (SINASE). Besides diagnosing the problem in a bankrupt within the public policy system, turning to the socio milder measure, ie, the admission of adolescents in socio-educational centers to understand why they are known as "college of crime".

Key-words: Juvenile offender, Statute of children e adolescents, College of crime.

⁵⁷⁹ Bacharelando em Direito pela Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB – Paraná. Policial Militar do Estado do Paraná. E-mail para contato: christiandelanhol1@hotmail.com.

⁵⁸⁰ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busatto de Ensino. Pós-Graduado *latu senso*, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professor Pesquisador na Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB/PR. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

1. INTRODUÇÃO

Na medida em que a sociedade se desenvolve e o Estado passa a descumprir com inúmeras diretrizes constitucionais, a insatisfação com o sistema vivido transformasse em conflitos sociais e urbanos, sendo o cometimento de ilicitudes o principal sintoma de uma sociedade desequilibrada.

A sociedade brasileira tem sofrido inúmeras mudanças, seja em plano normativo, quanto econômico-político, os quais refletem dia após dia nos cidadãos brasileiros, uma vez que, o desequilíbrio social e econômico proporcionado pelas referidas mudanças tendem a fomentar a criminalidade. Infelizmente o cometimento de ilícitos deixou de ser algo apenas visível para quem atingiu a maioridade. Na tentativa de frear o avanço da criminalidade infantil, criou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente e outros projetos de inclusão social e de políticas públicas para garantir o ideal desenvolvimento das crianças e dos adolescentes.

A forma de tratamento de crianças e adolescentes passou a ser obrigação do Estado a partir da Constituição Federal de 1988, o qual considerou estes menores como cidadãos portadores de direitos e merecedores de cuidados especiais, pois se tratam de pessoas em desenvolvimento.

Tendo em vista a regulamentação em um regulamento específico, se faz necessário analisar os direitos e deveres impostos por este estatuto às crianças e adolescentes, para, por fim, compreender se tais cuidados são suficientes para frear a crescente criminalidade.

2. METODOLOGIA

Foram utilizados para a elaboração desta presente pesquisa, embasamentos em artigos científicos e experiências vivenciadas no decorrer do dia-a-dia em exercício de minha profissão.

Com o objetivo de realizar questionamentos acerca dos motivos que levam a criança e adolescentes praticar atos infracionais, as formas de sanções impostas após os atos cometidos visando a ressocialização destes menores infratores, dando foco principal para a internação em centros socioeducativos e as formas de tratamento destes jovens nestas localidades; analisar o sistema fálil que “pune” ao invés de educar e o papel do Estado Democrático de Direito diante de tais fatos.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. Teorias Criminológicas

As Teorias criminológicas tiveram suas origens no século XIX, no qual inúmeras pessoas (jornalistas, penalistas, sociólogos e filósofos), revoltados com a criminalidade que estava assolando a sociedade, passaram a pesquisar os motivos que levavam as pessoas a atuarem contrariamente à lei. Muitos destes estudiosos

criaram teorias na busca de uma explicação para a crescente prática de condutas ilícitas.

As teorias criadas são de real importância para o tema e para a formação de uma ideologia, no qual se demonstra que não basta estudar apenas o crime após sua ocorrência, mas devem-se analisar todas as causas e circunstâncias que influenciaram aquela pessoa a cometer uma conduta irregular.

A Teoria Ecológica ou da Transmissão Diferencial, destinou-se aos estudos das grandes cidades, como se fossem um “organismo vivo” que auxilia no nascimento da delinquência social (GARCÍA-PABLO DE MOLINA, 1997, p. 245). Isso porque dentro de uma cidade existem várias zonas, áreas completamente distintas uma das outras, não apenas quanto à distribuição de renda, mas principalmente em relação às variações culturais e aos costumes existentes em cada área.

GARCÍA-PABLO DE MOLINA (1997, p. 246) relata que no início do século XX, três jornalistas, Robert Park, Ernest Burges e Mckenzie, publicaram a obra “*The Growth of the City*”, que relatou o crescimento exagerado e sem planejamento da cidade de Chicago. As grandes indústrias e os prósperos comércios foram as principais causas da imigração dos povos que buscavam emprego para sustentar ou para melhorar a situação financeira da família. Dessa forma chegaram à conclusão que a criminalidade iniciava, devido à desorganização social e na deficiência do estado em fornecer os meios necessários para que as pessoas menos favorecidas atingissem seu ideal de vida.

Clifford Shaw e Henry Mckay, contribuíram para elaboração da Teoria ecológica, no entanto, acreditavam que a criminalidade estava presente próxima das zonas industriais e dos comércios, onde a falta de infraestrutura era maior do que nas demais áreas existentes nos grandes centros (GARCÍA-PABLO DE MOLINA, 1997, p. 247). Com essa pesquisa, concluíram que a delinquência decorre dos aspectos e do meio social em que as pessoas estão inseridas. Se o indivíduo reside ou frequenta locais (zonas) onde os aspectos favoráveis à criminalidade sejam superiores aos desfavoráveis, a lógica será que esse indivíduo acabe recebendo maiores influências tendentes ao cometimento de ilícitos penais. Segundo Jason Albergaria (1999, p. 123), Shaw e Mckay haviam concluído que a delinquência era transmitida de uma pessoa para outra através dos contatos pessoais, mas pecavam por não saberem explicar como era realizada esta transferência.

Vê-se que a Teoria Ecológica ou da Transmissão Diferencial foi e é importante para a sociedade, pois demonstrou que a deficiência do desenvolvimento social e da organização urbana (ALBERGARIA, 1999, p. 122) acarreta diretamente na formação de um estado propício à criminalidade, vez que o meio geográfico, influencia os seres humanos na elaboração da cultura e costumes locais (GARCÍA-PABLO DE MOLINA, 1997, p. 260).

Surgiram novos pensadores, e com eles novas teorias; teorias estas que estavam sempre ligadas aos estudos já realizados anteriormente, não sendo descartado nenhum dado referente à criminologia. Posteriormente à teoria do Conflito Cultural, surgiu a Teoria Estrutural-Funcionalista ou da Anomia, desenvolvida por Emile Durkheim, tendo seus estudos aprofundados por Robert Merton. Eles defendiam que o crime além de ser normal, era revestido de uma importância para a sobrevivência da sociedade, devido a sua funcionalidade para o sistema. Era normal, pois não derivava de uma patologia, quer individual, quer

social; o crime era consequência certa do desenvolvimento social e da cultura popular local.

Durkheim, por meio de suas obras (*“Las reglas del método”, “El suicidio” e “De la división del trabajo social, estudio sobre la organización de las sociedades superiores”*), concluiu que o crime não poderia ser extraído de uma sociedade se as condutas, ditas normais, continuassem sendo determinadas por lei, pois, as regras são elaboradas por uma classe dominante, os quais selecionam várias condutas praticadas pelas classes inferiores e as consideram ilegais (HASSEMER; MUÑOS CONDE; 2001, P. 110-111).

Com isso, o crime não resultaria de uma patologia social ou pessoal, nem de uma desorganização social ou urbana, mas somente do desequilíbrio existente entre a estrutura cultural e a estrutura social fornecida à comunidade; podendo o ilícito ser praticado por qualquer pessoa, não importando a classe que pertença (BARATTA, 1999, p. 60).

A funcionalidade do delito é facilmente explicada por Alessandro Baratta (1999, p. 60), ao dizer que “o delito, provocando e estimulando a reação social estabiliza e mantém vivo o sentimento coletivo”. O delito, além de iniciar futuras mudanças sociais, pode também interferir no pensamento coletivo, fazendo com que sejam antecipadas novas concepções.

3.2. Aplicação das Teorias Criminológicas

As Teorias Criminológicas surgiram de acordo com as buscas realizadas pelos estudiosos do século passado, que pretendiam encontrar uma explicação lógica para a crescente criminalidade juvenil. Para melhor resultado é necessário a aplicação de todas as teorias em conjunto e não separadamente, que tornariam os resultados incompletos e imprecisos, mas ao analisá-las com um todo, percebe-se que a delinquência poderá ser resolvida como um tratamento menos repressivo.

No Brasil republicano ocorreu um grande fluxo migratório, principalmente de europeus, que ansiavam por um local onde lhes proporcionassem uma renda que suprisse as necessidades do dia-a-dia. Quando chegara nos grandes centros depararam com uma população imensa de desempregados, que além dos europeus, existiam brasileiros vindos de outros Estados também em busca de uma vida melhor.

A falta de infraestrutura, a desorganização social e o desemprego, foram os principais resultados desse fato histórico ocorrido com o Brasil. Com a população carente do apoio governamental, essas pessoas tiveram que buscar outros meios para atingir suas metas. É nesse ponto que se percebe a aplicação da Teoria Ecológica ou da Transmissão Diferencial, pois os jovens passaram a agir ilicitamente quando perceberam que jamais alcançariam seus objetivos se dependessem dos meios oferecidos pela estrutura social.

Foi através desta Teoria que se verificou a importância de investimentos tendentes ao desenvolvimento social e na organização urbana, facilitando o convívio e diminuindo as barreiras impostas às classes menos favorecidas. No Brasil não são assegurados às crianças e os adolescentes as condições mínimas de alimentação, educação, lazer e saúde, por essa razão que a maioria, cerca de 60 % dos crimes praticados por menores, são de furto e roubo.

Esses crimes mostram claramente a influência do mercado capitalista, que através da imprensa e da cultura popular, fizeram com que as pessoas objetivem uma posição de destaque em sua comunidade.

A Teoria Conflitual Marxista mostra que os jovens de classe baixa são repudiados, excluídos das outras classes devido ao status que apresenta. Através da delinquência, eles podem ao menos apresentar uma imagem do que realmente gostariam ser, mas que na verdade não passa de uma proteção contra as agressões de uma sociedade materialista e capitalista.

Por essa razão que a Teoria Estrutural-Funcionalista diz ser o crime um fato normal dentro de uma sociedade. A normalidade da conduta é facilmente explicada ao verificar o tratamento, a educação, a alimentação, a saúde e o aprendizado profissionais fornecidos.

Percebendo a falta de incentivos dos governantes, Cloward criou a Teoria da Oportunidade Diferencial, que explicou que se fossem maiores as oportunidades fornecidas às classes pobres, menores seriam as possibilidades de escolherem o caminho do crime. Para conter a criminalidade infantil, basta maiores investimentos na área da educação (para formar o caráter da criança), da saúde (para um bom desenvolvimento) e profissional (para não ter que se socorrer aos meios ilegais), buscando a diminuição das influências favoráveis à delinquência.

Não ocorrendo investimentos nestas áreas, os jovens buscam na delinquência a solução de seus problemas, mas para cometer os ilícitos penais, o jovem necessita de uma aprendizagem. É indispensável que alguém demonstre o modo de fazer e os utensílios que facilitem o cometimento de determinadas infrações. A Teoria da Associação Diferencial esclareceu este ponto, que foi crucial para a elaboração de novas medidas de ressocialização dos menores infratores. Defendendo a não redução da maioridade penal, fará com que diminua a aprendizagem dos jovens, vez que não estarão em contato com indivíduos mais experientes do que eles.

Através dos ensinamentos trazidos por esta teoria é que percebesse a necessidade da permanência dos limites trazidos pelo Código Penal de 1940. Se ocorrer a redução da maioridade penal, além de proporcionar a superlotação das penitenciárias brasileiras, jamais ocorrerá a inclusão desses jovens na sociedade, pois, não será possível executar as medidas ressocializadoras devido às influências favoráveis ao crime recebida pelos menores dentro dos presídios.

As teorias anteriores objetivavam explicar a delinquência juvenil das classes pobres, mas com a teorias de Sutherland a atuação foi mais ampla, esclarecendo um ponto nebuloso que era o da existência de crimes praticados por integrantes de classes privilegiadas. Como já fora visto anteriormente, não é necessário um contato entre um criminoso e um não-criminoso, basta que ele receba influências incentivando a criminalidade, independentemente se ceio de um criminoso ou não.

As Teorias Criminológicas são de grande importância para compreender a crescente onda de infrações cometidas por crianças e adolescentes. Não se trata de um problema do direito Penal, mas de uma falha social, que se não for debatido e esclarecido acabará ocorrendo mudanças na lei que não resolverão o problema, quem sabe, dificultará ainda mais sua resolução.

Para resolver o problema da criminalidade infanto-juvenil é necessário investimento, ampliando a educação, saúde, emprego, enfim, aumentando as oportunidades para essas pessoas, e diminuindo os contatos favoráveis á delinquência.

Mas as Teorias Criminológicas da Delinquência Juvenil, não foram elaboradas somente para visualizar que a falha não é do Direito penal, e sim, da deficiência da estrutura social. Elas são necessárias também para aqueles casos em que o menor acabou optando pelo caminho do ilícito. Aqui, as teorias influenciam no tratamento do menor, para que ele não venha a reincidir novamente no mesmo erro.

As teorias demonstram que os menores não precisam de penas iguais aos adultos, mas de medidas sócio-culturais e educativas, que lhes possibilitem aprender uma profissão e alcançar suas estruturas culturais através de meios permitidos pela lei.

3.3. Críticas e Discussões Pessoais

A população brasileira vem sofrendo gradativamente com os atos praticados por crianças e adolescentes, que são considerados pela Constituição Federal como inimputáveis, devido à determinação trazida por seu artigo 228, no qual estabelece que “são inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial”.

A criminalidade que assombra a sociedade é fruto do sistema político, educacional e econômico em que vivemos, pois, em um país que 50% (cinquenta por cento) da população vivem abaixo da linha da pobreza, e outra parcela residem em favelas, é fácil perceber a causa, o nascedouro da criminalidade.

Entretanto, a mídia e leigos sobre o assunto, afirmam que a causa do problema é o Direito Penal, mais precisamente em relação à idade mínima fixada para a imposição de uma penalidade, pois, para eles, qualquer pessoa pode decidir qual conduta que deve ser praticada em determinada situação, detentor de perfeita noção do que é certo ou errado, do justo e do injusto, do moral e do imoral.

A partir deste ponto de vista, poder-se-ia diferenciar as duas possibilidades existentes: aqueles que tem plena noção da conduta que praticou, sabendo que aquela ação ou omissão foi a conduta correta, justa e lícita; em contra partida encontra-se aqueles que praticam uma ação ou omissão, mas que não tem a mínima idéia de que aquilo era errado, injusto e ilícito.

Parte da população brasileira clama por uma atuação intensiva, não importando o meio utilizado, e sim o fim esperado pelas novas imposições legais. Após inúmeros manifestos, os legisladores aprovaram uma Lei que aumentou a pena para determinados crimes, sendo ela chamada de Lei dos crimes Hediondos. Com a referida Lei, todos esperavam que os índices destes crimes diminuíssem devido ao temor que, supostamente, os delinquentes teriam das penalidades que lhes seriam impostas. Ficou notório que este temor não ocorreu, vez que a prática desses crimes continuam a ocorrer e a crescer desordenadamente.

Atualmente a população e, principalmente, a imprensa, passaram a exigir de nossos legisladores uma alteração no artigo 228 da Constituição Federal, pretendendo reduzir a maioria penal. O fato mais interessante é que o desejo restringe-se apenas a uma redução da imputabilidade penal, mas não sabem em qual patamar que deverá ser fixado.

A simples redução da maioria, pelo fato da ocorrência de crimes bárbaros, revela o despreparo e a falta de estudos destas pessoas em matérias criminais, esquecendo assim séculos de aperfeiçoamentos sobre a Teoria do Crime e, principalmente, as Teorias Criminológicas da Delinquência Juvenil.

Na evolução do direito penal, a Culpabilidade tem uma notória importância quando se fala em Teoria do Delito e Teoria da Pena. Apesar de possuir uma história um tanto quanto jovem, pois, seus pilares foram fixados apenas no século XX, possui uma importância e indisponibilidade imensurável, chegando ao ponto de limitar e discriminar quem poderá ou não sofrer uma sanção penal, havendo, dessa forma, uma interferência direta no Poder Estatal de Punir.

Há muito tempo, aquele que praticava alguma conduta que era vista como irregular, contra os costumes do povoado, seria punido, na maioria das vezes, com mutilações e até mesmo com pena capital, sem qualquer possibilidade de reação. Tais penalidades não estavam previstas em lugar algum, seus aplicadores apenas seguiam os costumes locais, que consideravam essas agressões justas e normais.

Enquanto a aplicação da pena estava restrita aos integrantes do mesmo grupo, poder-se-ia dizer que elas eram proporcionais às condutas praticadas, mas na medida em que os contatos entre os clãs vizinhos passaram a serem mais intensos, iniciaram-se vários conflitos, e com eles a imposição de penalidades mais severas para integrantes de grupos diferentes.

Com a união das tribos a aplicação de uma pena deixou de ser da responsabilidade do grupo em que vive, ficando na pessoa do Rei, ou equivalente, tal encargo. Essa mudança, inicialmente, foi importante para a evolução do Direito Penal, pois, nela verifica-se a necessidade de uma pessoa neutra à causa para tomar a melhor decisão possível, mas isto não ocorria em virtude dos interesses dos monarcas em relação à determinadas causas.

Assim, as penalidades passaram a ser piores que na época tribal, vez que, os monarcas determinavam que as penas (mutilações, torturas e execuções) fossem realizadas em praças públicas, tudo para intimidar a população e evitar questionamentos ou futuros delitos.

Somente com o Iluminismo é que, destemidos estudiosos, passaram a questionar a forma de aplicação das penas, resultando ao que hoje chamamos de Culpabilidade, ora como elemento indispensável do crime, ora como princípio limitador de pena.

3.4. A Garantia da Proteção Integral a Criança e ao Adolescente

Durante muito tempo os menores não foram alvos dos estudos criminológicos, vez que a ocorrência de condutas irregulares era menos frequente. Com o aumento da população e da pobreza, as práticas de condutas ilícitas também tiveram um crescimento significativo, nos quais, além de adultos, figuram jovens como autores de tais atos.

No Brasil, o Direito Penal de Menores foi evoluindo lentamente, pois dependia dos estudos elaborados em países como Estados Unidos da América e Alemanha. O primeiro código brasileiro que se referiu à menores infratores foi o de Mello Mattos (Decreto-Lei 17.943-A de 12 de outubro de 1927) que fixou a imputabilidade penal em 14 (quatorze) anos, e considerava inimputáveis os menores de 09 (nove) anos. Para os jovens com idade superior à 09 (nove) anos, e inferior à 14 (quatorze) anos, era adotado o Sistema Biopsicológico da aferição da imputabilidade penal, para isso era necessário que o magistrado analisasse a possibilidade de o menor possuir ou não discernimento suficiente para entender a ilicitude da conduta praticada.

Em 1940 foi reformulado o Código Penal brasileiro através do Decreto 2.848 do dia 07 de dezembro, que fixou em 18 anos como a idade inicial para os jovens

passarem a responder pelos seus próprios atos, sendo dessa forma até os dias de hoje.

Durante as décadas de 50 e 60 do século passado, tempo em que aplicava os princípios do código de menor de Mello Mattos, ficou claro que se pretendia proteger o país, pois nessa época eram considerados infratores até mesmo aqueles menores que viviam nas ruas, sem terem cometido um ilícito penal, bastava estarem em uma “situação de risco ou irregular” para serem considerados delinquentes.

Foi indispensável a aplicação dos estudos realizados por diversos criminológicos e jornalistas (Sutherland, Merton, Durkheim, Cohen...) para a elaboração de um novo código penal de menores no Brasil, que foi aprovado no ano de 1979. Apesar de ocorrerem mudanças importantes (ex.: condenação diversa dos adultos), este código ainda tratava os menores como um doente que necessitava de tratamento. Foi assim, pois, com o golpe militar de 1964 se mantiveram os pensamentos positivistas e o ideal de proteger o país dos criminosos e daqueles que se encontravam nas zonas de risco.

Em 1990 foi promulgado no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), inspirada nos direitos e garantias fundamentais prevista pela Constituição Federal de 1988, passou a tratar os menores de 18 anos de forma diversa dos códigos anteriores. Com o Estatuto, aqueles que se encontravam até então na zona de risco passaram a ser tratados como “sujeitos de direitos”, não podendo sofrer qualquer tipo de represália ou discriminação.

Os primeiros direitos adquiridos foram os incorporados na Constituição Brasileira de 1988, no artigo 277 que diz o seguinte:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (CF, 1988).

Com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ficou previsto que as crianças e os adolescentes possuem proteção integral por parte do Estado. Esta proteção deve ser fiscalizada pelo Conselho Tutelar, possuindo autonomia e independência funcional.

Segundo o ECA, são considerados crianças os menores de 12 anos e adolescentes aqueles que possuem entre 12 e 18 anos. Este diploma legal, além de descrever os direitos e a proteção integral, também é responsável pela regulamentação das infrações cometidas por eles e as medidas socioeducativas passíveis de aplicação.

Segundo o artigo 101 do ECA há uma diferenciação no momento de aplicação das referidas medidas quando as infrações são praticadas por crianças ou por adolescentes.

Quando são as crianças as autoras dos atos infracionais, após a apreensão pela polícia e apresentadas ao Conselho tutelar ou à autoridade judiciária, serão

aplicadas as seguintes medidas: i) Encaminhamento aos pais ou responsáveis mediante termo de responsabilidade; ii) Orientação, encaminhamento e apoio temporários; iii) matrículas e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental; iv) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio a família, à criança e ao adolescente; v) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; vi) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; vii) abrigo em identidade; viii) colocação em família substituta.

Quando são os adolescentes os autores dos atos infracionais, são passíveis de responderem pelos seus atos através do cumprimento de medidas, as quais podem ser: i) advertência; ii) obrigação de reparar o dano; iii) prestação de serviços à comunidade, iv) liberdade assistida; v) inserção em regime de semiliberdade e vi) internação em estabelecimento socioeducativo (MONTE, 2011, p. 128).

As medidas serão encaminhadas pelo promotor e homologadas pelo juiz. Antes que o destino do infrator seja decidido o adolescente poderá ficar até 45 dias internado em um Centro de Internamento Provisório, e em caso de atos infracionais cometidos mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa, o juiz poderá decidir pela internação em estabelecimentos educacionais (ZANFRA, 2012, p. 12).

3.5. Políticas Públicas e a Causa dos “Menores Infratores”

Moreira e Queiroz (2005) relatam que intensas disparidades sociais geradoras de violência e de desrespeito aos direitos humanos, levam muitos jovens a escolherem o mundo da violência como principal referência identitária (apud MONTEIRO, 2009, p. 11).

Mesmo sendo considerados o “futuro da nação”, as crianças e adolescentes brasileiros, especialmente os de camadas menos favorecidas, vêem seus direitos fundamentais violados, vitimados por violência de todas as espécies, em situação de risco social e vulnerável às mazelas diversas (MONTE, 2011, p. 125).

Outros fatores podem ser analisados para a formação de menores infratores como traumas familiares, falhas educacionais e más companhias (SIQUEIRA, 1996, p. 162). Além de, na sua grande maioria, fazer o uso de drogas ilícitas como a maconha, o crack e a cocaína (MONTE, 2011, p. 126). Uma pesquisa sobre o Perfil do Adolescente Infrator realizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), afirma que 64% daqueles com menos de 18 anos que praticam atos infracionais graves confessaram fazer uso de substância ilícita (STUMPF, 2011, p. 22). Comprovando que muitos destes atos, como a prática roubos e furtos, são causados pela necessidade destes jovens em adquirir entorpecentes, muitas vezes por medo de subtraírem objetos de dentro da sua residência e os pais descobrirem

vão buscar através destes meios, dinheiro para comprar essas substâncias, daí a prática de atos infracionais por diferentes camadas.

Como indica os dados dos Fundos das Nações Unidas para infância (UNICEF, 2002), que a prática de infrações cometidas por adolescentes concentra-se em danos contra o patrimônio (cerca de 75%), sendo baixos os atentados contra a vida. (MONTE, 2011, p. 126). Assim, as políticas públicas surgem para solucionar os problemas enfrentados pela sociedade. Mas são as políticas socioeducativas que vão ser diretamente destinadas a adolescentes, visando a reinserção social e ao atendimento intensivo destes jovens, para que retornem à vida em família e à comunidade (Oliveira, 2000, p. 14, STUMPF, 2011, p.11).

Diante de todos os fatores levantados em questão mostra-se que muitas vezes quem deixa de fazer sua parte é o próprio Estado. Que para corrigir o descaso e abandono criam-se Políticas Públicas para demonstrar preocupação e atividade. Mesmo assim, na impossibilidade de corrigir tenta-se encobrir todo esse sistema, excluindo da sociedade essa pequena minoria, chamada, erroneamente, de “menores infratores”, que na realidade não passam de vítimas do próprio Estado.

Como órgão responsável pela fiscalização das medidas sócio educativas, temos o Sistema Nacional de Atendimento Sócio-Educativo (SINASE), o qual busca responder a questão de como devem ser enfrentadas as situações de violência que envolve adolescentes autores de atos infracionais ou vítimas de violação dos direitos, no cumprimento de medidas socioeducativas. É este órgão que vai estabelecer perfis de pessoas para trabalhar em unidades socioeducativas, como por exemplo, ter comprovado idoneidade moral e que sejam capazes de educar, mostrando compreensão e exigindo disciplina dos seus educandos, facilitando assim o seu processo socioeducativo (MONTE, 2011, p. 130).

Quando se trata de internamentos de adolescentes, constata-se diversas queixas por estes submetidos a medidas socioeducativas, dentre as quais estão relacionadas à superlotação, modo que são tratados pelos profissionais e as condições internas das unidades (MONTEIRO et al, 2011, p. 39). Muitas instituições responsáveis pela internação de adolescentes autores de atos infracionais mostram-se altamente ineficazes em exercer seu papel educativo. Não conseguem aplicar as propostas socioeducativas estabelecidas pelo ECA, funcionando como *escolas do crime*.

O internamento afigura-se como instrumento de controle e manutenção da ordem (SIQUEIRA, 1996, p. 165). Desta forma, passou a ser considerado algo coercitivo, aplicado em situações onde não há mais soluções, refletindo a ordem carcerária do Brasil, e que acaba por se tornar uma solução para a sociedade.

O que muitos centros Sócio-Educativos não entendem é que a educação difere da punição, pois na educação se oferece um âmbito propício para a

construção de conhecimentos e o desenvolvimento de competências, para se conviver sem entrar em conflito com a lei, enquanto na punição constitui-se basicamente o ato de excluir da sociedade (SANTOS; FEDEGER, 2008, apud MONTEIRO, 2011, p. 38).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há a necessidade de reconhecer que estes menores infratores, já foram prejudicados em todos os sentidos desde quando nasceram já tiveram seu emocional abalado, por possuírem pais que ao invés de aplicar o que está escrito no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere à proteção familiar, se negligenciaram de tal forma que o Estado em sua função teve que fazer isso de forma coercitiva. Mas não se pode tão somente colocar o tom de culpa aos pais, o Estado possui uma parcela nessa causa, pois deixou de cumprir sua parte, não dando a devida oportunidade, como por exemplo, a educação básica a estes menos favorecidos. Assim, os fatores que levaram a causa do cometimento de atos infracionais devem ser analisados de vários ângulos.

Sempre será colocada em questão a forma de tratamento imposta a menores infratores, isso se vale pelo fato de que a sociedade já considera uma causa perdida, até a própria instituição, a qual surge com o intuito de serem os “pais” que estes menores infratores nunca tiveram, os tratam como delinquentes irrecuperáveis e altamente perigosos. Os mais radicais dizem que há uma necessidade da diminuição da maioria penal, mas será esta a solução? Em uma sociedade onde se acusa primeiramente antes de rever as causas.

Ao analisar as medidas socioeducativas impostas a estes adolescentes nota-se que o objetivo é mostrar que aquele ato cometido é algo errado e a pena aplicada é uma forma de sanção pelo ocorrido, jamais sendo encarada como uma punição.

Diante disso essa ressocialização necessita como forma de esperança, que esses adolescentes enquanto em internatos, sejam tratados de forma especial, um método a ser utilizado seria que eles próprios expressassem suas opiniões quanto aos seus desejos e anseios, para que encima destes fatos sejam criadas medidas que protejam e eduquem, com intuito de quando voltarem para a sociedade, voltem como verdadeiros cidadãos, entendendo qual seu verdadeiro papel na sociedade, este papel que lhes nunca foi ensinado.

Voltando para o papel da mídia, do outro lado da moeda, age muitas vezes a mostrar formas a manipular opiniões, trazendo casos esporádicos de delitos graves cometidos por adolescentes, com intuito de deprimir ainda mais a imagem destes infratores, diante disso não devemos generalizar opiniões e se manipular por pequenas fontes. No decorrer desta pesquisa, notamos que a maioria dos atos infracionais praticados são crimes contra o patrimônio, não atentados contra a vida, sendo estes casos esporádicos.

Faz-se extremamente necessário o papel do Estado Democrático de Direito que através de suas políticas públicas vai organizar e fiscalizar todo esse processo, mas infelizmente esse sistema está sendo fálil, inoperante, um sistema que ao invés de educar cria uma “faculdade do crime”. É necessária uma reformulação urgente em todo esse sistema para que o verdadeiro motivo seja alcançado.

De acordo com a maioria da população brasileira, a criminalidade somente tem crescido devido à impunidade, que leva o infrator a crer que em nenhum momento será punido pelas normas do Direito Penal. Creem também que se as penalidades previstas no Código Penal fossem mais severas, os possíveis infratores temeriam a sua aplicação e não cometeriam assim nenhuma conduta ilícita.

Também deve ser destacada a defesa daquele pensamento de que qualquer pessoa, acima de 14 anos de idade, possui capacidade suficiente para diferenciar a conduta que deveria ter sido praticada daquela que realmente veio a ser realizada. Defender que uma pessoa tem a capacidade de saber diferenciar uma conduta certa da lícita da ilícita, sem ao menos realizar um estudo sobre a vida dessa pessoa no que diz respeito a toda sua evolução estrutural e cultural, acarreta numa injustiça sem dimensão em nosso país.

Fazer uso da imaginação para defender a redução da maioridade penal, sem qualquer demonstração de que com tal medida resolverá, ou pelo menos, amenizará a crescente criminalidade, proporcionará inúmeras consequências negativas a este país. Com a redução da maioridade penal para 16 anos ou quem sabe para 14 anos, fará com que milhares de pessoas adentrem no sistema penitenciário brasileiro, e lá permanecerão por alguns anos, e quando saírem perceberão que ainda são jovens, mas sem nenhuma perspectiva de vida, vez que além de serem ex-detentos, sairão de lá sem nenhum estudo e sem experiência profissional.

Com os jovem indo para a penitenciária mais cedo, a população brasileira ficará cada vez mais ignorante e o número de desempregados aumentará numa proporção inimaginária, assim como os crimes, que aparecerão sem a possibilidade de contenção em curto prazo.

A única maneira de converter a criminalidade infanto-juvenil é proporcionar-lhes meios que facilitem a disputa no mercado de trabalho. Isso não quer dizer que deve ser feito do Estado um ente assistencialista, que forneça á população carente tudo que precisam, e sim um Estado participativo e incentivador, o qual invista na educação, saúde, emprego para a população e principalmente um salário que realmente possa cobrir os gastos mínimos de uma família, evitando dessa forma a ocorrência da maioria dos crimes registrados nas delegacias brasileiras, que é a pratica dos crimes patrimoniais (furto e roubo) decorrentes da miserabilidade populacional.

5. AGRADECIMENTOS

Á Faculdade de Telêmaco Borba por nos ter possibilitado a participação deste evento tão importante para nossas carreiras.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Noções de Criminologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Freitas Bastos, 1999.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2005.

GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antônio. **Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos**. 2ªed. rev.atual. e ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminologia**. Valencia: Tirant lo Blanch Libros, 2001.

MONTE, Franciela Félix de Carvalho; SAMPAIO, Leonardo Rodrigues; ROSA FILHO, Josemar Soares Rosa; BARBOSA, Laila Santana. “Adolescentes autores de atos infracionais: psicologia moral e legislação”. In: **Psicologia e Sociedade [online]**. vol. 23. nº.1 Florianópolis jan./abr. 2011. p. 125-134. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822011000100014&lng=pt&nrm=isso. Acessado em: 24/04/2014.

MONTE, Franciela Félix de Carvalho; SAMPAIO, Leonardo Rodrigues. (2009). **Práticas pedagógicas e moralidade em unidade de internamento de adolescentes autores de atos infracionais**. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal do Vale do São Francisco, Petrolina, PE.

MONTEIRO, Estela Maria Leite Meirelles; ALMEIDA FILHO, Antonio José de; BRANDÃO NETO, Waldemar; BRADY, Camila Lima; FREITAS, Roberta Biondi Nery de; AQUINO, Jael Maria de. “Desafios e perspectivas na reeducação e ressocialização de adolescentes em regime de semiliberdade: subsídios para Enfermagem”. In: **Revista de Enfermagem Referência**. Coimbra, v. III, nº. 3, mar. 2011. p. 37-46. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-02832011000100004&lng=pt&nrm=isso>. Acessado em: 24/04/2014.

MOREIRA, Eliana Moreira; QUEIROZ, Tereza Correia de Nobrega. (2005) - Juventude e cultura em comunidades precarizadas: a difícil construção da cidadania. In ALVIM. R. ; QUEIROZ, T. ; FERREIRA JÚNIOR, E., org. (2005) - **Jovens e juventude**. João Pessoa: Editora Universitária – PPGS/ UFPB. p. 51-64

OLIVEIRA, Eliane Rocha. Dez anos de Estatuto da Criança e do Adolescente: Observações sobre a política de atendimentos a jovens em conflito com a lei no Estado do Rio de Janeiro. In: Leila Maria Torraca de Brito (Cord). **Jovens em conflitos com a lei**. Rio de Janeiro: editora UERJ, 2000.

SANTOS, Dayne Regina dos.; FEDEGER, Andréia Maria. (2008) - O terapeuta ocupacional no processo de ressocialização de adolescentes em conflito com a lei privados de liberdade: transformação através da ocupação. **Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo**. Vol. 19, nº 2, p. 100-107.

SILVA, Enid Rocha Andrade; GUERESI, Simone. (2003). Adolescentes em conflito com a lei: situação do atendimento institucional no Brasil (Texto para discussão, 979). Brasília, DF: **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada** – IPEA.

SIQUEIRA, Maria Dilma. A vida escorrendo pelo ralo: as alternativas de existência dos meninos de rua. In: **Estudos de Psicologia (Natal) [online]**. 1997, vol. 2, n. 1, p. 161-174. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413294X1997000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 24/04/2014.

STUMPF, Paulo César Martins. **Menores Infratores em Ambiente Escolar**. Brasília. 2011. p. 03-62. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/2642/1/2011_PauloCesarMartinsStumpf.pdf> Acessado dia 26/04/2014.

ZANFRA, Marco Antonio. **Manual do Repórter de Polícia**. 2007. 72 p. Disponível em: <http://www.fenaj.org.br/manual_do_reporter_de_policia.pdf>. Acessado dia 26/04/2014.

SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA SOB O VIÉS PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Josias Dias de Camargo Filho⁵⁸¹

Área de Concentração: Direito Penal

Grupo de Trabalho: inexistente

RESUMO

O problema da superpopulação carcerária no Brasil não é somente uma condição local, mas um acontecimento que sucede anos após ano e, tendenciosamente, é possível constatar que cada vez mais piora as condições humanas das pessoas sob cárcere, em razão da ausência de suporte material do Estado. O Brasil em sua Constituição de 1998, especificamente no seu 1º artigo, inciso III, priorizou a dignidade humana como um de seus principais fundamentos dentro de um Estado Democrático de Direito, onde todo o direito tem como destinatário o homem e sua dignidade. Dessa forma, como coadunar o princípio da dignidade humana se não há respaldo de estrutura governamental para se seguir, estritamente, a legalidade no que propõe a Lei de Execuções Penais brasileira? Esta a qual norteadas pelos princípios constitucionais de uma Carta Política dita cidadã. Talvez, tudo isso seja necessário repensar o direito penal e sua aplicabilidade para responsabilizar as autoridades que criam, fiscalizam e aplicam as condições de (in)dignidade, pois, o que se têm na prática é todo um sistema penal carcerário desvirtuado da legalidade, a qual impõe condições sub-humanas ausentes nas sentenças condenatórias e diversa de todo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Democracia; Dignidade; Legalidade; Sentença.

ABSTRACT

The problem of overcrowding in Brazil is not only a local condition, but an event that happens year after year and tendentially, it is clear that increasingly worsens the conditions of the prisoners in jail. The Brazil in its 1998 Constitution, specifically in Article 1, section III, prioritized human dignity as one of its main foundations within a democratic state, where all law is meant for man. Thus, as consistent with the

⁵⁸¹Doutor pela Universidade Del Museo Social Argentina, especialista em Direito Previdenciário, Ciências Criminais, Grandes Transformações do Processo Civil, Tributário com Ênfase em Contabilidade, Educação à Distância e professora de Introdução ao Direito e Direito Empresarial no Departamento de Administração da Instituição de Ensino FATEB – e-mail: <josiasadvogado@hotmail.com>.

principle of human dignity is no support of governmental structure to follow strictly the legality, in proposing the Brazilian Penal Execution Law, this guided by the constitutional principles of a constitution dictates citizen. Perhaps all that is necessary to rethink the law to hold authorities to create virtually through law conditions of dignity, but in practice undermines the whole legality through the legal system, giving more severe conditions of imprisonment, than that imposed the sentence, ie, to be sub-human.

Key-words: Democracy;, Dignity; Legality; Sentence .

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 trouxe em seu artigo primeiro os princípios fundamentais de um novo Estado de Direito, agora, Democrático, condição essa basilar e vigas mestras de todo o ordenamento jurídico, vez que prioriza como de estrita fundamentalidade, além da soberania, cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana é expressamente também escrita. Dessa forma, incontestável e absoluta sua prioridade, pois o cidadão é o destinatário de todo ordenamento jurídico e por si só deve ter sua dignidade preservada com o objetivo único e final da ideia de um Estado Democrático de Direito. Constituição esta a qual completará 26 (vinte e seis) anos de plena vigência este ano e está envolta pelo princípio maior da dignidade do homem.

Tal obrigatoriedade de resguardar, garantir e ter a absoluta certeza de aplicabilidade de todo arcabouço jurídico no entorno da dignidade da pessoa humana é notória e de conhecimento de todos, sejam leigos em matéria jurídica, sejam operadores do direito, todos tem o viés fundamental de preservar essa dignidade expressa na Constituição Federal. Do mesmo artigo ainda citado, no seu parágrafo único, está expresso que todo o poder emana do povo, o qual é exercido por meio de representantes eleitos, ou de forma direta, nos moldes da Constituição Federal. Tal direcionamento vem novamente referendar que a pessoa humana, cidadã dentro de um Estado é destinatário de todo o direito, portanto, sujeito de direito e não mais um objeto dentro do Estado para ser manipulado pelos seus representantes.

Dessa forma, todo e qualquer princípio violado, que esteja direcionado a garantir direitos constitucionalmente previstos para o cidadão, transgredir diretamente os fundamentos elencados na Constituição Federal e, consequentemente a dignidade de seu cidadão, este o qual assegurado e socorrido pela norma primeira do Estado.

Com tais premissas acima, insta inserido os moldes que serão norteados toda e qualquer provocação do presente trabalho, relacionado ao tema proposto, tendo como objetivo central contextualizar a virtualidade legal, a qual coaduna com os propósitos e objetivos da Constituição Federal, em relação aos seus cidadãos e condutas reprovadas.

Por outro lado, demonstrar, pelas mazelas ocorridas no sistema carcerário brasileiro, a necessidade urgente da aplicabilidade de todo o ordenamento jurídico, efetivamente, pois, quando se trata da questão de dignidade humana daqueles que estão sob cárcere por cometimento de crimes, sejam sentenciados ou apenas suspeitos de tal fato tipificado como ilícito penal, não se viola somente um dispositivo legal ou um princípio elencado na Constituição, mas diretamente a dignidade do recluso e todo o sistema de democracia, pois, os presos também são sujeitos de direitos e não perderam sua dignidade, quando sentenciados em processos crimes por condutas ilícitas.

A Constituição Federal, conforme expresso no artigo 5º, inciso XLIX, assegura ao preso respeito à integridade física e moral, pois, se isso não é respeitado, fere diretamente o artigo 1º, inciso III, do mesmo diploma legal, ou seja, todo ou qualquer direito violado do cidadão, viola sua dignidade na plenitude daquilo que é ser justo, por isso é que o princípio da dignidade humana deve ser tratada como um super princípio.

A finalidade do cárcere para os apenados em condutas tipificadas como ilícito penal serve para fazer o sentenciado criminalmente repensar sua atitude entendida, legalmente, como proibida pelo ordenamento jurídico, porém, em momento algum esta expresso, em normativa legal, que o Estado, legítimo detentor do poder de punir o seu cidadão, tem a prerrogativa violar sua dignidade colocando-o em condições degradantes para o cumprimento de pena.

No mesmo sentido que os fundamentos da Constituição Federal, a Lei de Execução Penal n. 7.210, de 11 de Julho de 1984, a qual conhecida como LEP, tem o dever de regulamentar o sistema carcerário do sentenciado em processo crime, pois, sua função é buscar proteção integral do recluso na moralidade e integridade física, direitos estes expressamente escritos na LEP e em consonância com os princípios norteadores do texto constitucional, expressos e implícitos, principalmente relacionado à dignidade do preso.

Porém, como explicar à sociedade assunto tão debatido, quanto a questão carcerária? Como fazer o leitor entender essas disparidades teóricas legais e a realidade prática, a qual destoada do ordenamento jurídico? Ou seja, fazer entender que a lei posta e sua aplicabilidade cotidianamente deve ser respeitada, vez que tantos direitos existe para proteger todo e qualquer cidadão, porém, é público e notório as violações na dignidade da pessoa humana, ainda mais especificamente, da pessoa sob cárcere, e frise-se ainda, todas elas transgredidas pelo Estado, este o qual deveria dar condições máxima de proteger o próprio indivíduo em qualquer das situações jurídicas?

Insta ainda ilustrar que a Lei de Execuções Penais foi promulgada no final da época da ditadura, ou seja, é mais antiga que a própria Constituição Federal, esta a qual acolheu a Lei de Execuções Penais justamente porque prioriza a dignidade do

recluso, porém, mesmo sendo em época que não havia democracia a LEP já se assegurava dignidade ao recluso sob sentença ou suspeita de cometimento de crime, contudo, o que se dirá hoje com todos os ditames legais e ampla liberdade de contestação?

No artigo 3º da LEP é preservado ao recluso todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, isso tudo já previsto num período de ditadura, onde a liberdade do cidadão estava condicionada aos mandos e desmandos do Estado, Estado este confundido com o “absolutismo” do próprio soberano, ou melhor dizendo, o Presidente Ditador, o qual sempre sob a batuta de um Militar do alto escalão das forças armadas.

Questionar àquela época se era cumprido ou não os ditames legais não é o foco do presente trabalho, mas é (in)questionável a obrigatoriedade, em tempos atuais, de priorizar os direitos e deveres não só do cidadão, mas também do próprio Estado para com o seu cidadão, pois já se foram mais de 25 (vinte) e cinco anos de ditadura e ainda se continua a discutir o ideal da democracia e os princípios nela elencada.

Além do mais, o artigo 1º da LEP, diz que ao recluso terá que proporcionar condições harmônicas de integração social do recluso, fato conhecido como ressocialização do preso, ou seja, quando de sua saída do cárcere, integrá-lo à sociedade, deixando claros os objetivos da lei de, pedagogicamente, impor o papel educativo de recuperação daquele que violou preceito penal, tipificado como crime e retornar ao convívio social.

Assim, mesmo que após praticamente 26 (vinte e seis) anos de intensos debates sobre a realidade carcerária no Brasil e toda violação a dignidade do preso, ainda exista a necessidade de continuar com a discussão, em relação as condições de notoriedade de descaso, não somente pelo Estado, mas também pela própria sociedade, em relação ao recluso, presos em inúmeras cadeias públicas ou penitenciárias espalhadas pelo Brasil todo, esquecidos pela legalidade prática da lei e abandonados pela falta de vontade e omissão do Estado, mesmo que direcionado pelo ideário democrático o manto sagrado da Constituição Federal através do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Se isso não acontece, ou melhor, se a legalidade não é cumprida pelo próprio Estado que a instituiu, o que fazer diante de império legal, sob viés de uma Constituição Democrática que assegura direitos à dignidade humana e a protege como fundamento de sua Carta Política?

Tal proposta é exatamente a tentativa de demonstrar, contextualizadamente, a teoria virtual na prática e a ausência da aplicabilidade prevista da virtualidade legal na realidade vivenciado atualmente pelos cárceres deste Brasil de dimensões continentais. Tal intento de demonstração estará respaldado por referências a

autores consagrados, os quais questionam exatamente a disparidade legal e prática sob o viés da Constituição Federal e todo seu ordenamento jurídico.

Ademais, o presente trabalho não tem o condão de esgotar o tema, mas dar um panorama para que o leitor reflita sobre o tema proposto de forma contextualizada para possíveis soluções e questionamentos que ainda serão realizados por através de muitos debates e reflexões.

2. METODOLOGIA

Através da metodologia é possível visualizar os procedimentos amoldados para a transparência e demonstração do conhecimento. Assim, o método científico dá-se através de fases, as quais ordenadamente possa se conhecer, descrever e analisar fatos á procura de uma verdade conclusiva ao final do trabalho, conforme preceitua Uchoa e Lemes, apud Cordeiro (1997).

O método de pesquisa no presente trabalho é dedutivo, partindo de uma verdade geral até o um fim específico, particularizado de interpretação, pela propositura de uma cadeia de raciocínio lógico, facilitando a compreensão do leitor, assim é a lição de Marconi e Lakatos (2000).

Além do mais, a técnica utilizada para pesquisa fora pesquisa bibliográfica, onde foram buscados assuntos sobre o tema de material já publicado, como artigos científicos, revistas, internet, este último inclusive onde inclusive pode-se colocar o leitor direto com o material pesquisado.

Desse forma, com a coleta de dados de material já publicado, apresenta-se ao leitor uma forma ampla e com direcionamentos necessários para o desenvolvimento do tem em análise.

Tem-se assim, como objetivo final buscar o maior números de informações de autores renomados e contextualizar com uma ideia de hierarquização de normas dentro de um Estado Democrático de Direito. Verifica-se, portanto, uma séries de vantagens para o leitor analisar o tema com o material exposto e concluir por si o direcionamento do trabalho.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. Dignidade da Pessoa Humana

O Estado Democrático de Direito, esta vigente desde 05 de outubro de 1988, quando um novo Estado renasce, após um longo período de intensa ditadura e privações de direitos.

Um a vez instaurada da democracia, muitos dos direitos sonhados e almejados pela

sociedade sofrida, por tempos anteriores de insegurança jurídica, fora implantado através dessa Constituição. Tem-se então uma imensidão de direitos e garantias assecuratórios ao cidadão, este visto não mais como objeto do direito, mas destinatário de todos os anseios de um Estado de Direito e Democrático, sob os fundamentos da dignidade.

Subtende-se que todos os princípios elencados na Constituição de 1988 pouco se sabiam de seu efetivo alcance e significado, provavelmente, são as razões de intensos debates e questionamento entre aquilo que dispõe na lei e efetivamente se aplica na prática diária.

Dessa forma, é necessário conceituar e tentar explicar o conceito de dignidade humana, o que será trazido opiniões de vários autores sobre esse tema tão debatido, mas muito ainda há que fazer para coadunar com a realizada da sociedade atual, mas especificamente ainda na realidade da população carcerária do Brasil.

Kant (2008) já século XVIII já enfatizava que o homem não devia ser valorado como meio para o fim de outros, mas como fim em si mesmo, dando-lhe dessa forma dignidade, num sentido de valor interno absoluto, sendo sujeito de respeito de si mesmo e dos outros que se convive numa ideia de sociedade, tendo assim a humanidade do homem dever e obrigação de exigir de si próprio e em relação aos demais.

Por pensamentos buscando mais dignidade à humanidade do homem é que muitas revoltas acabaram sendo necessárias. Dessa insatisfação popular se impôs um império de leis, em detrimento da vontade absoluta do soberano, tendo como exemplo o que ocorrera na revolução Francesa. Posteriormente, duas guerras mundiais se fizeram havendo a necessidade de se criar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, medida indispensável e mais do urgente para buscar essa dignidade.

Nesse momento de pós guerra, que mais se carecia de dignidade à humanidade perdida pelas atrocidades demonstradas pelos nazistas, convencionalismo este que exterminou milhões de pessoas, pela simples razão de não equipará-los a humanos, mas meramente um objeto indesejável por razões étnicas e pré conceituosas.

Essa imperatividade de colocar a pessoa humana como destinatária de direito e não mais como objeto aos mandos do soberano, vontades dos dirigentes que se confundia com a vontade do próprio Estado, serviram de condição primária para vivenciar o início do reconhecimento da humanidade do homem e buscar mais dignidade para estar em sociedade. Condição cogente de fazer isso expresso numa Constituição de cada Estado tornando-a vetor para todo o ordenamento jurídico o qual seguido pela legalidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, fora o marco inicial da retomada e reconstrução dos ideais da Revolução Francesa de 1789, diferenciada pela imaginação de torná-los universais como direcionamento para as nações, as quais assistiram ou participaram ativamente da segunda guerra mundial. Esta Carta Universal propôs uma confiança ao ser humano, sendo requisito fundamental para ser destinatário de dignidade e direitos, conforme ensinamentos de Piovesan (2006).

3.2. Conceitos de Dignidade

Os conceitos de dignidade humana é tomado de vários autores, sendo um deles o renomado Silva (1998), quando preleciona que a dignidade humana tem como valor supremo da democracia, sendo inclusive título de seu livro, pois, segundo o autor, tal premissa atrai todos os direitos fundamentais do homem abrigando uma densificação valorativa com amplo sentido normativo-constitucional e não a uma ideia apriorística do homem.

Sarlet (2001) conceitua a dignidade humana com qualidade intrínseca ao ser humano, este merecedor de todo respeito e respaldo do Estado como de qualquer outro ser humano, vez que implica num complexo de direitos e deveres fundamentais contra tudo e todos sobre ato desumano e degradante contra o homem para se viver em harmonia.

Tal conceito de assegurar direito absoluto do homem é exatamente a motivação de estar expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, pois o mínimo deve ser assegurado ao cidadão valorizando-se sua condição de sujeito de direitos, não podendo mitigar, muito menos relativizar tal condição, sob pena de questionar a própria democracia.

Piovesan (2006), neste mesmo sentido, conceitua que a dignidade da pessoa humana é matriz da Constituição Federal, imbuída de unidades de sentidos condicionantes para todo o ordenamento jurídico, tendo-se assim os sagrados valores éticos necessários para dar suporte axiológico a todo sistema jurídico, razões pelas quais será no valor da dignidade da pessoa humana que o ordenamento jurídico encontrará seu sentido para a árdua tarefa de interpretar a lei, motivação de entender-se ser um super princípio a orientar tanto o Direito Interno e Internacional.

Para Moraes (2009) a dignidade humana tem conotação espiritual intrínseco ao indivíduo com autodeterminação consciente e responsável da própria vida, dessa forma se constrói um mínimo de invulnerabilidade de todo o estatuto legal e respeito mútuo.

No mesmo sentido, completa Sarlet (2001) de que onde existir violação à dignidade da pessoa humana, onde as condições mínimas de dignidade não forem asseguradas nem liberdade, autonomia e igualdade de direitos será, dessa maneira, naturalmente alvos de inúmeras injustiças.

Por si só o conceito de dignidade de alguns autores renomados já direciona a necessidade de mudar uma realidade posta no sistema carcerário brasileiro, a qual discrepante da dignidade proposta na Carta Política que narra como fundamentos do próprio Estado.

3.3. Valorização do Ser Humano

A valorização de ser humano com dignidade não é recente, e pode-se visualizar desde há muito tempo, como ensina Comparato (2004). Na Grécia antiga, por exemplo, já se visualizava lampejos do ideal de igualdade em direitos pela simplicidade de serem humanos.

Não distante da mesma ideia, a religião também se aproxima da igualdade, quando Deus é modelo e inspiração para a criação dos homens. Já pós período negro da idade média e fim do Século XVIII, os ensinamentos de Kant já delineava necessidade de tratar do assunto de valorização do ser humano, pois este é sujeito consciente de direitos e deveres, logo, dignidade, uma vez que ser um direito interno absoluto.

Tudo se torna ainda mais evidente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando pós segunda guerra mundial, o prisioneiros não perdiam somente sua liberdade, mas perdia sua personalidade, vez que eram todos marcados como animais, cada qual com seu número, e sua condição de animal de lutar pela exaustão no trabalho e pela comida, conforme ensinamentos de Comparato (2004).

Bobbio (1992) já preocupado com a mesma condição sub-humana passada pelo pós guerra, afirma categoricamente, que a questão relativa a direitos humanos, logo, implícito e expressamente ligado ao ideal de dignidade não se equipara a um problema filosófico, mas estritamente focado na ausência de uma definição política, pois protegê-los está ligado diretamente a interesses de nossos representantes legais.

Assim, ratificar direitos humanos pelos Estados Democráticos de Direitos, parece uma redundância para as novas geração que já inseridas nessa virtualidade de direitos e garantias, porém, a necessidade de expressar isso dentro de uma Constituição é justamente a motivação de se buscar a certeza, a segurança e possibilidade acessar direitos, incontestavelmente pertencentes ao homem, Dallari (2009).

Logo, o cidadão sob julgamento por atos ilícitos dentro de um Estado Democrático, em pé de igualdade com todos os demais cidadãos, não perde nenhum outro direito, além daquele disposto e expressamente fundamentados nas sentenças criminais, as quais obrigam ao cumprimento de pena sob privação de sua liberdade, tão somente, ou seja não se retira a dignidade da pessoa humana, quando sob cárcere e responsabilidade do Estado.

3.4. Lei de Execuções Penais (Lei 7210 de 11 de julho de 1984)

A Lei de Execuções Penais, mais conhecida no meio jurídico como “LEP” é a formalização e instrumentalização das regras e princípios constitucionais, estes norteadores do ordenamento jurídico que deve sempre obedecer aos direcionamentos democráticos da Carta Política do Estado e, efetivamente, aplicá-los, principalmente no ramo do direito penal, o qual trabalha com a liberdade do cidadão infrator.

Já no primeiro artigo da LEP aponta-se o objetivo da lei no ensejo de harmonização e integração social do condenado, dando o notório sentido de ressocialização daquele que recebeu uma condenação com restrição de sua liberdade. Porém, na prática, conforme noticiado em jornais televisivos é notório a ausência de aplicabilidade da lei, vez que distancia o recluso de sua efetiva ressocialização, pois as cadeias públicas e penitenciárias estão em superlotação, face condições suficientes de abrigar as pessoas, conforme determina a lei,

consequentemente, amontoam-se em espaço ínfimos sob condições de desumanas.

Além do mais, há insalubridade dentro dos cárceres, seja em cadeias ou em penitenciárias, pois a violência física e psicológica do recluso é notória, seja por conta de outros reclusos, seja em por conta dos agentes penitenciários que excedem da sua função. A superlotação carcerária, da forma que se encontra, exclui toda a dignidade do preso, diferenciando-o dos campos de concentração da segunda guerra mundial, somente pelo tocante ao trabalho forçado, do contrário, estão, sem higiene, sem alimentação de qualidade, sem ventilação adequada, o que fica ainda pior pelo amontoado de pessoas em espaços mínimos, direitos estes que deveriam ser de responsabilidade estado.

Tal fato é confirmado pelo que deveria ser, ou seja, pelo artigo 3º da LEP encontra-se expresso de que aos condenados serão preservados os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, mas, infelizmente não é o que ocorre com a realidade carcerária brasileira, pois, a sentença que deveria apenas tirar a liberdade do preso, quando sob cárcere, está sendo tirado muito mais direitos, esta levando, definitivamente, sua dignidade.

A solução para tal impasse, que não é de hoje, é simples, basta, unicamente, cumprir a lei e respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana daquele que teve sua liberdade restringida por uma sentença judicial. Caso não haja suporte suficiente para lhe preservar a dignidade, a liberdade é o fundamento se impõe a todos sob cárcere por mitigar a segurança de um direito tão essencial ao ser humano.

Porém, conforme leciona Nucci (2008), o que se vê na prática das prisões brasileiras, contrariando disposto do artigo 88 da LEP, são as mazelas do sistema carcerário, pois nada é feito, vez que a lei obrigou o Estado a colocar o preso uma cela com seis metros quadrados, mas nada de se cumprir.

Artigo 88 da Lei de Execução Penal:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

A Lei de Execução Penal, legalmente está em consonância com Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, que preserva a dignidade da pessoa humana, porém, a legalidade é violada pelo próprio Estado, vez que os presos não têm as mínimas condições de se ressocializar. Além do mais o artigo 11 da LEP define que ao recluso o direito de assistência do Estado, justamente objetivando prevenir o crime e orientá-lo o retorno do preso à convivência em sociedade.

Da mesma forma a LEP busca para o preso o trabalho com finalidade educativa, ou seja, para que ao sair do cárcere tenha uma atividade profissional, direito também desrespeitado pelo próprio Estado, ofertando poucas unidades prisionais para trabalho dos presos.

A ineficiência, omissão legal e insuficiência de gerir o sistema prisional, conforme ditames legais é uma das piores violações à dignidade do cidadão, pois o coloca num círculo vicioso de retornou ao cárcere, após ter sua liberdade restituída, porém, sua dignidade afetada pelo resto da sua vida.

Ausência de condições de tornar sociável aquele que desviou das regras impostas pela sociedade e tipificadas como crime, o sistema carcerário devolve à sociedade este ser que por sofrer violência retorna ao seio social ainda mais violento. Assim, o círculo vicioso do recluso que quase sempre retorna o cárcere é uma verdade e condição longe de se ver sanada, caso a violência ao recluso sob cárcere continue com a mesma política ultrapassada com a convivência de todos os agentes do Estado.

O Estado é o legítimo e único detentor para aplicação das penas. O Estado, portanto, não pode se omitir e descumprimentos dos ditames legais, nem pode negligenciar de função de cuidar dos cidadãos sob cárcere. Se os princípios da Carta Política do Estado encontra-se em desrespeito, a conclui-se que há violação expressa do sistema democrático, pois, desrespeitando a dignidade de seu cidadão, ainda que sob cárcere, infringindo direitos expressos dos presos, conforme elencados no artigo 41 da LEP é passível de contestação da própria legitimidade da democracia.

Diante de tudo isso que ocorre, em relação ao sistema carcerário, a violência é generalizada ao recluso condenado em processo crime. Exclui-se tão somente a sentença que é a única função legal e quase sempre de acordo com a legalidade e fundamentação do Juízo da causa. Após prolatada a sentença, desde a prisão do sentenciado as condições de desumanidade sob cárcere inicia-se. Violenta-se o preso pelo próprio Estado desde sua inserção sob cárcere, pois as cadeias estão em lotação extrapolada.

O ser humano condicionado a uma pena de sentença decretada no Juízo Criminal não deixa de ser sujeito de direito, conforme ensina Piovesan (2006), apenas, temporariamente, tem restrito sua liberdade, fundamentado por uma sentença, sob o manto da legalidade. Contudo, contextualizando a mesma legalidade que impõe restrição de sua liberdade, também deve cumprir com os fundamentos da Lei de Execução Penal. Porém, , a função jurisdicional, no entanto não acaba com a sentença, mas deve fiscalizar o cumprimento integral, não somente da pena, mas a forma legal de sua aplicação para que de fato a função jurisdicional assim de faça na sua integralidade.

Mas, infelizmente, não é assim que se procede, pois os órgãos do judiciário não acompanham toda a legalidade imposta pela lei, mesmo tendo pleno conhecimento do descumprimento de preceito constitucional.

Bobbio (1992), tratando sobre direitos humanos, ensina que as proteções desses direitos não bastam estarem proclamadas e reconhecidas, mas efetivamente protegidos, mesmo que contra o próprio Estado, vez que este é o legítimo e único detentor de aplicação e cumprimento das consequências da lei penal, seja diretamente ou por seus órgãos competentes.

Ocorre, portanto, uma convivência geral contra as pessoas sob carcere, seja social, política ou mesmo estatal através dos órgãos do poder judiciário, tanto dos representantes da magistratura ou do órgão do Ministério Público, este com o dever não somente de acusar, mas principalmente de fiscalizar e aquele, aplicar a lei, fundamentadamente, conforme ordenamento jurídico.

Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

O Ministério Público tem o dever funcional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, logo, a dignidade do cidadão não pode ser mitigada pela situação desse mesmo cidadão, ainda que sob cárcere e tendo o Ministério Público como órgão acusador de processo de sua competência.

Além do mais é atribuído ainda ao órgão do Ministério Público a prevenção da ilegalidade ou de abuso de poder, conforme expresso no artigo 3º, alínea “b”, da Lei complementar 75. Logo, o Ministério Público, além da função de órgão acusador em processos crime, tem o dever e obrigação legal de fiscalizar a lei, diante da ilegalidade de direitos indisponíveis, como ocorre quando há lesão direta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Porém, é notório e aos bradados, pelos meios de informações gerais, do excesso de pessoas encarcerados legalmente por uma sentença, porém, mantidos ilegalmente em ambientes de extrema lesividade aos direitos assegurados ao recluso, os quais não excluído da pessoa quando sob o decreto de uma sentença condenatória com restrição a sua liberdade.

Números da População carcerária no Brasil.

Segundo Professor Luiz Flávio Gomes, em seu site, “Estado de Direito”, que trata sobre a população carcerária no Brasil, ainda que com dados relativos ao ano de 2011, já nessa época havia um total de 513.802 (quinhentos e treze mil e oitocentos e dois) presos, ou seja, aquela época já com um número de presos em 69% (sessenta e nove) por cento superior ao número de vagas, disso conclui que não é em vão que as penitenciárias brasileiras estão superlotadas, tornando os locais, além de insalubres, carentes de assistência e de dignidade.

Confirmando a mesma situação carcerária de superlotação das cadeias e presídios no Brasil, o Juiz Losekann, em entrevista para Câmara dos Deputados informou que hoje, 2014, com dados informados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça, o Brasil tem a 4ª (quarta) população carcerária do mundo, atrás somente dos Estados Unidos, China e da Rússia.

O Brasil hoje tem cerca de 550 (quinhentos e cinquenta mil) pessoas presas num sistema prisional que comporta tão somente 300 (trezentos mil) detentos. Consequentemente, a superlotação é o resultado desse déficit, o qual vem acompanhado de maus-tratos, doenças, motins, rebeliões e mortes.

Do mesmo órgão do Ministério da Justiça, as informações são de que nos últimos vinte anos, o número de presos cresceu 251% (duzentos e cinquenta e um) por cento.

O Professor Luiz Flávio Gomes, ainda informa que os substabelecimentos prisionais brasileiros têm ainda um percentual de 44% (quarenta e quatro por cento) de presos provisórios, o que agrava a situação daqueles que já sentenciados. Tudo isso para dizer que, não adianta somente construir mais cadeias públicas ou penitenciárias, mas cumprir os ditames legais sem os anseios, pessoal ou sob pressão da sociedade de colocar todo e qualquer pessoa sob cárcere sem preservar a dignidade de seu recluso.

Tudo sob a batuta e conivência do Estado, seu primeiro a abusar da legalidade, juntamente com o Ministério Público, o qual não tem somente o condão acusatório, mas principalmente fiscalizador da lei e guardião da ordem jurídica, do regime democrático e interesses individuais indisponíveis, tudo isso avalizado pela sociedade, a qual quer mesmo é que os infratores paguem além da pena impostas e pela justiça que nunca chega.

Situação da Superpopulação Carcerária.

O império da lei, dentro de uma Democracia, segundo ensinamentos de Bobbio (1992), o princípio da legalidade é aquele pelo qual todos os organismos do poder público, somente podem atuar sob o estrito domínio da lei, porém, o princípio da legalidade até admite a discricionariedade do poder, mas expressamente elimina a arbitrariedade de todo e qualquer ato emitido de forma estritamente pessoal ou de eventual circunstância.

É sabido então que o monopólio da pena é gerido pelo Estado, e este responsável pelo recluso, tudo embasado na legalidade, a qual indispensável à instrumentalização do poder punir e ao mesmo tempo impondo limites necessários da aplicação da lei. Logo, imperioso ressaltar o meios para dar cumprimento da respeitável sentença penal, observando não somente a possibilidade de cumprir a decisão do Juiz, mas também preservando a dignidade do sentenciado que não perde direitos não constante na sentença, a exemplo da sua dignidade, vez que o recluso esta adstrito a impender somente aquilo que a determinação judicial declara, não podendo agravar a pena do sentenciado fora dos limites impostos na sentença.

Porém, a pergunta que não se cala é: Porque a dignidade humana, no sistema carcerário está sendo violada diuturnamente e nada acontece aos responsáveis por este sistema?

Fácil de explicar, porém, difícil de concretizar tal realidade fática diante da conivência geral do sistema e avalizados pela sociedade, esta a qual sedenta de punições mais severas.

Num mundo de informações quase que imediata é ínfimo a pessoa que já não tenha uma ideia de democracia ou se teorize sobre ela; que não saiba falar sobre a lei e seu papel obrigatório numa sociedade justa; ou de direitos humanos e violação de dignidade humana, pois, a própria lei não admite essa premissa de não a conhecê-la, conforme preceitua o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, decreto 4657/1992.

O problema é que todos sabem disso. O legítimo detentor do poder de punir, o Estado, por questões políticas dos governantes que representam o legítimo detentor do poder, que é o povo, existe uma conivência geral, tanto da população que está fora do cárcere, quanto dos políticos que tentam acalmar os ânimos perante à sociedade, principalmente, em períodos de eleições, além dos agentes que deveriam fiscalizar a aplicar a lei de acordo com a legalidade, como é o sistema judiciário, mas, isso não ocorre.

É sabido pelo Estado, através de seus auxiliares direito ou indiretamente, de que existe a necessidade de respeito a normatividade de todo o ordenamento jurídico, mas a falta de vontade estatal, a qual torna a agressividade do sistema carcerário ainda mais grave.

Porém, em momento algum o Estado dá suporte para ressocializar os presos, e mesmo diante de toda essa discrepância entre o legal e o real do próprio Estado, o qual vem burlando o sistema legal e violentando o direito dos reclusos, a reincidência ao crime é muito alta.

Do outro lado, existe o Juiz, com funções e prerrogativas de independência em suas decisões, dizendo o direito a todo e qualquer cidadão dentro de um processo com ampla defesa e contraditório, porém, mesmo o judiciário tendo ciência de todo o caos que a estrutura carcerária brasileira apresenta, nada faz, apenas julga e sentencia conforme a lei, mas não acompanha o sentenciado na execução dessa sentença, pois notório a infração direta à dignidade do preso, o qual abandonado pelo Estado sob a conivência de toda a estrutura estatal, respaldados pela sociedade, politicamente.

Não distante disso tudo, da mesma forma o órgão do Ministério Público, além de função de acusador, também é o fiscalizador da lei, e plenamente ciente de toda violação de direitos dos presos, além das condições sub-humanas que os cárceres impõe ao dito cidadão. Contudo, mais um órgão que cumpre tão somente sua função até a sentença final, nada mais, pois, como fiscais da lei, sua função nunca é apenas adequar o fato típico à norma legal, mas vigiar o sistema por um Estado Democrático de Direito, antes e depois da decisão condenatória para uma dignidade mais justa.

Insta ainda reprovar, talvez a parte mais importante estrutura exclusão de direitos recluso, a sociedade, a qual se sente acima da lei e da ordem, uma vez que não tem um ente seu sob as garras do cárcere, pois aplaude o sofrimento dos reclusos e ainda pleiteiam penas mais severas, como se não bastassem cumprir penas diversas daquelas decretadas em sentenças.

A maior parte da sociedade se deleita na ignorância de que se vive um Estado de Direito e Democrático, onde se existem regras e normas impostas a todos, e não somente aos cidadãos de bem, pois é de sua vontade e manifestações, ainda que equivocadas, que saem a força pela ausência de repúdio à violação de tantos direitos, tantos dos políticos, quantos dos entes que deveriam aplicar a ideia de justiça.

A questão do trabalho não é defender um lado ou outro dessa quimera democrática, conforme posta, mas buscar analisar o Estado de Direito, dito democrático, onde todos são iguais, em direitos e deveres entre cidadãos e o próprio Estado. Do contrário, como definir tal situação de descrédito pela atuação do próprio Estado?

Tudo parece uma ilusão, como dito no cidadão de papel de Dimenstein (1998), quando tratando de cidadania descobre que existe uma crise social brasileira e uma fragilidade da cidadania e dignidade.

Desse forma, fragilizando a cidadania, esta mitigando a dignidade, e todos, enquanto maioria da sociedade aplaude as mazelas do sistema carcerárias, esquecendo do bem maior que é preservar a legalidade e a própria democracia, direcionam o Estado para um estado de não democracia, pois, objetivamente, ou se cumpre a legalidade ou não se deve falar em democracia.

Não se ouvida falar em democracia em um Estado de Direito, sem pensar em direitos fundamentais, estes universais, indivisíveis e direitos indisponíveis do ser humano, pois plenamente assegurados internamente em uma Constituição. Logo, pensar num Estado de Direito, como o Estado brasileiro, é pensar num Estado garantidor da evolução da dignidade da pessoa humana, princípio este matriz que ordena e orienta toda a interpretação do ordenamento jurídico, posto em vigor pela Carta Política de 1988, Jacintho (2009).

Nunes (2009) enfatiza que o Brasil sempre teve um déficit de metade de vagas em relação ao contingente de reclusos, e a solução imediata para tal intento é de fato construir novos presídios, pois, ainda que não haja uma solução para todos os problemas carcerários, porém, irá amenizar o fragorante desrespeito à dignidade humana pela superpopulação carcerária.

Nesse viés, embasando a ideia do trabalho, Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, em audiência pública no dia 27 de maio de 2013, abre seu discurso enfatizando que a execução penal no Brasil é uma das áreas do direito onde a realidade mas se distancia da legalidade.

Nesse diapasão, um dos guardiões da Constituição Federal assim deixa expressa a violação direta à dignidade da pessoa humana, o que não é difícil de constatar, em face de incessantes rebeliões, notícias em revistas e jornais de pequena e grande circulação das superlotações do sistema penitenciário.

No mesmo sentido, em decisão num *Habeas Corpus*, HC 9.652, Relator Ministro Ayres Brito, 1ª Turma, DJE de 03/11/2009, destacou a seriedade do artigo 1º da LEP, o qual coaduna com o artigo 1º, inciso II (cidadania) e III (dignidade da pessoa humana), da Constituição Federal, pois é a lógica de mecanismos de reinserção social do recluso, sob o manto legal da sentença que não o tira dignidade.

Tal medida é minorar a distancia do cidadão intramuros e extramuros numa nítida reintegração social dos reclusos, respeitando diretamente ambos os fundamentos da Constituição, ou seja, cidadania e dignidade humana.

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme relata no Habeas Corpus 14213, publicado em 10/05/2010.

Porém, frise-se, ambos os julgados dos tribunais superiores tratam de dignidade do preso. Assim, tratando de dignidade humana e Leis de Execução Penal a transgressão desses preceitos legais desobedece ao princípio do artigo 1º, inciso II e III, da Constituição Federal, onde toda e qualquer norma para aplicar ou para cumpri-la tem que respeitar os fundamentos da Carta Política em vigor até o seu ultimo suspiro.

Logo a não efetividade desses fundamentos, principalmente, na aplicabilidade da sentença criminal, quando na execução da pena, nos ensina Foucault (2003), que as condições insalubres das prisões não diminuem a taxa de criminalidade, muito pelo contrário, o processo pode ser inverso, ou seja, piorá-la, pois, segundo o autor, a prisão provoca a reincidência, pois, após deixá-la sempre será taxado sempre como um ex detento.

O recluso, mesmo após ter cumprido sua pena imposta, aos olhos

da maioria da sociedade será sempre um delinquente para o resto da vida, o que agrava a situação da reincidência, pois agora, além da ausência de ressocialização durante o período de cárcere, bem como violentado em sua dignidade, agora retorna para a vida em sociedade para ser excluído por aqueles aplaudem as mazelas do cárcere e ainda querem penas mais severas num sistema virtual democrático e uma realidade que não coaduna com a democracia.

Na mesma linha de raciocínio, Bitencourt (2000), enfatiza que a volta do preso ao cárcere não o único indicador do fracasso do sistema penal, em o mais importante, mas é um conjuntos de situações e circunstancias ocorridas no descumprimento da lei, a qual leva a condições injustas que se agravam diariamente sob o império de regimes antidemocráticos. Além do mais, não se deve anunciar a abolição da prisão, como discorrem alguns setores, que pensam assumir uma posição mais progressista, pois a prisão continua sendo um mal necessário, porém, não é violando direitos legais dos presos que será a melhor solução para a celeuma que mantém, cotidianamente, violando o imaginário ideal de um Estado Democrático de Direito.

4. CONCLUSÃO

Com o pouca pesquisa bibliográfica apontada no presente trabalho, a intenção não fora esgotar o tema, mas demonstrar uma abordagem panorâmica de alguns pontos que focam e divergem da hierarquia do ordenamento jurídico, no sentido prático e teórico, especificamente, no sistema carcerário, em relação ao modo de cumprimento da pena pelo sentenciado criminal. Esta divergência legal e prática, sob o viés do princípio dignidade humana é notório e perfeitamente dedutível e explícito a percepção de violação direta dos direitos e garantias asseguradas pela Carta Política de 1988.

Se a análise foco do presente trabalho é através de um Estado Democrático de Direito, onde todos são iguais perante a lei, a violação ao princípio da legalidade realizada diretamente pelo próprio Estado, o qual deveria proteger a lei e a ordem, além de dar o exemplo de respeito a estes mesmos preceitos legais, a situação não está somente ruim pelo descumprimento do princípio legal, mas, indubitavelmente, golpeia todo um sistema de regime político, que é a democracia, respaldada na dignidade humana.

A notória observação de transgressão à dignidade humana, em relação a situação do recluso preso em condições desumanas é de questionar o próprio regime político da democracia, esta latente na ideia de que o poder emana do povo, sendo este o destinatário de todo o direito. Logo, o resultado e conseqüências da elaboração lei é manifestação expressa do próprio povo, o qual representado por seus políticos.

Porém, se a Carta Política tem a dignidade humana como fundamento do Estado, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, além de todos serem

iguais perante a lei e ser vedado a inviolabilidade da vida e a liberdade, conforme artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal, como pode as mazelas do sistema carcerário ser confortável para o cidadão que critica a pessoa lá reclusa e ainda apóia a forma que é assistida por este sistema carcerário que trata o ser humano como um animal?

A Aplicabilidade do sistema como posto é completamente ilegal e abominado por aqueles que diretamente sentem sob a pele a execução de uma sentença que na prática vai além da decisão judicial, ou seja, a sentença judicial não excluiu a dignidade do sentenciado em momento algum quando aplicou a lei no caso concreto.

Acredita-se que a condição para que todos entendam melhor a ideia de Estado de Direito é que o sistema legal rege e se aplica a todos que se encaixa no preceito legal, seja numa condição carcerária pelo sistema penal ou qualquer atos da vida diária cidadão. Independe da opinião do moral ou do imoral, mas sempre deve ser pautado por aquilo que se encontra na lei, conceituada como regra geral, abstrata e imposta de forma coercitiva para uma finalidade de um bem comum e pacificação social.

Assim de todas as Constituições brasileiras, a Carta Política de 1988 foi a primeira que deu prioridade ao cidadão apontando em seu primeiro artigo, inciso II e III, os fundamento em um Estado Democrático de Direito, ou seja, pautou a cidadania e a dignidade da pessoa humana, respectivamente como objetivo da Carta Política vigente. E foi além quando no seu parágrafo único, bradou a todos os cidadãos dignos de que todo o poder emana do povo, logo, este povo assistido por um Estado de regras, direitos e obrigações de todos, inclusive do próprio Estado, o qual deve proteger a dignidade do cidadão como princípio fundamental de todo o ordenamento jurídico.

Assim, se existe uma hierarquia de leis e a supremacia da Constituição Federal no topo desse ordenamento jurídico, a interpretação conforme os fundamentos nela elencada é de imprescindibilidade para dar efetividade e eficácia a todo o seu comando legal.

Dessa forma, entendíveis alguns conceitos básicos é perfeitamente conclusivo, que ainda que haja resistência de dar primazia aos chamados dos princípios legais é indispensável efetivá-los, urgentemente, principalmente no sistema penal, para que a virtualidade legal não seja mais questionada como um Estado de Democrático virtual, vez que na prática não passa de um ditadura aos mandos dos seus dirigentes.

A questão não é ter indulgência com os sentenciados penais, os quais cumprem pena mais grave daquela imposta no decisão judicial, mas analisar sua condição posta e a determinação legal, a qual na prática encontra-se

desobedecendo todo e qualquer direito do preso, esbulhando-lhe todo conceito de dignidade.

Porém alguns podem questionar se há solução para a superlotação carcerária e as mazelas práticas da violação de direitos dos reclusos e as respostas são simples: Sim. Pois, o próprio ordenamento legal resolve o problema em questão, ou seja, cumpra a dispositivo legal e havendo infração ao direito do preso, coloque-o em liberdade até que o Estado dê condições de cumprir a própria lei que deve ser respeitados por todos.

Para melhor entender tal facilidade é necessário visualizar a Constituição Federal e seus princípios, razões do tema do trabalho. A lei deve ser criada sob o viés desta Carta Política, mas não somente criada, também aplicada nos mesmos moldes de sua criação, conhecido também como princípio da unidade de Constituição, pois tanto a criação quanto a efetivação na prática também tem que ser de forma sistemática e não isolada, exatamente como ocorre no sistema carcerário.

A Constituição é o elo interpretativo da aplicabilidade do comando legal, o qual serve de explicação para qualquer circunstância, quando omissa em lei, o que não é o caso do sistema carcerário, o que existe é o não cumprimento expresso do dispositivo legal, além da própria Constituição.

O que parece é uma conivência mutua, quanto ao tema em análise, ou seja, uma cumplicidade entre o legítimo detentor do poder de punir, que é o Estado; o legítimo detentor do poder julgar, que é o Juiz; o legítimo detentor de fiscalizar a lei que é o Ministério Público; tudo isso respaldado e avalizado pelos legítimo detentor do poder democrático, que é o povo em sua grande maioria. Excluído, portanto, tão somente uma parcela desse todo que são os operadores de direitos na seara penal e mais especificamente os familiares desse contingente esquecidos legalmente sob os muros do cárcere.

Sob a certeza de solução das mazelas do cárcere, que é através da legalidade, insta talvez justificar, ou melhor, provocar ao leitor a algumas indagações para reflexão abaixo:

A democracia deve ser construída diariamente e não somente posta, virtualmente, o que denota o distanciamento da efetivação precária, em relação ao tema proposto;

Á Constituição Federal irá completar ainda seus 26 (vinte e seis) anos de existência, logo, facilmente confirmado que muitos dos dirigentes da ditadura ainda estão implícitos e expressos em muitos dos representantes do povo, basta observar os dominantes e dirigentes atuais, os quais estão tanto na esfera privada, quanto na esfera pública;

O sistema carcerário intramuros, pela própria forma que se encontra tem um estatuto “legal” próprio de ditadura, o qual negocia diretamente com o Estado de Direito e de tempos em tempos celebram a pacificação virtual e continuam a guerra entre estes dois mundos;

Isso tudo é possível fazer uma analogia com o conceito do mito da caverna da filosofia de Platão, pois aqueles reclusos que saem desses sistemas intramuros e retornam sob cárcere contam as demais que ainda não tiveram a mesma oportunidade que todos tem direitos e dignidades, os quais devem ser respeitados, inclusive pelo próprio Estado.

Por derradeiro, mais importante de que responder ou pensar sobre a cada uma das provocações acima é questionar as coisas como elas são e estão posta em sociedade, bem como contextualizar o finalidade do mundo que se quer e a forma com se chegará a esta desígnio, pois nem sempre os fins justificam os meios, conforme a filosofia de Nicolau Maquiavel.

A engrenagem do ordenamento estatal deve seguir de forma conjunta com a teoria e prática. Tem-se que dar efetividade da legalidade sob a interpretação do advento do princípio fundamental da dignidade humana. Além do mais, a consciência que se espera de um povo maduro é no mínimo o respeito à legalidade sem discriminar o seu semelhante e querer torná-lo menos humano por um lampejo de deslize social que acabou violando preceitos legais, os quais já resolvido pela própria legalidade imposta.

O tema proposto discutindo a superpopulação carcerária, sob o viés do princípio da dignidade humana, por si só dá a questão e a solução para toda e qualquer discussão sobre o tema, vez que o sistema carcerário, onde se encontram os sentenciados ou não de uma decisão jurídica, deve-se manter e respeitar a dignidade humana, caso contrário, havendo abuso ou negligencia deste direito abre-se precedente para questionar até mesmo o próprio Estado Democrático de Direito.

5. AGRADECIMENTOS

O exemplo faz parte de uma atitude reiterada que revela aqueles que agem. Isso torna o ator tão transparente, que mesmo sem dar conta de sua atitude rotineira, o exemplo para ser seguido ou não é notória. Assim, nominar pessoas próximas a ser modelo para se tentar igualar seus feitos é ser injusto com todas aquelas que fizeram parte de sua vida. Deste modo, para não discriminar ninguém de seu convívio, agradeça sempre a todos que face sua atitude reiterada, para ser seguidos ou não, logo, agradece-se a todos de forma direta ou indireta se revelaram em suas atitudes.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, NORBERTO. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 4. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

BOBBIO, NORBERTO. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, FÁBIO KONDER. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Constituição Federal de 1988, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de agosto de 2014.

DALLARI, DALMO DE ABREU. In: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIMENSTEIN, GILBERTO. **O cidadão de papel**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1998. Estado de Direito. Disponível em: <<http://www.estadode direito.com.br/2012/03/26/brasil-numero-de-presos-e-69-superior-ao-numero-de-vagas/>>. Acessado em: 04 de agosto de 2014.

FOUCAULT, MICHEL. **Vigiar e punir: historia da violência nas prisões**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

MARCONI, MARINA DE ANDRADE; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, ALEXANDRE DE. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Notícia Câmara Federa. <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/COM-A-PALAVRA/439520-BRASIL-TEM-4-MAIOR-POPULACAO-CARCERARIA-DO-MUNDO.-CONFIRA-ENTREVISTA-COM-O-JUIZ-LOSEKANN.html>. Acessado em 18 de agosto de 2014.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA, **Código Penal Comentado**, São Paulo, 12. Ed. Ver., Atual e Ampl Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, ADEILDO. **Da Execução Penal**, 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense 2009.

JACINTHO, JUSSARA MARIA MORENO. **Dignidade humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2009.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Federal.<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239503>>. Acessado em: 11 de agosto de 2014.

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acessado em: 11 de agosto de 2014.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acessado em: 04 de agosto de 2014.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=142513&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acessado em: 11 de agosto de 2014.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=142513&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acessado em: 11 de agosto de 2014.

KANT, IMMANUEL. **A metafísica dos costumes**. Trad. de EdsobBini. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008.

Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acessado em: 04 de agosto de 2014.

Lei de introdução ao Código Civil. www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del_4657.htm. Acessado em 18 de agosto de 2014.

PIOVESAN, FLÁVIA. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 116.

SARLET, INGO WOLFGANG. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **A dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**, Revista de Direito Administrativo, vol. 212, 1998.

UCHÔA, MARIA DAS GRAÇAS; LEMES, MARIA MADALENA DEL DUQUI. **A Visão dos Enfermeiros que Trabalham em Unidade Hospitalar Pública sobre a Sistematização de Enfermagem**. 2013, Disponível em

O TRIBUNAL DO JÚRI E A OMISSÃO DO ESTADO

Lucas Mainardes⁵⁸², Gilson Garcia Gomes⁵⁸³ e Alencar Frederico Margraf⁵⁸⁴

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Garantismo e Sistema Criminal

RESUMO

Este artigo pretende analisar a eficácia do Tribunal do Júri, perante a sociedade, em que o corpo de jurados fica vulnerável aos argumentos tanto produzido por defesa e acusação, e não julgando com um critério técnico, onde a responsabilidade seria do Estado em dar uma resposta à altura em que a sociedade espera.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Estado. Vulnerável.

ABSTRACT

This article intends to analyze the effectiveness of Jury Court, considering the lack of technical knowledge of jurors and, consequently, their vulnerability before the arguments produced so much for the defense as for the accusation, giving rise to a situation in which the State is exempt from their real responsibility to society.

Keywords: Jury Court. State. Vulnerable.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo como já mencionado acima irá analisar a eficácia do Tribunal do Júri, e ao decorrer deste trabalho iremos mostrar a omissão por parte do Estado. Mas antes iremos discorrer sobre o seu histórico e expor também sobre o que é, como é feito, e quais os crimes que vão ao Tribunal do Júri. De início podemos constatar que o júri é competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Mas primeiramente o que é dolo? Quais são os crimes que vão a júri?: Dolo é à vontade de se cometer um tipo penal incriminador. Já os crimes que vão a Júri Popular é segundo a Constituição Federal Brasileira de 1988 no art. 5º, na alínea “d” inciso XXXVIII homicídio, infanticídio, participação em suicídios e aborto.

Assim podemos observar nesta pequena análise de introdução que o Júri se trata de uma cláusula pétrea em nossa Constituição Federal, ou seja, está em uma hierarquia superior as demais normas. Porém, o Tribunal do Júri traz uma grande repercussão na sociedade, pois ele é composto por pessoas da sociedade que em muitos casos não possuem um conhecimento

⁵⁸² Graduando do curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba - FATEB

⁵⁸³ Graduando do curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba - FATEB

⁵⁸⁴ Professor Orientador

adequado para este tipo de julgamento. Sendo assim, se o Estado através do Poder Judiciário que tem a competência de julgar e até nesses últimos tempos tem adentrado em uma função atípica, como à criação de súmulas vinculantes, ou seja, legislando e tomando decisões importantes em nosso país. Porém, quando chega diante do Tribunal do Júri, passa toda essa competência de julgar que é sua função típica aos cidadãos leigos e podemos constatar de início que o Estado se “esconde”. No decorrer vamos analisar e dar ênfase a este tema que podemos afirmar que é um problema em nosso meio e pode causar prejuízos a toda sociedade decorrente desta omissão do Estado.

2. METODOLOGIA

Para a realização deste trabalho, foi utilizado o método qualitativo, buscando as informações em artigos, livros e revistas eletrônicas, foram buscadas informações com operadores do direito, que atuam no Ministério Público e no Poder Judiciário e com pessoas que pertencem ao corpo de jurados. Essas informações foram buscadas nas comarcas de Curiúva e Ortigueira visando um novo horizonte para o Tribunal do Júri.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. A História do Tribunal do Júri

Primeiramente a palavra júri significa “fazer juramento”, e segundo grande parte da doutrina este modelo de julgamento é secular e remonta desde o começo da humanidade. Mas aqui vamos trazer visões de diferentes autores para se compreender melhor este histórico. Segundo Roberto Bartolomei Parentoni este modelo de julgamento, começou na Inglaterra por volta de 1215, como o “Tribunal do Povo” e o autor comenta a seguinte:

As origens do Tribunal do Júri remontam a história da velha Inglaterra, onde por volta de 1215, foram abolidas pelo Concílio e o latrão, as ordálias e os juízos dos Deuses. Nascera o Tribunal do Povo, que entre os ingleses deixou reluzentes marcas, não somente pelo misticismo característico, mas principalmente pelos resultados alcançados. Bem diferente que acontecerá em outros países do “Velho Mundo”, sobretudo, a França, Itália e Alemanha, locais onde a instituição do Júri não obteve o êxito esperado, sendo logo substituído por outros órgãos. Surgiu como uma necessidade de julgar os crimes praticados por bruxarias ou com caráter místico. Para isso se contava com doze homens da sociedade que teriam uma “consciência pura”, e que se julgavam detentores da verdade divina para análise do fato tido como ilícito e aplicação do respectivo castigo. (PARENTONI, 2011, p.1).

De acordo com esse modelo de Tribunal, serviu como base para os nossos modelos atuais. Pois este veio para dar o direito ao povo de julgar seus pares, e os que são escolhidos são os de “consciência pura”, que hoje na nossa atualidade são

as pessoas idôneas do nosso meio social e que são escolhidas para formar o conselho de sentença do Tribunal do Júri. Naquela época podemos constatar também que eram doze jurados, agora foi reduzido para sete, ou seja, algumas mudanças, pois o direito ele evoluiu de acordo com a sociedade e suas necessidades.

Já na visão de Rogério Lauria Tucci, relatada por Vera Lúcia Lopes Ferreira, este autor ressalva que o Júri surgiu com os dez mandamentos, tem uma origem bíblica do Antigo Testamento. E nos diz:

É possível atribuir o surgimento do Tribunal do Júri a época mosaica, o mesmo teria surgido entre os judeus no Antigo Egito, pelas leis de Moisés, no período em que estes foram escravizados pelo faraó. Em meio a esse povo havia uma maneira especial para julgar aqueles que cometessem delito. (FERREIRA, 2011, p.1).

Como mencionado acima o Tribunal do Júri vem até mesmo antes de Cristo, e isso com uma visão consuetudinária, ou seja, dos usos e costumes que passaram de geração em geração para julgar as pessoas que cometessem crimes na época. Não vamos entrar aqui em detalhes, mas não podemos deixar citar a Lei de Talião (tal qual), onde aquele que cometesse certo tipo de crime iria pagar na mesma proporção. Um exemplo clássico desse tipo de julgamento é de quem roubasse, teria o braço cortado, era uma pena cruel que era imputada aos infratores.

Observando a visão destes dois autores, acima citados podemos ver claramente que não se tem uma data exata do surgimento do Júri, Tucci foi mais além e diz que foi até mesmo antes de Cristo, já Parentoni usa a tese dizendo que foi na velha Inglaterra em 1215. Tirando-se uma conclusão, o que mais se assemelha é o “Tribunal do Povo” que tem seus resquícios no nosso Tribunal do Júri atual.

O julgamento no Brasil foi implantado em 1822 pelo imperador Dom Pedro I, diferentemente do surgimento do Júri que não tem uma data correta no decorrer da história, no Brasil teve sua Lei criada no dia 18 de julho de 1822, que também implantou este sistema de julgamento. Diverso de hoje, o Tribunal do Júri desta época foi criado para julgar os abusos contra a liberdade de imprensa. Não havia nesta época a separação dos poderes como é nos dias atuais, a magistratura fazia parte do executivo, bem como não havia independência do judiciário, portanto, se as decisões sobre este julgamento de liberdade de imprensa não fosse aceito pelo imperador, poderia ser alterado pelo próprio por sua força extrema de poder.

Mas ao decorrer desta história o Tribunal do Júri chegou a ser abolido por Getúlio Vargas em 1937 com a criação do Estado Novo.

Em 1938 admitiu o tribunal de ordem interna para julgar crimes previstos alguns até hoje como homicídio, infanticídio, roubo seguido de morte etc. Em 1941

com a criação do Código de Processo Penal, inspirado em Mussolini no Júri prevalecia à presunção de culpabilidade aos acusados. Em 1946 com a volta da democracia, no capítulo de Direitos e Garantias Fundamentais, no art. 141, par. XXVIII, o júri estava mantido, com sigilo de votações, direito de defesa do réu entre outros direitos. Mas em 1964 com o golpe militar e criado uma nova Constituição em 1967 manteve-se o júri, mas um pouco mais restrito julgando-se os crimes dolosos contra a vida. Passado por todas essas fases, o Tribunal do Júri encontra-se hoje no título de Direitos e Garantias Fundamentais, como clausula pétrea de nossa Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inc. XXXVIII assegurando os direitos do conselho de sentença, do réu e os tipos de crimes que vão a este tipo de julgamento. (FERREIRA, 2011).

3.2. Procedimento do Tribunal do Júri

Como já sabemos o Tribunal do Júri está constitucionalmente previsto no art.5º inciso XXXVIII e sua competência são de julgar os crimes dolosos contra a vida já supramencionada em nossa introdução.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prioridade nos termos seguintes:

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Aqui iremos discorrer passo a passo desse procedimento que é especial e passa por duas fases.

A primeira fase é a de juízo de acusação, onde se produzem as provas para se constar o crime doloso contra a vida, ou seja, para saber se este crime se encaixa para ser levado a julgamento. Nesta fase se oferece a denúncia, e termina com a sentença de pronúncia ou impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária. Já na segunda fase, relaciona-se com a fase anterior e começa com transito em julgado da sentença de pronúncia, e se encerra com a sentença do juiz que é o presidente do tribunal popular (TJDF, p.1-2).

O nosso Código de Processo Penal tratou desse procedimento do Júri nos arts. 406 ao 497. Primeiramente quem são os jurados, e como faz para participar? Podem se alistar para serem os jurados pessoas maiores de 18 anos de idade e sem antecedentes criminais, as chamadas “pessoas boas da sociedade”, porém leigas. Esse jurado ao ser convocado não pode renegar de participar do conselho de sentença e ficara sujeito à multa de um até dez salários mínimos, e também não

pode ter desconto em seu salário por falta ao trabalho. No prazo de dez a quinze dias antes do julgamento o juiz presidente da seção ira fazer um sorteio de para selecionar vinte e cinco pessoas alistadas, assim também para essa seleção o Ministério Público, da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), e Defensoria Pública participam desta escolha.

No dia do julgamento devem comparecer estes vinte e cinco jurados, as testemunhas e o réu. Qualquer cidadão pode comparecer para assistir ao julgamento, ou seja, é aberto ao público. Antes da formação do conselho de sentença dos jurados, as testemunhas são recolhidas em um lugar onde não podem ouvir o depoimento das demais. Destes vinte e cinco jurados, se aparecem quinze já se podem começar os trabalhos. Em uma definição de Desiree Tavares da Silva podemos notar essa importância:

Caso estejam presentes os quinze jurados, o juiz presidente informará aos jurados que uma vez sorteados, eles não poderão comunicar-se entre si ou com qualquer outra pessoa tão pouco manifestarem sua opinião sobre o processo. O juiz verificará se estão presentes na urna as cédulas correspondentes aos jurados presente e então, fará o sorteio de sete jurados que irão compor o Conselho de sentença. O Juiz presidente lerá os nomes à medida que forem sendo sorteados e é concedida a defesa e acusação, respectivamente, recusar três jurados sem motivar (SILVA, 2013, p.1).

Apenas sete pessoas irão compor o corpo de jurados e para selecionar estes, os vinte e cinco nomes são colocados em uma urna, e se tiram sete desses podendo o Ministério Público, e a defesa recusar três jurados sem justificativa. Depois de formado o corpo de sentença os jurados se mantêm isolados sem se comunicarem com pessoas de fora, familiares, e não ter qualquer contato para que não seja influenciada em sua decisão.

Portanto, após ultrapassar esse procedimento inicia-se o julgamento. Primeiramente se possível ouvindo a vítima, depois as testemunhas de acusação e por último se ouve a defesa e caso os jurados tenham alguma dúvida, estas podem ser tiradas através de perguntas feitas pelo juiz. As testemunhas de acusação podem ser questionadas pelo Ministério Público, assistente e defesa do acusado. Já as testemunhas de defesa, são perguntadas primeiramente pelo advogado do réu, depois pelo promotor e por último pelo assistente. Ressalvando aqui que o depoimento das testemunhas é de extrema importância para se dar conhecimento dos fatos aos jurados e para esclarecer certas dúvidas que geralmente são frequentes, porém, segundo o art. 203 do Código de Processo Penal as testemunhas tem o compromisso de dizer a verdade:

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa

avaliar-se de sua credibilidade.

Depois de inquiridas, as testemunhas é chegada hora do réu, e quem primeiramente tem o direito de lhe fazer a pergunta é o Ministério Público, depois o assistente e por fim a defesa nesta ordem. Os jurados no caso de dúvida podem fazer perguntas através de intermédio do juiz. É importante dizer que na hora do depoimento do réu ele não pode ficar algemado isso de acordo com a Súmula Vinculante de número onze:

Súmula Vinculante 11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Isso se trata de uma regra de procedimento do Tribunal do Júri, mas existem exceções caso se conste que é necessário o réu ficar algemado para manter a segurança de todos os presentes.

Ouvido as testemunhas, o réu, chega a hora que podemos dizer mais esperada do Júri, o grande debate que começa com o Ministério Público e assistente fazendo a acusação do réu em um tempo de até 30 minutos. Depois de encerrada a acusação, chega a hora da defesa, que tem os mesmos 30 minutos para apresentar a sua tese. Mas não para por aí debate, a acusação volta a ter o direito de expor sua tese novamente em um tempo maior desta vez, que é de uma hora e trinta minutos, sendo assim também a defesa, mas agora com um privilégio de ter a tréplica, ou seja, de falar por último também em um tempo de uma hora e trinta minutos. Dentro desse debate não se pode usar objetos que não estejam constados nos autos do processo, pois para usar desse meio tem que avisar a outra parte em um prazo mínimo de três dias.

Depois de apresentarem suas teses, chega a hora da decisão e Jesus Nazareno Lopes Martins explica detalhadamente como é este procedimento:

Os quesitos elaborados pelo juiz-presidente são votados pelos jurados em uma sala secreta. Cada jurado recebe uma cédula contendo as palavras "sim" e "não". A resposta dos jurados a cada quesito é colocada dentro de uma urna, e, posteriormente, lida em voz alta pelo juiz-presidente. (MARTINS, 2014, p.1).

Independentemente do resultado, se o réu foi absolvido ou condenado, o juiz presidente do Júri irá ler a decisão em voz alta para todos os presentes da seção. No caso da condenação do acusado a sua defesa pode recorrer, tanto, no caso de absolvição cabe ao Ministério Público e assistente de acusação. Abre-se o duplo grau de jurisdição para ambas as partes, e isto se tratam de um princípio que se

encontra em nossa Constituição Federal no artigo 5º, inc. xxxv, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

3.3. Sociedade e Omissão do Estado

No presente tópico vamos abordar uma crítica ao Estado perante o Tribunal do Júri, e como fundamento vamos fazer uma breve análise do livro de Jean Jacques Rousseau, “O Contrato Social” onde o autor traz uma ideia de que após o homem ter perdido sua liberdade natural, onde ele ainda não havia sido corrompido, ele necessitaria de uma liberdade civil. Isso também serve para uma organização do Estado, pois imagine uma sociedade sem Estado, sem poder coercitivo, sem organização? Estaríamos totalmente regredidos e também em uma época de caos. Mas dentro deste contexto o soberano seria o povo, e o rei apenas funcionário deste povo. Uma de suas ideias principais neste livro clássico Rousseau ressalva que o homem nasce neutro e bom, mas a sociedade o corrompe (ROSSEAU, 1978, p 100-140). Partindo dessa ideia ao chegarmos diante de um julgamento com sete jurados totalmente leigos, boas pessoas da sociedade, estas não poderiam ser corrompidas?

Já foram apresentados os requisitos para as pessoas serem jurados, no entanto uma dúvida ainda ressurge, “Por que não exigir um preparo jurídico destas pessoas?”; “Por que permitir que os leigos analisem questões jurídicas?”. Assim onde ficaria o Estado, este que a sociedade outorgou nossa liberdade civil para resolvermos nossos conflitos, compor as lides e dizer o direito? Podemos notar que este Estado quebra esse contrato e devolve essa parcela e se omite diante do julgamento onde ali está em decisão a liberdade do réu, um direito fundamental previsto também em nosso artigo 5º da Constituição Federal. Qual seria a solução para este problema?

Como sabemos, o ser humano é falho, sendo leigo ou tendo uma capacidade técnica, entretanto, a ideia Tribunal do Júri é de a sociedade julgar os seus semelhantes, pois assim ela estaria exercendo a sua democracia. Mas o que seria democracia?

No Tribunal do Júri exerce-se uma democracia parcial de julgar os semelhantes, porém, apenas uma parcela sociedade, poucas pessoas podem ser jurados, assim podem ver que não é uma democracia total. Além de não ser uma democracia total, pessoas leigas são mais vulneráveis de serem influenciadas como, por exemplo, em uma comarca pequena, todos os semelhantes se conhecem, ou tem contato com familiares entre outras relações.

Imaginamos que uma pessoa vá a Júri em uma comarca pequena acusada de ter cometido homicídio simples contra outra pessoa do mesmo meio social. Essa pessoa que esta sendo acusada pode ser considerada uma pessoa perigosa, isso pode ocasionar medo aos jurados e fazer-lhe sentirem coagidos e absolver esse réu que pode ter cometido crime doloso contra à vida.

Podemos ainda levar em consideração outra questão, a argumentação da acusação ou da defesa. São pessoas com capacidade técnicas, que podem muito

bem com palavras bem dirigidas, ou até mesmos teatros, mudar a opinião dos jurados, e essa mudança, ou até mesmo ele mantendo o voto por aquela acusação pode estar condenando um inocente, ou absolvendo um criminoso. O que hoje se vê nos julgamentos é um verdadeiro “circo”, onde ali se vale a melhor argumentação de ambas as partes, muitas vezes até não se pensa no que realmente está se julgando, que é a liberdade de uma pessoa.

Outra questão a ser levantada é a mídia, nos julgamentos de alta repercussão popular a mídia sempre está presente, até nas decisões, pois os jurados se deixam levar muitas vezes por informações passadas por esses meios de comunicação e quem pode provar que essas informações são totalmente seguras e confiáveis?

Ensina Flávia Rahal que "A Justiça que é feita com base na pressão pública e na opinião publicada é quase sempre Justiça mal feita, e torna ainda mais desacreditado o Poder Judiciário. É muito fácil: a Justiça que prende por pressão e não com base em provas sólidas é a mesma que vai soltar dias depois. Quem perde com isso é o inocente que foi preso, a vítima que se sente desamparada, a Justiça que trabalha na direção errada e a sociedade que permanece insatisfeita. Perdemos todos nós, daí o perigo desta inversão tão corriqueira de papéis" [RAHAL, Flávia. *Mídia e Direito Penal... cit.*].

O fato é que qualquer pessoa pode ser totalmente ou parcialmente corrompida, à alternativa de mais juízes decidirem sobre um caso doloso contra à vida, nos deixa com uma segurança jurídica totalmente maior, pois são pessoas que tem conhecimento na área e não se deixam levar por qualquer argumentação ou tese. O grande problema de um corpo de jurados leigos é que deixam de analisar o fato ocorrido no passado, em que uma vida de nossa sociedade foi tirada pelo réu, que está em julgamento, e que no momento do Júri só consegue “enxergar” o que é apresentado, tanto por defesa ou acusação. Como relata Guilherme de Souza Nucci:

“A missão de julgar requer profissionais e preparo. Não podendo ser feita por amadores. É impossível constituir um grupo de jurados preparados a entender as questões complexas que muitas vezes são apresentadas para decisão do Tribunal do Júri” (NUCCI, 1999, p.183).

E complementa Zaffaroni e Pierangeli:

O direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva (ZAFFARONI, 2004, p.115).

Com tudo que foi relatado neste trabalho acadêmico fica uma grande pergunta onde encontraremos um julgamento justo e imparcial? A resposta talvez seja na formação de um Tribunal do Júri por pessoas com conhecimentos técnico-

jurídicos, ultrapassando as tradições milenares de um tribunal formado por pessoas desconhecedoras das leis do Estado. Quem sabe, desta maneira, as decisões possam proporcionar maior segurança jurídica para a sociedade. Mas uma opção para esses jurados realmente votarem com consciência seria eles justificarem a sua decisão por escrito e não simplesmente o voto sim ou não.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual trabalho visou abordar o histórico, a evolução do, como funciona e a intenção do Tribunal do Júri. Ao analisarmos o conselho de sentença podemos descobrir o grande problema deste modelo de julgamento adotado no Brasil e muitos países do mundo. Os jurados como supramencionados acima não tem capacidade técnica e são vulneráveis, e ao decorrer deste estudo vimos uma quebra de contrato, o contrato social escrito por Rousseau, onde nesta quebra o Estado nos devolve aquela parcela que outorgamos para ele resolver os conflitos do nosso meio social.

O órgão responsável por esse julgamento é o Poder Judiciário. O crime doloso contra a vida é praticado, denunciado pelo Ministério Público, se inicia o processo, as audiências e se consta que o crime doloso contra a vida é de competência do Tribunal para ser julgado, que escolhe membros “bons da sociedade” para sentenciar seus semelhantes, e sendo esses julgadores totalmente vulneráveis.

Uma alternativa que sugerimos seria de a sociedade julgando seus próprios semelhantes nos crimes passionais, ou seja, infanticídio, crimes pela honra, que necessitem da paixão e que essa paixão apresente o conceito que a sociedade tem sobre determinada ofensa que ocorre em seu meio. Na verdade queremos sugerir a pacificação do Tribunal do Júri, quando mencionamos que os crimes passionais devem ser julgados pelos seus pares e querendo evitar o conflito da coação, vulnerabilidade do corpo de jurados em virtude de supostas ameaças que venham decorrer desta nobre função.

Já os crimes que aonde durante todo o processo foi demonstrado que houve a vontade e consciência do réu, que praticou um crime encomendado, um crime que realmente demonstrou que esse ser teve a vontade de ser um criminoso que havia toda possibilidade pra ele não cometer esse crime e fez este por vontade própria sem paixão, sem ser crime passional. O Estado visando uma economia e segurança jurídica maior poderia o próprio juiz togado junto com o Ministério Público já aplicar a sentença penal condenatória.

Uma alternativa para melhorar a capacidade de se fazer justiça do corpo de jurados, seria o Estado proporcionar palestras e cursos relacionadas ao Tribunal do Júri, em que consiste desenvolver uma melhor capacitação do corpo de jurados

Voltando a Rousseau que em seu livro enfatiza que o ser humano nasce bom e puro, mas a sociedade o corrompe. Assim chegamos à conclusão que o réu não tem uma segurança proporcionada pelo Estado. Em julgamento a ser realizado por pessoas despreparadas juridicamente, vencem, na maioria das vezes, aquele

que tem melhor argumentação, persuasão e ainda podemos levar em consideração de qual seja a decisão pode prejudicar toda a sociedade condenando um inocente que vai a prisão e lá ele é corrompido por verdadeiros criminosos e a volta dele para sociedade se torna realmente um grande perigo. Ou um criminoso que é absolvido, sua chance de cometer novos crimes é muito grande.

Algo que devemos salientar é que a sociedade também é omissa, porque ela cobra uma resposta do Estado, mas não busca novas alternativas que tanto almeja, como diz o art. 1º parágrafo único de nossa Constituição: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O povo que representa esse poder deve como “obrigação” exercer este poder e cobrar do Estado, uma resposta à altura que a sociedade clama, seja implantando novos mecanismos para que haja um julgamento ao mínimo mais justo e imparcial.

5. AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradecemos a Deus por essa oportunidade, aos professores que nos deram sugestões, ao professor Euclides Borges que colaborou com o abstract e ao professor Alencar Frederico Magraf que nos auxiliou e tem nos dado apoio para esse campo de extrema importância e que nos gerou muito conhecimento e aprendizagem do ordenamento jurídico penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccv03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2014.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Decreto Lei nº 3689, 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2014.

FERREIRA, Vera Lucia Lopes. **Aspectos históricos do tribunal do júri ao longo do tempo e sua relevância para o ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19314/aspectos-historicos-do-tribunal-do-juri-ao-longo-do-tempo-e-sua-relevancia-para-o-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

GRECCO, Rogério **(Curso de Direito Penal: parte geral)**. Rio de Janeiro: IMPETUS: 2006.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Tribunal do Júri precisa passar por uma reengenharia penal**. Porto Alegre: Revista Consultor Jurídico: 2014.

MARTINS, Jesus Nazareno Lopes. **“O Tribunal do Júri passo a passo”**. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAqgoAL/tribunal-juri-passo-a-passo>. Acesso em: 10 de agosto de 2014.

MARTINS, Ricardo. **Saiba como funciona o Tribunal do Júri**. Disponível em: <http://ricardomartinsadvogado.blogspot.com.br/2010/03/saiba-como-funciona-o-rito-do-tribunal.html>. Acesso em: 14 de agosto de 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: Princípios Constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PARENTONI, Roberto Bartolomei. **“Tribunal do Júri”**. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/57-tribunal-do-juri>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado; introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. - 2ª edição - São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

SILVA, Desiree Tavares. **“O Tribunal do Júri: Juiz Leigo”**. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1544>. Acesso em: 18 de agosto de 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **“Súmula Vinculante 11”**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em: 18/08/2014.

TERRA, Notícias. **“Júri Popular”**. Disponível em: <http://www.terra.com.br/noticias/infograficos/juri-popular/>. Acesso em: 15 de agosto de 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, **“O Tribunal do Júri”**. Disponível em: http://www2.tjdft.jus.br/imp/docImp/TRIBUNALDOJURI_comofunciona.pdf. Acesso em: 12 de agosto de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRODUÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS E DESENVOLVIMENTO PROCESSUAL

Meg Francieli Svistun⁵⁸⁵ e Alencar Frederico Margraf⁵⁸⁶

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Garantismo e sistema criminal.

RESUMO

Este artigo aborda, por meio de discussão teórica, a Síndrome da Alienação Parental e a criação de falsas memórias, buscando alertar sobre a importância da psicologia no campo do Direito. Também aborda a questão do depoimento sem dano, procedimento para obter testemunhos de crianças e de adolescentes, sendo esse depoimento usado como prova no processo penal. Tendo em vista a grande carga de sugestibilidade que as crianças recebem dos familiares, percebe-se que os fatos narrados sempre serão questionáveis, e por essa razão, a realização do Depoimento Sem Dano, da maneira que está sendo idealizado, deve ser revisto e aperfeiçoado.

Palavras-chave: Síndrome da Alienação Parental, Falsas Memórias, Depoimento Sem Dano.

ABSTRACT

This article discusses, through theoretical discussion, Parental Alienation Syndrome and the creation of false memories, trying to warn about the importance of psychology in the field of law. It also addresses the issue of evidence without damages procedure to obtain testimonies of children and adolescents, this testimony used as evidence in criminal proceedings. Given the large burden of suggestibility that children receive from family, you realize that the facts narrated are always questionable, and therefore, the realization of Testimony Without Harm, the way it is being conceived, should be reviewed and improved.

Key-words: Parental Alienation Syndrome, False Memories, Testimony Without Harm.

⁵⁸⁵ Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba – PR – FATEB. Membro do Grupo de Pesquisa da Faculdade de Telêmaco Borba – e-mail: <mgsvistun@gmail.com>.

⁵⁸⁶ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busatto de Ensino. Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR; Professor Pesquisador-Orientador no Programa de Pesquisa da Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

1. INTRODUÇÃO

Verifica-se na atualidade o surgimento de debates tendentes a aprimorar a realização das coletas de provas, tanto para os processos cíveis quanto aos processos criminais, sendo que nestes a preocupação tem-se tornado cada vez maior, tendo em vista que inúmeras ações estão sendo movimentadas com informações e fatos falsos.

Esta ocorrência dificulta a atuação dos magistrados, pois, por exemplo, de um lado possui os relatos de uma suposta violência sexual e do outro o direito de liberdade do acusado, e, entre os dois apenas a produção da prova testemunhal, pois geralmente estes ilícitos, além de serem cometidos na clandestinidade, não deixam sinais de violência.

Com as recentes alterações das leis brasileira, tanto processuais como da tipificação penal, percebe-se que o magistrado está, cada vez mais, em uma posição delicada, pois deverá julgar conforme às narrativas prestadas em juízo, e, segundo Francesco Carnelutti (1965, p. 4-9), os depoimentos pessoais apenas são capazes de demonstrar uma realidade parcial, ou seja, a totalidade dos fatos é impossível de ser reconstruída pelo procedimento criminal.

Ressalta-se que as testemunhas, vítimas e acusado utilizam-se, durante suas narrativas, inúmeras situações fáticas para tentar demonstrar ao magistrado que é mais coerente e que suas narrações são as verdadeiras. Portanto, cria-se um ambiente nebuloso, entre a realidade e a ficção. Jeremy Bentham (1971, p. 53) esclarece que estas narrativas são contadas conforme a importância do fato discutido. Dependendo da sua gravidade, poderá haver mais ou menos complementação fantasiosa dos relatos prestados em juízo.

Portanto algumas perguntas passam a serem realizadas quando se fala em atividade valorativa das provas do magistrado: i) qual o grau de confiabilidade que deve ser dada às testemunhas?; ii) o juiz pode analisar conforme sua experiência para julgar uma narrativa verdadeira ou falsa?; iii) o juiz possui capacidade para saber se o narrador está mentindo ou se está narrando fatos criados por memórias falsas?

Este artigo aborda vários estudos sobre as possíveis causas das falsas memórias, sendo de grande valia para os operadores do direito perceber a necessidade de aperfeiçoamento e desenvolvimento das técnicas de produção de provas testemunhais. Novos estudos sugerem que, antes de atuar como juiz/promotor/advogado heroico, deve-se realizar uma análise pormenorizada da situação em apreço, pois as narrativas podem estar maculadas por ilusões e, conseqüentemente, qualquer decisão a ser proferida deverá ser trilhada em terrenos firmes e confiáveis, e não apenas por narrativas fundadas na memória humana, sendo esta um local traiçoeiro e não confiável.

Sendo assim, pretende-se com este trabalho, dar destaque aos estudos realizados sobre a memória humana e a criação das falsas memórias, bem como fomentar as pesquisas em relação aos métodos de coleta de provas testemunhais, principalmente após a verificação de algumas irregularidades no chamado Depoimento Sem Dano.

2. METODOLOGIA

Foi utilizado para a elaboração da presente pesquisa o método dedutivo, consubstanciado por meio de artigos científicos, revistas jurídicas e sítios de internet. Por meio de um procedimento dialético buscar-se-á demonstrar as constantes do direito da criança e do adolescente, num cenário de conflito familiar. Buscando investigar qual a melhor maneira do sistema judiciário lidar com a coleta das provas testemunhais e, principalmente em relação às decisões que serão proferidas baseadas unicamente em narrativas.

3. FALSA MEMÓRIA

Antes de adentrar no estudo específico da produção probatória testemunhal, deve-se dar destaque à construção das falsas memórias.

Renato Santos e Lilian Stein (2008, p. 418) demonstram que a memória é dividida em literal e de essência. A memória de essência armazena o significado da experiência vivida marcadas por traços emocionais, e a literal registra os episódios diários, sendo mais propensa ao esquecimento uma vez que, pela rotina e pela falta de traços marcantes, passa a ser ignorada. Com isso, a memória literal é a que mais sofre interferência pelo fato dos seres humanos buscarem completar os vácuos da lembrança.

Salo Carvalho (2008, p. 57-58) apresenta uma informação esclarecedora em relação à maneira que a memória é formada. Segundo ele “a memória é o que resta quando nós esquecemos, e que não há memória sem esquecimento”. Assim, a memória é apenas fragmentos que não foram esquecidos e que, para a construção linear da história, para que possa ser compreendida, é necessário que estes “fragmentos” sejam completados com outros fragmentos.

Assim têm-se dois momentos distintos: i) no primeiro, o ser humano narra às lembranças que não foram esquecidas (memória de essência); ii) no segundo momento, complementação dos vácuos deixados pela memória literal. Porém apesar de ser fácil a explicação de como a memória funciona, a comprovação pela experiência é extremamente difícil (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2008, p. 21).

As emoções humanas podem ser definidas como um conjunto de estímulos cerebrais, com reflexos no corpo e na mente, que preparam o organismo da pessoa para o convívio social. A experiência emocional tem duas dimensões: o alerta, que é a variação física do corpo entre calmo ou excitado; e a valência, que é a avaliação subjetiva da experiência em: boa, ruim ou neutra. (SANTOS; STEIN, 2008, p. 417).

Estudos demonstram a influência das emoções na memória, experiências com fotos e palavras revelam que ao despertam as emoções (valência e alerta) também despertam recordações. O caminho para a elaboração da lembrança está na conexão dos estímulos (fotos e palavras) e os conhecimentos armazenados na memória, esta formação pode ocorrer de forma semântica, que consiste em construir um significado para os itens, utilizando de fatos e situações vividas por outras pessoas; ou de forma autobiográfica que ocorre quando os itens são associados a fatos vivenciados pela pessoa. (SANTOS; STEIN, 2008, p. 419).

Portanto, falsas memórias são lembranças de fatos (totais ou parciais) que não ocorreram, mas não significa dizer que o narrador esteja utilizando de argumentos falsos, uma vez que, ele crê na veracidade do que está dizendo. Em outras palavras: aqueles que externam suas lembranças geralmente utilizam de fatos e situações corriqueiras no dia-a-dia para preencher os vácuos deixados pelo esquecimento, contudo, essa complementação faz parte do narrador, pois, um determinado momento de sua vida, ele vivenciou aquelas situações complementares. Por essa razão, quando ele narra o seu testemunho, o faz com naturalidade e convicção de que é, realmente, a verdade dos fatos.

No entanto, inúmeros estudos já demonstraram que os atos corriqueiros (do dia-a-dia) não são armazenados pelo cérebro, ou pelo menos são esquecidos mais facilmente tendo em vista a ausência de emoção. Da mesma maneira a psicologia demonstrou que pessoas traumatizadas apresentam falhas na memória, ou para esquecer-se dos fatos ou para substituí-los por outros, tendo em vista o temor ou a vergonha da situação que foi exposta. Geralmente as pessoas quando expostas em situações de fortes emoções e/ou de violência buscam o esquecimento dos fatos para diminuir seu próprio sofrimento, fazem o que os psicólogos chamam de bloqueio mental, e isso não significa dizer que, quando estão em juízo prestando um depoimento, estejam mentindo sobre a ocorrência dos fatos, pois na verdade estão apenas externando lembranças modificadas ou preenchidas por uma falsa memória (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2008, p. 22).

Marisol Miramontes, Lilian Stein e Ambrocio Mojoardin (2010, p. 179), apresentam dados relevantes em suas pesquisas e concluem que a falsa memória é uma informação alterada involuntariamente. Relatam também que, entre os estudos mais citados está o paradigma DRM (Deese, Roediger e McDermott), sendo obra de referência básica utilizada por Roediger e McDermott, no ano de 1995, os quais utilizaram os experimentos adotados por Deese em 1959 para criar uma falsa memória.

Os resultados obtidos por Roediger e McDermott, é que o sujeito se recorda de uma informação que não foi fornecida, como também se lembra do momento de ter obtido aquela informação (MIRAMONTES; STEIN; MOJARDIN, 2010, p. 179). Para Tin Po Huang e Gerson Janczura (2008, p. 347-348) quanto maior for a quantidade de informações apresentada às pessoas, maior será a chance da memória das pessoas as correlacionarem com dados e situações inexistentes.

Por essa razão é que, assim como outros pesquisadores, Tin Po Huang e Gerson Janczura (2008) afirmam que as falsas memórias são lembranças de fatos que não aconteceu, podendo ser pequenos detalhes como, por exemplo, afirmando que o ladrão era moreno, quando na verdade era careca; ou que a placa de trânsito era de “preferencial” enquanto que na realidade era de “pare”. Ou, podem alterar totalmente a realidade vivida, como por exemplo, quando relatam a ocorrência de um abuso sexual, sendo que na verdade o pai apenas estava dando um banho em sua filha.

Sendo assim, torna-se claro que as pessoas podem relatar as falsas memórias, que foram implantadas por terceiros ou que foram criadas por mecanismos internos da própria memória (espontânea). O que as diferem são as ações que lhes dão origem. A falsa memória implantada é criada pela influência externa, por exemplo, comentários de terceiros, e a espontânea tem sua alteração nos aspectos específicos do funcionamento da memória. A falsa memória tem muitos detalhes e interpretações que parecem serem reais. (MOJARDIN-HERALDEZ, 2008, p. 38-39).

Em um estudo realizado por Coimbra (2004, p. 4-10) analisou a importância do psicólogo na área do direito da infância e da juventude. Demonstrando o ponto onde seu trabalho irá adquirir materialidade, o parecer psicológico. O mesmo estudo também demonstra as convergências, quanto ao trabalho do psicólogo dentro do sistema judiciário. Demonstrando que a única finalidade do parecer psicológico é orientar o juiz na sua decisão.

Dessa forma, surge no sistema judiciário, uma necessidade de um trabalho interprofissional, para tentar resolver questões onde o direito adentra a seara da psicologia, surgindo, dessa maneira uma nova técnica de obter o depoimento de infantes.

4. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Marlina Cunha Tosta (2013, p. 3-4) esclarece que o conceito de família é muito complexo e indeterminado, até mesmo porque, no Brasil, o multiculturalismo torna-se um fator relevante na construção, ou desconstrução, de um conceito específico, por essa razão, a variação terminológica é uma constante na sociedade brasileira. Porém, apesar das alterações sociais e culturais, verifica-se um norte para a família que é aquela unidade social com direitos e deveres.

Seus parâmetros se diferem conforme o lugar, o desenvolvimento social-econômico familiar e a cultura de cada povo. Contudo, as raízes universais de solidariedade e fraternidade, crê que a família seria uma instituição de extrema importância para a formação das pessoas e que influência diretamente no processo de desenvolvimento da pessoa humana.

A instituição familiar mudou consideravelmente nos últimos anos. Tanto na sua maneira de organização, quanto à sua estrutura, tendo em vista que, em menos de 25 anos diversos institutos jurídicos foram criados para se adequar com a realidade social. (TOSTA, 2013, p. 12).

Se a sociedade contemporânea está marcada pelo desenvolvimento e modificação comportamental, todas as frustrações sociais acabam se refletindo na família, justamente pelo maior contato existente entre seus membros. Por essa razão, discussões que outrora poderiam ser insignificantes, hoje passam a ter maior peso dentro de um lar. As pessoas geralmente são movidas por emoções, e quando estas estão marcadas por frustrações diárias, os principais alvos são os respectivos companheiros.

No entanto, em existindo um fim do relacionamento conjugal, onde o sentimento de desejo de manter a instituição familiar já não persiste, e qualquer coisa que se faça em relação à pessoa não produz efeitos, torna-se necessário uma nova tática para “se vingar” do(a) ex-companheiro(a), busca-se impedir, ou limitar, o contato com os filhos: surgindo então a Síndrome da Alienação Parental.

A teoria da síndrome de alienação parental (SAP) foi descrita pelo Richard Gardner, psiquiatra norte-americano, ano de 1985, como sendo um distúrbio psiquiátrico infantil, que afeta principalmente crianças envolvidas em disputas judiciais. A síndrome desenvolve-se a partir da manipulação de pensamento, realizado por um dos pais, para que a crianças rejeitem o outro (SOUZA; BRITO. 2011, p. 269-270). O genitor alienador manipula a consciência da criança, dessa maneira, impede ou destrói o vínculo anteriormente construído, destarte afeta o “desenvolvimento e a saúde emocional da criança ou adolescente”. (VARGAS; VASCONCELO; 2012, p. 91).

Para Denise M. Perissini da Silva (2011, p. 220), geralmente quando há uma disputa judicial envolvendo criança e/ou adolescente é possível perceber casos em que os familiares apresentam situações e fatos fantasiosos. No entanto, tais fantasias podem passar a fazer parte da vida destas crianças, quando repetidas diversas vezes, situação que, além de criar falsas memórias, cria-se também a situação da alienação parental. O artigo 2º da Lei 12. 318/2010 descreve a síndrome da seguinte maneira:

“interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

Crianças e adolescentes que vivenciam este conflito apresentam inúmeros problemas psicológicos que afetam seus desempenhos escolares e o bom

relacionamento social, em razão de reflexos psíquicos e emocionais dos pais. A vida da criança sofre interferências, pelas ansiedades e as expectativas dos adultos. No que tange o ambiente familiar, a criança passa por uma série de experiências emocionais que formaram a sua identidade (TOSTA, 2013, p. 8). A separação de fato do casal, deve apenas dissolver o vínculo entre o casal, e não os laços de afeto, direitos e deveres entre pais e filhos.

Segundo Marlina Cunha Tosta (2013, p. 26), com a ausência do genitor(a) do lar, e posterior alienação parental, algumas sequelas poderão ficar em evidência, comprometendo o desenvolvimento da criança, pois esta é levada, por sugestões e falsas memórias, a odiar o outro genitor, perdendo um vínculo de afeto muito importante para a sua vida, trazendo efeitos como a desespero, depressão, dificuldades de convívio em ambientes sociais, transtornos de identidade e de imagem, sentimento de culpa e de isolamento, hostilidade, desorganização, dupla personalidade e tendência suicida.

A justiça usa teorias ultrapassadas da psicologia antiga, para tratar os conflitos das crianças de casais separados, e não considera a evolução da sociedade contemporânea. Os advogados, promotores e juízes tratam a questão unicamente, sobre o direito de um sobre o outro, dando extrema importância para a relação entre mãe e filho(a) (TOSTA, 2013, p. 15). Esquecendo-se é a criança a mais afetada com a ruptura conjugal e que é justamente ela que sofrerá todo tipo de abuso por parte dos genitores, pois passa a ser utilizada como uma ferramenta de tortura e de agressão ao desafeto. Há uma tendência, no sistema jurídico, de tratar de maneira comum todos os conflitos domésticos, porém a resolução do problema deveria estar na priorização da saúde das pessoas envolvidas. (CESCA, 2004, p. 42-43).

Com o rompimento relação conjugal, a situação de disputa pela tutela do(s) filho(s), em alguns casos, podem gerar na criança um conflito de lealdade, que é quando a “lealdade em favor de um dos pais implica na deslealdade para com o outro”. A alienação parental de acordo com a literatura é uma forma de maus-tratos, ocasionado pela interferência emocional promovida pelo genitor alienador. (VARGAS; VASCONCELO, 2012, p. 95).

Para ser diagnosticada a SAP, deve ser verificada a presença dos seguintes fatores: i) uma desvalorização contra o alienado; ii) ideias absurdas ou levianas para a desvalorização ou sentimento de ódio; iii) criança pensa que a decisão para a rejeição é dela; iv) apoio ao genitor alienador no conflito; v) não considera errada a forma como esta tratando o genitor alienado; vi) copia frases e encenações do genitor alienante; vii) difamação não apenas do genitor alienado, mas também para à família e amigos do mesmo, dentre outros (VARGAS; VASCONCELO, 2012, p. 91).

Foi a partir das Associações de Pais Separados que a teoria do psiquiatra norte-americano ganhou destaque. Contudo, foi a partir da publicação da Lei nº 11.698/08 que o debate ganhou força, surgindo uma comoção por parte da opinião

publica, do sofrimento das crianças supostamente vitimadas pela SAP. Criou-se então o Projeto de Lei nº 4.853/08, tendo como objetivo identificar e punir o alienador. O projeto foi sancionado como Lei nº 12.318 em agosto de 2010, a lei garante prioridade do processo em caso de suposta alienação, assegura a visitação do genitor alienado e também garante “perícia psicológica ou biopsicossocial”. (VARGAS; VASCONCELO, 2012, p. 91).

Considerando a atuação do psicólogo, a Lei nº 12.318, no seu art. 5º, § 1º lista distintos instrumentos a serem levados em consideração na elaboração do laudo pericial, orientando o psicólogo a analisar a realidade política, econômica, social e cultural, indo em conflito com as orientações dispostas no Código de Ética Profissional do Psicólogo (2005), pois esta determina que os profissionais “ao produzirem documentos escritos provenientes de suas avaliações, se baseiem exclusivamente em instrumentais próprios de sua área de conhecimento” (SOUZA; BRITO, 2011, p. 280).

Há uma falta de interesse no tema, por parte dos profissionais afins, e principalmente aos Operadores do Direito que não querem reconhecer a importância da interdisciplinaridade das ciências para a solução dos casos familiares. Com isso corre-se o risco de que conflitos com indícios de SAP ou alienação parental, e até mesmo às falsas acusações de abusos sexuais, passem a ser considerado normal, nos tribunais brasileiros (SOUZA; BRITO, 2011, p. 279). No Brasil são poucos os estudos dedicados à esta mescla científica, ou por falta de interesse ou por ser reflexo dos métodos positivistas de estudos realizados a mais de um século.

Por essa razão, abrir a mente e reconhecer a importância e a necessidade de ampliar os conhecimentos e recepcionar especialistas de outras áreas, como da psiquiatria, para auxiliar na constatação da SAP, da sugestionabilidade e/ou da falsa memória, passa a ser o principal ponto a ser desenvolvido para evitar que o Depoimento Sem Dano seja considerado um “Depoimento com muitos Danos”.

O desafio para solucionar os casos das crianças vitimadas pela SAP e pelas falsas memórias, está na mediação de profissionais qualificados e em conjunto com o Conselho Tutelar, e com todos os operadores do Direito envolvidos no caso, pois quando o problema entra na rede de atendimento, pode-se dizer que a responsabilidade pela saúde mental da criança passa a ser dos conselheiros e da promotoria, podendo manter ou agravar a SAP. Nesse sentido, quando a rede de atendimento falha no cumprimento do seu dever institucional, também é caracterizada uma forma de maus-tratos. (VARGAS; VASCONCELO, 2012, p. 96).

Taís Burin Cesca (2004, p. 41) afirma que o ingresso de psicólogos no cenário jurídico no país é recente, e que começou em 1980, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mas, apenas em 1985 é que foi consolidado o posto de psicólogo no sistema judiciário. Pensando na proteção destas pessoas em desenvolvimento foram realizadas algumas modificações nas conduções das audiências na qual seriam colhidas as narrativas destas pessoas.

5. DEPOIMENTO SEM DANO

O Depoimento sem dano foi implementado no Brasil, no ano de 2003, pelo magistrado da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, José Antônio Daltoé Cezar, no ano de 2003, tendo no ano seguinte assumido caráter institucional. Atualmente se encontra implementado em algumas comarcas do Brasil: em São Paulo, por exemplo, criou-se o Projeto de Atendimento Não Revitimizante de Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência (2011); em Curitiba iniciou-se a aplicação de uma Audiência Sem Trauma, no entanto ambos decorrem do procedimento do Depoimento Sem Dano aplicado desde 2003 na 2ª Vara de Infância e Juventude da cidade de Porto Alegre-RS e incorporado no Projeto de Lei 35/2007.

O Projeto de Lei nº 156/2009 (de Novo Código de Processo Penal), aprovado pelo Plenário do Senado Federal, em dezembro de 2010, prevê o depoimento sem dano no artigo 194, in verbis:

“O procedimento de inquirição observará as seguintes etapas: I – a criança ou o adolescente ficará em recinto diverso da sala de audiências, especialmente preparado para esse fim, devendo dispor de equipamentos próprios e adequados à idade e à etapa evolutiva do depoente; II – a criança ou o adolescente será acompanhado por um profissional devidamente capacitado para o ato, a ser designado pelo juiz; III – na sala de audiências, onde deverá permanecer o acusado, as partes formularão perguntas ao juiz; IV – o juiz, por meio de equipamento técnico que permita a comunicação em tempo real, fará contato com o profissional que acompanha a criança ou o adolescente, retransmitindo-lhe as perguntas formuladas; V – o profissional, ao questionar a criança ou o adolescente, deverá simplificar a linguagem e os termos da pergunta que lhe foi transmitida, de modo a facilitar a compreensão do depoente, observadas as suas condições pessoais; VI – o depoimento será gravado em meio eletrônico ou magnético, cuja transcrição e mídia integrarão o processo. § 1º A opção pelo procedimento descrito neste artigo levará em conta a natureza e a gravidade do crime, bem como as suas circunstâncias e consequências, e será adotada quando houver fundado receio de que a presença da criança ou do adolescente na sala de audiências possa prejudicar a espontaneidade das declarações, constituir fator de constrangimento para o depoente ou dificultar os objetivos descritos nos incisos I e II do caput do art. 193. § 2º Não havendo sala ou equipamentos técnicos adequados, nem profissional capacitado para a mediação que se requer, o depoimento será validamente realizado de acordo com a forma ordinária prevista neste Código para a prova testemunhal. § 3º É vedada a divulgação ou repasse a terceiros do material descrito no inciso VI do caput deste artigo, cumprindo à parte que solicitar cópia zelar por sua guarda e uso no interesse estritamente processual, sob pena de responsabilidade”.

No Depoimento Sem Dano, sabendo que juiz, promotor e advogados não possuem técnica nem preparo para se aproximar das crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais (ARANHA, 2008, p. 46-49), busca-se o técnico habilitado (psicólogo ou assistente social) para tomar o depoimento da criança, em sala especialmente preparada e aconchegante, e não na sala de audiências. Utilizando fones de ouvido, para receber as questões do juiz, e assim repassar para a criança. O sistema de áudio e vídeo possibilita que as salas se interliguem e todo o

depoimento é filmado, “transcrito e anexado ao processo, para fins de consulta e de prova judicial” para assim evitar novas inquirições. (BRITO; PEREIRA, 2012, p. 285).

Juliana Nunes Felix (2011, p. 3) relata que a justificativa para que a inquirição da criança seja em sala separada do acusado é de evitar o encontro, pois se constata que quando este ocorre, as crianças e os adolescentes sofrem um abalo psicológico, o que prejudica diretamente a oitiva, gerando depoimentos dúbios e inconsistentes. A técnica Depoimento sem Dano (DSD) tem gerado debates entre profissionais, tanto da área do Direito como da Psicologia e do Serviço Social. Há profissionais que defendem a técnica, como há os que manifestam preocupação com criança de serem submetidas a esse tipo de intervenção. (BRITO; PEREIRA, 2012, p. 178-179).

No Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), no seu art. 208, dispõe que menores de 14 anos não tem o compromisso de dizer a verdade no depoimento. Que é mantido no projeto da reforma da CPP, PL nº156, de 2009, do Senado Federal, e ainda prevê, no capítulo II, Seção III, as “Disposições Especiais Relativas à Inquirição de Crianças e Adolescentes”, com o processo parecido com o Depoimento Sem Dano. Porém o testemunho de crianças, mesmo antes da aprovação da lei, já são utilizados nos processos judiciais, por meio de técnicas de depoimento especial, supostamente sem dano ou trama. O argumento dos operadores do direito, é que o depoimento de crianças nos processos judiciais, combate à impunidade e facilita a obtenção de provas.

Em um estudo relatado por Leila Brito e Joyce Pereira (2012, p. 287) das jurisprudências emitidas por Tribunais de Justiça dos estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, constatou-se que as justificativas para a valoração do testemunho infantil são: i) inexistência de outras provas; ii) combate à impunidade; iii) a consistência e a solidez dos relatos infantis; iv) presunção de veracidade do depoimento infantil; v) valor secundário das provas materiais.

Segundo Hermando Devis Echandía (2002, p. 77-79) a palavra da criança ganha muito valor em determinados processos, quando é necessário obter informações sobre o comportamento de seus responsáveis, presumindo-se, sempre, que as crianças, por serem pessoas sem a malícia social, jamais narrarão inverdades. Situação esta que não pode ser generalizada, pois além da constatação das falsas memórias, tem-se que levar em consideração a tendência das crianças e adolescentes sempre buscar agradar seus interlocutores, e, para tanto, dificilmente afirmam duas vezes seguidas que desconhecem o assunto questionado.

Por essa razão torna-se indispensável levar em consideração as palavras de Vincenzo Manzini (1996, p. 365) no que tange a valoração da prova testemunhal:

“La deposición testifical no se considera como prueba absolutamente decisiva en ningún caso; antes bien, se la debe valorar teniendo siempre presentes las posibilidades de error, de exageración, de falsedad, que le

son propias. El soborno, la simpatía, o el odio hacia el imputado o el ofendido por el delito, la necesidad, el temor, la subordinación, las relaciones de clase, de cuerpo, de partido o de religión, el interés, la innata perfidia, la escasez de inteligencia, el desequilibrio psíquico, etc., son todos ellos elementos que pueden contaminar la prueba testifical en su fuente subjetiva. A ellos se agregan los que, como las desviaciones perceptivas, las deformaciones memoriales, los efectos del olvido, la autosugestión, la opinión de la irrelevancia de ciertas particularidades, etc., inducen involuntariamente a decir la falsedad o a silenciar la verdad”

O procedimento pode desvalorizá-los perante a criança, pois é o menor quem vai narrar a respeito dos fatos que “lembra” e explicar como é sua relação com seus pais (BRITO; AYRES; AMENDOLA, 2006, p.72).

Sabendo que os crimes de abuso sexual são praticados na clandestinidade, muitas vezes sem provas físicas, os genitores passam a sugestionar fatos às crianças, que com o passar do tempo, em face da imensa carga de repetição, bem como por ser algo contado por um familiar, tendem a acreditar que tais narrativas realmente ocorreram, e passa a externa-la com naturalidade e certeza, dificultando a constatação da falsidade dos fatos pelos operadores do Direito. Nos casos de abuso sexual contra a criança a palavra da vítima adquiriu “status de matéria probatória na processualística civil e penal” (BRITO; AYRES; AMENDOLA, 2006, p.70), proporcionando inúmeras condenações baseadas somente com provas testemunhais, que podem, ou não, terem sido criadas por sugestões familiares.

O Depoimento Sem Dano seria um instrumento facilitador na produção de provas e principal instrumento para o combate à impunidade. O argumento para que se utilize à inquirição de crianças e adolescentes é que este facilita o desfecho do processo, pois muitas vezes, por ausência de provas os processos são encerrados com a absolvição do réu.

Para Juliana Nunes Felix (2011, p.18), mesmo com a utilização da o DSD, os danos são inevitáveis, na verdade busca-se uma maneira de minimizar os danos, fazendo que o processo judicial acarrete menos sofrimento para a criança. Existe um receio, por parte de alguns estudiosos, com a revitimização das crianças, o que pode ocorrer quando a criança é solicitada em diferentes momentos, por distintas instituições, a relatar o fato traumático, e com estas repetições, acarretar maiores danos à criança (BRITO; PEREIRA, 2012, p. 180-181). Por outro lado há quem diga que a técnica do DSD não proporciona a revitimização, pois o ambiente em que ela se encontra é preparado para que ela não sofra nenhuma forma de constrangimento. Orlando Haddad Neto (2014, p. 175) descreve a revitimização como a submissão da vítima à um novo trauma psicológico decorrente da necessidade de relembrar e relatar novamente o ocorrido. Reiterar a lembrança em diversas oitivas; em ambientes hostis; na presença do agressor; na presença de desconhecidos; sem o devido de cuidado no momento das perguntas serem

elaboradas, acabam prejudicando o desenvolvimento destas crianças e adolescentes. A técnica do depoimento Sem Dano pretende evitar esta exposição, ou seja, busca colher informações processuais indispensáveis para providenciar o julgamento da ação sem que o depoente seja revitimizado.

O fato dos operadores do direito terem dificuldades de obterem o depoimento de crianças é o que justifica a necessidade, que o depoimento seja realizado por psicólogos ou assistentes sociais, que tem capacitação para lidar com estes pequenos depoentes. Porém o psicólogo não está em sessão terapêutica e o assistente social não está realizando estudo social, é outra ocupação totalmente alheia para o qual foram preparados, pois estariam sendo “utilizados” como auxiliares da justiça responsáveis por traduzir as perguntas dos juízes para as crianças, sem realizar diagnóstico ou opinar sobre os fatos. Por essas razões alguns profissionais das áreas de Psicologia e de Serviço Social, alegam que a pratica de inquirição resultaria em desrespeito à ética profissional (BRITO; PEREIRA, 2012, p. 182).

José Cesar Coimbra (2004, p.4-10) relata que os psicólogos compõem as equipes interdisciplinares da Vara da Infância e da Juventude, e com seus pareceres técnicos buscam auxiliar na construção dos fatos para facilitar os julgamentos dos magistrados. Os pareceres psicológicos são construídos a partir dos mais variados elementos: “história pessoal, motivações, desejos e mesmo aparências”. Porém a intervenção da equipe interdisciplinar na cena jurídica não deve se limitar à formação de prova.

O PLC 035/ 2007 propõe alteração no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Processo Penal Brasileiro, para que a seja utilizada a pratica sobre a inquirição de criança em processos judiciais. Na justificativa do projeto evoca-se o art. 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que dispõe sobre o direito de a criança ser ouvida, e também o art. 227 da Constituição da República Federativa Brasileira. (BRITO, 2008, p. 114).

Atualmente o sistema de justiça nacional escuta as crianças e os adolescentes, por meio de serviço prestado pelos assistentes sociais e psicólogos, que compõe a equipe técnicas do juizado ou por serviços especializados, no decorrer dos atendimentos psicológicos, ou sociais, os profissionais utilizam técnicas e instrumento que julgam adequados. (BRITO, 2008, p. 115).

A articulação entre o Direito e a Psicologia teve origem na necessidade do judiciário em obter testemunho, e estes serem avaliados quanto a sua fidelidade. Foi justamente o que Freud esclareceu em 1906 para estudantes de Direito, “que a simples transposição de técnicas e experiências psicológicas à prova legal para obtenção de testemunhos não seria indicada”, recomendando, que em processo criminal, a técnica não fosse utilizada. (BRITO, 2008, p. 119).

Estudiosos indicam que na avaliação sobre a suspeita de abusos sexual contra a criança, deve ser utilizada uma metodologia rigorosa, para analisar se a denúncia procede, considerando o momento de crise em que a família está passando, redobrado a prudência nos casos de atrito entre os pais da criança. Deve-se levar em consideração que crianças, às vezes, não possuem clareza da realidade dos fatos, repetem histórias que lhes são contadas e as completam com ficção quando não sabem o que responder aos seu interlocutor (BRITO, 2008, p. 120).

Segundo Leila Maria Torraca de Brito (2008), a psicóloga Marlene Iucksch, em palestra no estado do Rio de Janeiro disse que: “o psicólogo deve estar atento à escuta da subjetividade, não lhe cabendo ser intérprete da verdade jurídica. Além do que, compreende que reconhecer o direito de a criança se expressar é diferente de se sacralizar a palavra desta”. (BRITO, 2008, p. 122). Já Alexandre Moraes da Rosa, juiz da 4ª Vara Criminal de Florianópolis (Felix, 2011, p. 17) afirmou que “estão terceirizando o trabalho sujo. Quem deveria fazer este papel são os juízes, mas são incompetentes, não sabem inquirir. Falta capacitação”.

Leila Brito (2008, p. 118) ainda faz a ressalva de que “por vezes se tem a impressão de que o depoimento da criança é valorizado exclusivamente para o castigo ou punição do autor, ficando em segundo plano o atendimento de que a criança necessita”. Por essa razão Juliana Felix (2011, p. 4) aconselha a necessidade de incorporação e aprovação do projeto Depoimento sem dano com a obrigatoriedade de ser realizado um acompanhamento clínico da criança após sua oitiva, para que ela não seja simplesmente dispensada, mas que seja avaliado pelo técnico especializado. Com isso valoriza a criança como um sujeito de direito, para que ela não pense que foi apenas um objeto de prova usada pelo Estado para solucionar um processo judicial.

A função do psicólogo forense, na área da justiça da família consiste em interpretar a comunicação inconsciente que ocorre na dinâmica familiar e pessoal, auxiliando o juiz na decisão. Porém o lugar desse profissional no campo jurídico ainda está por se configurar. A questão, que os juristas brasileiros se debatem é a materialidade nos casos de abusos sexuais contra crianças e adolescentes sem lesões físicas (CESCA, 2004, p. 41), até mesmo porque a condenação em face destes ilícitos é com penas altas, pois recebem os tratamentos de crimes considerados hediondos. Qualquer condenação, fundada em falsas memórias, poderá ser incorrigível em outro momento.

Desde 1980 os juízes vêm sendo sensibilizados, sobre a subjetividade e os aspectos emocionais, principalmente em relação às pessoas que possam ser facilmente sugestionadas, por essa razão muitos tribunais passaram a incluir a psicologia jurídica como parte da formação dos juízes. Porém a rotatividade de juízes nas varas criminais e da infância se configura num entrave para este processo de aprendizado.

Outro empecilho é que existem variedades de opiniões. Desde aquele juiz que acredita na importância das questões emocionais, até aquele que vê a psicologia como uma área avessa ao Direito e que este tem que se valer apenas das leis e o que é construído nos autos.

No entanto, acredita-se que há a necessidade de que todos os profissionais que estejam envolvidos com situações críticas em que crianças e adolescentes estejam expostas à elas, articulem em conjunto, para somente então poder se dizer que está sendo colhido um depoimento quase sem dano.

Os especialistas devem ficar em alerta nesses casos com evidência de SAP, pois os genitores alienantes tendem a agravar demasiadamente a situação, criando falsas memórias nas crianças e adolescentes apenas para poder ferir a outra parte e para impedir que ela mantenha contato com seu filho(a). Tendo em vista que, a síndrome de alienação parental desenvolve-se a partir da manipulação de pensamento e consciências da criança, para que esta rejeite o outro genitor, uma das formas que o genitor alienante realiza essa “manipulação” é com a implantação de falsas memórias.

Da mesma maneira torna-se imperioso o cuidado em relação aos processos criminais em que seja formado apenas com depoimentos e narrativas testemunhais, uma vez que, a memória humana não é confiável, e fortemente sugestível.

6. CONCLUSÃO

É na família que a pessoa passa por experiências emocionais que formaram o seu caráter. Em alguns casos as crianças podem se tornar órfãs de pais vivos, com um ato da alienação parental, podendo desenvolver uma síndrome que o psiquiatra norte-americano, Richard Gardner descreve como sendo uma lavagem cerebral, realizado por um dos pais, para que a criança rejeite o outro.

A mediação de profissionais qualificados é a melhor maneira de solucionar os casos de crianças vitimadas pela SAP e até mesmo para evitar condenação de pessoas por crimes que não cometeram.

Os especialistas devem ficar em alerta, pois os genitores alienantes realizam uma “manipulação” na consciência da criança, implantando falsas memórias, que posteriormente são externadas como se fossem verdades, sem que os narradores saibam que trata-se de uma ficção.

Pessoas traumatizadas apresentam falhas na memória. Emoções podem produzir falsas memórias. Mas também podem ser implantadas por comentários de terceiros.

Destaca-se que a sugestibilidade de fatos irreais passam a ter estabilidade ao longo do tempo. Sendo este o paradigma a ser superado por todos os operadores do Direito, ou seja, encontrar meios de separar a mentira da falsa

memória, pois uma é um artifício melindroso para burlar o sistema ou para enganar o magistrado; outro nada mais é do que uma história contada por quem acredita na ocorrência dos fatos falsos que, por alguma razão, fixou-se em sua memória.

Não se pretende aqui relatar que a prova testemunhal tem perdido valor. Pelo contrário, destaca-se a extrema urgência em se aperfeiçoar e desenvolver as técnicas de providenciar a coleta destas provas, bem como, pela carência de preparo profissional, apontar a necessidade da realização de trabalhos interdisciplinares, para evitar maiores danos para as pessoas envolvidas com o processo.

Daí surge à necessidade que a inquirição das crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas, de abusos sexuais, seja realizada por um especialista na área da psicologia, que use técnica adequada para não constranger a criança e que possa avaliar quanto a fidelidade dos fatos narrados. O psicólogo tem a função de interpretar a comunicação inconsciente da criança e auxiliar o juiz na decisão, bem como o de realizar o diagnóstico para providenciar o melhor tratamento destas pessoas em desenvolvimento. Evitando-se, assim, seu abandono.

Por fim, ressalta-se que o Depoimento Sem Dano deve ser mais discutido pelos operadores do Direito no Brasil antes de ser posto em prática. Se de um lado cuida-se para providenciar uma inquirição sem revitimização em relação às crianças e adolescentes (vítimas ou testemunhas), tem-se também, para evitar a produção de danos à outra parte, que levar em consideração os direitos processuais e constitucionais dos acusados, uma vez que, a realização da audiência sem suas garantias (principalmente ampla defesa e contraditório) devem acarretar a anulação de todo procedimento.

Portanto, estudar, evoluir e desenvolver novos mecanismos processuais é o único caminho para se evitar apenas a substituição de um vitimado processual.

7. AGRADECIMENTOS

Agradecemos à instituição de ensino que tens proporcionado à realização de um evento que possibilitará aos pesquisadores visibilidade e incentivo às novas pesquisas.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Ana. Em defesa das crianças. **Revista Época**, nº. 503, 7 de janeiro de 2008.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Vol. I. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.

BRITO, Leila Maria. Torraca de; AYRES, Lygia ; AMEN, Marcia. A escuta de crianças no sistema de justiça. **Psicologia e Sociedade** [online]. 2006, vol. 18, nº. 3. p. 68-73. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822006000300010&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Diga-me agora... O depoimento sem dano em análise. **Psicologia Clínica** [online]. 2008, vol. 20, nº. 2. p. 113-125 . Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652008000200009&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 06/06/2014.

BRITO, Leila Maria Torraca de; PARENTE, Daniella Coelho. Inquirição judicial de crianças: pontos e contrapontos. **Psicologia e Sociedade** [online]. 2012, vol. 24, nº. 1. p. 178-186. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000100020&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014.

BRITO, Leila Maria Torraca de; PEREIRA, Joyce Barros. Depoimento de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais?. **Psico-USF** [online]. 2012, vol. 17, nº. 2. p. 285-293. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712012000200012&lng=en&nrm=iso>. Disponível em: 06/06/2014.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di diritto processuale**, 1965.

CARVALHO, Salo. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. In: **Criminologia e Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos**. Ruth Maria Chittó Gauer (org). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

CESCA, Taís Burin. O papel do psicólogo jurídico na violência intrafamiliar: possíveis articulações. **Psicologia e Sociedade** [online]. 2004, vol. 16, nº. 3. p. 41-46. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822004000300006&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 06/06/2014.

COIMBRA, José César. Algumas considerações sobre o parecer psicológico na justiça da infância e da juventude. **Psicologia: ciência e profissão**. [online]. 2004, vol. 24, nº. 2, p. 2-13. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932004000200002&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 13/07/2014.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. Tomo II. 5ª ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002.

FELIX, Juliana Nunes. **Depoimento sem Dano: Evitando a Revitimização de Crianças e Adolescentes à luz do ordenamento Jurídico Pátrio**. Universidade Salvador (UNIFACS). 2011.

HADDAD NETO, Orlando. Do depoimento de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. **Revista de direito da infância e da juventude**, v. 3, jan./2014.

HUANG, Tin Po; JANCZURA, Gerson Américo. Processos conscientes e inconscientes na produção de falsas memórias. **Psicologia: Teoria e Pesquisa** [online]. 2008, vol. 24, nº. 3. p. 347-354. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722008000300011&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo III. Trad. de Santiago Sentís Melendo e marino Auerra Redín. Buenos Aires: Librería "El Foro", 1996.

MIRAMONTES, Marisol M.; STEIN, Lilian M.; MOJARDIN, Ambrocio H.. ¿Puede el Efecto de Generación Producir Falsas Memorias?. **Acta Colombiana de Psicología**, v. 13, n. 2, p. 175-184, 2010. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-91552010000200015&lng=es&nrm=iso. Acessado em: 13/07/2014.

MOJARDIN-HERALDEZ, Ambrocio. Origen y Manifestaciones de las Falsas Memorias. **Acta Colombiana de Psicología**, Bogotá , v. 11, n. 1, 2008, p. 37-43. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/acp/v11n1/v11n1a04.pdf>. Acessado em: 13/07/2014.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Adaptação de um método de investigação do impacto da emoção na memória. **Psico-USF** [online]. 2008, vol. 13, nº. 1. p. 21-29. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712008000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014.

SANTOS, Renato Favarin dos; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. **Psicologia USP**, São Paulo , v. 19, n. 3. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pusp/v19n3/v19n3a09.pdf>. Acessado em: 13/07/2014.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família**. Curitiba: Juruá. 2011.

SOUSA, Analícia Martins de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Síndrome de alienação parental: da teoria Norte-Americana à nova lei brasileira. **Psicologia: ciência e profissão**, Brasília, v. 31, n. 2, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932011000200006&lng=pt&nrm=iso. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932011000200006>. Acessos em: 02/07/2014.

TOSTA, Marlina Cunha. Síndrome de Alienação Parental: a criança, a família e a lei. **Trabalho de Conclusão de Curso**. (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). 2013. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Orientador: Gabriel José Chittó Gauer.

VARGAS, Marлизete Maldonado; VASCONCELO, Tatiana Torres de. Síndrome de Alienação Parental: Dificuldades na Rede de Atendimento e Alternativas para Prevenção. **Pesquisas e Práticas Psicossociais**, São João del-Rei, v. 7, n. 1, p. 90-99, 2012 .

O “POPULISMO PENAL” E A REALIDADE CRIMINAL BRASILEIRA

Perla Savana Daniel⁵⁸⁷

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Garantismo e sistema criminal

RESUMO

O presente trabalho busca esboçar, não pormenorizado, mas de forma concreta, a realidade criminal do Brasil frente a um direito penal bombardeado por questionamentos leigos e totalmente estigmatizado como único problema a ser resolvido para garantia de uma paz social. Todavia, esta é idealizada de forma errada pela sociedade, e isso com a ajuda de um sensacionalismo midiático que, infelizmente, é o maior formador da opinião pública. Busca-se, de forma mais simples demonstrar a real problemática da criminalidade, onde o direito penal extremamente punitivo não é garantia de solução. A diminuição da criminalidade implica práticas de prevenção e não de punição vingativa, e aqui inclui-se um estudo paralelo do direito penal com outras áreas como a sociologia, filosofia, etc. No entanto, sob o foco do direito de liberdade de expressão a mídia sensacionalista, voltada ao lucro e outros motivos diversos, tem interferido negativamente na efetivação de uma busca pela informação real, com o intuito de demonstrar a realidade do crime à sociedade e a necessidade de práticas diferentes do punitivismo extremo. Assim, interessante e necessária a abordagem de uma possível contenção, não censura, de informações erradas, desvirtuadas e puramente sensacionalista de meios de comunicação que acabam por infundir uma insegurança, um medo geral sobre a sociedade que, por sua vez, acaba por pressionar o Estado a práticas mais drásticas contra àqueles que praticam crimes.

Palavras-chave: Populismo Penal; Mídia; Criminalidade.

ABSTRACT

This study aims to sketch, not detailed, but concretely, the criminal reality of Brazil facing a criminal law bombarded by questions and lay completely stigmatized as single problem to be solved to guarantee social peace. However, this is idealized in

⁵⁸⁷Advogada graduada pela Faculdade de Direito de Jaú (FIJ), com especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia de São Paulo (ESA-SP). Atualmente é mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora de Direito Penal e Processo Penal na Faculdade de Direito de Jaú. E-mail: perlasavana@hotmail.com.

the wrong way by society, and that with the help of a media sensationalism which, unfortunately, is the largest maker of public opinion. Seeks, more simply demonstrate the real problem of crime, where the extremely punitive criminal law is not the solution guarantee. Decreased crime involves prevention practices and not vindictive punishment, and here includes a parallel study of criminal law with other areas such as sociology, philosophy, etc. However, from the perspective of the right to freedom of expression the tabloid media, for-profit and other various reasons, it has negatively interfered in the execution of a search for real information, in order to demonstrate the reality of crime to society and the need different practices of extreme punitivismo. So interesting and necessary to approach a possible restraint, not censorship, of misinformation, distorted and purely sensationalist media that ultimately infuse insecurity, a general fear on society that in turn ends up pressing the been more drastic practices against those who commit crimes.

Key-words: Criminal Populism; Media; Criminality.

1. INTRODUÇÃO

O mundo não vive sua melhor fase, e todos concordam com essa afirmação. A modernidade trouxe maravilhas tecnológicas, possibilidades grandiosas de amplo desenvolvimento, todavia, em contrapartida, os valores morais e a tolerância do ser humano regrediram de forma drástica. O fato torna-se preocupante diante da não aceitação das pessoas dessa modificação cujos reflexos respingam em todos.

Focando na matéria criminal, aparenta-se haver um total esquecimento da luta árdua de Beccaria, no século XVIII, contra uma barbárie generalizada, posicionando-se, arriscadamente, contra a burguesia e a igreja e a favor do banimento de penas de morte, de tortura, de leis impuras e “ilegais”. É como se o Direito não tivesse realmente nascido e formulado em torno dessa primeira vitória ensejadora de todas as demais quanto à dignidade de todo e qualquer ser humano, inclusive o criminoso, e da necessidade de uma pena ressocializadora e não marginalizadora.

O mundo tem andado para trás e novamente a fase da vingança pública voltou a invadir as ruas de um povo cujo fundamento do seu Estado Democrático de Direito foca-se na dignidade da pessoa humana.

Que o crime sempre exerceu um fascínio sobre as pessoas não é novidade, todavia, o que se tem presenciado na mídia, nos lares, nas ruas, nas conversas é um ódio generalizado não voltado ao crime e sim por quem os comete. No entanto, observa-se uma total incredulidade nas leis, no Judiciário e na possibilidade de uma mudança de realidade que não seja a aplicação de penas extremamente endurecidas e cruéis.

O próprio Estado, detentor do *jus puniendi*, não pode mais garantir efetividade às leis, todavia, não pode garantir efetividade, também, às medidas preventivas do crime que realmente levariam à diminuição da criminalidade.

Não há garantia de mudança se não houver um trabalho de educação/entendimento da sociedade, baseado em um profundo engajamento interdisciplinar da criminologia, sociologia, filosofia, etc., como meio efetivo de prevenção ao crime e não só combate às condutas já praticadas. Todavia, não há como incorporar essa possibilidade numa sociedade desacreditava não só nas leis como na própria mudança e que instigada a um medo constante pela mídia, que por sua vez expõe uma criminalidade em números e formas inexistentes, tornou-se totalmente intolerante aos meios corretos de controle e mesmo de repreensão ao crime.

Discursos totalmente obscuros da mídia deixam o pedido de implantação de políticas públicas efetivas e eficazes para difundir um ódio extremo. O que se tem são palavras de ordem que estão nas ruas, nos lares, nas bocas e nas mãos de pessoas que não possuem qualquer senso de legalidade mas sim de sobrevivência animal. Somam-se os numerosos casos de suspeitos de crimes apedrejados, espancados e mortos em vias públicas pela população que exerce um juízo de exceção. Interessante: o crime justificado por mais crimes.

A busca é por penas duras, vingativas, cruéis, de sofrimento, e não com um fim retributivo/educativo. E como entende ZAFFARONI (2011) joga-se os “criminosos” às margens da sociedade, e os tornam “bodes expiatórios”.

Luiz Flávio Gomes (2014) em artigo publicado no site do Instituto Avante Brasil disse que “No século XXI a prisão, nos países cuja política criminal caminha pelos trilhos da crueldade e da vingança, consolidou sua função proeminente, dentro da máquina estatal exterminadora, de *locus* privilegiado do profundo gozo social vingativo.”. Ou seja, tem-se uma sociedade que possui uma noção desvirtuada sobre o Sistema Penal e sua revolta com a criminalidade tem recaído especificamente sobre o Direito Penal.

O parco conhecimento sobre as leis e seus intuitos leva cidadãos de bem a possuírem um discurso de ódio sobre os criminosos o que respinga, evidentemente, sobre o Legislativo e sobre o Judiciário. Como sabiamente dito por VIEIRA (2003), o indivíduo acredita na mídia e não na polícia.

A necessidade de achar-se um culpado e de penalizá-lo de forma a levá-lo ao sofrimento faz com que a população volte-se contra os poderes supracitados gritando por atuações rápidas e severas que acabam se demonstrando contraditórias e confrontantes à Constituição Federal. Haja vista o número de leis que são declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e as demais que se adjetivam de “ineficazes”.

O direito penal trabalha com o fato, a punição deve recair sobre o fato praticado, desvinculando-se a conduta da pessoa que a praticou. Contudo, as pessoas não conseguem fazer essa separação e isso em decorrência da procura de

um culpado pela dor da vítima. Há uma transferência de dor, da vítima para a sociedade, que busca, de forma absurdamente insensata, um culpado, qualquer que seja, para reproduzir sobre ele uma punição extremamente dura. E o criminoso passa a ser estigmatizado como uma aberração a ser banida da sociedade. O dever do Direito Penal é proteger os bens jurídicos tutelados pela norma e aplicar a devida sanção àquele que infringir essa proteção. E não de aplicar a pena capital ou qualquer outra pena cruel de caráter puramente vingativo.

Incoerente o populismo penal de uma sociedade que acaba de ser redemocratizada pela vigência de uma Constituição tão humanitária como a brasileira.

Contudo, todo incêndio começa com uma pequena centelha e culpar somente a sociedade é infundado e errado. É notório que a população tem sido manipulada por uma parcela considerável dos meios de comunicação que utilizando-se de sensacionalismo puro e grotesco sabe como atingir seus objetivos econômicos e políticos.

Aqui mora a parcela inteligente que utiliza da perspicácia para controlar os menos favorecidos em entendimento a seu favor.

A exposição dos reais argumentos ou explicação legal dos acontecimentos é algo que não interessa à mídia e, também, não ao Estado, muitas vezes amarrado a grandes meios de comunicação por vínculos, também, de política e economia. Afinal, desde o primeiro grande julgamento da história, o de Jesus Cristo, já se sabe que ao povo “pão e circo” e os louros aos governantes e sábios.

Críticas à parte, insta salientar a necessidade de uma real e urgente contenção das extirpações de garantias constitucionais de envolvidos no crime. Considerando-se a influência midiática com a pressão exercida sobre o povo e deste sobre o Judiciário imperioso, também, o controle de atuação ilegal e desmedida dos meios de comunicação, todavia, algo que se distancie da censura e se aproxime da verdade e da educação de quem recebe a informação midiática.

2. CRIMINALIDADE: REFORMA DA LEI PENAL OU DA CONSCIENTIZAÇÃO?

Os maiores e constantes questionamentos da sociedade brasileira, quando se trata de matéria criminal, é a suposta estagnação do legislativo que não permite penas definitivas como a pena de morte ou de prisão perpétua principalmente aos crimes considerados hediondos, ou ainda a diminuição da maioria penal e conseqüente responsabilização de adolescentes menores de dezoito anos nos termos do Código Penal e não do Estatuto da Criança e do Adolescente. As críticas recaem ainda sobre a existência de benefícios aos condenados, como “saidinhas”,

penas restritivas de direitos, não cumprimento da pena de reclusão integralmente no cárcere, etc.

Todavia, numa análise da realidade do sistema penal brasileiro, direcionando-se aos números do sistema carcerário onde se inclui o número de presos condenados, número de presos provisórios, número real de vagas de cárcere e a qualidade dos crimes mais cometidos, ter-se-á uma resposta de que a maior repressão, maior agravamento da pena não implica e nunca implicará na diminuição da criminalidade.

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (Levantamento feito pelo Instituto Avante Brasil, 2012), 25,5% dos crimes cometidos no Brasil são de tráfico de drogas, seguido por roubos qualificados e simples. O interessante é que a Lei 11.343/06 é um exemplo de maior rigidez para com o sujeito ativo do crime nela previsto. Na transição da lei 6.368/76 para a atual houve um agravamento considerável da pena privativa de liberdade ao crime de tráfico, além da majoração da pena de multa. Trouxe penas altas para a associação para o tráfico onde basta o concurso de duas pessoas, diferenciado da maioria dos crimes de concurso necessário previstos no Código Penal. Não bastando, previu a figura do financiador do tráfico cuja penalização também é bem grave, majorou, ainda, as penas dos crimes previstos quando do envolvimento de menores. Sendo, o tráfico, um crime assemelhado ao hediondo é prevista a perda de benefícios como a fiança, anistia, etc., e para haver a progressão de regime prisional o condenado deve cumprir dois quintos da pena - ou três quintos se reincidente - em regime mais gravoso, diferentemente dos crimes não hediondos onde o cumprimento é de um sexto da pena. E mesmo assim é o crime mais praticado em território brasileiro.

Se a repressão, dentro do seu âmbito vingativo, fosse realmente eficaz não haveria a concretização de um aumento de 508% da população carcerária entre os anos de 1990 a 2012. Lembrando que dentre esses anos foram aprovadas e colocadas em vigência leis como a dos Crimes Hediondos, Reforma da parte dos crimes contra a liberdade sexual do Código Penal, Crimes Ambientais, inovando na responsabilização das pessoas jurídicas criminalmente, entre outros.

Salientando a citação, mais uma vez, de Beccaria (2006), em 1764, quando do nascimento de seu livro divisor de águas “Dos Delitos e das Penas”, a pena deve ser branda, justa, rápida e certa. A receita para a diminuição da criminalidade é simples quando olhada dessa forma. Porém, totalmente ineficaz quando observada a lacuna com a realidade.

Entre o mesmo período de 1990 à 2012 o número de presos provisórios cresceu 1.104% enquanto o de condenados aumentou 331%. Ponto questionável diante da entrada em vigor da lei 12.403/11 que prevê a aplicação da prisão somente em casos onde não haja uma medida cautelar eficaz e aplicável ao caso concreto. Mesmo assim 37% dos encarcerados atuais ainda não foram julgados.

Que, no caso específico do Estado de São Paulo junta-se aos quase 8.000 presos que já poderiam ter progredido para o regime semiaberto mas que por falta de vagas continuam a cumprir suas penas no fechado (UOL, 25.11.2013).

São 548.003 presos (condenados e provisórios) para apenas 310.688 vagas, isso no ano de 2012. A estatística racional conclui-se em 2 presos por vaga. Todavia, considerando-se a diversidade na densidade da população carcerária entre os Estados tal informação é totalmente inverídica.

Se a lei mesmo repressiva traz uma realidade carcerária totalmente inaceitável e um aumento considerável na criminalidade, não se pode concluir pela ineficiência da lei penal e sim pela ineficácia do sistema que envolve a lei penal e o crime.

Numa sucinta explanação de alguns problemas que envolvem a criminalidade dentro do cenário brasileiro tem-se:

- a) inexistência de número suficiente de polícia preventiva nas ruas;
- b) má qualidade do corpo efetivo da polícia preventiva atuante nas ruas;
- c) inexistência de número suficiente de vagas prisionais (regimes fechado, semiaberto e aberto);
- d) falta de estrutura digna dos sistemas prisionais (banho gelado, comida gelada, falta de assistência médica, etc.);
- e) somente 9% da população carcerária, em 2012, possuía acesso aos estudos; sendo que 45,3% da população carcerária não tem o ensino fundamental completo (1ª à 8ª séries);
- f) somente 17% da população carcerária, em 2012, estava trabalhando.

No entanto, a problemática da ineficácia da prisão no Brasil não termina por aí. Por mais que a realidade seja um só grito por penas mais gravosas, endurecidas e tolerância zero com o condenado, a lei ainda prevê o efeito ressocializador à pena. A lei penal entende que após cumprida a sanção o ex-condenado deve voltar à sociedade, afinal sua dívida para com ela já foi paga. Reincorporar-se à sociedade implicaria, teoricamente, voltar para a casa, para a família, para o trabalho, para o lazer.

Se assim fosse não precisaria o Conselho Nacional de Justiça lançar campanhas insistentes quanto à recolocação laboral, a reintegração do ex-condenado no meio de trabalho como tem feito nos últimos anos e totalmente sem sucesso. Ninguém dá emprego ou chance à ex-presidiário.

Até o presente momento foram realizados apontamentos empíricos quanto ao pós crime. Aqui devidamente considerado e tratado como fato, objeto da lei penal brasileira.

Tem-se, todavia, a necessidade de análise de números antes do crime. Quais são verdadeiros motivadores do aumento da criminalidade.

Numa realidade onde 6,7% da população não tem nem mesmo certidão de nascimento; 50 milhões de pessoas são indigentes, ou seja, não possuem moradia fixa; 12,9 milhões de pessoas com 15 anos ou mais não sabem ler ou escrever; onde 15,1% da população vive com renda mensal de R\$ 70,00 (estatísticas 2011 IBGE e IPEA); não há outra alternativa a não ser explorar o crime. Diante dessa realidade, para muitas pessoas o crime compensa.

Fechar os olhos para a realidade que a mídia nem sempre revela não implica o direito de questionar o crime diante da tantas dificuldades.

As políticas de prevenção do crime não surtiram efeito até o presente momento em decorrência da grande disparidade entre o número de abrangidos por elas e o grande número de necessitados delas.

Mas o que seria realmente o Direito Penal? Para Günther Jakobs o conceito de direito penal é um pouco diverso da maioria dos doutrinadores que o vem como proteção de bens jurídicos, apenas. Jakobs afirma que o Direito Penal visa garantir a vigência da norma e assim garantir a segurança de expectativas. Mas como garantir as expectativas errôneas da sociedade? Continuando a elaborar leis penais que em sua maioria foram criadas num processo de pura pressão popular e midiática como o caso da Lei dos Crimes Hediondos, onde falou mais alto o seqüestro do empresário Abílio Diniz e a morte da atriz Daniela Perez do que o intuito verdadeiro da lei.

Nesse ponto, converge-se à ideia de que o Direito Penal não mais é superior a ramos como a Criminologia, Sociologia e Psicologia Criminal, mas sim que todos devem trabalhar conjuntamente para a efetivação de um verdadeiro Sistema Penal. Não basta haver a lei que se traduza em regras perfeitas, há a necessidade de moldá-las à realidade enfrentada pela sociedade. Imperioso um estudo empírico do crime, criminoso, vítima e demais circunstâncias e elementos envolvidos no crime, na tentativa de sempre estar mais perto da verdade real para a conseqüente efetividade da lei penal. Porém, aplicada a norma, o trabalho deve continuar em busca de soluções para não ocorrência de novos casos.

A lei penal deve cumprir, efetivamente, seu texto. Assim, não basta punir, aplicar a devida sanção prevista na norma. O Estado tem que oferecer uma segunda chance e dentro dela efetivar a ressocialização. Se assim não for estar-se-á criando um depósito de pessoas que são vista como meramente sem utilidade à sociedade, pessoas que só causam prejuízos e problemas e que devem ser descartadas.

Concluí-se, portanto, que o Sistema Penal só funciona corretamente com a iniciativa de estudos interdisciplinares que reflitam em aperfeiçoamento de políticas públicas e educação da sociedade.

3. A NOVA VELHA VALORAÇÃO MORAL E A APLICAÇÃO DA TOLERÂNCIA ZERO

Em um mundo de falso moralismo, questiona-se: quais os valores de um indivíduo de senso mediano na atualidade? Dignidade e respeito? Proteção às garantias constitucionais previstas na Carta Magna de 1988, conquistada com luta e bravura, fortalecendo a existência do Estado Democrático de Direito Brasileiro?

A resposta sempre contornará a busca pela dignidade humana. Porém, pergunta-se: até onde vai a defesa dos direitos e garantias de todo e qualquer indivíduo diante da criminalidade? Realmente todos são detentores daqueles direitos e garantias descritos na Constituição Federal onde está efetivamente gravado a todo e qualquer indivíduo? Simplificando, a dignidade humana é buscada, defendida e apreciada para toda e qualquer pessoa, inclusive o criminoso? A resposta é não.

Como já esboçado vive-se uma nova velha fase da vingança, retornando-se aos primórdios, onde as palavras de ordem são: “bandido bom é bandido morto”; “olho por olho, dente por dente”, “taca na cadeia e joga a chave fora”.

A situação chegou ao absurdo de a maioria da população entender correta a justiça pelas próprias mãos ao ponto de amarrar um adolescente ao poste, no meio da rua, para ser expiado como receptor de todo um ódio acumulado por décadas.

A voz do povo diz que se a lei não faz nada aquele irá fazer. Alguns brasileiros entenderam correto linchar (matar com requintes de crueldade) uma dona de casa, mãe de dois filhos, com apenas 33 anos, por “acharem” que a mesma era “criminosa”. O assustador é que não havia nem mesmo inquérito policial investigando a mulher. Mas isso não é qualidade só de brasileiro, e sim de ser humano. Na Inglaterra, moradores de uma cidadezinha perto de Londres lincharam um morador suspeito de pedofilia. Logo após a sua morte ele foi declarado inocente.

Não há como negar a inversão de valores. Mas também não há como negar que o ser humano sempre teve um lado obscuro.

Citando Foucault (1987):

Essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua “humanidade”. Chegará o dia, no século XIX, em que esse “homem”, descoberto no criminoso, se tornará o alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas — “penitenciárias”, “criminológicas”. Mas, nessa época das Luzes, não é como tema de um saber positivo que o homem é posto como objeção contra a barbárie dos suplícios, mas como limite de direito, como fronteira legítima do poder de punir. Não o que ela tem de atingir se quiser

modificá-lo, mas o que ela deve deixar intato para estar em condições de respeitá-lo.

Tomando para análise a morte de Jesus Cristo tem-se: o messias de um povo, traído por um de seus melhores amigos pelo preço de um escravo. Povo judeu, que incitado pela “igreja”, buscava a morte do filho de Deus através da cruz, mas sabiam que não lhes era permitido levar alguém à morte por suas próprias mãos. Astutos, os sacerdotes, jogaram o povo sobre Pilatos (poder romano) e por ele entregaram Jesus à cruz. Pilatos, diante de seu posto não iria contra uma multidão sedenta de sangue, e assim, agindo “politicamente” atendeu à voz do povo mesmo declarando não haver nada contra Jesus. Transcrevendo SILVEIRA (p. 29), “A multidão ululou: Crucifica-o! Crucifica-o!” Assustadora a atitude daqueles que antes eram “amigos” da mesma pessoa que crucificaram. Assim se traduz a realidade atual onde pessoas aglomeram-se diante de Fóruns na expectativa de uma sentença condenatória, sendo que quando ocorre a absolvição o sentimento geral é de total indignação com o Judiciário, esquecendo-se que existem leis que levaram àquela decisão e que foram essas mesmas pessoas que elegeram os representantes que incorporam o Legislativo.

Michel Sandel (2012, p. 139), em sua obra "Justiça", quando explica o filósofo Kant, traz as seguintes palavras:

Kant diz que somos merecedores de respeito, não porque somos donos de nós mesmos, mas porque somos seres racionais, capazes de pensar; somos também seres autônomos, capazes de agir e escolher livremente.

Ainda, completa (p. 143) que “Para Kant, o respeito à dignidade humana exige que tratemos as pessoas como fins em si mesmas.”

Qual o conceito de respeito que se tem hodiernamente? A resposta é complexa, mas é certo que há uma incisão eficiente da mídia sobre o querer e sentir do ser humano.

Citando frase da obra "O cobrador" de Rubem Fonseca, MENDONÇA (2002, p. 61) elucida a realidade do ódio e de seu fomentador: "Fico na frente da televisão para aumentar o meu ódio. Quando minha cólera está diminuindo e eu perco a vontade de cobrar o que me devem eu sento na frente da televisão e em pouco tempo meu ódio volta."

O prêmio Nobel de Literatura de 2010, Mario Vargas Llosa, em sua obra “A civilização do espetáculo”, expressou seu desgosto para com a mídia escrita atual dizendo:

Quero deter-me um momento nisso, que pode parecer um contrassenso. O avanço da tecnologia das comunicações embaralhou as fronteiras e instalou a aldeia global, onde todos somos, afinal, contemporâneos da atualidade, seres intercomunicados. Devemos nos felicitar por isso, evidentemente. As possibilidades da informação, de saber o que está ocorrendo, de vivenciar tudo em imagens, de estar no meio da notícia, graças à revolução audiovisual, foram mais longe do que poderiam desconfiar os grandes previsores do futuro, como Júlio Verne ou H. G. Wells. E, no entanto, embora muito informados, estamos mais desconectados e distanciados que antes do que ocorre no mundo. [...] A fantástica acuidade e versatilidade com que a informação nos transporta hoje para os cenários da ação nos cinco continentes conseguiu transformar o telespectador num mero espectador, e o mundo num vasto teatro, ou, melhor, num filme, num reality show com enorme capacidade de entreter, onde às vezes somos invadidos por marcianos, são reveladas as intimidades picantes das pessoas, de vez em quando são descobertas valas comuns com bósnios sacrificados de Srebrenica, vêem-se mutilados da Guerra do Afeganistão, caem foguetes sobre Bagdá ou as crianças de Ruanda exibem seus esqueletos e seus olhos agônicos. (p. 201/202)

Há um vazio por preencher, e os meios audiovisuais não estão em condições nem tem permissão para preenchê-lo totalmente. Esse trabalho deverá ser feito, se não quisermos que o mais precioso bem de que gozamos (as minorias que gozamos dele) – a cultura da liberdade, a democracia política – se deteriore e sucumba, por omissão de seus beneficiários. (p. 203).

No entanto, há de considerar, ainda, que houve uma banalização do respeito para com os direitos alheios que abrange todos os setores. Toma-se por base o grande aumento no número de processos cíveis e de outras áreas fora a criminal que são totalmente desnecessários, isso diante da intolerância das pessoas quanto à possibilidade de diálogo para resolução de pequenos conflitos.

A cada ano que passa o legislador tem que se ater a tentativa de uma nova criação para suprir o afogamento do judiciário. Os Juizados Especiais foram uma sensação de alívio até a sua exaustão. Agora contamos com NECrim's, CEJUSC's, etc, que nada mais são que centros de tentativa de conciliação.

4. POPULISMO PENAL

Nas palavras de Franz Von Liszt “onde existe sociedade, há crime” (apud ESTEFAM, 2013). Nessa linha de pensamento pode-se afirmar que todo ser humano é um criminoso em potencial, a partir do conceito formal de crime onde se considera o fato praticado e não a pessoa do agente, tão somente.

É certo que a punição, o castigo, sempre existiu e sem dúvida é obrigatória, desde que atingida sua função real, a ressocialização. E para isso não se pode utilizar a Lei de Talião, as penas de morte natural cruelmente, morte natural de fogo, morte natural para sempre, as Ordálias (Juízos de Deus).

Não dá para esquecer que existe uma Constituição Federal e leis infraconstitucionais que regem toda a sociedade protegendo sempre o Princípio da Dignidade Humana.

O problema é que a sede de vingança da população é totalmente aguçada pelas redes de comunicação dentro dessa era tecnológica atual. As informações chegam instantaneamente através de uma imprensa escrita, falada, televisiva e virtual. Não bastasse, é certo que se vive numa era de busca incontrolável não só por lucro como por poder, e isso não seria diferente dentro da Comunicação Brasileira. O interessante é o uso de uma imprensa livre para fomentar a população utilizando-se do seu medo e insegurança diante da criminalidade, fazendo daquela um instrumento que atinge o Legislativo e o Judiciário constantemente. Como devidamente dito por Luiz Flávio Gomes “O modelo político criminal brasileiro é marcado pelo hiperpunitivismo” (2013, p. 28), a busca populacional é por medidas repressivas cada vez mais duras, porém, sabe-se que isso nasce de causas reais: alta criminalidade, insegurança, violência desmedida, intolerância absurda, etc.

O método populista ora abordado explora o senso comum pelas causas supracitadas, valendo-se do pouco conhecimento de lei de um cidadão normal, que deixa aflorar emoções e principalmente o medo, e criando-se assim um sentimento nacional de insegurança e insatisfação com a atuação judiciária, que numa análise mais minuciosa muitas vezes acaba confundindo a insatisfação populacional com a criminalidade.

Como expressa GOMES (2013, p. 28) “não é somente a lei que estabelece o que é o crime, também as imagens que lhes são atribuídas socialmente.”

Não há mais discussão ou argumentação e sim uma crítica puramente irracional, emotiva e totalmente desproporcional da população ao criminoso. Isso na tentativa de estabelecer que o problema gira em torno apenas do agente que merece, única e exclusivamente, a punição severa.

É certo que a sociedade “agarra” determinados infratores (crimes mais cruéis), esses chamados por ZAFFARONI de “bodes expiatórios” e aplicam sobre os mesmos toda a indignação, raiva, ódio, medo, insegurança que sentem em relação

ao Estado que não dá suporte ao verdadeiro intuito das Ciências Criminais que é não só atribuir uma sanção em retribuição ao ilícito cometido pelo agente e sim oferecer meios de ressocialização, algo defendido desde BECCARIA há séculos atrás.

Como define Luiz Flávio Gomes (2013, p. 29) a expressão “populismo” é utilizada para designar uma específica forma de exercício do poder punitivo. O poder que era especificamente do Estado está sendo tomado pelo povo, com o grito de que o verdadeiro poder emana dele e que este sabe o que é melhor.

Não há mais espaço para a ressocialização, reinserção, reintegração, recuperação frente a força desmedida que vem ganhando o populismo penal.

Nas palavras de ZAFFARONI (2011, p. 18):

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito.

A sociedade vive com um senso de justiça onde o criminoso visto como “erva daninha” deve ser extirpado do meio de cidadãos “de bem”. Surge um sentimento de diferenciação de valores de seres humanos.

Em transcrição da obra do professor Luiz Fernando Kazmierczak (2010, p. 24) chega-se a conclusão de os valores mudaram e acabaram por configurar uma sociedade totalmente individualista e isso caminhou, infelizmente, para uma intolerância geral. Veja:

No entanto, as mudanças estruturais ocorridas nas últimas décadas, principalmente no campo político, econômico, social e cultural, fizeram com que a configuração da sociedade se pautasse por novos valores e ambições. Surgiu um individualismo presente nas relações entre as pessoas, em que os velhos padrões de esforço e recompensa foram redefinidos, e o coletivo deu lugar à satisfação de interesses pessoais.

Michel Foucault em sua obra *Vigiar e punir* (1987) já era preciso quanto ao tema da punição:

É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. O suplício tornou-se rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o “cruel prazer de punir”. Vergonhoso, considerado da perspectiva da vítima, reduzida ao desespero e da qual ainda se espera que bendiga “o céu e seus juízes por quem parece abandonada”. Perigoso de qualquer modo, pelo apoio que nele encontram, uma contra a outra, a violência do rei e a do povo. Como se o poder soberano não visse, nessa emulação de atrocidades, um desafio que ele mesmo lança e que poderá ser aceito um dia: acostumado a “ver correr sangue”, o povo aprende rápido que “só pode se vingar com sangue”. Nessas cerimônias que são objeto de tantas investidas adversas, percebem-se o choque e a

desproporção entre a justiça armada e a cólera do povo ameaçado.

A utilização de um sistema punitivista ao extremo seria apenas uma nova roupagem para a configuração de um crime normal.

Mas o que fazer com as garantias individuais defendida a todos pela Constituição Federal, sejam bons ou maus? Afinal, toda pessoa é capaz de cometer qualquer crime a qualquer tempo.

5. MÍDIA PENALISTA E JUSTICEIRA

A ideia de jornalismo ou de qualquer forma de transmissão de notícia implica, na teoria, a veiculação do fato real, como realmente aconteceu. No entanto, nem sempre isso acontece. Por meio de interpretação a informação pode ser desvirtuada e ser repassada de maneira espetaculosa, sensacionalista, errada.

Na verdade o que se tem na atualidade é uma inversão de papéis onde a mídia explora o “jornalismo investigativo”, o que mais a frente acaba por se transformar em exigência de “punitivismo”, “vingança”.

A justiça deve permanecer nas mãos do Estado que é devidamente limitado pela Constituição Federal para que exerça sua função digna e claramente, buscando diminuir sempre a criminalidade através de um sistema de penalização retributiva/educativa.

Todavia, não há de se esquecer da maior função da Carta Magna: a proteção dos direitos e garantias do indivíduo através de uma atuação forte, porém, correta do Estado.

A mídia, já vista como o quarto poder, tomou para si o título de doutora em investigação e Direito Penal, e a sociedade a aceitou como verdadeira justiceira.

Nas palavras de Miguel Reale citado por VIEIRA (2003, p. 210) a imprensa investigativa é o “Ministério Público da sociedade civil”, mas ressalta que aquela deve ter “os mesmos critérios de prudência e comedimento conaturais àquela instituição, para a salvaguarda dos valores éticos da pessoa humana, que não pode ser acusada com base em indícios que só possam dar lugar a meras conjecturas”. Atuar como fiscalizadora e defensora de situações que causam comoção tudo bem, não pode a mídia, utilizando-se de sua função, e ao mesmo tempo do trunfo de ser formadora de opinião pública, esquecer-se de que o crime deve ser analisado e penalizado pelo Estado, através de seus competentes funcionários que irão aplicar, em final decisão condenatória, uma pena com o intuito correto.

Os meios de comunicação acabam por ingressar numa disputa com a Polícia na tentativa de desvendar crimes, todavia, utiliza-se, na maioria das vezes, de fontes próprias que podem ser inverídicas. Trazem aos telespectadores informações sigilosas que assim o são por motivos de assegurar não só a verdade real dos fatos como a integridade física e psíquica de todos os envolvidos.

Nessa corrida onde geralmente a lei, a polícia e o judiciário perdem, aumentam os números dos chamados “linchamentos midiáticos” dos supostos culpados, suas famílias, seus trabalhos, seus amigos.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli citado por VIEIRA (p. 215) “nem sempre a sanção mais temível é a pena, mas a difamação pública do acusado, que tem ofendidas, irreparavelmente, sua honra e suas condições e perspectivas de vida e de trabalho.”.

Como descrito por NATALINO (2007, p.84/85) “se estabelecem estratégias discursivas de construção do “nós” e do “eles””. Dentro do “nós” está idealizada a sociedade real, onde inclui-se a vítima, a família, os amigos, etc., e o grupo “eles” são referenciados como os “inimigos públicos” que devem ser banidos da sociedade real. O autor ainda acentua a falta de voz do criminoso no discurso vítima-jornalista-criminoso:

O exemplo mais comum dessa forma de construção do “nós” e do “eles” se encontra na rotulação estigmatizante dos criminosos, a quem não é dada voz, sendo sempre objeto e quase nunca sujeito do discurso. Como objeto do discurso, os criminosos são frequentemente referidos de forma pejorativa, implícita ou explicitamente, mediante, por exemplo, o uso de metáforas e de adjetivações. Se por um lado é visível essa demonização do outro, é também observável a construção de heróis, como no caso das

"promotoras de coragem" que abriram o processo contra os "cruéis" assassinos do jornalista Tim Lopes (JN 02.06. 2005).

Todos são contra a censura, que retroagiria o Brasil à ditadura, no entanto, diante de tanta exposição midiática do crime e da errada visão do Sistema Penal como um todo, há uma necessidade de regulamentação e contenção da má utilização dos meios de comunicação, sob o fundamento de liberdade de expressão, que acaba por violar esferas de igual ou maior importância aos olhos constitucionais.

Ao tratar do Programa Linha Direita que era exibido pela Rede Globo, Kleber Mendonça (2002, p. 20) é enfático na problemática em questão:

No entanto, se a mídia consegue ocupar um lugar social destinado à Justiça, não se pode esquecer que os modos de funcionamento dessas duas instituições são (bem como suas funções sociais) bastante distintos. Estas diferenças podem, por sua vez, levar a consequências imprevistas na efetivação deste novo papel social, autoconferido pela imprensa, originando, assim, problemas como os casos de pré-julgamento da mídia ou o risco de calúnia e difamação a partir de denúncias sem provas.

Se a população receptora dessas informações fosse devidamente instruída, culta, educada, a ponto de saber diferenciar a verdade da especulação, poder-se-ia exercer de forma ampla a liberdade de informação, expressão e pensamento. Todavia, como anteriormente observado, 12,9 milhões de pessoas com 15 anos ou mais não sabem ler ou escrever, ou seja, nunca vão ter acesso à realidade política, econômica e legal do país em que vive. Mas podem de formas diversas pressionar o Estado em busca de um punitivismo exagerado.

Faz-se necessário estabelecer, por último, que a censura implica em restringir a aquisição de conhecimento e informação, obstruindo-se o livre pensamento, diferente de se buscar a aquisição de informações verdadeiras, sem utilização da mesma para alcance de audiência ou manipulação de vontades para atingir interesses específicos da mídia.

6. CONCLUSÃO

A busca por uma punitividade excessiva, desconsiderando-se princípios e garantias constitucionais penais destrói o Estado Democrático de Direito. Numa sociedade tão abalada pela violência a suposta luta por justiça tem-se convergido a mais violência.

O direito é buscado, única e exclusivamente, como fonte de satisfação de interesses, no entanto, ele oferta deveres que na maioria das vezes são ignorados diante de um motivo maior: punição a qualquer preço àquele que praticou crime.

Diante de modificações tão relevantes que buscam abraçar toda a sociedade e proporcioná-la maior eficácia constitucional é absurdamente conflitante a sua atuação de confronto a princípios constitucionais individuais de praticantes de condutas ilícitas.

A prática da tolerância, da compreensão, da educação legal são medidas que devem ser tomadas por todos, como cidadãos que são.

Após a conclusão de que a mídia tem o papel fundamental nessa prática intolerante e extremamente vingativa da sociedade, imperioso o esforço de mudança de posicionamento daquela que é a maior formadora de opinião pública. Principalmente, porque resta devidamente evidenciado que uma mudança do direito penal, ou seja, aplicação de penas mais duras e cruéis não é a solução para a diminuição da criminalidade

Assim, cumpre aos defensores de um direito penal fundamentado em garantias e não só sanções com cunho unicamente punitivo, lutar pela prevalência de um Estado Democrático de Direito suportando a todos o princípio da igualdade perante a lei, mesmo que o cidadão seja a parte acusada numa relação jurídica penal.

Nessa defesa devem juntar-se juízes, promotores, advogados e o cidadão leigo que realmente sonha com uma sociedade justa.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. **Quase 8.000 presos aguardam vaga no regime semiaberto em São Paulo.** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/11/25/quase-8000-presos-aguardam-vaga-no-regime-semiaberto-em-sao-paulo.htm>> Acesso em 25.02.2014.

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

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES, Vidal Serrano Junior. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ARBEX JR., José. **Showrnlismo. A notícia como espetáculo.** São Paulo: Casa Amarela, 2003.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf> Acesso em 10.12.2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas.** Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf Acesso em 10.12.2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2011.

CASTRO, Lola Anyiar. **Criminologia da Reação Social.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

ESTEFAM, André. **Direito Penal. Volume I.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Nascimento da Prisão. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático. Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Nossa fascinação pela barbárie prisional.** Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/nossa-fascinacao-pela-barbarie-prisional/>> Acesso em 03.04.2014.

GOMES, Luiz Flávio e BOTELHO, Flávia Mestriner. **Levantamento Sistema Penitenciário 2012.** Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/levantamento-do-sistema-penitenciario-brasileiro-em-2012/>> Acesso em 01.02.2014.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito Penal Constitucional e Exclusão Social.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo, Companhia das Letras, 1991.

LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo. Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MENDONÇA, Kleber. **A punição pela audiência. Um estudo do Linha Direita.** Rio de Janeiro: Quartet, 2002.

MEYER, Thomas; HINCHMAN, Lew. **Democracia Midiática. Como a mídia coloniza a política.** São Paulo: Edições Loyola, 2008.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O Discurso no Telejornalismo de Referência: Criminalidade violenta e controle punitivo.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

SANDEL, Michel J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direito e Mídia.** São Paulo: Atlas, 2013.

SILVEIRA, Alcântara. **Grandes Julgamentos da História.** São Paulo: Editora Cultrix.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia.** São Paulo: RT, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Editora Revan, 2011.

REFLEXÕES SOBRE OS CONCEITOS CONTEMPORÂNEOS DOS DIREITOS HUMANOS

Rauli Gross Junior⁵⁸⁸, Andresa Martins⁵⁸⁹ E Rodrigo Simionato⁵⁹⁰

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Garantismo e Sistema Criminal

RESUMO

Este artigo tem como principal proposta discutir os conceitos contemporâneos de Direitos Humanos, resgatando os princípios tradicionais de sua formação, enquanto norma fundamental de proteção do Homem, destacando a sua importância na formação dos sistemas normativos. Discutiremos também sobre o fracionamento dos pensamentos relativos aos Direitos Fundamentais que resultam na sua relativização face a banalização de conceitos relativos a Dignidade Humana e a Liberdade. Destacamos ainda que se faz necessário o resgate dos conceitos tradicionais e da valorização dos Direitos Humanos como instrumento de proteção do Homem enquanto pessoa que tem no direito a vida e a dignidade humana uma garantia universal que ultrapassa os limites estabelecidos pelo Estado independente das ideologias ou sistemas políticos.

Palavras Chaves: Direitos Humanos - Igualdade - Dignidade Humana - Moral

ABSTRAT

This article is to discuss the proposal contemporary concepts of Direct Human, rescuing the traditional principles of their training, while basic standard of protection of human, highlighting its importance in the formation of normative systems. Also discussing on the fractionation of thoughts relating to fundamental rights that result in your face relativizing the trivialization of the concepts of human dignity and freedom.

⁵⁸⁸ GROSS, Rauli Jr, Mestre, Prof. Criminologia, Processo Penal e Prática Forense Penal, Doutorando pela Universidade Católica de Santa Fé na Argentina, Coordenador do curso de Direito a Universidade Estadual de Ponta Grossa-UEPG, e-mail: rauli@hilgenbergadvogados.com.br

⁵⁸⁹ MARTINS, Andresa, Presidente do Conselho da Comunidade da cidade de Ponta Grossa, e-mail: a.mar.p@hotmail.com.

⁵⁹⁰ SIMIONATO, Rodrigo, Mestre, Prof. Direito Constitucional e Direito Civil da UEPG, e-mail: rodrigossimionato@hotmail.com.

We even if it is necessary for the rescue and recovery traditional concepts of Human Rights as a tool to protect human as a person who has the right to life and human dignity a guarantee universal that exceeds the limits set by the independent state of ideologies and political systems.

Key-words: human rights - equality - human dignity - moral

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir os conceitos atualmente utilizados para definição dos “Direitos Humanos” assim como analisar a sua fragmentação doutrinária, isto porque diversas correntes ideológicas utilizam-se indevidamente de tais conceitos para vincular posicionamentos que nada tem a ver com a liberdade e a dignidade da pessoa humana, mas sim com interesses políticos.

Ao discutirmos a fragmentação dos conceitos também iremos analisar as principais fontes de formação dos princípios fundamentais que formam a base normativa ou ética dos *Direitos Humanos*, assim como a possibilidade ou não de aplicação destes mesmos conceitos de forma universal, tais como preceituava-se tradicionalmente quando da sua formação durante a Revolução Francesa no século XVIII.

A escolha do tema se deve a percepção da existência de múltiplos conceitos que nem sempre estão realmente vinculados a princípios fundamentais, ocorrendo uma banalização do que são os *Direitos Humanos* e sobre quais são os requisitos necessários para se usufruir de tais garantias, questionando assim a possibilidade ou não de haverem exceções que impliquem na sua relativização enquanto um meio de punição pelo Estado.

Desta forma, o desenvolvimento do trabalho partirá da análise dos conceitos contemporâneos e da consequente relativização, avançando no debate sobre o resgate aos conceitos tradicionais, cujo estudo nos oportunizará avaliar se o Sistema Penal na forma atualmente proposta não estaria violando os *Direitos Humanos* sob o pretexto de que a proteção e a pacificação social somente poderão ser alcançadas com a supressão dos direito individuais em determinados casos, principalmente quando relacionados a pessoas que insistem em violar as normas penalmente impostas, finalizando o debate em relação as fontes legislativas que podem estar vinculadas a grupos políticos que se utilizam de tais preceitos como forma dissimulada de legitimação do poder.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho de investigação terá como principal fonte de investigação

a pesquisa bibliográfica, através da qual iremos investigar os conceitos originais dos direitos fundamentais, procurando responder se o direito a liberdade e dignidade humana são direitos absolutos, ou se estes podem ser relativizados pelo Estado quando da aplicação de penas dentro de um sistema punitivo.

Como fonte de pesquisa primária iremos realizar o levantamento bibliográfico de vários autores que tratam sobre o tema envolvido no presente trabalho de pesquisa, tanto no que se refere aos direitos fundamentais quanto ao sistema penal, tomando por base os conceitos criminológicos que darão um caráter científico às discussões e as conclusões que pretendemos chegar. Tais obras que servirão de marco teórico da presente pesquisa, as quais irão fomentar discussões e críticas aos conceitos contemporâneos dos Direitos Humanos.

O método a ser utilizado na fase de investigação será o indutivo e, dependendo do resultado das análises, no Relatório da Investigação poderá ser empregada a base indutiva e/ou outra que seja a mais indicada. Ademais, serão acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da investigação bibliográfica e do fichamento.

3. DA RELATIVIZAÇÃO DOS CONCEITOS CONTEMPORÂNEOS

O estudo das linhas de pensamento dos “*Direitos Humanos*” é essencial para a evolução de um sistema jurídico globalizado e com bases filosóficas rígidas, de forma a ampliar o conhecimento nos dias atuais. O conhecimento a cerca da matéria encontra-se fragmentada e com pensamentos dispersos, não havendo harmonia num conjunto de pensamento. Isto nos faz lembrar a necessidade de resgatar os conceitos tradicionais que fundamentam e a filosofia de *Direitos Humanos*.

O jurista e Argentino Carlos I. Massini Correas em sua Obra “*Los Derechos Humanos: en el pensamiento actual*” descreve que para compreensão dos *Direitos Humanos*, deve haver uma unidade doutrinária, que nos possibilite analisar a existência de tais direitos como fundamentais para a existência do homem, uma norma que faz parte da própria natureza humana, e que através dela existe a possibilidade do homem viver em sociedade, respeitando valores e bens essenciais a nossa vida, a exemplo da liberdade, igualdade, dignidade e a vida⁵⁹¹.

Encontramos na obra *Direitos Humanos* organizada por Rogério Nunes dos Anjos Filho, uma citação do renomado filósofo Norberto Bobbio⁵⁹², que descreve sobre a concepção de Direitos Humanos – “*os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares,*

⁵⁹¹ CORREAS, C.I.M.. **Los Derechos Humanos: en el pensamiento actual**. Buenos Aires, 1994, p.169.

⁵⁹² BOITEUK, E.A.P.C.; NUNES, R. dos A.F.. **Direitos Humanos: estudos em homenagem ao prof. Fábio Konder Comparato**, Cita Norberto Bobbio, 2010, p. 64.

para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.

No aspecto ontológico os Direitos Humanos devem ser compreendidos como uma categoria de direitos anteriores ao Direito Positivo, isto porque tem uma alta carga "*Moral*", provenientes da ética, as quais sedimentam a produção de normas positivas imprescindíveis ao equilíbrio social, ficando a cargo do Estado às ações de proteção a estes direitos.

Os Direitos Humanos devem ser vistos como garantias estabelecidas por princípios morais que justificam a adoção de normas jurídicas inevitáveis para a proteção e para a disciplina da vida social, constituindo na essência e dignificação ética dos seres humanos.

Quando tratamos de valores fundamentais do homem, devemos compreender que o respeito a tais bens, ultrapassam a positivação da norma e o caráter histórico da matéria, pois, o direito a vida, a integridade física e a dignidade fazem parte da própria natureza do homem, não havendo como relativizar tais conceitos.

Em determinando momento pode o Estado de forma autoritária até suprimi-los de seus ordenamentos, mas isto não implica em revoga-los, até porque tal direito não se restringe a norma escrita, jamais podendo ser revogada por fazer parte da natureza humana.

Alguns autores como Emil Brunner⁵⁹³ com uma leitura marxista seguindo os teóricos soviéticos, ou o utilitarismo de T.S. Scanlon ao axiologismo de W. Goldschmidt demonstram em seus estudos que foram perdidos os conceitos originais gerando uma série de teorias que se dizem fundadas nos *Direitos Humanos*, contudo antagônicas entre si no que se refere ao respeito de valores fundamentais, muitas vezes defendendo a relativização de um direito em relação a outro, o que é um contra-senso em relação a direitos fundamentais.

Isto demonstra que a fragmentação do conhecimento sobre os “Direitos Humanos”, trouxe ao longo dos anos uma variação do próprio conceito do que seriam estes direitos, fazendo com que bandeiras fossem levantadas em sua defesa, mas que nem sempre implicavam no respeito aos valores fundamentais que são a sua base de sustentação.

Tais variações conceituais trouxeram aspectos negativos para a compreensão e evolução dos temas relacionados aos *Direitos Humanos*, uma vez que sendo o homem sujeito de relações sociais, não podem haver múltiplas razões tidas como racionais para intervir e garantir a harmonização deste relacionamento.

⁵⁹³ CORREAS, C.I.M.. **Los Derechos Humanos: en el pensamiento actual** – cita Emil Brunner. Buenos Aires, 1994, p.171.

A divergência de idéias e conceitos relacionados aos Direitos Fundamentais acabam fragmentando ainda mais os conceitos originais, enfraquecendo a existência de um conceito universal único estabelecido a partir da racionalidade, até porque a racionalidade é tratada como um ponto de vista unilateral que acaba por justificar ideologias políticas ou teorias que no fundo nada tem a ver com *Direitos Humanos*.

Este trabalho de dispersão doutrinária que ocorreu nas últimas décadas referentes às ideias que fundamentam toda a teoria dos *Direitos Humanos*, dividiu-se em várias verdades absolutas, distorcendo o conceito original do tema, sustentando modelos normativos, que no fundo são evasivos de conteúdo significativo.

4. DA NECESSIDADE DE RESGATAR OS CONCEITOS TRADICIONAIS

O conceito tradicional de *Direitos Humanos* se fundamenta em princípios que tiveram sua origem com a Revolução Francesa, princípios estes que protegem a autonomia dos direitos individuais, sobre os quais nem mesmo o Poder Político do Estado tem como se interferir⁵⁹⁴.

O homem enquanto pessoa necessita satisfazer dois interesses fundamentais: como indivíduo, o interesse a uma livre existência; como co-partícipe do consórcio humano, o interesse a um livre desenvolvimento na vida de relação.

O jurista Paulo José da Costa Junior, em sua obra *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade* nos ensina que:

“Enquanto os direitos que se destinam à proteção da esfera individual servem para a preservação da personalidade dentro da vida pública, na proteção da esfera privada cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior. Estabelece-se, destarte, a diferença entre a esfera individual (proteção à honra) e a esfera privada (proteção contra a indiscrição)”⁵⁹⁵.

Outros direitos fundamentais tiveram suas origens nos chamados direitos sociais⁵⁹⁶, o qual consiste na obrigação do Estado em prestar assistência, muitas vezes subsidiando as carências mais urgentes de certa classe sociais que vivem excluídas. Isto consiste no Estado restabelecer uma situação de igualdade de condições, muitas vezes através de uma prestação ativa do Poder Político para que as pessoas possam efetivamente exercer o seu *Direito de Liberdade*.

⁵⁹⁴ CORREAS, C.I.M.. *Los Derechos Humanos: en el pensamiento actual*. Buenos Aires, 1994, p.174.

⁵⁹⁵ COSTA JUNIOR, Paulo J., *O Direito de estar só : Tutela Penal da Intimidade*, 1970, p. 24-25

⁵⁹⁶ CORREAS, C.I.M., op. cit., p.174

É exatamente sobre o direito a Liberdade que se fundamenta todo o universo axiológico dos *Direitos Humanos*, pois, a partir de tal concepção podemos compreender que o homem é o único ser dotado de vontade, isto é, de capacidade de agir livremente, sem ser conduzido pela inelutabilidade dos instintos⁵⁹⁷, ganhando aspecto valorativo e que implica numa garantia absoluta e inalienável a toda pessoa.

Encontramos também como derivação de direitos fundamentais, os chamados direitos *difusos*, que constituem em direitos de ordem social, que ultrapassam as pessoas físicas pertencentes a uma referida sociedade, até porque fica difícil de individualizar os seus titulares.

Ao falarmos em proteção ao meio ambiente, como exemplo, não podemos apenas considerar a proteção às pessoas, a flora e a fauna, mas devemos considerar a proteção presente e futura do ecossistema para as futuras gerações, pessoas que ainda não existem, mas que pela expectativa de direito e pela abrangência dos bens objeto da norma devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, ao considerarmos a abrangência de *direitos* devemos ter a base de um sistema normativo que disciplina garantias, direitos, obrigações, poderes ou privilégios em determinada ordem jurídica.

É assim que adquire ressonância a expressão *Estado de Direito*, cunhada pelo Liberalismo⁵⁹⁸, a qual visa caracterizar um Estado, contido em estritos limites legais, imbuído do desígnio de resguardar as instituições sem o suporte de um poder arbitrário.

É claro que os Direitos Humanos têm a função de gerar, estabelecer e derivar direitos subjetivos em uma ordem jurídica, todavia, ao serem revestidos do princípio de proteção às aspirações universais, eles apresentam uma fundamentação muito mais ampla, por serem constituídos de princípios morais admitidos pelo próprio Direito Positivo.

Lógico considerar, assim, a assertiva de que, como os *Direitos Humanos* provêm, dedutivamente, de um sistema moral, todo Direito Positivo que não o reconheça é imoral em decorrência do desprezo à ética e aos princípios morais que teria de obedecer para garantir a eficácia da ordem jurídica.

Desse modo, um preceito legal legitima-se pelo encargo de ser aplicado, não só quando se reportar a um sistema sólido de normas jurídicas, como ao pertencer a um sistema considerado moralmente válido, sendo essa validade axiológica uma das condições elementares da eficácia jurídica da norma.

⁵⁹⁷ BOITEUK, E.A.P.C.; NUNES, R. dos A.F.. **Direitos Humanos: estudos em homenagem ao prof. Fábio Konder Comparato**, 2010, p. 27/28.

⁵⁹⁸ OLIVEIRA, Edmundo. Artigo “**A visão global dos Direitos Humanos**”. Revista Jurídica Consulex. Ano V, nº 100, 15 de março de 2001.

Ocorre que no direito contemporâneo existe uma inclinação dos conceitos de normas jurídicas tidas como fundamentais se dedicarem a causas políticas, o que é contraditório com a sua finalidade, que seria a defesa de bens e garantias fundamentais desvinculadas a ideologias.

Isto tem a desvalorizar e a degradar o conceito dos *Direito Humanos*, uma vez que a própria sociedade assiste passivamente tais garantias servirem de base à defesa de causas que muitas vezes são contraditórias a estes mesmos direitos.

Analisando uma sociedade, verificamos que ao mesmo tempo em que se defende o *direito a vida dos animais*, por outro lado esta mesma sociedade aceita o *direito ao aborto*, que atenta contra o direito à vida⁵⁹⁹. Não existe uma coerência lógica neste sistema, o que demonstra uma relativização dos conceitos.

A versão contemporânea de *Direitos Humanos* é uma concepção lançada em 1948 com a Declaração Universal de Direitos Humanos, a qual consagrou a universalidade de todas as pessoas independentemente da classe social, religião, ideologia política, entre outros fatores, isto porque o único requisito necessário para o seu pleno exercício é a condição de pessoa, de ser humano⁶⁰⁰.

Entre os desafios contemporâneos está a necessidade de ampliar a visão normativa em relação aos conceitos tradicionais dos *Direitos Humanos*, pois, estes decorrem de conquistas que visam garantir a dignidade humana, dentro de uma concepção universal. Porém existem importantes questões a serem superadas para tal compreensão e uniformização de pensamentos, entre as quais destacamos avaliarmos se as fontes de tais direitos são meramente normativas, ou são exclusivamente de caráter ético, pois, se considerarmos esta última hipótese devemos também analisar a possibilidade de existência de um padrão ético universal.

Tais questionamentos estão entre as principais barreiras a serem superadas, pois, a universalidade de tais garantias somente será alcançada a partir de sua aplicação a todas as sociedades independentemente da cultura local⁶⁰¹. Um dos principais fatores de fragmentação do conceito de *Direitos Humanos* ocorre exatamente por causa desta universalidade de fontes, nas quais cada cultura local adota preceitos éticos como fontes normativas de direitos fundamentais.

5. DAS PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

⁵⁹⁹ CORREAS, C.I.M.. *Los Derechos Humanos: en el pensamiento actual*. Buenos Aires, 1994, p.175.

⁶⁰⁰ BOITEUK, E.A.P.C.; NUNES, R. dos A.F.. *Direitos Humanos: estudos em homenagem ao prof. Fábio Konder Comparato*, Cita Norberto Bobbio, 2010, p. 64.

⁶⁰¹ Ibid.,p.65.

Podemos utilizar como exemplo desta fragmentação os diversos conceitos adotados como medidas punitivas nos Sistemas Penais contemporâneos, sendo que a pena de prisão como principal representante deste sistema é objeto de estudo e questionamento de diversos autores da atualidade, isto porque o modelo de pena contemporâneo deve ir além da função meramente punitiva, sob pena de violar direitos como a liberdade e dignidade da pessoa humana, os quais não podem sob hipótese alguma serem relativizados pelo Estado, por caracterizarem-se em Direitos Humanos.

A problemática que envolve o tema decorre do fracasso do Estado em gerenciar a sociedade, uma vez que os conflitos que são punidos pelo Direito Penal no atual sistema, apenas minimizam os efeitos da criminalidade, jamais atingindo as reais causas dos problemas que geram a criminalidade. Analisando sobre este enfoque, verificamos que o Estado pune em regra aqueles que pertencem às camadas economicamente inferiores da sociedade, privilegiando e protegendo os pertencentes às ordens econômicas predominantemente superiores⁶⁰².

A principal falha na criação de normas esta exatamente no fato de que as Política Criminal não alcançam os problemas sociais, e em decorrência disso, não consegue otimizar a produção de normas socialmente úteis e adequadas as reais necessidades da população.

Com a aplicação da pena segundo o atual modelo normativo posto pelo Estado, o apenado não é capaz de ser reinserido no meio social de forma adequada, até porque não se pode inserir um indivíduo que muitas vezes esteve à margem da sociedade.

Nesta linha de pensamento Roxin, utilizando os ensinamentos de Liszt, destaca a dicotomia entre o Direito Penal e Política Criminal, afirmando que “nada adianta a solução de um problema jurídico, se está político-criminalmente errado, sendo preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável ao sistema normativo”⁶⁰³.

As legislações tornam os juízes meros aplicadores normativos, impedindo-os de atentar a peculiaridade do caso concreto que possibilitaria a aplicação de medidas penais socialmente corretas e úteis, o que afasta a punição dos critérios de justiça, aqui compreendida como “valor fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica, estabelecendo equilíbrio no conflito de interesses”⁶⁰⁴.

Isto decorre do fato do direito penal ter se afastado das linhas de pensamento dos *direitos humanos*, sendo essencial que a evolução de um sistema jurídico tenha

⁶⁰² FALCONI, R.. **Sistema Presidencial: reinseção social?**, São Paulo, 1998, p. 42.

⁶⁰³ ROXIN, C.. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**, Rio de Janeiro, 2002, p. 7.

⁶⁰⁴ MELO, O. F. de, **Dicionário de política jurídica**, Florianópolis, 2000, p. 56.

bases filosóficas rígidas. O conhecimento a cerca da matéria encontra-se fragmentada e com pensamentos dispersos, não havendo harmonia num conjunto de pensamento. Isto nos faz lembrar a necessidade de resgatar os conceitos tradicionais que fundamentam e a filosofia de *direitos humanos*, para reconstrução de um sistema penal com função de reabilitação e proteção social.

Os Direitos Humanos devem ser vistos como garantias estabelecidas por princípios morais que justificam a adoção de normas jurídicas inevitáveis para a proteção e para a disciplina da vida social, constituindo na essência e dignificação ética dos seres humanos.

Quando tratamos de valores fundamentais do homem, devemos compreender que o respeito a tais bens, ultrapassam a positivação da norma e o caráter histórico da matéria, pois, o direito a vida, a integridade física e a dignidade fazem parte da própria natureza do homem, não havendo como relativizar tais conceitos.

É claro que os Direitos Humanos têm a função de gerar, estabelecer e derivar direitos subjetivos em uma ordem jurídica, todavia, ao serem revestidos do princípio de proteção às aspirações universais, eles apresentam uma fundamentação muito mais ampla, por serem constituídos de princípios morais admitidos pelo próprio Direito Positivo.

Lógico considerar, assim, a assertiva de que, como os Direitos Humanos provêm, dedutivamente, de um sistema moral, todo Direito Positivo que não o reconheça é imoral em decorrência do desprezo à ética e aos princípios morais que teria de obedecer para garantir a eficácia da ordem jurídica.

Desse modo, um preceito legal legitima-se pelo encargo de ser aplicado, não só quando se reportar a um sistema sólido de normas jurídicas, como ao pertencer a um sistema considerado moralmente válido, sendo essa validade axiológica uma das condições elementares da eficácia jurídica da norma.

Ocorre que no direito contemporâneo existe uma inclinação dos conceitos de normas jurídicas, tidas como fundamentais, a se dedicarem às causas políticas, o que é contraditório com a sua finalidade, que seria a defesa de bens e garantias fundamentais desvinculadas a ideologias.

A pena de prisão está para o Estado como meio de coerção das classes inferiores, sendo construído um sistema punitivo meramente repressivo que garante a harmonia social frente à desigualdade. Portanto, a legitimidade da pena de prisão não está na garantia da segurança social e na reabilitação do apenado, até porque o atual modelo não proporciona os meios para que isto ocorra, exercendo uma função utilitarista e retributiva de punição.

Assim questionamos - Qual é a verdadeira função do Sistema Penal e se violam os Direitos Humanos?

6. DA RELAÇÃO POLÍTICA DOS CONCEITOS CONTEMPORÂNEOS

Verificamos também, que no processo de legitimação do Poder, a legitimidade é sinônimo de tolerância, ou seja, a autoridade do Estado deve ser obedecida, porém ela deve respeitar um certo número de prerrogativas das quais o indivíduo não pode nunca abrir mão como pessoa, e por isso não pode haver a relativização de conceitos que forma a base de um sistema normativo, até porque os bens aqui protegidos dizem respeito a valores fundamentais que não podem ter tratamento diferenciado em relação a fronteiras ou ideologias religiosas ou políticas.

Quando tratamos de direitos fundamentais temos que entender que não basta apenas garantir o direito a vida, mas garantir que este direito seja exercido de forma plena, com liberdade e dignidade por parte das pessoas. Portanto, vincularmos tais conceitos a ideologias políticas que utilizam como fundamento de suas *causas* a garantia e a defesa de direitos os quais denominam estrategicamente de *direitos humanos*, torna tais conceitos objeto de debate por parte das correntes opositoras.

Ademais, devemos compreender que não se pode alcançar uma solução para problemas político-sociais sob a perspectiva exclusivamente do *direito humano*. Isto porque não existe na realidade um pensamento único a respeito do tema numa sociedade politicamente organizada, ou seja, uma ideia comum sobre a existência de bens fundamentais a que todos devem ter acesso e que o exercício deste direito deve ser garantido, mesmo contra o próprio Estado.

Na teoria tais discursos ideológicos em defesa dos *direitos humanos*, podem resultar numa ilusão muito atrativa, contudo, o seu alcance prático se torna muito duvidoso, devido à impossibilidade de restabelecer na sociedade o equilíbrio social, até porque a própria sociedade é fragmentada em classes, sendo que a ideologia política tende a dar uma resposta satisfatória sempre à classe dominante em detrimento dos excluídos.

Portanto, não se pode defender direitos fundamentais quando as garantias são direcionadas a interesses políticos e individuais de classes, tornando relativizado os fundamentos de sua aplicação.

Isto demonstra que é de extrema importância dar solidez aos conceitos tradicionais de *direitos humanos*, a fim de que não fiquem à mercê de políticos, especialmente se considerarmos a perigosa disposição de governantes que criam e vendem a ilusão do bem-estar e da segurança.

A fragilidade de tais conceitos especialmente naqueles países culturalmente subdesenvolvidos dá margem para o desrespeito a direitos fundamentais, se tornando necessário o fortalecimento dos direitos voltados a princípios fundamentais, com o propósito de instituir uma ordem jurídica universal com ideal ético e moral que garantam a todos não só a liberdade mas o exercício pleno desta.

Ao reconhecer e proteger os *direitos humanos*, a Ciência Jurídica revigora o seu sentido humanista e ensaja a fixação do seu vínculo com a Justiça, exposto a fortes inquietações jurídicas, consoante observa o Mestre Raúl Zaffaroni⁶⁰⁵ ao falar da *deslegitimação do sistema penal como exercício do poder*" e do postulado que emana da convicção jurídico-penal tradicional, visivelmente inoperante para arrostar a *criminalidade subterrânea* dos que dispõem do instrumento da impunidade por influência, prestígio ou privilégio nos domínios da autoridade.

Os limites dos direitos humanos necessitam ser precisos, conectados com eficácia prática, concreta, pela força efetiva que eles representam contra qualquer tipo de abuso. Enfim, o respeito aos direitos humanos não deve ser banalizado com o significado de vaga reivindicação moralizante, como bem particularizou E. Kamenka⁶⁰⁶.

Existe obviamente uma tensão entre direitos e valores no seio da sociedade, fazendo com que o Poder Público através do Judiciário tenha que pesar e aplicar a medida adequada para manter o equilíbrio nas instituições no Estado de Direito.

Porém, não podemos admitir que o Estado para restabelecer a ordem viole direitos fundamentais, mesmo que em casos específicos, pois, seria desastroso aceitar e dar guarida a golpes que levam à proliferação desordenada e, algumas vezes, até selvagem de certas ações de grupos que só agem no interesse de obter o que lhes for mais favorável, a qualquer preço.

Tal procedimento é muito adotado pelos Governos contemporâneos, que enfraquecem a estrutura normativa que tende a não possuir bases sólidas, as quais vão sendo modificadas conforme o interesse momentâneo. Não se pode admitir a violação de *Direitos Humanos*, como resposta política para satisfazer a necessidade social, até porque tais direitos fundamentais estão acima de qualquer ideologia política ou religiosa.

Devemos também compreender que as pessoas que pertencem a uma sociedade representam um universo em si só, e nem sempre possuem autonomia que lhes possibilitem se desenvolver de forma igual no meio social. A existência humana foi e é construída a partir das desigualdades que existem entre os homens, que pensam, agem e possuem valores morais diferentes.

Assim, um sistema normativo a ser construído ao mesmo tempo em que tem que respeitar as diferenças antropológicas naturais de cada indivíduo, deve ter em consideração que existem bens essenciais e comuns a todos, e que tais direitos devem ser respeitados por ser fundamental a qualidade de vida, não podendo ser relativizados em hipótese alguma.

⁶⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En Busca de las Penas Perdidas**, 1989, pág. 35.

⁶⁰⁶ KAMENKA, E. **Law and Social Control**, in *Ideas and Ideologies*, 1980, págs. 40-41.

Portanto ao trabalharmos com a reformulação e reconstrução de sistemas normativos que respeitem efetivamente os *Direitos Humanos*, devemos antes de tudo, resgatar os conceitos tradicionais e inalteráveis do que seriam estes direitos fundamentais, para que não haja uma relativização de sua interpretação, isto porque ao mesmo tempo em que é necessária a busca pela aplicabilidade de tais normas, devemos compreender que muitas das teses doutrinárias contemporâneas não estão habilitadas a descrever racionalmente como devem ser construídos e aplicados tais sistemas.

7. CONCLUSÕES

Desta forma verificamos que existe um paradoxo, um conflito de pensamentos doutrinários, que está vinculado a ideologias político-sociais o que afasta o uso racional dos *direitos fundamentais*. Muitos defendem tais direitos relativizando e modificando os seus conceitos conforme a necessidade político-ideológica do momento.

A reconstrução de um sistema normativo voltado à proteção do homem⁶⁰⁷ deve ter como base a garantia dos *Direitos Humanos*, que antes de tudo deve ser redefinido a partir de seus conceitos tradicionais e puros, trazendo em sua essência a proteção da vida e o seu exercício de forma plena, tanto no que diz respeito à liberdade quanto à dignidade.

Os Direitos Fundamentais foram criados dentro de um conceito universal em proteção do indivíduo contra o Estado e contra as diversas formas de manifestação do poder dos governantes. Por isso independente do modelo político do país a construção legislativa deve respeitar o *homem* enquanto *cidadão*, que não pode ter a sua dignidade e nem mesmo a sua liberdade restringida ou até mesmo suprimida por questões ideológicas.

Muito se defende os *Direitos Humanos*, inclusive guerras justificam as intervenções de um Estado sobre o outro com o propósito de restabelecer o respeito a tais normas fundamentais, mas pouco se tem discutido no âmbito internacional sobre quais seriam realmente os conceitos destes mesmos direitos e quais os limites de sua interpretação.

É fundamental se entender que os *Direitos Humanos* não são apenas ideais morais que podem ser compreendidos no propósito de exigências não determinadas, sem corresponder aos elementos acima numerados: titular, objeto, oposição e norma.

⁶⁰⁷ CORREAS, C.I.M.. *Los Derechos Humanos: en el pensamiento actual*. Buenos Aires, 1994, p.196.

Não podemos assim aceitar a relativização momentânea e casual das normas fundamentais que tem por objetivo principal o respeito à vida e a dignidade humana, sob pena de criarmos pressupostos ideológicos que irão legitimar a aplicação de mecanismos totalmente contrários a estes mesmo direitos a que visam proteger, o que seria um contra-senso pelo conflito de direitos e princípios, e implicaria na relativização de conceitos para justificar a aplicação de uma norma.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N.. **El Problema del Positivismo Jurídico**, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1965.

BOITEUK, E.A.P.C.; NUNES, R. dos A.F.. **Direitos Humanos: estudos em homenagem ao prof. Fábio Konder Comparato**. Salvador, Editora Jus Podivm, 2010.

CORREA, C. I.M.. **Los Derechos Humanos**, 2. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

COSTA JUNIOR, P. J.. **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.

FALCONI, R.. **Sistema Presidencial: reinseção social?**, São Paulo, Editora Icone, 1998.

KAMENKA, E. **Law and Social Control**, in **Ideas and Ideologies**, London, Arnold, 1980.

MELO, O. F. de, **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis, Editora OAB do Estado de Santa Catarina, 2000

OLIVEIRA, E.. Artigo “**A visão global dos Direitos Humanos**”. Revista Jurídica Consulex. Ano V, nº 100, 15 de março de 2001.

ROXIN, C.. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**, Rio de Janeiro, Editora Renovar. 2002.

ZAFFARONI, E.R.. **En Busca de las Penas Perdidas**, Buenos Aires, Afa Editores Importadores, 1989.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: LIMITAÇÃO AO PODER PUNITIVO

Rodrigo Sautchuk⁶⁰⁸ e Everson Aparecido Conteli⁶⁰⁹

Área de Concentração: DIREITO

Grupo de Trabalho: Garantismo e Sistema Criminal

RESUMO

O presente trabalho visa destacar a importância dos princípios constitucionais no tocante ao Direito Penal, eis que, incontestavelmente, são de extrema relevância no ordenamento jurídico. Maior atenção foi dispensada ao princípio da legalidade, através da pesquisa de diversos autores, especialmente àqueles que atribuem ao Direito Penal um caráter garantista. Para tanto, fez-se necessário um breve histórico acerca do princípio da legalidade, uma análise acerca de seu conceito e sua natureza jurídica, bem como, os seus desdobramentos da legalidade, consistentes na anterioridade da lei, reserva da lei, taxatividade e clareza da lei. Através da pesquisa da implicação da legalidade frente ao poder Estatal, confirmou-se que este princípio exerce fundamental importância na limitação do poder punitivo estatal.

Palavras-chave: Estado Democrático, direito, princípio da legalidade.

ABSTRACT

This paper aims to highlight the importance of the constitutional principles regarding the Criminal Law, behold, undoubtedly, are very important in the legal system. Greater attention was paid to the principle of legality, through the research of several authors, especially those who ascribe to the Criminal Law garantista one character. For both, it was necessary a brief history about the principle of legality, an analysis about its concept and legal nature, as well as their ramifications of legality, namely the prior law, the law reserves, taxatividade and clarity of Act. Through research the

⁶⁰⁸ Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal. Professor de Criminologia e Processo Penal na Faculdade de Telêmaco Borba-FATEB e advogado.

⁶⁰⁹ Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Processual Civil pelo IBDP. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Coordenador do NECRIM-Núcleo Especial Criminal de Presidente Venceslau-SP e Professor da Graduação na disciplina Processo Penal.

implication of legality against the state power, it was confirmed that this principle plays a fundamental role in limiting punitive power of the state.

Key-words: Democratic state, law, principle of legality.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal é um dos mecanismos de controle social mais violentos utilizados pelo Estado, vez que o *jus puniendi* atinge, via de regra, a liberdade dos cidadãos.

Diante disso, é extremamente importante haver limites para o justo exercício do poder punitivo estatal e o princípio da legalidade se reveste dessa relevante e indispensável função.

O propósito do presente estudo é confirmar o papel fundamental exercido pela legalidade no ordenamento jurídico, em especial no tocante ao Direito Penal, na ordem de um Estado Democrático de Direito.

A fim de atingir o propósito inicial, utilizou-se o método dedutivo, através de uma análise crítica em livros sobre princípios constitucionais, legalidade, direito penal garantista, funções do direito penal.

Procedeu-se à uma breve reconstrução histórica acerca da legalidade, a fim de se identificar a essência do princípio.

Ao que toca a natureza jurídica, fez-se necessário descrever brevemente o caráter principiológico da legalidade, que se encontra no topo da pirâmide hierárquica das normas, o que por si só é suficiente para se confirmar a hipótese inicial da pesquisa.

Considerando-se que a legalidade se manifesta sob uma tríplice implicação - penal, processual e executiva -; através de princípios correlacionados, foi necessário perquirir todos os seus corolários: anterioridade da lei, reserva da lei, taxatividade e clareza da lei.

Ao final do estudo, atinge-se o objetivo proposta, pois a análise crítica da melhor doutrina sobre o tema foi suficiente para comprovar a hipótese inicial, qual seja, o princípio da legalidade como mecanismo de limitação do poder punitivo estatal.

2. HISTÓRICO

Consoante descreve Andrei Zenker Schmidt, no Direito Romano as punições eram aplicadas livremente, eis que não havia proibição à punição sem lei, função precípua do princípio da legalidade. Naquele tempo, apesar do tribunal do povo, na maioria das vezes, condenar por infringência a tipos penais pré-estabelecidos, havia a possibilidade de este tribunal chegar a um edito condenatório por práticas inéditas.

No tocante a aplicação da pena, também havia majoração conforme os costumes da época, no entanto, admitia-se a aplicação de penas diferenciadas.⁶¹⁰

O tribunal do povo foi substituído pelos tribunais de jurados e as punições passaram a necessitar de prévia cominação legal, portanto, nesta fase histórica “não podia ser punido um fato reprovável só porque fosse merecedor de pena”.⁶¹¹

Todavia, esta exigência não durou muito tempo, ao passo que “O advento do processo senatório-consular e do concomitante tribunal imperial fez com que a legalidade rígida voltasse a ser extirpada”⁶¹². Em decorrência disso, as leis vigentes passaram a figurar como fontes do Direito penal.

A par disso, conclui-se que no período da Idade Média o Direito Consuetudinário prevaleceu sobre a lei escrita, logo, a analogia era novamente fonte inspiradora do Direito, que então era aplicado sob a égide dos costumes e tradição do povo local.

A despeito de o Direito Consuetudinário prevalecer na Idade Média, muitas características inerentes ao princípio da legalidade eram encontradas nas decisões da época. O chamado Direito Canônico, apesar de prever de forma implícita a aplicação da analogia, fazia algumas ressalvas quanto à aplicação da lei. Neste sentido, Valdir Sznick aduz que:

o cânone, antigo, do 2.195 ao definir delito já deixava implícito a existência da lei prévia. O cânone 20 contém referências à analogia. O cânone 2.219, § 3º dentro do princípio da legalidade, proíbe a aplicação analógica a normas incriminadoras penais.⁶¹³

Seguindo a linha de raciocínio do referido autor, muito embora o Direito Canônico tenha uma breve previsão do princípio da legalidade, a Idade Média seguiu mesmo a orientação do Direito Romano ou o Direito Consuetudinário e o arbítrio judicial.

Não obstante esta característica da Idade Média, oportuno frisar que muitos foram os pensadores que se pronunciaram no sentido de que houvesse um instrumento limitador à aplicação do Direito penal. Pode-se citar vários deles, os chamados práticos da época, que seguiam as ideias levantadas por Ulpiano, dentro da seguinte máxima: “*Poena non irrogatur nisi quae leve vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita sit*”. (Frag. 131, § 1º, Dig. 50, 16)’.⁶¹⁴

Dos práticos da época que coadunavam com a ideia de Ulpiano sobre a necessidade do Direito penal ser aplicado somente quando as normas estiverem

⁶¹⁰ SCHMIDT, A. Z. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 135/145.

⁶¹¹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994. p. 49.

⁶¹² *Apud* SCHMIDT, A. Z. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 135.

⁶¹³ SZNICK, V. **Direito penal na nova constituição: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento**. São Paulo: Ícone, 1993, p. 21.

⁶¹⁴ SZNICK, V. **Direito penal na nova constituição: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento**. São Paulo: Ícone, 1993, p. 21.

legalmente dispostas, e sem a possibilidade da aplicação da analogia, pode-se citar Alciatus, Ferinacio, Francis Bacon. Mais tarde, Bonesana, Beccaria, Feuerbach, Montesquieu, também deram grande contribuição literária neste sentido.

No tocante ao princípio da legalidade formalmente previsto em lei, pode-se dizer, segundo parte da doutrina, que este teria surgido em 1215 na Inglaterra com a *Magna Charta Libertatum*. Consoante o artigo 39 deste dispositivo legal, nenhum cidadão seria punido penalmente, ou privado de algum outro direito, senão por julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei.⁶¹⁵

Muito embora alguns autores asseverem que o princípio da legalidade tenha aparecido inicialmente na *Charta Magna Libertatum* de João Sem Terra, encontra-se na doutrina muitos entendimentos divergentes.

A uma porque, consoante a obra de Andrei Zenker Schmidt, em conformidade com a idéia de Luis Jiménez de Asúa, quando a *Magna Charta*, em seu artigo 39 - que supostamente faz previsão legal do princípio da legalidade, estabelecendo o julgamento regular pelos “pares” -, exprime a ideia (ainda mais se tratando do contexto histórico em que foi editada) de que somente diz respeito aos barões, condes, senhores feudais. Não bastasse isso, o referido artigo ainda possibilita aplicação do Direito não apenas por julgamento regular pelos seus pares, mas também de harmonia com a lei do país, e isto “dá ao preceito uma coloração não garantidora, pois dá a entender que o julgamento pelos pares poderia substituir a exigência da lei”.⁶¹⁶

A duas porque, segundo Busato e Huapaya⁶¹⁷, partindo do pressuposto histórico para encontrar o nascimento formal do referido princípio, chegar-se-ia ainda mais longe, muito antes da *Magna Charta Libertatum* ser editada. Citando uma passagem da obra de Stratenwerth, os referidos autores remontam à época de Cícero o surgimento do princípio da legalidade.

Para Zaffaroni, não se pode afirmar que o princípio da legalidade tem o seu berço na *Charta Magna Libertatum* e que a sua aplicação, e aqui ele se refere especificamente ao direito argentino, tenha sido inspirada pela Constituição dos Estados Unidos da América. Aduz o mestre argentino que a Magna Carta de João Sem Terra previa apenas a legalidade processual e que a Constituição dos Estados Unidos e mesmo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 mencionam “claramente la ley *ex post facto*, lo que nuestra formula no hace”⁶¹⁸.

⁶¹⁵ Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/D/1400/magna.htm#noot1>> - acessado em 13 de agosto de 2014: Magna Charta Libertatum, artigo 35: No freeman shall be seized, or imprisoned, or dispossessed, or outlawed, or in any way destroyed; nor will we condemn him, nor will we commit him to prison, excepting by the legal judgement of his peers, or by the laws of the land.

⁶¹⁶ SCHMIDT, A. Z. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 137.

⁶¹⁷ Em BUSATO, P. C. e HUAPAYA, S. M. op. cit. p. 150-151: STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal, parte general, I**. Tradução da 1ª edição alemã de 1976, por Gladys Romero, Madri: dersa, 1982. p. 28.

⁶¹⁸ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal, parte general I**. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 132.

Zaffaroni defende que a Magna Carta não pode ser considerada a precursora na positivação do princípio da legalidade penal, contrariando Soler, eis que, em que pese atualmente o direito inglês não mais contemplar a faculdade judicial de criar delitos, na época da sua promulgação este princípio não seria compatível “con el principio de formación judicial del derecho o common law”⁶¹⁹.

Para justificar o seu posicionamento, Zaffaroni enuncia a lição de vários doutrinadores ingleses, que entendem pela incompatibilidade do princípio da legalidade com o sistema do *common law*.⁶²⁰

De acordo com ele, autores ingleses como Cross e Jones entendem que, numa sociedade democrática, os tipos penais devem advir de criação legislativa e que a formulação de tipos por tribunais acabaria por ferir o princípio que não se pode aplicar pena em virtude do cometimento de atos que no momento de sua prática não eram previstos como criminosos.⁶²¹

Reafirmando sua posição, Zaffaroni busca em Hellmuth Von Weber mais um defensor de que nem a Magna Carta, em 1215, nem a *Constitutio Criminalis Carolina*, têm a ver com o princípio da legalidade, que “tampoco proviene Del derecho romano, em que era desconocido, por más que su enunciado se haga em latín”⁶²².

Para Jescheck e Weigend, a base histórica do princípio da legalidade encontra-se na teoria do contrato social da Ilustração, tendo as suas raízes na idéia de uma razão comum a todas as pessoas que, ao aceitarem viver em sociedade, buscaram na Lei a expressão da sua vontade, excluindo a arbitrariedade estatal, considerada uma “*perturbación irracional*”. O princípio da legalidade teria, por conseguinte, a missão de segurança do indivíduo e de seus direitos reconhecidos em face da ação do Estado.⁶²³

Jescheck e Weigend, assim como Zaffaroni, não acreditam que o princípio da legalidade material tenha sido trazido com a Carta Magna de João Sem Terra, em 1215, eis que neste diploma legal, previa-se tão somente a legalidade processual.⁶²⁴

Importante ressaltar que o princípio da legalidade tornou-se uma máxima nos chamados Estados Democráticos de Direito, principalmente, a partir das fartas ideias

⁶¹⁹ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal, parte general I**. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 133.

⁶²⁰ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal, parte general I**. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 133.

⁶²¹ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal, parte general I**. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 133.

⁶²² ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal, parte general I**. Buenos Aires: Ediar, 1998, pp. 135/136.

⁶²³ JESCHECK, H. H. e WEIGEND, T. **Tradado de Derecho Penal, parte general**, 5ª ed. corr. e ampl. Trad: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 140.

⁶²⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tradado de Derecho Penal, parte general**, 5ª ed. corr. e ampl. Trad: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 140.

desenvolvidas no período Iluminista. Inclusive, foi nessa época que tal garantia foi esculpida de maneira clara e precisa e positivada nos Diplomas Legais.

Ferrajoli observa na derrocada do absolutismo, na queda dos Estados soberanos, o início do que chama de dois “itinerarios divergentes de la soberanía interna y de la soberanía externa em la era liberal”. Segundo o autor italiano, o primeiro itinerário inicia-se com “el final del absolutismo régio y el nacimiento del Estado liberal”.⁶²⁵

Nos termos da doutrina de Ferrajoli, o princípio da legalidade é um fator de negação da soberania do poder estatal sobre o indivíduo.⁶²⁶

De acordo com Francesco Antolisei, o princípio da legalidade, não obstante o brocardo ‘*nullum crimen nulla poena sine legge*’ ser comumente usado em latim, não teve origem no direito romano. Segundo o autor italiano, as bases do princípio podem ser encontradas na *Magna Charta libertatum*, de João Sem Terra, em 1215, ressaltando, entretanto, que o princípio da legalidade, no seu significado atual, pode ser encontrado a partir do Iluminismo, “come conquista dell’individuo contro lo strapotere dello Stato di polizia”, tendo sido consagrado, de fato, com o advento do chamado Estado Moderno, a partir da previsão legislativa na maior parte dos Estados.⁶²⁷

As idéias do contratualismo proposto por John Locke, assim como a lição de Cesare Beccaria, que estabeleceu de maneira definitiva, que só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; e, principalmente a fórmula latina cunhada por Anselm von Feuerbach: *nullum crimem, nulla poena, sine lege*, estimularam o conteúdo garantista do princípio da legalidade de maneira expressa nas diversas Constituições e Códigos Penais que estavam surgindo.

Em decorrência de alguns movimentos ditatoriais no século XX, este princípio esteve um pouco ameaçado, principalmente na Alemanha Nazista, e brevemente com as idéias comunistas da União Soviética.

No cenário moderno, consoante assevera Andrei Zenker Schmidt, este princípio encontra-se disposto no ordenamento jurídico da maioria dos países com exceção nos regimes baseados no *common law* e em regimes políticos totalitários como China e Coréia do Norte, entre outros.⁶²⁸

No Brasil, este princípio vigora desde o advento da Constituição de 1824. No que tange a legislação infraconstitucional, o Código Penal de 1830 já dispunha em

⁶²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías, La Ley del más Débil**. 2ª edição. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Editorial Trotta S.A. Madri: 2001, p. 138.

⁶²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías, La Ley del más Débil**. 2ª edição. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Editorial Trotta S.A. Madri: 2001, pp. 138/139.

⁶²⁷ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale, parte generale**. Sedicezima edizione. Milano: Dott. A. Giufrè Editore, 2003, pp. 70/71.

⁶²⁸ SCHMIDT, A. Z. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 137.

seu artigo 1º que não haveria crime ou delito sem uma lei anterior que o qualifique. Desta feita, todas as Constituições⁶²⁹ e Códigos Penais que surgiram posteriormente em no ordenamento jurídico brasileiro, foram imbuídos do instrumento limitador consubstanciado no princípio da legalidade.

Sabe-se que o princípio da legalidade sempre foi disciplinado pelas Constituições Brasileiras, com ressalva da Magna Carta de 1937. Na Constituição em vigor, editada em 1988, o aludido princípio encontra-se positivado no Capítulo I – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5º, II e XXXIX.⁶³⁰

O inciso II trata do princípio da legalidade de maneira genérica, abrangente a todo ordenamento jurídico, já o inciso XXXIX diz respeito ao princípio em matéria de Direito penal, que será objeto de análise adiante.

Conforme expendido anteriormente, este princípio deve ser aplicado em todas as matérias do ordenamento jurídico pátrio, mas é no Direito penal que ganhou grande destaque. Com muita percuciência, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, aduz que o princípio da legalidade é um caráter de todo o Direito “apenas atingindo no campo penal – em face dos valores fundamentais da pessoa humana postos em disputa pela sanção criminal”.⁶³¹

Para explicar a importância que este princípio adquiriu no ordenamento jurídico brasileiro, oportuno descrever o seguinte parágrafo da exposição de motivos do Código Penal, elaborada em 1940, pelo então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Ibrahim Abi-Ackel:

Sem o postulado da responsabilidade moral, o Direito penal deixaria de ser uma disciplina de caráter ético para tornar-se mero instrumento de utilitarismo social ou de prepotência do Estado. Respeitando o pressuposto da vontade livre, o Código Penal seria um congêrie de ilogismos.⁶³²

Essa responsabilidade moral do legislador quando da elaboração do Código Penal, é consubstanciada no princípio da legalidade. Quer dizer, justamente com o intento de moralizar a atuação do Estado quando da aplicação da pena, de impedir a intervenção do Direito penal de maneira arbitrária e abusiva, enfim, tendo em vista a preponderância da ética acima de tudo e de todos, é que o princípio da legalidade tem vigência indiscutível.

Embora este princípio não seja uma inovação da Constituição de 1988, uma vez que já era recepcionado em Constituições anteriores, foi o recente Diploma

⁶²⁹ Com exceção da Constituição Federal editada em 1947.

⁶³⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF: Senado, 1988: Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁶³¹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994. p. 21.

⁶³² PINTO, A. L. T., SANTOS, M. C. V W. e CÉSPEDES, L. **Código Penal**. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12.

Legal que deu grande destaque aos direitos individuais e coletivos, tanto que é carinhosamente chamada de *Constituição cidadã*.

Partindo do pressuposto de que o princípio da legalidade é a pedra angular do Direito penal e, que este princípio encontra-se disposto no artigo 1º do Código Penal, pode-se afirmar indubitavelmente que este artigo é o mais importante do referido *codex*.

Na visão de Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bittencourt o artigo 1º do Código Penal é de tamanha importância, e impõe restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal, eis que cumpre funções reciprocamente condicionadas: limitações das fontes formais do Direito penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão.⁶³³

Zaffaroni alerta para o fato da importância exercida pelo princípio da legalidade no âmbito do conceito tipicidade, da lei processual e, inclusive, na fase da execução penal.⁶³⁴

Ainda destacando a importância que a doutrina atribui ao princípio da legalidade, mister que se faça a transcrição da lição de Ferrando Mantovani, que ressalta a *função insubstituível de garantia do cidadão* exercida pelo referido princípio:

Un diritto penale della libertà non può rinunciare alla conquista civile del principio del nullum crimen nulla poena sine lege, che, pur senza enfaticizzazioni, ha una funzione insostituibile di garanzia del cittadino: massima negli Stati pluralisti dalle “leggi giuste”, minima in qualunque tipo di Stato, poiché qualunque sfera di libertà, ampia o ristretta che sia diventa di difficile esercizio quando la legge non ne determina con chiarezza o confini.⁶³⁵

Por seu turno, Claus Roxin, reforça a ideia de que, tendo em vista a gravidade da intervenção estatal em matéria penal, ela só pode se dar através da expressa autorização legal, que será dada pelo povo através da sua representação no Poder Legislativo.⁶³⁶

Por fim, diante da exposição da evolução histórica, das conquistas representadas através da positivação do princípio sob análise, conclui-se com o entendimento de Sznick, segundo o qual o princípio da legalidade é “o guardião da certeza do direito, garantia ao cidadão e, ainda, limite ao arbítrio do Estado”.⁶³⁷

⁶³³ PRADO, L. R. e BITENCOURT, C. R. **Código penal anotado e legislação complementar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 197.

⁶³⁴ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal, parte general I**. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 140.

⁶³⁵ MANTOVANI, F. **Diritto Penale, parte generale**. 4ª ed. Padova: CEDAM, 2001, p. 13.

⁶³⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal, parte General, Tomo I, Fundamentos, la estructura de la Teoría Del Delito**. Trad: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1ª ed. 1997, 2001, p. 145.

⁶³⁷ SZNICK, V. **Direito penal na nova constituição: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento**. São Paulo: Ícone, 1993, p. 43.

3. LEGALIDADE – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Considerando-se que princípios são normas que vinculam de forma absoluta a atuação de um Estado que se propõe a ser um Estado de Direito, conclui-se que o princípio da legalidade exerce funções de suma importância para o resguardo das garantias concedidas pelo texto constitucional ao cidadão, frente à potestade estatal, funcionando como um freio à atuação dos detentores do poder, a fim de que não infrinjam as normas de caráter essencial de preservação da liberdade individual.

Santiago Mir Puig, compartilha da mesma esteira de entendimento, destacando que:

El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva el Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por ultimo, la concepción del Estado democrático obliga en la posible a poner el Derecho openal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los dignadd humana, igualdad y participación del ciudadano.⁶³⁸

Justamente para frear a atuação estatal, surgiu o princípio da legalidade. Tal princípio, também conhecido por princípio da reserva legal, intervenção legalizada, anterioridade da lei penal⁶³⁹, é o mais importante instrumento limitador da intervenção estatal quando da aplicação do Direito. Por isso, a legalidade é um dos pilares do estado Democrático de Direito, tido para muitos como a pedra angular do Direito penal.

O aludido princípio tem o condão de impedir, na esfera do Direito penal, a atuação discricionária do Estado, visando a preservação da fundamental garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, qual seja, o direito à liberdade.

Pode-se definir este princípio através do enunciado latino de Feuerbach: *nullum crimen nulla poena sine lege*, onde o artigo 1º do Código Penal Brasileiro buscou inspiração.

Percebe-se que tal princípio não se restringe a prévia cominação legal do tipo penal, mas também, da disposição explícita da pena a ser imposta pelo delito cometido. Ademais, não pode-se olvidar que a legalidade manifesta-se sob a trílice implicação, qual seja: penal,

⁶³⁸ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal – parte general**. 6ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2002. p. 109/110.

⁶³⁹ Quanto a nomenclatura adotado pela doutrina para definir o princípio que obriga a previsão legal de toda conduta humana que se pretenda incriminada, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes aduz que: a maioria se refere como princípio da legalidade (...) Outros, referem-se como princípio da legalidade dos delitos e das penas (,,) Outros, mais rigorosos, adjetivaram-no de princípio da estrita legalidade. (...) Há quem manifeste preferência pela expressão princípio da reserva legal. (...) Há ainda que prefira referir-se à reserva legal como mero princípio da legalidade, atribuindo a este último conceito, muito mais amplo, englobando-lhe, pelo menos os princípios da taxatividade-determinação e da retroatividade da lei penal. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994. p. 21

processual e executiva; e faz isso através de princípios correlacionados, ou seja, por seus desdobramentos, os quais serão apresentados mais adiante.

O princípio da legalidade, enquanto princípio constitucional, encontra-se no topo da pirâmide hierárquica das normas, destarte, de extrema importância no ordenamento jurídico pátrio. Neste sentido, não se pode olvidar a magnitude inerente aos princípios constitucionais.

Consequentemente, como o princípio da legalidade é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, e, enquanto princípio, é imbuído de obrigatoriedade e imperatividade, indubitavelmente representa o bastião garantista da sociedade.

O princípio da legalidade, nos termos da lição de Zaffaroni, é uma garantia de segurança jurídica.⁶⁴⁰

Para José Afonso da Silva, o princípio da legalidade disciplina que toda a atividade do poder judiciário fica restrita à lei, pois uma lei significa a vontade geral da sociedade e esta só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. Este sentido reflete-se na impossibilidade do Estado, ou Poder Público, ou os administradores em exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar muito menos proibir nada aos administradores, senão em virtude de lei.⁶⁴¹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que o princípio da legalidade “exprime a democracia, na medida em que subordina o comportamento individual apenas e tão-somente à vontade manifestada pelos órgãos do poder popular”.⁶⁴²

Não obstante ao caráter limitador do princípio da legalidade e toda sua magnitude no ordenamento jurídico vigente, este princípio enfrenta determinados problemas, em dadas circunstâncias. Ainda sob a ótica de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶⁴³, tais circunstâncias se dão no momento em que o intérprete se depara com matérias em que a lei é omissa.

Nestes casos, ensina o referendado autor que a doutrina e a jurisprudência têm aceitado o regulamento *praeter legem*, ou seja, sob a égide do princípio da legalidade, não se admite criar ou extinguir obrigações, tampouco suspendê-las ou adiá-las. No entanto, o usual é o entendimento segundo o qual, no que for além da lei, não obriga; no que for contra a lei, não prevalece, desde que se fundamente em competência constitucionalmente conferida.⁶⁴⁴

⁶⁴⁰ JESCHECK, H. H. e WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal, parte general**, 5ª ed. corr. e ampl. Trad: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 136.

⁶⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 419.

⁶⁴² FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁶⁴³ FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁶⁴⁴ FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

Apenas para não passar em branco - portanto, sem entrar nos pormenores da discussão - cumpre salientar que, conjuntamente com o princípio da legalidade, o princípio da reserva legal exerce um importante papel na limitação do poder do Estado. Muitos doutrinadores aduzem que os dois princípios por serem muito convergentes, podem ser definidos em um só, ou seja, que o próprio princípio da legalidade já absorve o princípio da reserva legal. Mas, para outros, apesar dos dois estarem fortemente correlacionados, não se pode confundi-los. Todavia, o posicionamento adotado é que o princípio da legalidade penal absorve a reserva legal, a taxatividade, a anterioridade da lei, entre outros.

Oportuno destacar que alguns autores doutrinam que a legalidade tem um duplice alcance, ou seja, um significado político e outro significado técnico.

Busato e Haupaya, assim como Andrei Zencker Schmidt, destacam que o princípio da legalidade é detentor de uma natureza política, “que significa o predomínio do Poder Legislativo como órgão que representa a vontade geral frente aos outros poderes do Estado”⁶⁴⁵, e uma dimensão técnica e/ou jurídica, que “expressa a forma como devem os legisladores formular as normas penais”.⁶⁴⁶

Conforme destaca Mauricio Antonio Ribeiro Lopes⁶⁴⁷, Binding foi o primeiro autor a apontar sobre o duplo fundamento do princípio da legalidade – caráter político e técnico. Destarte, seja em sua dimensão política, seja em sua dimensão técnica, o princípio da legalidade, indiscutivelmente, é a principal garantia do cidadão frente ao *jus puniendi* do Estado.

O caráter duplo: político e jurídico proposto por Binding, continua sendo adotado atualmente pelos doutrinadores. Segundo esta distinção, o caráter político encontra-se consubstanciado na divisão de poderes proposta por Montesquieu, segundo o qual, somente o Poder Legislativo está legitimado para definir aquilo que é ilícito penal, destarte, o Poder Judiciário deve-se restringir à análise para se inferir se no caso concreto ocorreu ou não a conduta previamente definida.

Desta feita, é de se destacar que a separação de poderes, no Estado Democrático de Direito, confere ao princípio da legalidade a função de “regular toda a atividade estatal administrativa, legislativa e judicante”.⁶⁴⁸

Portanto, no que tange ao caráter político, conforme os apontamentos de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, “as razões políticas serviram ao princípio da legalidade apenas como ponto de partida, reservando-se para a formulação racional que acabou por merecer a sua estrutura final”.⁶⁴⁹

⁶⁴⁵ BUSATO, P. C. e HAUAPAYA, S. M. op. cit., p.152.

⁶⁴⁶ BUSATO, P. C. e HAUAPAYA, S. M. op. cit., p.152.

⁶⁴⁷ LOPES, M. A. R. op. cit., p. 52.

⁶⁴⁸ SCHMIDT, A. Z. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 144.

⁶⁴⁹ LOPES, M. A. R. op. cit., p. 52.

Quanto ao caráter técnico ou jurídico, aduzem que este representa segurança jurídica decorrente da legalidade. Assim sendo, é necessário que a norma, para que atue em consonância com o princípio da legalidade, seja redigida de forma clara e determinada, sem conter tipificações rasas. Pois só desta maneira o cidadão poderá fazer um plano antecipado de suas ações.

Busato e Huapaya asseveram que do caráter jurídico do princípio da legalidade surgiu os brocados latinos de Feuerbach, quais sejam: *nullum crime sine lege*: não se pode incriminar, sem que haja uma norma previamente disposta; e *nulla poena sine lege*: onde a pena deve estar prevista para aquele delito e de forma disposta em lei.

4. DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

O princípio da legalidade que surgiu através da máxima cunhada pelo filósofo Feuerbach e se tornou o supedâneo do Direito penal, apresenta alguns reflexos, que auxiliam na função garantidora da lei penal.

Segundo assevera Francisco de Assis Toledo:

o nullum crime, nulla poena sine lege tem sua longa história, por vezes acidentada, com fluxos e refluxos. Por isso já foi objeto de muitas interpretações, conforme acentua Maurach (...) Presentemente, essa concepção é obtida através do quadro da denominada 'função de garantia da lei penal' que provoca o desdobramento do princípio em exame em quatro outros princípios.⁶⁵⁰

Desta feita, insta destacar os principais desdobramentos do princípio da legalidade penal, quais sejam: anterioridade da lei, reserva da lei e taxatividade

4.1. Anterioridade da Lei

Percebe-se que do princípio da legalidade penal surge uma série de corolários ou princípios, que auxiliam a legalidade penal no controle ao direito de punir inerente ao Estado. Neste sentido, urge destacar a *lex praevia*, modernamente chamada de princípio da anterioridade, uma vez que regula a aplicação da norma consoante o lapso temporal em que está vigente.

Destarte, através do princípio da anterioridade, fica vedado que a norma penal seja aplicada a fato que tenha ocorrido anteriormente à sua vigência, portanto, presume-se que a partir deste princípio, somente serão punidas as condutas

⁶⁵⁰ TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de direito penal**. Editora Saraiva: São Paulo, 1994, p. 22.

legalmente tipificadas (princípio da legalidade) e somente a partir do momento em que estiverem em vigência.

Infere-se que este princípio, assim como os demais corolários do princípio da legalidade penal, têm fundamental importância na garantia da segurança jurídica, pois, através disso os cidadãos poderão fazer um juízo de valor de uma conduta que irão realizar imbuídos de consciência de ilicitude.

Marinucci e Dolcini tratam este corolário da legalidade como o princípio da *irretroattività delle norme penale*, fundamentando a sua importância no direito concedido ao cidadão, enquanto pertencente a um Estado de Direito, de ter prévio conhecimento acerca de uma norma incriminadora, sob pena de ficar à mercê da vontade estatal, neste sentido lecionam que:

In uno Stato liberale di diritto il cittadino deve poter sapere, *prima di agire*, se dal suo comportamento potrà derivare una responsabilità penale, e quali siano le sanzioni in cui potrà incorrere: solo a queste condizioni può compiere libere scelte di azione, assumendosi la responsabilità dei suoi comportamenti. Se invece il giudice o il legislatore potessero disporre *ex post* della sua libertà personale, il cittadino sarebbe solo un oppressivo Leviatano.⁶⁵¹

É cediço que a proibição da retroatividade da norma incriminadora significa uma garantia da liberdade pessoal dos cidadãos de um determinado Estado, sendo elevada à categoria de condição indispensável para a formação de um Estado de Direito, devendo ser entendido como um “*principi fondanti del sistema penale*”, conforme lição de Marinucci e Dolcini⁶⁵². O princípio da anterioridade, de acordo com os referidos autores, constitui-se como postulado da qualificação como crime de um fato praticado no tempo em que já existia previsão expressa da sua tipicidade, destarte, “*il legislatore non può pertanto stabilire che una misura di sicurezza si applichi a fatti che non costituivano reato al momento della loro commissione*”⁶⁵³.

Outrossim, cumpre vislumbrar uma importante garantia, que tem sido adotada de forma unânime no ordenamento jurídico nacional, a chamada *abolitio criminis*. Quando uma lei é revogada e a conduta ali tipificada não é mais reprovável, todos aqueles que responderam por esta conduta têm os efeitos penais extintos, bem

⁶⁵¹ MARINUCCI, G. e DOLCINI, E. **Corso di Diritti Penale 1, le norme penali: fonti i limiti di applicabilità, il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3.º. ed. Milano: Giuffrè Editore S/A, 2001. p. 254.

⁶⁵² MARINUCCI, G. e DOLCINI, E. **Corso di Diritti Penale 1, le norme penali: fonti i limiti di applicabilità, il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3.º. ed. Milano: Giuffrè Editore S/A, 2001. p. 255.

⁶⁵³ MARINUCCI, G. e DOLCINI, E. **Corso di Diritti Penale 1, le norme penali: fonti i limiti di applicabilità, il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3.º. ed. Milano: Giuffrè Editore S/A, 2001. p. 259.

como aqueles que estão respondendo penalmente pela conduta, terão a punibilidade extinta.

A anterioridade penal (*lex praevia*) atua no sentido de “impedir que alguém seja punido por fato que, ao tempo do cometimento, não era delito, ou de impedir que ao condenado seja aplicada uma pena mais grave do que aquela que estava prevista”⁶⁵⁴.

A garanzia del cittadino non basta infatti che il legislatore formuli le norme in modo chiaro – nel rispetto del *principio di precisione* –, né basta che le norme descrivano fatti empiricamente verificabili nel corso del processo – nel rispetto del *principio di determinatezza* –: occorre altresì vietare che il giudice vada oltre i confini tassativamente imposti dalla legge a ciascuna figura di reato, sostituendosi caso per caso al legislatore e creando norme incriminatrici più ampie di quelle previste dal legislatore, che abbraccino casi simili a quelli espressamente previsti.⁶⁵⁵

Neste sentido, há a definição da reserva absoluta e da reserva relativa. Enquanto a reserva absoluta regula que só o legislador e a lei podem tipificar, desta forma, estabelecendo que só a lei é fonte de Direito; a reserva relativa, consoante Valdir Sznick, embora mantenha o primado da lei, admite que, enquanto baseado na lei, o pressuposto da legalidade não exclui, de todo, as demais fontes. “Verdade é que o princípio da estrita legalidade exclui *per se* a analogia”.⁶⁵⁶

Outrossim, no tocante a vedação à analogia, cumpre frisar que a doutrina vem defendendo que a analogia *in bonam partem* pode e deve ser utilizada. Quanto a isso, Zaffaroni e Piaranjeli defendem que:

Costuma-se distinguir entre analogia *in malam partem* e analogia *in bonam partem*, entendendo pela primeira a que integra a lei estendendo a punibilidade e pela segunda a que a restringe. Cremos que, como regra geral, sempre que se trata de integrar a lei, a analogia está proscrita, independentemente do sentido que a ela fosse dado, ainda que eventualmente possa admitir-se a analogia *in bonam partem* para salvar a racionalidade do direito e, com ela, o princípio republicano de governo, que exige esta racionalidade.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ ZAFFARONI, E. R. e PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte Geral. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 228.

⁶⁵⁵ MARINUCCI, G. e DOLCINI, E. **Corso di Diritti Penale 1, le norme penali: fonti i limiti di applicabilità, il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3ª ed. Milano: Giuffrè Editore S/A, 2001. p. 168.

⁶⁵⁶ SZNICK, V. **Direito penal na nova constituição**: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento. São Paulo: Ícone, 1993, p. 26.

⁶⁵⁷ ZAFFARONI, E. R. e PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte Geral. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 176.

Conclui-se então, que a analogia *in bonam partem* não só pode como também deve ser utilizada pelo intérprete.

4.3. Taxatividade e Clareza da Lei

Todo o Direito - e não poderia ser diferente com o Direito penal -, requer uma interpretação, que representa que a essência da norma seja entendida, a fim de aplicá-la no caso em concreto, é o que se denomina de interpretação gramatical.

Este método permite aferir o verdadeiro significado da norma, que, juntamente com uma análise sistemática permitirá a conclusão sobre se a conduta se amolda à norma. Na seara penal, especialmente no tocante às condutas incriminadoras, é através da redação da norma, que se infere quais as condutas reprováveis pelo Direito penal.

Através do exposto, percebe-se o quanto é importante que a norma incriminadora seja clara, determinada, precisa e é justamente esta a função do princípio da taxatividade, que deste modo, assume a função de corolário da legalidade.

Este princípio é extremamente parecido com a tipicidade, mas exprime a idéia de clareza, certeza, precisão, ao passo que exige da norma penal, uma prescrição precisa da conduta a ser tipificada.

Assim sendo, deduz-se que a taxatividade é um postulado dirigido ao legislador, proibindo que o mesmo se utilize de expressões ambíguas, termos dúbios, palavras vagas, enfim, tal princípio veda que a norma incriminadora seja redigida de forma que o intérprete tenha um leque de interpretações. Isto quer dizer que a taxatividade significa que a norma penal deve ser redigida “de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*)”.⁶⁵⁸

Luiz Luisi, que se refere ao aludido princípio com a nomenclatura de determinação taxativa, ensina que ele “preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme”.⁶⁵⁹

Para Marinucci e Dolcini, a violação ao corolário da legalidade consubstanciada na taxatividade e na certeza da lei, significa uma contradição ao princípio da divisão dos poderes, uma vez que se concederia ao juiz a prerrogativa de invadir o espaço destinado ao legislador, nestes termos lecionam que:

Norme imprecise consentono, e anzi impongono, al giudice di assumere un ruolo creativo: i confini tra lecito e illecito ne vengono posti in via generale e astratta dal legislatore, ma sono individuati caso per caso dal singolo giudice. La violazione del principio di precisione contraddice in definitiva il

⁶⁵⁸ LOPES, M. A. R. **Princípios políticos do direito penal**. 2ª edição. São Paulo: RT, 1999. p. 83.

⁶⁵⁹ LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**, 2ª ed., ver. e aum., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2003. p. 24.

principio della divisione dei poteri, consentendo al giudice di invadere lo spazio riservato al legislatore. Lo *'Stato delle leggi'* rischierebbe così di trasformarsi in uno *'Stato dei giudici'*.⁶⁶⁰

Ressaltam os referidos autores que este postulado da certeza da lei penal é parte integrante do princípio da legalidade, traduzindo-se na expressão do monopólio do legislador, como representação da vontade do povo, na produção das normas incriminadoras, como fundamento de um Estado Democrático de Direito. Alertam ainda que a imprecisão e a vagueza de uma lei poderiam comprometer a liberdade do cidadão.

Aduzem que a certeza da lei constitui-se num corolário do sistema penal como um todo, afirmando que esta precisão “è condizione indispensabile perché la pena funzioni come strumento di prevenzione generale”, uma vez que uma norma indeterminada não poderia produzir nenhum efeito preventivo-geral, “perché il singolo non può sapere che cosa gli viene vietato o imposto sotto minaccia di pena”.⁶⁶¹

Ainda neste mesmo sentido, ressaltam a importância da taxatividade como fundamento de um sistema repressivo mais justo e coerente, ensinando que:

A ciò si aggiunga che l'imprecisione delle norm incriminatrici comprometterebbe il corretto svolgimento di tutta l'attività di accertamento e repressione dei reati. Non solo il giudice, ma anche la polizia giudiziaria diverrebbe protagonista di un'attività creative di norme: ricercerebbe prove della sussistenza di reati la cui definizione verrebbe lasciata al suo arbitrio; un análogo arbitrio caratterizzerebbe inoltre l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero.⁶⁶²

Para o brasileiro Valdir Sznick, o princípio da taxatividade significa:

determinar o fato punível de tal modo que, mesmo traduzido em uma figura abstrata, seja idônea no sentido de estabelecer os critérios e caracteres gerais do preceito, permitindo se possa chegar sem dificuldades aos

⁶⁶⁰ MARINUCCI, G. e DOLCINI, E. **Corso di Diritti Penale 1, le norme penali: fonti i limiti di applicabilità, il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3°. ed. Milano: Giuffrè Editore S/A, 2001. p. 119.

⁶⁶¹ MARINUCCI, G. e DOLCINI, E. **Corso di Diritti Penale 1, le norme penali: fonti i limiti di applicabilità, il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3°. ed. Milano: Giuffrè Editore S/A, 2001. p. 121.

⁶⁶² MARINUCCI, G. e DOLCINI, E. **Corso di Diritti Penale 1, le norme penali: fonti i limiti di applicabilità, il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3°. ed. Milano: Giuffrè Editore S/A, 2001. p. 122.

contornos da conduta proibida.⁶⁶³

Destarte “a eficácia da função garantidora do tipo penal fica na dependência da descrição das normas incriminadoras e dos bens jurídicos valorados”⁶⁶⁴, função do princípio da taxatividade.

A *lex certa*, que no presente estudo entende-se ter o mesmo enunciado da taxatividade, é atualmente o desdobramento mais discutido pela doutrina. É um postulado endereçado ao legislador e que faz exigências às normas penais incriminadoras. Tais exigências estão no sentido (como todos os princípios decorrentes da legalidade penal) de garantir a segurança jurídica das normas, pois, exige que elas estejam dispostas de forma clara, sem termos vagos ou ambíguos.

É a idéia de certeza e clareza da lei. Consoante Claus Roxin:

a *lex certa*, a lei de efeito seguro é a natural esperança de qualquer legislador que, com sua promulgação, queira impor sempre determinados efeitos dentro da comunidade jurídica. A lei formulada com precisão constitui para o legislador como que um interesse primário a ele.⁶⁶⁵

A função precípua do princípio da clareza da lei (*lex certa*), qual seja: a exigência que os tipos penais sejam formulados da maneira clara e inequívoca, visa deixar a norma do modo mais objetivo possível afim de que os cidadãos a conheçam, e para que o juiz possa aplicá-la.

Oportuno vislumbrar, que mesmo que este princípio tenha o intento de proibir que sejam editadas normas penais com termos vagos, descritas de forma imprecisa, muitas vezes sua função não poderá ser exercida. Conforme aponta Bitencourt:

Não se desconhece que, por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de indeterminação, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem várias interpretações. (...) Não se desconhece, no entanto, que o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos, expostos como cláusulas gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado.⁶⁶⁶

Assim, por mais que o princípio da clareza jurídica tente dar um caráter direito e objetivo às normas penais, é quase que impossível que todas as normas do ordenamento jurídico sejam redigidas de forma certa e objetiva. O que deve ser feito é evitar conceitos ambíguos, incertos, com grande margem a diferentes interpretações, até mesmo porque, em se tratando de Direito, é impossível que sempre reste clareza em tudo, pois como é sabido, não se trata o Direito como

⁶⁶³ SZNICK, V. **Direito penal na nova constituição**: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento. São Paulo: Ícone, 1993, p. 26.

⁶⁶⁴ LOPES, M. A. R. (1994). op. cit., p. 127.

⁶⁶⁵ Apud SZNICK, V. **Direito penal na nova constituição**: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento. São Paulo: Ícone, 1993, p. 27.

⁶⁶⁶ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte Geral 1, vol. 1**. 10ª ed., Saraiva: São Paulo, 2006. p. 15.

ciência exata. Portanto, a função deste princípio é exigir que o legislador, quando da criação das normas, esteja imbuído, acima de tudo, de muito bom senso.

5. CONCLUSÃO

Chegando ao final do presente trabalho, conclui-se pelo óbvio – a importância dos princípios constitucionais como fontes inesgotáveis de garantias individuais limitadoras da potestade estatal.

Com o início do Estado Democrático de Direito nasce o império da legalidade, ou seja, todas as ações dos entes estatais deve estar pautadas no que prevê expressamente a norma legal positivada, sob pena de, em contrário, ter-se um retorno aos primitivos tempos de um Estado de um homem só.

A lei, neste sentido, deve ser entendida como resultante de uma *ratio* e não de uma *voluntas*, mesmo que esta vontade seja da maioria. O Estado é Democrático quando os cidadãos podem ditar os seus rumos, entretanto, este conceito deverá se adequar ao conceito de Estado de Direito, que pressupõe a aplicação de leis justas, que não afrontem as minorias existentes.

Vale ressaltar que o império da Lei significa a supremacia de um ordenamento normativo que esteja em perfeita consonância com os princípios protetivos da liberdade individual do cidadão, ou seja, que não estabeleça sobre direitos e deveres abusivos.

No momento em que o legislador constituinte de 1988 optou por disciplinar acerca dos princípios básicos de um Estado de Direito, fez uma opção política fundamental, elegendo valores éticos e sociais e colocando-os na base de sustentação do modelo de Estado que objetivava criar.

Esta opção política é vinculante em todo o sistema e, por ser principiológica, deve ser considerada imperativa e inafastável.

Os princípios constitucionalmente reconhecidos, em especial a legalidade, são a manifestação do espírito de uma legislação, vinculando não só o Poder Executivo no momento da administração da coisa pública, ou o Poder Judiciário por ocasião da aplicação da lei, mas também o Poder Legislativo no momento da criação de novas normas.

A supremacia da lei, defendida por pensadores como Montesquieu, Kant, Bolinbroke, Locke, Hegel, Carl Schmitt, assim como os demais princípios do Estado de Direito possui alcance ideológico e social, sendo de fundamental importância a sua observância como forma de preservação dos direitos fundamentais do cidadão e de limitação objetiva do campo de atuação do Estado, uma forma de se evitar o reaparecimento do “Estado Leviatã”.

No campo do Direito penal especificamente, a respeito dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, assume função de vital importância, eis que se trata de um instrumento violento à disposição do Estado, para a promoção do controle social.

É de suma relevância a aplicação do princípio da legalidade na seara penal como meio de impedir que o Estado interfira de forma indevida no meio social, através de um instrumento coercitivo que somente deve ser utilizado como ultima ratio.

Juntamente com o princípio da legalidade, os demais princípios constitucionais penais exercem a função de limitar a aplicação da sanção penal, corroborando o caráter subsidiário do Direito penal.

Portanto, é cediço que o Direito penal incorpora capaz vez mais a ideia de *ultima ratio*, inclusive, o que refletirá, ou melhor, está refletindo na descriminalização de diversas condutas e numa rediscussão acerca da função do Direito penal.

Neste sentido vale lembrar que o Código Penal brasileiro entrou em vigência no ano de 1940, ou seja, aproximadamente 70 anos atrás, o que faz presumir que muitos tipos penais estão antiquados, visto que diversos costumes, credos, tradições, enfim, o comportamento humano evoluiu drasticamente.

Muito embora os operadores de direito estejam cada vez mais atentos aos princípios do Direito penal, reconhecendo a imperatividade das normas é cediço que, ainda, na grande maioria das vezes, o detentor do poder estatal, lança mão dos instrumentos do Direito penal como forma de se dar uma resposta mais imediata aos clamores sociais, entretanto e infelizmente, nota-se que na verdade estão buscando a promoção pessoal junto ao corpo de eleitores, pois repita-se, se existem outros meios menos gravosos de se obter aquele mesmo resultado, deve-se observar a característica da não intervenção.

Pois bem! Conclui-se final do presente estudo que não há um Estado Democrático de Direito, sem que hajam limites ao Poder Estatal, característica disposta ao princípio da legalidade.

Em matéria penal, viu-se que a legalidade estabelece diversas benesses desde àquele que infringiu a norma, mormente aos cidadãos que apesar de não terem praticado nenhuma conduta típica, de alguma forma estão suscetíveis ao direito Penal.

Assim sendo, seja através da irretroatividade da lei penal, da proibição da *analogia in malam partem*, da proibição de tipos penais indefinidos, abstratos, vagos, ou da prévia exigência da existência da norma penal, a legalidade determina inúmeras garantias aos cidadãos.

REFERÊNCIAS

<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15290>. Acessado em 13/08/2014.

ANTOLISEI, F. **Manuale di Diritto Penale, parte generale**. Sedicezima edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte Geral 1, vol. 1**. 10ª ed., Saraiva: São Paulo, 2006.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF: Senado, 1988.

BUSATO, P. C. e HUAPAYA, S. M. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

FERRAJOLI, L. **Derechos y Garantías, La Ley del más Débil**. 2ª edição. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Editorial Trotta S.A. Madri: 2001.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

JESCHECK, H.H. e WEIGEND, T. **Tradado de Derecho Penal, parte general**, 5ª ed. corr. e ampl. Trad: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

LOPES, M. A. R. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.

_____. **Princípios políticos do direito penal**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.

LUISI, L. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MANTOVANI, F. **Diritto Penale, parte generale**. 4ª ed. Padova: CEDAM, 2001.

MARINUCCI, G. e DOLCINI, E. **Corso di Diritti Penale 1, le norme penali: fonti i limiti di applicabilità, il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3ª ed. Milano: Giuffrè Editore S/A, 2001.

MIR PUIG, S. **Derecho penal – parte general**. 6ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2002.

PINTO, A. L. T., SANTOS, M. C. V W. e CÉSPEDES, L. **Código Penal**. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PRADO, L. R. e BITENCOURT, C. R. **Código penal anotado e legislação complementar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, parte General, Tomo I, Fundamentos, la estructura de la Teoria Del Delito**. Trad: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1ª ed. 1997, 2001.

SCHMIDT, A. Z. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SZNICK, V. **Direito penal na nova constituição**: terrorismo, pena de morte, tortura-racismo, confisco-banimento. São Paulo: Ícone, 1993.

TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. Editora Saraiva: São Paulo, 1994.

ZAFFARONI, E R. e PIAERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte Geral. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal, parte general I**. Buenos Aires: Ediar, 1998.

REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM A EXCLUSÃO SOCIAL

Tania Leticia Wouters Anez⁶⁶⁷

Área de concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Garantismo e Sistema Penal

RESUMO

O presente artigo analisa a situação de violência dos presídios brasileiros a qual não é restrita a um único estado da federação e vem acompanhada pelas desumanas condições do encarceramento. A relação existente entre a violência dentro e fora dos presídios e os níveis de exclusão e desigualdade social possibilitam identificar o problema carcerário como um problema não apenas jurídico mas também sociológico, o qual guarda estreita e suspeita relação com determinadas camadas da pirâmide social.

PALAVRAS CHAVES: Presídios, Direitos humanos, Exclusão social.

RESUMEN

En este artículo se analiza la violencia en las cárceles brasileñas, que no se limita a un solo estado de la federación y viene acompañada de las condiciones inhumanas de encarcelamiento. La relación entre la violencia dentro y fuera de las cárceles y los niveles de exclusión social y la desigualdad es posible identificar el problema de las prisiones, no sólo legal, sino también un problema sociológico, que está estrechamente relacionado con ciertos escalones de la pirámide social.

PALABRAS CLAVES: Las cárceles, los derechos humanos, la exclusión social.

⁶⁶⁷ Mestranda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Graduada em Direito pela Universidade Eurípides de Marília – UNIVEM. Advogada. Email: thania001@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

La justicia es como las serpientes, sólo muerde a los descalzos.

Eduardo Galeano

O iluminismo trouxe uma preocupação dos Estados pela humanização das penas, acompanhado pela busca da reinserção social dos indivíduos e o tratamento digno até mesmo daqueles que cometeram os piores crimes. As penas corporais e torturas foram abolidas da maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, e neste contexto surge a prisão como esperança à humanização das punições⁶⁶⁸.

Contudo, nos dias atuais a prática revela que os sistemas prisionais modernos possibilitam a experimentação diária de diversos tipos de atrocidades e formas de tortura, seja pela omissão do próprio Estado que não tem condições de dar conta do número de detentos, seja pelas cenas de violência e brutalidade praticada pelos próprios detentos uns contra os outros.

Indaga-se: nos casos de omissão por parte do Poder Legislativo e Executivo na execução de políticas públicas envolvendo o sistema carcerário o Poder Judiciário é legitimado a atuar? E essa atuação do Judiciário ao determinar a construção de presídios, contratação de funcionários, verificação da destinação dos recursos caracteriza o chamado ativismo judicial, com quebra do princípio da separação dos poderes? Ou tem-se apenas o cumprimento de um dever legal por parte do Judiciário forçado por lei a prestar a tutela jurisdicional quando provocado.

Assim, o objetivo do presente artigo não é colocar a chamada clientela do sistema prisional como vítima eterna do sistema, mas de tentar ao máximo desenvolver um concatenado de ideais objetivos a respeito do panorama atual do sistema prisional brasileiro e indagar o porquê a situação se agrava a cada ano e se existem esperanças de melhora e como concretizá-las. Para tanto, será utilizado como epicentro de estudo o Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Maranhão, o qual reflete uma situação presente também em outras unidades da Federação.

⁶⁶⁸ No fim do século XVIII e princípio do XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova. Mas era na verdade abertura da penalidade a mecanismos de coerção já elaborados em outros lugares. Os “modelos” da detenção penal – Gand, Gloucester, Walnut Street – marcam os primeiros pontos visíveis dessa transição, mais que inovações ou pontos de partida. A prisão, peça essencial no conjunto de punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à “humanidade”.

2. METODOLOGIA

O método a ser utilizado será o de pesquisa bibliográfica, ou seja, a consulta de obras sobre o tema objeto da investigação, tendo em vista a natureza teórica da proposta de pesquisa.

O método a ser utilizado para o desenvolvimento do artigo é o dedutivo, a ser realizado por meio de pesquisa qualitativa do tipo exploratória e bibliográfica. Considerando que a parte da temática central a ser tratada envolve a realidade dos presídios, mostra-se imperioso o estudo de casos paradigmáticos envolvendo a atual situação das unidades prisionais brasileiras.

Sendo assim, em virtude da metodologia adotada ser principalmente a pesquisa bibliográfica, o procedimento será de análise crítico reflexiva dos textos e autores objetos da investigação conjuntamente a casos concretos utilizados de suporte para a argumentação de como e por que o sistema prisional apresenta o atual quadro.

3. CRISE DE PEDRINHAS E A REALIDADE DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

O colapso do complexo penitenciário de Maranhão ganhou destaque na mídia internacional pela selvageria e violência praticada pelos detentos, os quais além de assassinar os rivais filmaram os atos praticados como forma de coroar o desrespeito aos direitos humanos e a insegurança reinante no sistema prisional. Porém, lamentavelmente não se trata de situação isolada do Estado do Maranhão, a violência é uma mal que se alastra por inúmeras unidades prisionais brasileiras que mais parecem centros de tortura do que de recuperação de indivíduos.

E os detentos, ao final quem são eles? Sabe-se que todos tem em comum a condenação pela prática de algum crime, ou estar respondendo a julgamento em regime fechado devido a sua periculosidade, mas também tem aqueles que continuam reclusos tendo já cumprido a pena. Porém, algo que não pode deixar de ser ressaltado é que estrutura do sistema carcerário brasileiro revela um perfil específico da maioria daqueles que cumprem pena sob regime fechado a qual guarda uma suspeita relação com as camadas de mais baixas da sociedade.

“Um olhar para o Estado do Paraná, confirma a preferência histórica por determinados sujeitos (indicada por Mathiesen e já relatada no texto oitocentista de Beccaria), na hiperbólica cifra (de quase quinze mil presos definitivos): são mais de 70% de presos, cuja educação formal não supera o ensino fundamental completo, dentre estes somam quase 15% os analfabetos completos e os funcionais; mais de 70% tem entre 18 e 29 anos de idade”. (SÁ, 2013, p. 71).

O sistema penal que foi idealizado na busca da recuperação do condenado, termina na prática estando muito mais preocupado na preservação da sociedade do que em recuperar o indivíduo. Será que é uma consequência de uma situação emergencial um talvez decorra da constatação de que a recuperação do indivíduo se revele uma solução utópica diante da situação de exclusão social em que vivem a maioria da clientela punida pelo sistema penal.

“Os objetivos do sistema penal não estão sendo alcançados em todo mundo, apesar dos avanços tecnológicos mais sofisticados. A administração do regime penitenciário, para a execução da pena privativa de liberdade (prisão), desviasse cada vez mais das metas idealizadas. Assim, apesar das legislações estabelecerem propostas de reabilitação do preso, não passam elas, geralmente, de mitos que compõem a enorme lista de declarações retóricas, sem muito sentido de eficácia”. (GIACÓIA, 2011, p. 132).

É claro que a criminalidade encontra-se presente em todas as camadas sociais e a prática de crimes não possui uma relação direta com a condição econômica do indivíduo. A busca do caminho mais fácil para a realização pessoal talvez seja opção de alguns. Contudo, é uma realidade que tanto aqueles que optaram pelo caminho mais fácil como aqueles que sequer a opção tiveram, a estrutura prisional tem-se revelado na maioria das vezes um verdadeiro sistema que contribui muito mais para piorar o indivíduo do que para recuperá-lo.

“Tudo isso resulta do não mencionado efeito criminogeno da prisão. Dado que a prisão em lugar de deter o crime, parece estimular o delito, convertendo-se em instrumento que alimenta a reincidência”. (GIACÓIA, 2011, p. 151).

A esse respeito, os Prof. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli no Prólogo III, da obra *Direito Penal do Inimigo* pontuam:

“É uma exigência do Direito (Hegel) e da própria sociedade (Luhmann), que a norma há de preponderar frente ao ilícito. Seja qual for a concepção de pena, o Direito Penal, num Estado Constitucional de Direito, há de orientar-se por critérios de “proporcionalidade e de imputação” (Meliá), preservando as garantias constitucionais e a essência do ser humano, ou seja, a sua consideração como pessoa, como ser humano, como cidadão, e não como um irracional”. (JAKOBS, 2012, p. 13).

A leitura que se faz da prática do direito e processo penal dentro do atual contexto social excludente, pode ser interpretada muito mais como uma guerra social típica que identifica os réus como inimigos do sistema do que se concebe como ideia do direito e sistemas de garantias. Talvez por isso seja mais interessante ao gestor público construir escolas do que presídios.

De forma explícita, o principal e talvez único propósito das prisões não é ser apenas um depósito de lixo qualquer, mas o depósito final, definitivo.” (BAUMAN, 2005, p. 107).

Contudo, “a conduta, por mais desumana que pareça, não autoriza o Estado a tratar o ser humano como se um irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano” (JAKOBS, 2012, p. 13).

[...] as desfavoráveis condições humanas e materiais das prisões que fazem inalcançável a meta de reabilitação. Esta vertente tem em conta que a crueldade e a desumanização que existe dentro das prisões, ofende a dignidade humana na maioria dos países de todo mundo. (GIACÓIA, 2011, p. 150).

A prática jurisdicional tem revelado que existem dois direitos penais sendo aplicados, aquele para os que tem chances de recuperar e para aqueles que o sistema presume que sua recuperação é algo impossível. A leitura das possibilidades de recuperação muitas vezes é medida em função da capacidade econômica, e por mais injusto que possa parecer – mesmo não sendo incoerente - é o vetor econômico que irá traduzir se a recuperação do indivíduo é possível.

Esse tratamento desigual é uma herança história como se verifica nos relatos do sistema punitivo do século XVIII feito pelo Foucault:

“E se vê levar à morte um homem do povo, por um crime que teria custado, a alguém bem nascido ou mais rico, uma pena relativamente leve. Parece que certas práticas da justiça penal não eram mais suportadas no século XVIII – e talvez desde há muito tempo – pelas camadas profundas da população. O que facilmente dava lugar pelo menos a começos de agitação (...) Agitação contra a diferença das penas segundo as classes sociais: em 1781” (FOUCAULT, 2010, p. 60).

Jean Cruet já no início do século passado denunciava isto quando afirmou na sua obra a vida do direito e a inutilidade das leis que:

“No reinado da lei, o pobre e o rico tem direitos iguais e o pequeno vence o grande se tem por si a justiça: é uma ideia remota, pois que recebeu de Eurípides, nas Supplices, uma expressão que atravessou os séculos. Historicamente, porém, é uma ideia falsa: o direito nunca foi outra coisa senão uma organização das desigualdades” (CRUET, 1908, p. 139).

Fala-se, portanto, de um sistema seletivo que não apenas contribui para a perpetuação das desigualdades como também intensifica e fortifica os contornos materiais da exclusão social. Assim, surgem espécies de castas em uma sociedade em que se dizem todos iguais para justificar o que por natureza seria injustificável.

Ao final, o pacto social pressupõe a ideia de gerar condições de vida melhores do que o Estado de natureza, mas diante de uma sociedade altamente excludente e desigual a mobilidade entre as classes sociais resta prejudicada e uma aplicação deturpada do direito pode levar ao absurdo de ter-se uma aplicação do

direito preocupada não só pelo que diz a lei mas também pelo preconceito da estratificação das pessoas e sua rotulação.

Apresenta-se assim – embora pensando a elite econômica estar num mundo etéreo – a estrutura social segmentada em castas, cuja ideia darwinista está presente na competência para sobreviver; um e outro usando de forma inconsciente a violência, separados pela linha do sistema penal. [...] A sociedade, que desconhece uma experiência de tolerância e fraternidade, precisa de alguém ou de algo para fazer o serviço de limpeza, atribuindo ao sistema penal o poder de higienização e especialmente de manutenção do processo histórico de exclusão, legitimando cada vez mais os processos de executivização do sistema penal e de letalização de suspeitos, por milícias, grupos de extermínio e vigilantes privados, ou mesmo pela atuação individual e cotidiana. (SÁ, 2013, p. 78).

Seria precipitado concluir que partindo-se do Estado de natureza a igualdade e isonomia seria mais facilmente alcançada do que no atual modelo de Estado? Talvez não seja a situação de hoje, mas será que os aumentos dos níveis de desigualdade e exclusão poderiam gerar isto?

Existe uma falha sistêmica no sistema prisional como é concebido hoje no Brasil, pois apesar de caótico é possível imaginar a existência de uma parcela da sociedade que não vê qualquer problema na violência existente nos presídios podendo experimentar certa indiferença com os homicídios que ocorrem por interpretá-los como um inimigo a menos.

No entanto, não é o caso de concordar com essa parcela da sociedade, pois se por um lado é certo que dentro do sistema prisional existem pessoas sem mínimas chances de recuperação, por outro lado existe aqueles que são só humanos e equipará-los não se mostra justo. E o Estado tem o compromisso de que a execução da pena possibilite a recuperação do indivíduo e sua reinserção na sociedade, devendo tratar com respeito e dignidade aquele que está sob sua custódia.

Ademais, o verdadeiro problema da violência dentro das grades é que ela não fica restrita a esse espaço, e o que se forma é um círculo de ódio que se dissipa dentro e fora das cadeias, seria muito ingênuo afirmar que a violência fica restrita a um único ponto. A violência com epicentro nos presídios se propaga muito além dos atentados comandados pelas facções criminosas, ela vai às ruas, ela está presente no cotidiano dentro e fora dos presídios.

4. CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIOS POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL

A Constituição Federal tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, e dela decorre o respeito à integridade das pessoas, a proibição de toda forma de tortura, tratamentos e penas cruéis. A situação carcerária reflete um

total desrespeito a esse postulado, porém quando se tem uma omissão do Poder Público no tratamento da problemática prisional a própria Constituição coloca a disposição dos jurisdicionados a possibilidade de provocação do Poder Judiciário pelo direito de ação.

Diante da crise do Complexo de Pedrinhas, em 2011 o Poder Judiciário local foi provocado por meio da Ação Civil Pública n. 23594-07.2011.8.10.0001, em tramite perante a Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luis/MA, para tomar medidas urgentes que envolviam obrigações de fazer consistente na construção e reforma do Complexo Penitenciário, realização de concurso público diante da carência de funcionários, formulação de política de ressocialização efetiva dos internos, e aplicação de multa cominatória diária em caso de descumprimento, na forma do art. 461, parágrafo 4, do CPC. Restando deferida tutela antecipada para determinar ao Estado do Maranhão o cumprimento de obrigação de fazer seguintes termos:

EMENTA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SISTEMA PENITENCIÁRIO. INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO OBJETIVO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDENAÇÃO DO ESTADO DO MARANHÃO A OBRIGAÇÕES DE FAZER. CONSTRUÇÃO, REFORMAS E ADAPTAÇÕES DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA O QUADRO DE PESSOAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. EFETIVAÇÃO DE POLÍTICA DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS PRESOS. CONCESSÃO DE TUTELA JUDICIAL ESPECÍFICA. 1. As provas colacionadas aos autos e as demais informações públicas oficiais evidenciam que todos os estabelecimentos prisionais do Complexo Penitenciário de Pedrinhas apresentam condições insatisfatórias, que inviabilizam a efetivação das sentenças e decisões criminais e as condições para a ressocialização social dos presos (LEP, artigo 1o), com manifesto comprometimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais. 2. Acolhimento dos pedidos formulados pelo autor, com a consequente condenação do réu Estado do Maranhão a obrigações de fazer relacionadas à construção, reforma e adaptações de estabelecimentos prisionais, realização de concurso para o quadro de servidores do sistema penitenciário e efetivação de medidas que proporcionem a reintegração social dos presos. 3. Concessão de tutela judicial específica, tendo em vista a relevância dos fundamentos da demanda, diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais dos presos (direito à vida, à saúde, à integridade física e moral, etc.), bem como a existência de fundado receio de ineficácia do provimento final, com a finalidade de se assegurar a obtenção do resultado prático equivalente. (Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Vara de Interesses difusos e coletivos. Juiz de Direito Manoel Matos de Araujo Chaves, ACP n. 23594-07.2011.8.10.0001. Portaria CGJ 23402013).

Discute-se se é possível, diante do princípio da separação de poderes, pronunciamentos judiciais desse jaez considerando que as opções políticas do administrador seriam discricionárias, cabendo ao Executivo avaliar a conveniência e oportunidade, além de ser de iniciativa do Poder Executivo as leis orçamentárias não

competindo ao Poder Judiciário determinar a realização de serviço, obras ou inclusão de despesas no projeto de lei orçamentária anual.

No entanto, em casos específicos, como o verificado no Estado do Maranhão, o controle jurisdicional das omissões da Administração Pública não viola a separação de poderes quando restar verificada na omissão a violação de um direito fundamental, pois encontra respaldo no princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Ademais, sob o manto do Estado Democrático de Direito inexistem direitos absolutos, e o sistema de freios e contrapesos objetiva o equilíbrio necessário para a realização do bem da coletividade. Logo, a atuação do Magistrado de modo proativo em determinadas situações legitima o Estado Democrático, não podendo ser encarada sua manifestação como ativismo ou criação de políticas públicas mas como observância aos ditames constitucionais.

Quanto a previsão orçamentária, cabe ao Judiciário quando provocado conferir se a destinação legal foi dada nos termos da lei. Havendo previsão orçamentária com previsão de despesas para determinada finalidade, e agindo a Administração Pública de modo arbitrário o Judiciário pode interferir para que a lei seja cumprida. O órgão judicial não realiza as opções apenas fiscaliza se as opções previamente feitas pelo Administrador Público foram realizadas, sendo o controle feito sobre a execução da atividade.

Portanto, quando se chega ao ponto do Estado não conseguir coibir a violência presente nos presídios, o ideal iluminista consagrado nas Cartas Constitucionais modernas de que a pena deve ser a mínima necessária e assegurar condições mínimas de respeito e dignidade no cumprimento das penas passam a ser desprezados, o que contribui para o colapso do sistema prisional e para a fragilização do próprio Estado.

Aliado a isto, o papel da polícia é fundamental para a alteração do panorama atual. Como diz no início do século passado o jusfilosofo francês: “O melhor direito penal é antes de tudo uma boa polícia, e que só a certeza do castigo pode resgatar a moderação das penalidades.” (CRUET, 1908, p. 160).

Assim, quando a violência dentro e fora dos presídios aumenta, a sociedade vai perdendo um das conquistas mais caras alcançadas pelo indivíduo que é sua liberdade. Aos poucos, a violência faz de todos reféns do medo, vivendo uma vida sem saber até que dia poderá ser vivida.

A respeito da ideia de liberdade o homem perde sua liberdade quando o sistema possibilita que ele em determinadas circunstâncias deixe de ser tratado como um ser humano, o que já dizia Cesare Beccaria: “Não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que, em certas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa” (BECCARIA, 1999, p. 73).

O fim do Estado de Direito não deve ser a máxima segurança possível dos bens, mas sim a vigência real do ordenamento jurídico e, atualmente, é a vigência real do Direito que torna possível a liberdade (JAKOBS, 2012, p. 38).

Portanto, a falta de humanidade no cumprimento das penas com estabelecimentos superlotados, sem condições mínimas de alimentação, limpeza e segurança é o combustível certo para as tragédias ocorridas nos presídios, devendo o Poder Judiciário corrigir as distorções geradas pela omissão do Administrador Público.

“Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um “meio” ou “coisa”, senão sempre como “fim” ou “pessoa”. Não é só, e, sobretudo, não é tanto por razões econômicas, senão por razões morais ligadas àquele princípio, quaisquer que sejam as vantagens ou desvantagens que dele possam derivar, que a pena não pode ser cruel ou desumana; e os princípios são tais precisamente porque não se aderem ao que em cada caso convenha. Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade de pena” (FERRAJOLI, 2010, p. 364).

No atual estado de degradação física e humana de muitos presídios, a pena que deveria limitar-se à restrição da liberdade revela um viés desumano e que muitas vezes acaba ultrapassando a pessoa do condenado quem consegue dimensionar a dor de um filho, um pai, uma mãe diante do contexto fático que o cárcere representa.

“Estar detido, não é só a perda do direito à liberdade, é muito mais... Os efeitos secundários ou colaterais da restrição da liberdade são muitas vezes mais graves que a própria pena, especialmente quando se refletem ou se transferem a terceiros. Assim, a estigmatização e o rótulo dos ex-presidiários se vinculam não somente a seus familiares, mas também a seus vizinhos e companheiros de trabalho, a todo o entorno do sujeito, trazendo graves consequências que nunca poderão ser reparadas”. (GIACÓIA, 2011, p. 144).

A melhora das condições de vida e cumprimento de pena dentro dos estabelecimentos prisionais são uma necessidade não apenas para atender a legislação interna e os pactos internacionais sobre direitos humanos, mas também para legitimar a estrutura de um Estado Democrático e Social de Direito comprometido com a recuperação do indivíduo e com a diminuição dos quadros de violência.

Portanto, quando se verifica a inexistência de condições mínimas para o cumprimento dos objetivos da Lei de Execuções Penais (LEP), o desrespeito à integridade física e moral dos presos, a existência de condições degradantes e

desumanas no cumprimento de penas, a determinação de construção de presídios por parte do Poder Judiciário, tal como restou decidido na Ação Civil Pública n. 23594-07.2011.8.10.0001, jamais pode ser considerada como uma ingerência indevida do Poder Judiciário, pois trata-se de uma necessidade em respeito aos direitos e garantias fundamentais. Não se trata de ativismo judicial, trata-se de observância aos ditames constitucionais diante da perpetuação de uma inércia dos Administradores Públicos que compromete a eficácia dos princípios e direitos fundamentais.

5. SISTEMA PRISIONAL COMO DEPÓSITO DE EXCLUÍDOS

Neste contexto, a crise que eclode no sistema penal e que parece piorar com os anos, denúncia de forma clara a inconsistência do intitulado “Estado Democrático de Direito”. O Estado na hora de aplicar as leis não é tão democrático e tão garantidor de direitos como preconiza, ao final o que se tem hoje em termos de exclusão dentro da sociedade guarda alguma relação com as cadeias lotadas? Ao final qual é a representação simbólica dos presídios.

[...] o instrumento que a justiça e o estado utilizaram desde o século XVIII, para castigar um setor ao qual não lhe deram as oportunidades para desenvolver-se nem inserir-se na sociedade. (GIACÓIA, 2011, p. 157).

É justamente nas searas do direito penal onde a aplicação do direito se manifesta de modo mais cru por ser ele o encarregado de cuidar os bem jurídicos tidos como mais importantes. Contudo, é justamente nele onde se revela também que as vezes o direito se afastou de seu compromisso originário para fazer parte do processo de manutenção do status quo.

A relação que existe entre a criminalidade e as camadas mais baixas da pirâmide social, faz pensar que há necessidade de diminuir os índices de desigualdade para atenuar a situação do sistema carcerário:

“[...] seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo o mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita por alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem” (FOUCAULT, 2010, p. 261).

Jean Cruet (1908, p. 145) a respeito da necessidade de proteção dos indivíduos dizia que há na sociedade seres que a lei não pode eficazmente proteger

porque são, apesar do seu apoio, muito fracos para escapar à derrota. Será que estaria se referindo ao preso e as escassas chances de não reincidir?

Quando se fala em reincidência a princípio pensa-se em uma escolha feita pelo indivíduo, um ato de vontade, portanto, trata-se escolhas volitivas.

“Essas escolhas vai pautada por aquilo que na consciência do ser humano deve ser conveniente ou não. E, na verdade, nesse deve ser se encontra a base para entender as várias formas de reação social diante de cada ato humano, pois em cada época e lugar uma certa consciência coletiva, mais ou menos homogênea, sobre aquilo que deve ser e que deve orientar cada atuação” (ALARCON, 2011, p. 32).

O poder do indivíduo produzir atos, decorrendo de seu direito à liberdade é um valor em si mesmo; não se justifica por qualquer finalidade a atingir. Por isso, ninguém interfere na formação da vontade de outrem: seria imiscuir-se na intimidade alheia. (SUNDFELD, 2009, p. 91).

Portanto, no contexto ideal o direito garante a possibilidade de fazer escolhas, será que diante da atual crise do sistema carcerário com índices de reincidência altíssimos existem verdadeiras escolhas como atos volitivos? Ou seja, pode-se afirmar que aquele indivíduo que sai do sistema penitenciário⁶⁶⁹ tem reais chances de fazer escolhas e optar por outro estilo de vida afastado do crime?

Neste contexto, é impossível afirmar que a capacidade de garantir ao indivíduo a possibilidade de fazer escolhas seja considerado um compromisso do Estado decorrência do pacto social, pois é o que a realidade demonstra.

Contudo, a ideia de ordenamento jurídico parte da ficção de que todo indivíduo é titular do direito e a liberdade de escolher. O problema surge quando ao indivíduo lhe é retida a possibilidade de fazer escolhas.

“Para o Direito de hoje e sempre, o sujeito, propondo ou impondo normas, inspirando condutas, fundamentando ou utilizando representações (o bom pai de família, o interesse geral, etc.) permanece capaz de determinar opções e efetuar escolhas, mesmo que estas sejam largamente influenciadas pela cultura” (ALARCON, 2011, p. 36).

Existem leis naturais que invariavelmente serão cumpridas, que não decorrem da ingerência humana, porém as leis humanas que surgem da convenção possibilitam sejam desrespeitadas e quando se tem um sistema penal seletivo elas são constantemente desrespeitadas.

⁶⁶⁹ Lembrar o perfil do egresso do sistema penitenciário não tem instrução, sem expectativas de trabalho, e ainda proveniente de família de baixa renda e em alguns casos sem nenhuma renda.

O problema não é o rigor da lei, ela precisa ser até certo ponto rigorosa para por meio da coação levar a seu cumprimento e a manutenção da ordem social. O que não se admite dentro de um, Estado Democrático de Direito é a flexibilidade no rigor da lei a depender de quem é o sujeito.

A existência de uma presunção de que o réu reincidente e pobre irá voltar a delinquir não é totalmente equivocada por parte do Juiz, ao final é presunção que se comprova com a realidade. O equívoco está no sistema que impossibilita o indivíduo de muitas vezes realizar escolhas.

Ao final qual é o compromisso que o Estado assume com a pena privativa de liberdade, será que é possível a restauração do indivíduo e sua inserção social?

A prisão produz, muitas vezes, inclusive por razões que leva em sua trágica história, uma violência com o respaldo legal. O tratamento nela aplicado é de duvidosa eficácia, pois a reabilitação parece incompatível com o encarceramento. (GIACÓIA, 2011, p. 144).

A prática constata-se que o cumprimento de penas privativas de liberdade leva mais ao pioramento das pessoas do que a seu melhoramento, sendo cumpridas em estabelecimentos que funcionam mais como mecanismos de torturas do que estabelecimentos que possibilitem a reflexão do indivíduo ao respeito do que fez, do seu papel no corpo social e das possibilidades de vida diferente que quando o cumprimento de pena acabar.

Por fim, não se pode cobrar o que não se oferece. Os valores do bem não se oferecem a todo mundo. Não se pode esperar, no contexto de agudas desigualdades sociais, comportamentos similares “do bom encaminhamento” especialmente dos excluídos, esquecidos e sem posses, aqueles que ficaram à margem dos benefícios e oportunidades produzidos pela sociedade (GIACÓIA, 2011, p. 158).

A respeito dos estabelecimentos prisionais Ferrajoli aponta o que seria necessário dentro da prisão para ela alcançar sua finalidade, mas mesmo assim afirma que talvez mesmo tudo isso pode resultar insuficiente para impedir a função perversa do cárcere:

“[...] a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, como escreveu Francesco Carrara, “não perverta o réu”: quer dizer, que não reedue, mas que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas. É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho – não obrigatório, senão facultativo – juntamente com o maior número de atividades coletivas, do tipo recreativo

e cultural; que na vida carcerária se abram e desenvolvam espaços de liberdade e sociabilidade mediante a mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa; que, por fim, seja promovida a abertura da prisão – os colóquios, encontros conjugais, permissões, licenças, etc. – não mediante a distribuição de prêmios e privilégios, senão com a previsão de direitos iguais para todos”. (FERRAJOLI, 2010, p. 365).

Assim, quando se fala em responsabilidade civil do Estado diante dos compromissos sociais assumidos tem-se em mente a correlação existente entre poder e dever, e existe um dever do Estado para com os indivíduos que encontram-se na linha da exclusão. É nesse sentido pontual a colocação de Celso Antônio Bandeira de Melo ao afirmar: “[...] o eixo metodológico do direito público não gira em torno na ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever” (MELO, 2007, p. 14).

Contudo, há uma luta histórica quando o assunto envolve concentração de rendas e o sistema prisional tem servido para calar aqueles que demandam por expressão. Assim como numa ditadura se tem presos políticos que são jogados na cadeia para serem calados, uma sociedade altamente excludente possibilita que também seja jogada no cárcere aqueles indivíduos que estão à margem do direito.

“Há, com alguns traços modificativos, uma ideia repetida de que o poder deve se concentrar em poucos, os quais detêm a parcela interessante da renda, e assim deve ser mantida a história de exclusão-inclusão, pelo controle do exercício do poder de polícia e do sistema penal”. (SÁ, 2013, p. 79).

Portanto, tem-se um problema em relação aos compromissos assumidos pelo Estado de Direito, no fundo o problema do sistema penitenciário além de jurídico é também sociológico. O cárcere se apresenta como mecanismo de finalidade frustrada que caminha para sua abolição na forma como hoje se conhece.

6. CONCLUSÃO

A busca pela efetividade dos direitos, passa antes pela necessidade do conhecimento dos direitos. O exercício da cidadania exige que o Estado possibilite meios para a inserção social dos indivíduos, vez que quando o pacto social cria a ficção jurídica chamada Estado objetiva promover o bem dos indivíduos e maximizar a efetivação da ideia de felicidade. Mas, quando o Estado por meio das formas jurídicas possibilita a perpetuação de mecanismos que intensificam a desigualdade e exclusão entre as pessoas ele não ofende apenas princípios inerentes ao Pacto democrático (Dignidade humana, igualdade, liberdades, etc) mas em último grau o

próprio Estado possibilita a perpetuação de estruturas que podem levar a fragilização da própria existência do Estado.

Portanto, o Estado torna-se responsável não só pela violação dos direitos humanos que ocorrem todos os dias dentro dos centros modernos de tortura chamado prisões, mas também pela desconstrução do corpo social porque a cada ano o número de excluídos tem aumentado.

Destarte, o direito penal do inimigo funciona como ótimo fertilizante para a perpetuação da revolta dos excluídos e o alargamento da distância que separa os “homens de bens” e os “homens do mal”. Em especial quando se dissemina por meio de repetitivos exemplos midiáticos de que alguns tipos de crime – justamente aqueles que causam mais dano ao interesse público – compensam.

A recuperação do sistema penal como um todo, passa antes pela recuperação da sociedade fortemente lastimada pelos altos índices de desigualdade social existentes. A inclusão social por meio da educação e do trabalho possibilita imaginar uma reversão no quadro apresentado.

Ao final, antes de condenar e antes de libertar o Estado é responsável por devolver ao indivíduo a liberdade de fazer opções. Somente quando essas opções sejam verdadeiramente livres, aí sim pode-se pensar em trabalhar num sistema penal que vise a ressocialização. A pergunta é: como reinserir socialmente alguém que jamais foi inserido socialmente? E esse tratamento desigual contraria o maior de todos os princípios que deve reger a ordem jurídica, qual seja, a Dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Ciência Política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Editora Verbatin, 2011.

ARAUJO, Marcelo da Cunha. **Só é preso quem quer: bastidores do sistema de punição seletiva**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr.; Agnes Cretella. 2. ed. rev., 2. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BREGA, Vladimir Filho. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27304-liminar-da-oea-pede-ao-governo-brasileiro-solucao-para-o-caos-no-presidio-central-de-porto-alegre>>. Acesso em: 09.01.2014.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A visão do Ministério público sobre o sistema prisional brasileiro. Disponível em: <<http://www.cncmp.mp.br/portal/noticia/3486-dados-ineditos-do-cncmp-sobre-sistema-prisional>>. Acesso em: 08.01.2014.

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: José Bastos & C.^a Livraria Editora, 1908.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 38. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. atual. e ampl., 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

GIACOIA, Giacóia; HAMMERSCHMIDT, Denise; FUENTES, Paola Oviedo. A prisão e a condição humana do recluso. **Revista Argumenta – UENP**, nº 15, jul./dez. 2011, p. 131-161. ISSN 1676-2800. Disponível em: http://www.uenp.edu.br/index.php/strictu-sensu-regulamento/cat_view/12-uenp-pro-reitorias/11-propg-documentos/35-pos-graduacao-uenp/206-stricto-sensu-mestrado/215-mestrado-em-ciencia-juridica/217-revista-argumenta>. Acesso em: 16 Jan 2014.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras jurídicas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/declaracao-do-escritorio-da-onu-para-direitos-humanos-sobre-a-situacao-das-prisoas-no-maranhao/>>. Acesso em: 09.01.2014.

SÁ, Priscilla Placha. ELES (NÃO) SÃO RECICLÁVEIS. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], v. 53, Fev. 2013. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/30765/19873>>. Acesso em: 16 Jan. 2014.

SALIBA, Maurício Gonçalves. **O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do estatuto da Criança e Adolescente**. São Paulo: UNESP, 2006.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MARANHÃO. Ação Civil Pública n. 23594-07.2011.8.10.0001. Disponível em: http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNoFwQEOWyAIXDDAv_QDA0XA7gF7xgLUJibd2tj5_93da83rQmjZ3WhHCERtKTby7LIJKiqYaiulCuzEzEZcMMoqCiHs1XFTvUb_tD7O17D5iPN7z-Nn72v60cOW5x-Gcx43#todas_movime. Acesso em: 02.02.2014.

ⁱ Segundo Priscila Sutil e Edinilson Machado somente seria possível a realização do retrocesso social se não existirem outros meios de evitar um dano generalizado, contudo, tal retrocesso não poderá suprimir o mínimo existencial, bem como, não pode ser segregativa, ou seja, simplesmente selecionar determinadas pessoas para “arcarem” com a redução. (OLIVEIRA, Priscila Sutil de; MACHADO, Edinilson Doniseti. Princípio do Não Retrocesso: uma comparação entre Brasil e Portugal. No prelo)

ⁱⁱ Basta lembrar que a Inglaterra pressionava o Brasil para que fossem interrompidas as transações negreiras, bem como que os engenhos do nordeste brasileiro (em face da invasão holandesa) estavam em crise, e encontraram no fim do tráfico negreiro a possibilidade de comercializar, internamente, seus escravos a preços exorbitantes para suprir a carência de mão de obra nas mineradoras em Minas Gerais e nas fazendas do sul do país.

ⁱⁱⁱ Para tanto basta verificar as inúmeras decisões judiciais pela impossibilidade de aplicação da progressão de regimes para condenados em crimes hediondos ou equiparados com base à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus (HC) 82959, em fevereiro de 2006, tendo em vista que o Senado Federal não havia ainda determinado quais seriam os efeitos de tal decisão.

^{iv} Há inúmeros trabalhos demonstrando a diferença existente entre *assistencialismo* (que auxilia no desenvolvimento das pessoas beneficiadas pelas ações governamentais e que, em contrapartida, devem demonstrar, de certa forma, a utilização e aplicação dos valores recebidos) do *distributivismo* (que é uma atividade governamental sem fiscalização adequada e sem obrigatoriedade alguma por parte do beneficiário).

^v Segundo o Programa Brasil Quilombola foram distribuídos pelo Programa Bolsa Família o valor de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) para mais de 33.500 famílias. (BRASIL – PROGRAMA BRASIL QUILOMBOLA. *Comunidades Quilombolas Brasileiras: Regularização Fundiária e Políticas Públicas*. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/arquivos/pbq.pdf>. Acessado em: 20/06/2014. p. 32.)

^{vi} Cfr. Eliane S. Costa ao entrevistar a Aline, uma jovem quilombola da Comunidade Maria Rosa, mas que reside na cidade, coletou a seguinte resposta: “Aqui, na comunidade, eu acho que sou a única que conhece várias coisas e que, quando vem o pessoal, por exemplo da ITESP, quando telefona, eu converso e tal. E muita gente não conversa. Igual quando o pessoal veio pegar o nome para as casinhas, o homem ficou impressionado... ninguém apareceu lá para dá o nome para assinar para o relógio vir. Ninguém apareceu. Ele pegou, batia palma e o pessoal ficava na frestinha da janela e não vinha, nem para dar informação. Ele pegou e veio aqui e conversou com a gente. Aí a gente explicou que eles não estão acostumados, que eles ficam com medo... eles têm medo. Eu também tinha medo. No caso meu não era medo, era vergonha. Eu não sabia quem era. Eu achava que ia fazer uma pergunta, às vezes a pessoa nem ia perguntar nada, ia perguntar: ‘onde fica a Maria Rosa?’. Quando minha mãe morava lá, na beirinha da estrada, as pessoas paravam para perguntar onde ficava o Maria Rosa, a gente se escondia e olhava pelo buracozinho, de medo, de vergonha.” (COSTA, Eliane Silva. Racismo, política pública e modos de subjetivação em um quilombo do Vale do Ribeira. Tese de Doutorado. São Paulo. 2012. p. 275. Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/costa_do.pdf. Acessado em: 21/06/2014. p. 188.)

^{vii} Cfr. Luiza Erundina: “A crise de representação a que já me referi também se expressa na ausência ou baixa representação de amplos segmentos da sociedade. Nós, mulheres, que somos mais de 50% da população, na Câmara dos Deputados, somos apenas 8,9%, e pouco mais de 10% no Senado. Os negros são menos de 4% e não existe nenhum índio no Congresso Nacional, o que significa que a maior parte da população brasileira não

está representada no Parlamento. E se analisarmos a presença desses segmentos nos Poderes Executivo e Judiciário, as distorções são ainda maiores. A conclusão a que se pode chegar é de que não temos plena democracia política no Brasil, e muito menos econômica e social.” (p. 110). (ERUNDINA, Luiza. É indispensável ampliar a democracia representativa. *Estudos Avançados* [online]. 2009. Vol. 23, nº. 67, p. 109-112. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300013&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 12/06/2014.)