

Adrualdo de Lima Catão
Enoque Feitosa Sobreira Filho
Lorena de Melo Freitas
(Organizadores)

ANAIS IV Encontro PROCAD (UFAL-
UFPB-UFPE):
O Judiciário e o discurso dos direitos
humanos



11 a 13 de dezembro de 2013 na FDA/ UFAL

Editora da UFPB

João Pessoa

2014



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Reitora: MARGARETH DE FÁTIMA FORMIGA MELO DINIZ
Vice-Reitor: EDUARDO RAMALHO RABENHORST

U Editora
UFPB

EDITORA UFPB

Diretora:

Supervisão de Editoração:

Supervisão de Produção:

IZABEL FRANÇA DE LIMA

ALMIR CORREIA DE VASCONCELLOS JÚNIOR

JOSÉ AUGUSTO DOS SANTOS FILHO

Comissão Científica:

Eduardo Ramalho Rabenhorst (UFPB)

George Sarmiento Lins Junior(UFAL)

Alberto Jorge Correia de Barros Lima(UFAL)

Andreas Joachim Krell (UFAL)

Jose Luciano Gois de Oliveira (UFPE)

Artur Stamford da Silva (UFPE)

Catálogo na publicação
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB

E56 *Encontro PROCAD (4 : 2013 : Maceió, AL.).
Anais do IV Encontro PROCAD (Projeto de Cooperação Acadêmica): o
judiciário e o discurso dos direitos humanos, de 11 a 13 de dezembro /
Adualdo de Lima Catão, Enoque Feitosa Sobreira Filho, Lorena de Melo
Freitas, (organizadores) -- João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.
455p.*

ISBN:

1. Direitos humanos. 2. Judiciário. 3. Prática judicial. I. Catão, Adualdo.
II. Feitosa, Enoque. III. Freitas, Lorena. I. Universidade Federal da Paraíba.
II. Universidade Federal de Alagoas. III. Universidade Federal de
Pernambuco.

UFPB/BC

CDU: 342.7

ISBN 978-85-237-0906-8



9 788523 709068 >

Todos os direitos e responsabilidades dos autores.

EDITORA UFPB

Cidade Universitária, Campus I, S/N

João Pessoa – PB

CEP: 58.051-970

editora.ufpb.br

editora@ufpb.edu.br

Fone: (083) 3126.7147

APRESENTAÇÃO

O IV encontro do PROCAD UFAL/UFPE/UFPB se propôs a debater o discurso dos direitos humanos no judiciário brasileiro. Em três dias de encontro, além das palestras dos já consagrados professores dos programas de pós-graduação em direito das citadas universidades, profissionais e estudantes puderam trocar experiências acadêmicas nos vários grupos de trabalho.

Como resultado das discussões, temos o presente livro, onde estão reunidas as contribuições pessoais dos autores (Professores, pós-graduandos e graduandos). São mais de quarenta resumos expandidos que retratam o estado da arte da problemática da posição dos tribunais brasileiros para a concretização dos direitos humanos fundamentais. Abrange trabalhos que tratam da teoria e filosofia do direito até aqueles que discutem os diversos ramos da dogmática jurídica, buscando, no entanto, em todo caso, apresentar o direito como realmente ele é realizado, a partir da prática.

Nossos agradecimentos a todos que contribuíram para o sucesso do encontro.

Maceió, 16 de setembro de 2014

Adrualdo de Lima Catão

SUMÁRIO

GT 1: Pragmatismo e Realismo Jurídico

- 1. Interpretação e aplicação do direito fundamental à saúde: Uma abordagem pragmática das decisões do Judiciário alagoano e de suas consequências para a gestão pública em Maceió**
Ana Carolina de Lima Soares e Edlaine Albino da Silva.....14
- 2. Os “aspectos morais” dos Direitos Fundamentais: algumas linhas acerca do debate entre o pragmatismo e o neoconstitucionalismo**
Caroline Maria Costa Barros.....22
- 3. O elo de utilidade entre a categoria pragmática das consequências práticas e a busca neoconstitucionalista pela efetividade do direito fundamental à saúde**
Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira.....30
- 4. A conciliação judicial: entre a autonomia das partes e discricionariedade do magistrado**
Juliana Coelho Tavares da Silva.....38
- 5. Influências Heideggerianas no pragmatismo jurídico**
Lauro Ericksen.....45
- 6. Pragmatismo jurídico: a construção de uma nova forma de entender o Direito**
Lorena de Moura Cavalcante e Mariana de Oliveira Simões.....52
- 7. O transconstitucionalismo como confirmação da tese realista de que direito é o que o juiz diz que é direito**
Luize Êmile Cardoso Guimarães.....60
- 8. A construção da cidadania plena fundamentada no princípio da segurança jurídica: questionamentos de Frank acerca da incerteza no direito**
Manuela Braga Fernandes e Lorena de Melo Freitas.....69

9. Trabalho assalariado e sujeito de direito	
Renato Novaes Santiago.....	77

10. A influência de critérios econômicos nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal referente ao direito social previdenciário

Roosevelt Delano Guedes Furtado.....	84
--------------------------------------	----

GT 2: Direitos Humanos e Decisão Jurídica

1. Breves considerações sobre o cenário internacional do controle de conteúdo pelo provedor de serviço de internet aplicáveis ao caso ARE 660861 (STF)

Carlos Costa e Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz.....	90
---	----

2. O controle de convencionalidade e seus impactos nas legislações nacionais

Carolina Barros de Castro e Souza, Marina Rodrigues Moreno, Priscilla Maria de Holanda Cavalcante e Thaís Andrade Bastos de Almeida.....	97
--	----

3. O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: análise da jurisprudência do tribunal federal da 5ª região

Filipe Mendes Cavalcanti Leite e Samantha Nagle Cunha de Moura.....	103
---	-----

4. Responsabilidade Civil do Estado quando da não prestação dos serviços de segurança pública: o Judiciário como agente concretizador de direitos

Joyce de Oliveira Bezerra de Souza.....	110
---	-----

5. Argumentação e Interpretação do STF no julgamento da ADPF n.º 153/08 (Lei da Anistia): método histórico, vontade do legislador e ponderação

Milton Gonçalves Ferreira Netto.....	117
--------------------------------------	-----

GT 3: Efetividade dos direitos sociais

- 1. O Programa Mais Médicos, princípio da não-discriminação e direitos humanos: Uma análise à luz do direito internacional do trabalho**
Bárbara Martins Silva e Kallyanne Dayanna Mendes Bezerra.....124
- 2. A jornada de trabalho dos gerentes bancários e o direito constitucional do trabalho: uma análise a partir do direito à saúde do empregado**
Caio Câmara Cavalcanti e Humberto de Lima Lucena Filho.....132
- 3. Prevenção e repressão à improbidade administrativa e a efetividade do direito fundamental à administração pública proba e eficiente: avanços e retrocessos**
Carla Priscilla Barbosa Santos Cordeiro.....140
- 4. O Direito Constitucional à saúde como garantia de qualidade de vida de mulheres vivendo com HIV/AIDS no Brasil: efetividade dos direitos sociais**
Cecilio Argolo Junior e Sonia Maria Soares Ferreira.....148
- 5. Agências Reguladoras como instrumento de concretização dos direitos sociais**
Dalva Gardênia Lima Vieira.....158
- 6. Direito a morar na favela: uma discussão sobre as políticas de pacificação e o direito a cultura**
Filipe Lins dos Santos e Filipe José Vilarim da Cunha Lima.....164
- 7. O vale-cultura: efetividade dos direitos culturais?**
Franklin José Silva Neto e Yara Maria Pereira Gurgel.....172
- 8. A necessidade de um processo argumentativo sólido na fundamentação da decisão judicial**
Jéssica Aline Caparica da Silva.....181
- 9. A Judicialização do Direito Social à Segurança Pública**
Karolina Gama Carnaúba Azevedo.....189
- 10. Epistemologia ambiental, direito à moradia e políticas públicas habitacionais**
Laura Nathalie de Sousa Onofre Montenegro e Filipe José Vilarim da Cunha Lima.....197

11. A responsabilidade civil pré-contratual nas relações de trabalho por discriminação estética	
Layla de Oliveira Lima Linhares e Humberto de Lima Lucena Filho.....	206
12. Possibilidades para a exigibilidade dos direitos sociais no âmbito do sistema global e interamericano de direitos humanos	
Lívia Lemos Falcão de Almeida.....	213
13. A perspectiva jurídica da formação docente no sistema educacional brasileiro	
Lucas Ribeiro de Lira Cano.....	218
14. A efetividade dos direitos sociais de crianças e adolescentes: a função constitucional do Ministério Público na proteção dos direitos fundamentais	
Mayara do Nascimento e Silva.....	226
15. O Estado social de Direito e a concretização dos direitos sociais	
Mylla Gabriely Araújo Bispo e Taynara Freire Santos.....	234
16. Direitos das pessoas com deficiência: Um passo à frente contra os impasses vivenciando na concretude da realidade hodierna	
Nayara Toscano de Brito Pereira e Robson Antão de Medeiros.....	240
17. Acesso ao transporte e efetivação do direito à cidade: Análise sobre a natureza jurídica da tarifa de transporte coletivo urbano	
Vanessa Laís Cavalcante Vassalo.....	247
18. A obrigação de progressividade como fundamento para a proibição de retrocesso	
Vitor de Andrade Monteiro e Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira.....	255

GT 4: Direito Civil e Empresarial

19. A influência dos direitos fundamentais no Código Civil de 2002	
Arthur de Melo Toledo e Jéssica Aline Caparica da Silva.....	263
20. A proteção internacional dos direitos de personalidade e a situação jurídica do nascituro: uma questão de controle de convencionalidade	

Cláudio José Cavalcante de Souza Júnior; Rayr Gomes Fernandes; Thiago Oliveira Moreira.....	273
21. O superendividamento do consumidor como fator impositivo do dever anexo de renegociação	
Fábio José de Oliveira Araújo.....	281
22. O direito à imagem e seus aspectos na realidade	
José Humberto Pereira Muniz Filho; Adriano Marteleto Godinho.....	289
23. Reflexões acerca da incapacidade sucessória testamentária da concubina e o princípio da afetividade	
Karoline de Lucena Araújo.....	294
24. A admissibilidade da pesquisa com células-tronco embrionárias à luz do Direito Civil Constitucional- análise na perspectiva do direito comparado	
Thayssa Daniela da Silva Gomes; Virnélia Lopes de Q. Medeiros; Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa.....	300
25. O dano moral como efetivação da tutela jurídica da personalidade na escala da repersonalização	
Wallace Leonardo de Aguiar; Guilherme Pinto do Nascimento; Sterfesson Higo de Lima; Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa.....	308

GT 5: Direito Processual

26. A prova e sua interferência na quantificação do dano moral	
Bianca Tenório Calaça de Pádua Carvalho.....	316
27. Aproximação dos modelos de civil law e common law: a vinculação e o respeito ao precedente judicial e os instrumentos de controle no direito brasileiro	
Victor Vasconcelos Miranda; Priscilla Emanuelle de Melo Cavalcante.....	323
28. Da Babel investigativa ao devido processo legal	
Vinicius Lúcio de Andrade ; Herbert Douglas Targino.....	331

GT 6: Acesso à Justiça e Direitos Humanos

29. Mediação comunitária como ferramenta de emancipação social e democratização do acesso à justiça	
Leandro Ramalho; Luana Ferreira; Sofia Gayoso.....	339
30. O Direito de acesso direto à justiça no âmbito das cortes e tribunais internacionais	

Lucas Augusto Macedo Chaves; Thiago Oliveira Moreira.....	346
---	-----

GT 7: Análise econômica do Direito

31. Copa do mundo de 2014 e parcerias público-privadas	
Isabel Albuquerque de Almeida Lins e Lucas Isaac Soares Mesquita.....	354
32. Breve análise sobre a sistemática antitruste nacional e a atuação do CADE na defesa da livre concorrência de mercado	
Juliana Cavalcante Lira de Oliveira.....	361
33. Royalties de petróleo: fundamentos econômicos e repercussões jurídicas	
Victor Rafael Fernandes Alves.....	369

GT 8: Direito Penal

34. A tutela penal da pobreza: análise da seletividade penal alagoana	
Ana Carolina de Sousa Castro.....	376
35. Os fundamentos do direito penal e o expansionismo punitivista	
Felipe Rosa da Silva.....	383
36. Política criminal e o acordo de leniência - alguns acercamentos	
Filipe Mendes Cavalcanti Leite; Larissa Fontes de Carvalho Torres e Samantha Nagle Cunha de Moura.....	389
37. Direito penal como suporte para o equilíbrio entre proteção excessiva e ausência de proteção dos direitos autorais	
Ílina Cordeiro de Macedo Pontes; Laila Viana de Azevedo Melo e Laís Alves de Oliveira.....	396
38. Habeas corpus: Direito positivo e doutrina contrapostos à jurisprudência do TJ/AL e da Suprema Corte	
Jéssica Ferreira Nunes e Nathália Ribeiro Leite Silva.....	404
39. Os desafios do Direito Penal e as suas perspectivas ante o fenômeno da globalização: recentes exigências político-criminais	
Lara Sanábria Viana.....	410
40. Crime permanente: análise conceitual no direito penal brasileiro	

Luciano Nascimento Silva e Tiago Medeiros Leite416

41. A Influência da Mídia no Direito Penal

Nikarla Aparecida Lima de Melo e Maria Luisa Gomes Mendes.....4

GT 9: Direitos Fundamentais dos Contribuintes

42. Direito fundamental à isonomia tributária: Critérios de discriminação, tese do legislador negativo, exame de jurisprudência e extensão de benefícios fiscais

Afrânio Menezes de Oliveira Júnior.....428

43. Direitos dos contribuintes e mudança jurisprudencial: o princípio da irretroatividade em matéria tributária e a modulação dos efeitos das decisões judiciais no controle de constitucionalidade

Antônio Alves Pereira Netto.....436

44. O acesso à informações pelo contribuinte no âmbito da administração tributária

Arthur de Melo Toledo.....444

45. A concretização das necessidades públicas por meio do orçamento: Algumas linhas sobre o dever fundamental de pagar tributos

Caroline Maria Costa Barros e Joaquim Cabral da Costa Neto.....452

GT 1: Pragmatismo e Realismo jurídico

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA DAS DECISÕES DO JUDICIÁRIO ALAGOANO E DE SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A GESTÃO PÚBLICA EM MACEIÓ

Ana Carolina de Lima Soares¹
Edlaine Albino da Silva²

RESUMO

O presente trabalho pretende conhecer com mais clareza o posicionamento do Judiciário Alagoano a respeito dos diversos temas que envolvem o direito fundamental à saúde, visualizando a necessidade de se evitar a mera descrição genérica sobre os direitos fundamentais. Para esse objetivo, utiliza o método do pragmatismo jurídico, ancorado no pensamento de Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamim Cardozo. Tal corrente traz a ideia de que o Direito deve ser apreendido na realidade, ou seja, o Direito está contido na produção jurídica dos tribunais. A metodologia da pesquisa inclui abordagem teórica e empírica, sempre tendo por base a visão do pragmatismo jurídico e a proposta do método pragmático. Assim, pretende-se analisar empiricamente a posição das Varas da Fazenda da Capital quando interpretam a Constituição Federal, no âmbito do direito fundamental à saúde; averiguar a incidência e aplicação do método pragmático nas decisões; verificar quais as consequências que a interpretação do Judiciário Alagoano referente ao direito à saúde gera para a gestão pública; e, por fim, analisar como os gestores municipais e estaduais, além do próprio Judiciário, vêm lidando com a administração dessa crescente demanda para buscar

¹Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), bolsista CNPq no projeto PIBIC “Interpretação e aplicação do direito fundamental à saúde: uma abordagem pragmática das decisões do Judiciário alagoano e de suas consequências para a gestão pública em Maceió”, sob orientação do Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão. E-mail: anacarolina.limasoares@gmail.com

²Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), colaboradora no projeto PIBIC “Interpretação e aplicação do direito fundamental à saúde: uma abordagem pragmática das decisões do Judiciário alagoano e de suas consequências para a gestão pública em Maceió”, sob orientação do Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão. E-mail: edlaineads@hotmail.com

provimento jurisdicional na área de saúde.

Palavras-chave: Pragmatismo jurídico; decisão judicial; direitos fundamentais; direito à saúde.

ABSTRACT

This study aims to know more clearly the position of the Alagoano judiciary concerning a variety of issues involving the fundamental right to health, realizing the necessity to avoid mere generic description on fundamental rights. For this purpose, we use the legal pragmatism, based on thoughts of Oliver Wendell Holmes Jr. and Benjamin Cardozo. This school brings the idea that the law must be apprehended in reality, that is, the law is contained in the production of legal courts. The research methodology includes theoretical and empirical approach, always based on the vision of legal pragmatism and on the proposal of pragmatic method. Thus, we intend to empirically analyze the position of the Capital Courts when interpreting the Constitution under the fundamental right to health; ascertain the incidence and application the pragmatic method in decisions; see what consequences the interpretation of the Alagoano Judiciary for the right to health raises for public management; and, finally, analyze how municipal and state, and the judiciary itself, have been dealing with the administration of this growing demand to seek jurisdictional provision in healthcare.

Keywords: Legal pragmatism; judicial decisions; fundamental rights; right to health.

INTRODUÇÃO

O trabalho pretende utilizar a proposta do método pragmático, buscando descobrir o conteúdo do direito à saúde na realidade dos tribunais, na aplicação prática que se faz das descrições normativas referentes a esse direito. O estudo pretende entender como esse direito é interpretado dentro do contexto do Judiciário Alagoano, através da análise das decisões das Varas da Fazenda da Capital.

Do ponto de vista prático, a pesquisa é importante para questionar se há limites para a atuação do Judiciário no que diz respeito ao direito à saúde e, ainda, para verificar quais as consequências práticas que essa atuação provoca para a gestão pública em seu mister de promoção ao acesso dos serviços de saúde.

Ressalte-se que os resultados obtidos não visam a atender a uma análise quantitativa dos

casos, com fins estatísticos, mas sim, a um estudo qualitativo das decisões, que melhor esclarecerá a realidade em que atua o Direito.

1 O PRAGMATISMO JURÍDICO

O Realismo Jurídico, também conhecido com Pragmatismo Jurídico, surgiu como um escola de pensamento de cunho anti-formalista, que pretendia refutar a visão instrumental do Direito desenvolvida pelo Positivismo Jurídico.³ Nos Estados Unidos, onde destacaram-se os mais importantes pensadores dessa corrente – Holmes e Cardozo – buscou-se desenvolver uma prática jurídica que se distanciasse da aplicação mecanicista da lei, propagada pela escola da exegese, e construir um ceticismo crítico diante da busca da verdade pelos tribunais.

Holmes defende uma ideia falibilista do Direito, combinada com uma forma de consenso histórico que ultrapassa gerações. Sofrendo a influência dos filósofos pragmatistas, como Peirce e James, utiliza o método pragmático para propor a noção de que concepções gerais devem ser passíveis de revisão para acomodar novas experiências.⁴

Nesse sentido, decisões baseadas em normas gerais e princípios abstratos, que desconsideram as circunstâncias específicas que envolvem o caso, não podem por si só resolver as controvérsias, podendo, ainda, servir para encobrir os verdadeiros motivos que justificam a decisão.

Cardozo vem através de seu livro “A Natureza do Processo Judicial”, em que o autor relaciona a ciência jurídica às práticas dos tribunais, esclarecendo que o juiz é um criador do direito e, portanto, é capaz de dirigi-lo no sentido da maior utilidade social.⁵

2 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO, A APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A Constituição Federal reconhece direitos fundamentais que devem ser prestados pelo Executivo, e ao Judiciário cabe o dever de verificar a consonância com os ditames legais e constitucionais no controle das políticas públicas estatais, na busca pela efetivação daqueles direitos.

Ana Paula de Barcellos esclarece que tanto a atividade legislativa quanto a jurisdicional envolvem a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas. Mas, enquanto a legislação

³POSNER, Richard. **Para Além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, p. 1, 2005.

⁴KELLOG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint**. Nova York: Cambridge University Press, P. 39, 2007.

⁵FREITAS, Lorena de Melo. Um Diálogo entre Pragmatismo e Direito: contribuições do pragmatismo para discussão da ideologia na magistratura. **Cognitio-Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia**. São Paulo, vol. 4, n. , jan-jun, 2007, p. 17. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/5715/4047>. Acesso em 18 dez. 2012.

depende de atos de execução para tornar-se realidade, as decisões judiciais produzem, em regra, efeitos apenas pontuais entre as partes.⁶

Uma das críticas mais contundentes que se faz à interferência do Judiciário no controle das políticas públicas é que o juiz não dispõe, principalmente nas demandas individuais, dos elementos técnicos, das informações e das condições de avaliar a realidade da ação estatal como um todo. Enquanto se preocupa com a solução do caso concreto, ele ignora outras necessidades relevantes, como a de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas. Assim, sua atuação pode desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas considerado como um todo.⁷

Além do que foi exposto, também convém observar que, como os indivíduos que têm acesso ao Judiciário para postular um bem em matéria de direitos fundamentais nem sempre são representantes das classes menos favorecidas, ocorre um deslocamento de recursos das políticas públicas gerais, que beneficiariam os mais necessitados de forma direta, para as demandas específicas daqueles que detêm a informação e a capacidade de organização.⁸

No que concerne ao Direito à Saúde, os artigos 196 e 197 da Constituição impõem uma obrigação ao Estado da prestação jurídica e material desse direito, que, como os demais direitos fundamentais, deve se realizar por meio da promoção de políticas públicas sociais e econômicas, de acesso universal e igualitário, e de relevância pública, beneficiando, assim, toda a coletividade, sem distinção.

A Lei 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde – SUS e dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. O SUS estabelece uma organização regional e hierarquizada da rede de serviços de saúde como também enfatiza a promoção da descentralização dos serviços para o município.

Diante desse quadro jurídico do Direito à Saúde, o dever do Estado de proteção e promoção desse direito persiste; e, sob esse fundamento, inúmeras demandas são interpostas para cobrar uma atuação do Poder Judiciário no cumprimento desse objetivo.

O que se avalia é a obrigação da prestação do direito à saúde por parte do Estado e, decorrente dessa obrigação, a interposição de demandas que representam o exercício incondicional do direito de pleitear tratamento individual de saúde. Dessa forma, verifica-se o dilema entre a prestação coletiva e igualitária do direito à saúde, condicionada ao planejamento orçamentário do estado, e a exigência individual incondicionada por meio das demandas individuais.

⁶BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (orgs) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2010, p. 105.

⁷Tal crítica é explicitada por Ana Paula de Barcellos. op. cit. p. 115.

⁸Idem, p. 115.

Em Alagoas, inúmeras ações chegam ao Judiciário solicitando o provimento jurisdicional para fazer o estado executar ações individuais de saúde. Tendo em vista esse número cada vez mais crescente, não se pretende fazer uma análise quantitativa dos casos, e sim qualitativa, que verificará, a partir das decisões dos magistrados e dos tribunais, como o Judiciário Alagoano entende esse direito e como ele é aplicado.

Em onze processos julgados pela 17ª vara cível da capital, verifica-se que as sentenças proferidas são idênticas, de mesma fundamentação, argumentando-se, principalmente, a obrigação do estado da prestação positiva dos direitos sociais.

Quanto à atribuição de competências, verifica-se a ausência de uma análise mais acurada referente ao arcabouço legal de competência comum e concorrente, descentralização das atribuições e hierarquização do fornecimento determinadas pela Lei nº 8.080/90. Preferiu-se adotar os parâmetros da universalização e integração na ação de apoio mútuo de acesso aos serviços de saúde.

Quanto ao mérito das demandas, a fundamentação concentrou-se na menção ao artigo 196 da Constituição, afirmando que o referido dispositivo não possui apenas caráter programático, mas que confere a todos direito público subjetivo frente ao Estado. Dessa forma, os efeitos desse direito seria a possibilidade de “*exigir do Estado políticas efetivas e universais de saúde e o dever deste de prestá-las ao cidadão*”.

Além disso, argumenta-se ainda que, dada a ineficiência do poder público no cumprimento adequado do dever constitucional e legal de promover políticas públicas de saúde, *seja pela desatualização da lista de medicamentos seja pela falta de recursos financeiros*, cabe ao Judiciário interferir para fazer cumprir esse direito.

Por fim, lança-se mão da ponderação entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Reserva do Possível, devendo-se entender que, diante do conflito entre os princípios de índole financeiro-orçamentária que socorrem o Estado e o direito à vida do autor, deve-se prevalecer o segundo, sob pena de se promover a *erosão da consciência constitucional*.

No processo de nº 001.08.080300-9, da 17ª Vara da Fazenda Pública de Maceió/AL, a sentença proferida confirmou a decisão que concedeu tutela antecipada a requerente, sob os fundamentos de tratar de sua saúde e do dever do Estado de proteger a vida, determinando o fornecimento pelo Estado de Alagoas, por tempo indeterminado, dos medicamento solicitados para tratar de dermatite e rinite alérgica.

Dentre os argumentos para contestar tal ação, o Estado alegou a necessidade de valoração dos preceitos fundamentais segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. De uma lado está o direito do cidadão de receber o medicamento de que necessita; de outro a necessidade de se atender aos cronogramas orçamentários e financeiros para a aquisição desses medicamentos, com vistas a que não falem recursos ao atendimento da população como um todo.

O fundamento da sentença reside no amparo da Constituição Federal ao direito à saúde e na obrigação positiva do estado de adimplir esse direito, por se tratar de direito à vida constitucionalmente protegido.

Numa ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Estado de Alagoas, de número 001.06.014309-7, julgado pela 17ª Vara Cível da Capital, buscou-se provimento jurisdicional para assegurar aos portadores de doença renal crônica e transplantados o fornecimento de uma relação de medicamentos e de *outros medicamentos* que venham a se mostrar indispensáveis ao tratamento das doenças renais, que não foram determinados, *de forma ininterrupta*.

Foi julgado procedente o pedido e a fundamentação seguiu os moldes das supracitadas, sem consideração do arcabouço legal referente a distribuição de competências, citando somente os parâmetros de universalização e integração para a promoção dos serviços de saúde. No Mérito, baseou-se no artigo 196 da Constituição, citando seus efeitos, quais sejam, o direito de exigir do Estado políticas públicas de saúde e o dever deste em prestá-las ao cidadão.

3 CONSEQUÊNCIAS PARA A GESTÃO PÚBLICA

O Orçamento público, em um sentido amplo, é um documento, um plano que estima recursos disponíveis e fixa gastos para alcançar objetivos e metas políticas, ou seja, é um documento legal que contém a previsão de receitas públicas e a estimativa de despesas a serem realizadas por um determinado governo durante o seu exercício. É através do orçamento que o discurso político se traduz em realidade, fixando em termos quantitativos as prioridades dos investimentos públicos.

Nesta esteira, segue entendimento fixado pelo Min. Gilmar Mendes, que assim definiu o tema:

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção

diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.⁹

De acordo com o art. 198, § 1º, da Constituição Federal de 1988, percebemos que a atuação estatal no âmbito da saúde está vinculada e limitada ao orçamento público, o que acaba provocando uma escassez de bens, meios materiais e recursos, isto é, de elementos físicos para o atendimento de demandas positivas, ou ao dinheiro necessário à obtenção desses elementos¹⁰.

Em entrevistas realizadas na Secretaria de Saúde do Estado, foi possível entender como funciona o emprego do orçamento público para lidar com as demandas judiciais.

No planejamento orçamentário de 2013 foram separados cerca de 18 milhões de reais para gastar com as ações de saúde. No entanto, o estado gasta, em média, 60 milhões (foi o que gastou no ano de 2012, embora o orçamento separado fosse apenas de 10 milhões). Essa demanda aumentou nos 2 últimos anos. Gastava-se no máximo 12 milhões.

Tal situação faz com que surja dívidas para o próximo ano, comprometendo o orçamento futuro. Quando a demanda para gastar em saúde excede o orçamento planejado, o dinheiro tem de ser remanejado de outras áreas, como educação, transporte etc.

A repartição de competências deveria ser da seguinte forma: Município: Saúde básica, exames e cirurgias. Estado: residual (casos urgentes). Morador de Maceió: o município é sempre responsável. Morador do interior: é sempre o estado.

Na entrevista realizada na Secretaria de Saúde do Município, o procurador setorial da secretaria declarou que os gastos da Secretaria com as ações judiciais em 2012 foi de aproximadamente 10 milhões e em 2013, até o mês da entrevista (09/07/2013) estava em 7 milhões.

Afirmou que com o prazo estipulado pelo juiz, o medicamento é comprado bem mais caro, pois não dá tempo de realizar uma licitação. As farmácias comuns enviam um orçamento e a que a que tiver o mais baixo, ganha. Os medicamentos que não estão previstos na lista da farmácia do Município, têm que ser comprados onde tiver, mediante a realização da pesquisa de preço.

Com o objetivo de mudar a situação, está ocorrendo uma parceria entre Município, Estado, Justiça Federal, Justiça Estadual, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Geral da União formando o NJUS (Núcleo Interfederativo da Judicialização da Saúde), que funciona na SESAU (começou a funcionar dia 01 de Julho de 2013). O NJUS é formado por médicos, farmacêuticos, fisioterapeutas, nutricionistas e outros profissionais.

⁹SS 3854, Relator(a) Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 10/12/2009, publicado em Dje-235 DIVULG 15/12/2009 PUBLIC 16/12/2009.

¹⁰ 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:

(...)

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

CONCLUSÃO

O que se propõe é que as demandas analisadas pelo Judiciário levem em consideração as particularidades do caso, a importância vital dos medicamentos e procedimentos, e as consequências práticas, observando, ainda, os custos e benefícios.

Na tentativa de cumprir os princípios constitucionais ao solucionar as demandas individuais, se não forem observadas as particularidades do fato, a construção histórica, a plausibilidade dos diferentes planos de ação e ainda as consequências a serem geradas dentro do contexto alagoano, decidindo-se apenas com base em proposições gerais e abstratas, a finalidade proposta pela Constituição quanto o direito à saúde será visivelmente prejudicada.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (orgs) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2010, p. 105.

FREITAS, Lorena de Melo. Um Diálogo entre Pragmatismo e Direito: contribuições do pragmatismo para discussão da ideologia na magistratura. **Cognitio-Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia**. São Paulo, vol. 4, n. , jan-jun, 2007, p. 14. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/5715/4047>>. Acesso em 18 dez. 2012.

KELLOG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint**. Nova York: Cambridge University Press, p. 26, 2007.

POSNER, Richard. **Para Além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, p. 1, 2005.

OS “ASPECTOS MORAIS” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALGUMAS LINHAS ACERCA DO DEBATE ENTRE O PRAGMATISMO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Caroline Maria Costa Barros¹

RESUMO

É crescente a teoria que considera a ligação necessária entre Direito e Moral, particularmente quando falamos dos Direitos Humanos Fundamentais – enquanto um ideal a ser atingido por todos os povos e por todas as nações –. A base disso remete ao chamado “neoconstitucionalista”, o qual defende, em linhas gerais, que as Constituições prescreveriam normas superiores, de observância obrigatória pelos poderes públicos, ao passo que sancionaria direitos fundamentais, os quais possuiriam, necessariamente, uma ligação com os valores morais. Todavia, ao menos de modo aparente, tal pensamento distorce do que é defendido pelo Pragmatismo Jurídico de Holmes, na medida em que se prega a necessidade da separação entre Direito e Moral, ao defender uma análise histórica e, assim, pragmática que nega a validade de princípios abstratos e conceito absolutos, destacando a força dos contextos na resolução dos casos concretos, em razão de que as proposições morais/valorativas podem gerar “obscurcimento das verdadeiras razões da decisão”, que estariam nos fatos e na história do caso. Ocorre também que por ser o pragmatismo uma teoria democrática do Direito, não se poderia afastar de plano qualquer ligação com alguns postulados neoconstitucionais. Dessa forma, o presente trabalho objetiva abordar criticamente, mas sem a pretensão de esgotar o tema, a possibilidade (ou não) de um diálogo entre a postura pragmática com a teoria neoconstitucional, particularmente no que se refere a retomada da teoria dos valores.

Palavras-chave: Pragmatismo; direito natural; princípios; neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

It is growing the theory that considers the necessary connection among Right and Moral,

¹ Mestranda em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas. Integrante do Grupo de Pesquisa Pragmatismo Jurídico, sob orientação do prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão. E-mail: carolinemaria7@gmail.com.

particularly when we spoke about the Fundamental Human Rights - while an ideal to be reached by all the people and for all the nations -. the base of that sends to the call " neoconstitucionalist", which defends, in general lines, that the Constitutions would prescribe superior norms, of obligatory observance for the public powers, while it would sanction fundamental rights, which would possess, necessarily, a connection with the moral values. Though, at least in way apparent, such thought it distorts of what it is protected for the Juridical Pragmatism of Holmes, in the measure in that she nails the need of the separation among Right and Moral, when defending a historical analysis and, like this, pragmatic that he/she denies the validity of abstract beginnings and absolute concept, detaching the force of the contexts in the resolution of the concrete cases, in reason that the propositions morals/values can generate " darkness of the true reasons of the decision ", that would be in the facts and in the history of the case. He/she/you also happens that for being the pragmatism a democratic theory of the Right, she could not move away of plan any connection with some postulates neoconstitucionais. In that way, the present work aims at to approach critically, but without the pretension of draining the theme, the possibility (or not) of a dialogue among the pragmatic posture with the theory neoconstitucional, particularly in what he/she refers the retaking of the theory of the values.

Keywords: Pragmatism; natural right; principles; neoconstitucionalism.

INTRODUÇÃO

Diante da teoria do “Neoconstitucionalismo” e da “Jurisprudência das Valorações”, torna-se perceptível a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter “ético-político”, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais – de conteúdo moral –, em contraposição ao defendido pelo positivismo kelseniano², na medida em que, mais do que nunca, Direito e Moral parecem estar interligados.³

De acordo com Robert Alexy, a jurisprudência dos valores, após o desenvolvimento da jurisprudência dos conceitos e dos interesses, poderia ser apresentada como “uma sequência do

² Michel Troper *apud* Luigi Ferrajoli afirma que, assim como para Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky e Manuel Atienza, o positivismo jurídico tradicional seria incompatível com o (neo) constitucionalismo, por este estar ligado às ideias jusnaturalistas. (*In*: FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo – Warranty Constitutionalism and Neoconstitutionalism.” Trad. André Karam Trindade. *In*: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, pp. 95-113.)

³ Nessa perspectiva, o Professor Andreas Krell afirma: “O moderno direito constitucional brasileiro não está mais centrado nas questões de organização e competência dos órgãos estatais, mas passou a focalizar a problemática da interpretação e eficácia dos direitos fundamentais.” *In*: KRELL, Andreas Joachim. “As dificuldades de Teorias pré-hermenêuticas com o Direito do Estado Social Moderno”. *In*: **Revista do Mestrado em Direito** - Universidade Federal de Alagoas. V. 2, n.3, dez (2006 -) Maceió: Edufal, 2008, p. 42.

primado de conceitos deontológicos, antropológicos e axiológicos”.⁴ Os conceitos deontológicos referem-se aos de dever, proibição, permissão e de direito de algo (dever-ser), já os axiológicos incorporam o conceito de “bom” e são diversos em decorrência da “diversidade de critérios por meio dos quais, algo pode ser qualificado como bom”. Por fim, o conceito antropológico diz respeito aos conceitos de “vontade, interesse, necessidade, decisão e ação.”⁵ Nesse sentido, Karl Larenz observa também a integração dos valores no Direito Positivo, particularmente dentro da Constituição Alemã, como o princípio da dignidade humana, da igualdade e o da livre expansão da personalidade, de maneira que:⁶

Esses valores e princípios, tal como os direitos fundamentais que lhes correspondem, têm caráter obrigatório tanto para o legislador como para o poder executivo e para a jurisprudência, consoante dispõe o art. 1º, secção 3. O Tribunal Constitucional Federal definiu que na Lei Fundamental está estruturada uma ordem objetiva de valores, que vale para todos os campos do Direito como ‘opção jurídico-constitucional fundamental’. É no espírito desta ordem de valores que todos os preceitos devem ser interpretados.

Com base nisso, Ingo Sarlet vem confirmar que, tendo em vista a caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas *prima facie*, em razão do seu evidente caráter principiológico, não raro, encontram-se sujeitos às ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá “à custa” do outro.⁷

Não é de outro modo que o Professor Andreas Krell dispõe a respeito do tema quando afirma, *in verbis*:⁸

(...) Todos os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, normas *principiológicas*, proibindo-se excluir um princípio por inteiro para prestigiar outro, sendo necessária a sua compatibilização. Esta somente se torna viável através de um processo de apreciação material dos valores e interesses subjacentes, sejam eles públicos ou privados, na base de um raciocínio de razoabilidade e de proporcionalidade. O importante é reconhecer que nenhum princípio tem, por si, preferência absoluta. (...)

Assim, a incorporação de conteúdos substantivos no ápice das estruturas legais, com a rematerialização da Lei Maior, implicou, entre outras coisas, uma nova forma de avaliar uma das relações mais discutidas da filosofia do Direito, qual seja a relação necessária entre Direito e Moral, já que os princípios constitucionais abriram uma via de penetração moral no direito positivo, como

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. “A Jurisprudência dos Valores”. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Daniel Sarmento (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 504.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 160.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 393.

⁸ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 77.

bem afirma Ralf Dreier *apud* Antônio Maia Cavalcanti, *in verbis*:⁹

(...) as constituições políticas de determinados Estados, ao incorporar certos princípios (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, liberdade e igualdade) ao direito positivo como princípios juridicamente válidos e como expressão da ética política moderna, estabeleceram uma relação necessária entre direito e moral, já que graças a ela se exige, por direito próprio, em casos de vaguidade e colisão, aproximar a noção do direito como ele é do direito como ele deve ser.

Ademais, no ramo da nova hermenêutica jurídica, é cada vez mais frequente o foco na interpretação do conteúdo material da Constituição, através de princípios e valores implícitos e explícitos no texto constitucional. Em razão do caráter abstrato e subjetivo destes paradigmas, discute-se o aumento da discricionariedade (ou decisionismo) judicial, pelo afastamento da técnica da subsunção e aplicação da “ponderação”.¹⁰

Nesta esteira, o Pragmatismo Jurídico de Holmes defende, no que concerne à relação entre Direito e Moral, que o Juiz – que também produz o Direito – não deve “importar seus próprios valores subjetivos debaixo da linguagem abstrata dos direitos”,¹¹ defendendo-se uma análise histórica e, assim, pragmática que nega a validade de princípios abstratos e destaca a força dos contextos na resolução dos casos concretos, em razão de que as proposições morais/valorativas podem gerar “obscurcimento das verdadeiras razões da decisão”, que estariam nos fatos e na história do caso.

Vale destacar que o Pragmatismo não rejeita de forma absoluta a utilização dos princípios na argumentação jurídico-pragmática¹², haja vista que a referida teoria está ligada num contexto democrático, porém, o que se combate é o apelo judicial a utilização de princípios, fugindo do ônus argumentativo e das funções jurisdicionais¹³, de maneira que o “aspecto subjetivo da moral não pode substituir juízos legislativos ou de precedentes claramente identificados como textos jurídicos dogmáticos”.

1 DESENVOLVIMENTO

Com base na linha do Consequencialismo Judicial, toda decisão judicial deve ser orientada

⁹ MAIA, Antonio Cavalcanti. “As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo”. In: **Revista Mundo Jurídico**. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 19 ago. 2013, p. 2.

¹⁰ Nesse sentido, ver: TORRES, Ricardo Lobo. “A Jurisprudência dos Valores”. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Daniel Sarmento (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹¹ KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory and Judicial restraint**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007, p. 59.

¹² ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de; BARROS, Caroline Maria Costa; CATÃO, Adualdo de Lima. “Interpretação e Aplicação do Direito Fundamental à liberdade de expressão e imprensa”. In: **O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos: volume 2**. Enoque Feitosa... [et al] (org). Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 70.

¹³ KELLOGG, Frederic R. ob. cit. p. 45.

pelo Direito e não por uma visão essencialista. O Direito, em sua realidade, seria objetivo, separando-se da Moral (a não focalizar o que é ‘certo’ ou ‘errado’ moralmente) visto observar sim os diferentes resultados daquela decisão. Dessa maneira, quando falássemos de Interpretação Constitucional pelos juízes de Direito essa deveria:¹⁴

(...) ser encarada de um ponto de vista antiessencialista. Uma visão essencialista sobre o Direito ignora o fato de que as divergências interpretativas não se dão por erro, mas sim pela característica complexa que o Direito apresenta, por lidar com temas cuja incomensurabilidade não admite respostas únicas (...)

Seria nesse sentido que Oliver Holmes reforça que os valores morais até poderiam fazer parte do conteúdo do Direito, mas não significar que os juízes poderiam “importar seus próprios valores subjetivos debaixo da linguagem abstrata dos direitos”,¹⁵ haja vista a crítica a entidades abstratas e a utilização de proposições gerais,¹⁶ para decidir o caso concreto, pois seriam os fatos que determinariam a correção ou não da interpretação jurídica.

Analisando uma de suas mais importantes obras, Holmes busca claramente promover a diferença entre Direito e Moral, através da concepção do “homem mau”, que também deseja evitar um encontro com o poder público, assim como o “homem bom”, mas não por se preocupar com a regra criada ou posta em prática por seus vizinhos, mas sim para *evitar ter que pagar alguma quantia ou escapar da cadeia*. Ainda que a Lei seja a “testemunha e o depósito externo de nossa vida moral”, para que se possa entendê-la, deve encará-la sob o ponto de vista do “homem mau” e não como um “homem bom” que encontra razões para a sua conduta, no interior ou fora da lei, “*nas vagas sanções da consciência*”. Holmes defende a importância de se “banir” da lei todas as palavras de cunho moral, para que fossem adotadas outras palavras que veiculassem ideias legais, desprovidas de qualquer coisa estranha à lei.¹⁷

Defende-se, pois, uma análise histórica e, assim, pragmática que nega a validade de princípios abstratos e destaca a força dos contextos na resolução dos casos concretos, em razão de que as proposições morais/valorativas podem gerar “obscurcimento das verdadeiras razões da decisão”, que estariam nos fatos e na história do caso.

Nesse sentido, a jurisdição constitucional brasileira, baseada em princípios e ponderação, recebe diversas objeções por seus ditos “exageros”. De acordo com o Professor Marcelo Neves:

“há um estilo *ad hoc* de argumentar na jurisprudência constitucional brasileira. Mas a principiologia e o modelo e sopesamento, se adotados de forma muito maleável e

¹⁴ CATÃO, Adualdo de Lima. BARROS, Caroline Maria Costa. ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de. **Projeto PIBIC 2010/2011 "Interpretação e Aplicação dos Direitos Fundamentais: Uma Abordagem Pragmática Comparativa entre o TJ/AL e o STF"**.

¹⁵ KELLOGG, Frederic R. ob. cit. p. 59.

¹⁶ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992., p.306.

¹⁷ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law**. Harvard Law Review. 1897.

tecnicamente imprecisa, atuam como um estimulante de um ‘casuísmo’ descomprometido com a força normativa da Constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico.”¹⁸

Lênio Streck, como não poderia deixar de ser, também critica o “suposto” excesso de discricionariedade nas decisões jurídicas, afirmando – em seu peculiar ar irônico – que:¹⁹

De todo modo – e penso estarmos de acordo com tal premissa –, a aposta na discricionariedade acarretou *uma vitória de pirro dos reducionismos epistêmicos*, isto porque, afastando a razão prática e apostando na razão teórica, os positivistas do direito acabaram ‘obrigados’ a permitir – como uma espécie de ‘compensação’ – esse ‘acentuado grau de discricionariedade’ para dar conta dessa, para eles incontornável, questão: a razão prática tem guarida no domínio da moral e é impossível cindi-la do ‘mundo epistêmico’ da ‘pureza’ de intenções...! (...) Na verdade, o ‘drama’ da discricionariedade que critico reside no fato de que *esta transforma os juízes em legisladores*. E, para além disso, esse ‘poder discricionário’ propicia a ‘criação’ do próprio objeto de ‘conhecimento’, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a ‘fonte iluminadora’ do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à *dis*-posição de um protagonista (intérprete *lato sensu*). Consequência disso? Inúmeras.

Longe dos excessos das afirmações acima, acerca da existência de uma verdadeira “ditadura do Poder Judiciário”, faz-se válido (e até justo) destacar que essa não parece ser a proposta da teoria neoconstitucional. O fato de haver conceito aberto de determinadas normas jurídicas, as quais autorizam a aplicação da técnica da ponderação e fundamentação por princípios, não é de todo ruim, se dentro de um processo dotado de racionalidade.

Dessa forma, evidente os excessos de alguns representantes do Poder Judiciário, quanto à utilização de fundamentações abstratas e deslocadas da realidade, a fim de fugir do “ônus argumentativo”. Mas isso não quer dizer, que a teoria neoconstitucional “caia por terra”, na medida em que pode ser utilizada desde que observada a devida fundamentação e seria nesse sentido que a proposta pragmática deve ser observada, isto é, no sentido de acarretar melhor (e necessário) uso de argumentos racionais e fáticos.

Daí e com base na nova hermenêutica jurídica, focada na interpretação do conteúdo material da Constituição, através de princípios e valores implícitos e explícitos no texto constitucional, é cabível afirmar que o fato de seus paradigmas serem dotados de excessivo caráter abstrato e subjetivo, não enseja, necessariamente, o aumento da discricionariedade (ou decisionismo) judicial, pelo afastamento da técnica da subsunção e aplicação da “ponderação”.

O que se critica, e com razão, é a aplicação indiscriminada dos referidos princípios de

¹⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 201.

¹⁹ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 67.

conteúdo moral no momento interpretativo, uma vez que, por falha (ou pode-se dizer preguiça?)²⁰ do aplicador do Direito, faz-se preferível sua utilização indiscriminada, como argumentos que bastam por si, em detrimento de juízos legislativos ou da omissão na análise das peculiaridades do caso concreto, esvaziando a argumentação jurídica e a racionalidade da decisão, contrária a proposta do Pragmatismo Jurídico (particularmente de Oliver Holmes Jr.).

CONCLUSÃO

Nesse norte, o presente trabalho buscou analisar, de modo singelo, o importante debate sobre a (re) integração do “aspecto moral” nos Direitos Fundamentais, sob a perspectiva do Pragmatismo Jurídico e Neoconstitucionalismo.

De todo o modo, o que se observa, assim, é que os valores estão intimamente ligados aos princípios e em razão do desenvolvimento da teoria neoconstitucionalista, os estudos acerca dos princípios/valores aumentaram vertiginosamente, renascendo, sobretudo, o questionamento Moral (como um conjunto de valores) e sua relação com o Direito.

Destaque-se que não se pode negar a importância que os valores possuem dentro da organização social e, especialmente, no campo jurídico. Defender que uma rígida separação entre Direito e Moral, inclusive alegando que tal relação seria desprovida de racionalidade, dotada de caráter eminentemente subjetivo e que seria um retrocesso ao Direito Natural, não parece, em absoluto, ser razoável.

Daí se deve encarar com cautela a utilização excessiva de princípios, dotados de conteúdo moral, como fonte de argumentação jurídica, na medida em que eles podem (i) se sobrepor às determinações legislativas; (ii) ocasionar insegurança jurídica quando utilizados em casos fáceis em que os critérios de aplicação e interpretação do Direito são facilmente determinados; bem como (iii) prender o juiz a uma “moral social” no momento decisório, impedindo avanços por parte do Judiciário.

Conforme já exposto, o pragmatismo não nega de forma absoluta a utilização dos referidos princípios, até porque isso iria de encontro ao seu caráter democrático. O que se questiona é a má utilização deles pelos intérpretes e aplicadores de Direito, quando buscam fugir do ônus argumentativo, utilizando-os de forma meramente abstrata, sem suprir as expectativas de uma justificação racional da decisão, gerando, ao fim da história, insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

²⁰ Acerca da problemática da má utilização dos princípios na interpretação e aplicação do Direito, vide: SUNDFELD, Carlos Ari. (2011) Princípio é preguiça? Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catariana Barbieri (org). **Direito e interpretação – racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva. pp. 287 a 305.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de; BARROS, Caroline Maria Costa; CATÃO, Adrualdo de Lima. *In: Projeto PIBIC 2010/2011 "Interpretação e Aplicação dos Direitos Fundamentais: Uma Abordagem Pragmática Comparativa entre o TJ/AL e o STF"*.

_____. *In: O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos: volume 2*. Enoque Feitosa... [et al] (org). Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012..

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992., p.306.

_____, Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Dover, 1991.

_____, Oliver Wendell. **The path of the law**. Harvard Law Review. 1897.

FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo – Warranty Constitutionalism and Neoconstitutionalism.” Trad. André Karam Trindade. *In: Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, pp. 95-113

KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory and Judicial restraint**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

MAIA, Antonio Cavalcanti. “As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo”. *In: Revista Mundo Jurídico*. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 19 ago. 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. (2011) “Princípio é preguiça?”. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catariana Barbieri (org). **Direito e interpretação – racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva.

TORRES, Ricardo Lobo. “A Jurisprudência dos Valores”. *In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Daniel Sarmento (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

O ELO DE UTILIDADE ENTRE A CATEGORIA PRAGMÁTICA DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E A BUSCA NEOCONSTITUCIONALISTA PELA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira¹

RESUMO

O presente artigo pretende afirmar a existência de um elo entre a categoria pragmática das consequências práticas e a busca neoconstitucionalista pela efetividade dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde. A construção do mencionado elo será trabalhada sob o aspecto da utilidade prática, procurando-se demonstrar de que maneira a concepção pragmática pode servir aos propósitos do constitucionalismo contemporâneo e da efetividade das normas constitucionais. Nessa linha de argumentação e não obstante as consideráveis distinções entre o pragmatismo e o neoconstitucionalismo, procura-se evidenciar os pontos de contato entre eles. Para tanto, torna-se inevitável a análise do pragmatismo jurídico como um método de abordagem e compreensão do fenômeno jurídico, bem como de conceitos como o das consequências práticas e o do consequentialismo. Procura-se demonstrar também que, assim como o pragmatismo enxerga o direito como uma atividade, ou seja, a atividade do juiz de dizer o que é o direito no caso concreto, o neoconstitucionalismo também atribui um papel de destaque à atividade exercida pelo Poder Judiciário, ao qual cabe, através de um controle moderado de políticas públicas e dentro de certos limites, exercer uma atribuição voltada à concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes objeto de violações comissivas ou omissivas por parte do Estado.

Palavras-chave: Pragmatismo; neoconstitucionalismo; consequências práticas; elo de utilidade; direito à saúde.

¹ Mestrando em Direito Público pela UFAL/FDA. Membro do Grupo de Pesquisa em Pragmatismo, Teorias da Justiça e Direitos Humanos, coordenado pelo Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão. Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. E-mail: davi_gouvea@yahoo.com.br.

ABSTRACT

This specific paper seeks to affirm the existence of a link between the pragmatic category of the practical consequences and the neoconstitucionalist search for the effectiveness of social rights, especially the fundamental social right to health. The construction of the mentioned link is crafted from the aspect of practical utility, seeking to demonstrate how the pragmatic conception can serve positively the purposes of contemporary constitutionalism and effectiveness of constitutional norms. In this way of argument, and despite the considerable distinctions between pragmatism and neoconstitucionalism, it seeks to highlight the points of contact between both concepts. Therefore, it becomes inevitable the analysis of legal pragmatism as a method of approach and understanding the legal phenomenon, as well as the concepts of practical consequences and of consequentialism. It also seeks to demonstrate that, as pragmatism sees law as an activity, specifically the activity of the judge to say what right is in the proposed case, neoconstitucionalism also assigns a prominent role to the activity exercised by the judiciary, which is responsible, through a moderate control of public policies and within certain limits, to exercise an assignment aimed to achieve the fundamental rights, often object of negative or positive violations by the State.

Keywords: Pragmatism; neoconstitucionalism; practical consequences; utility link; right to health.

INTRODUÇÃO

Embora possam parecer noções inconciliáveis, este trabalho parte da hipótese de que é possível reconhecer a existência de elementos de contato entre ambos. A construção deste elo de ligação se baseará no aspecto da utilidade, buscando-se demonstrar a relevância da categoria pragmática das consequências práticas para a atribuição de efetividade ao direito à saúde.

Para tanto, será indispensável a análise do pragmatismo jurídico como um método de abordagem e compreensão do fenômeno jurídico, bem como de conceitos como o das consequências práticas e o do consequencialismo. Procura-se demonstrar também que, assim como o pragmatismo enxerga o direito como uma atividade, ou seja, a atividade do juiz de dizer o que é o direito no caso concreto, o neoconstitucionalismo também atribui um papel de destaque à atividade exercida pelo Poder Judiciário, ao qual cabe, através de um controle moderado de políticas públicas e dentro de certos limites, exercer uma atribuição voltada à concretização dos direitos fundamentais.

Em atenção à própria forma de pensamento pragmatista, não se busca o desenvolvimento de uma teoria definitiva da relação entre pragmatismo e neoconstitucionalismo, mas sim, e muito mais sensata e modestamente, à útil explicitação de alguns dos aspectos que lhes servem de ligação.

1 O PRAGMATISMO JURÍDICO COMO MÉTODO

Tratar do pragmatismo jurídico, seja a partir de um ponto de vista da filosofia prática ou sob a perspectiva de um útil instrumento metodológico de abordagem e compreensão do direito, entendido este enquanto atividade exercida pelos tribunais, pressupõe a menção a algumas ideias desenvolvidas especialmente nos Estados Unidos, a partir do início do século XX.

Inicialmente, deve-se registrar que não faz muito sentido, sob uma perspectiva estritamente pragmatista, a tentativa de se estabelecer conceitos e definições daquilo que, de fato, representa o denominado pragmatismo filosófico. Não por outro motivo, há uma preferência por parte de autores pragmatistas como Posner e Rorty de caracterizá-lo não através da fixação de conceitos determinados, mas sim a partir do que faz um pragmatista, de como procura oferecer uma solução viável para um problema que lhe é posto e de como se comporta diante deste². Desde já, percebe-se uma característica do pragmatismo, consistente em que questões metafísicas e suas teorizações não são úteis à solução de problemas ou conflitos. Foi nesse sentido que afirmou Oliver Wendell Holmes Jr que “proposições gerais não decidem casos concretos”³.

Não se afirma aqui que o pragmatismo ignora a teoria, afinal sua visão sensata não se prestaria a tal propósito, mas, ao invés disso, à tarefa mais modesta e prática de afastar a discussão de questões semânticas e de promover a sua aproximação com relação aos aspectos factuais⁴.

O pragmatismo é antiessencialista, não se baseando em supostas verdades, certezas inabaláveis e dogmas. Uma atitude nele baseada não pode se limitar por nenhuma dessas palavras, ao contrário, uma dada ideia deve ser colocada a trabalhar dentro da corrente de nossa experiência. Expressa-se, ainda, de maneira não representacionista. Comporta-se, assim, menos como solução e mais como um programa para mais trabalho, indicando os caminhos através dos quais as realidades existentes podem ser constantemente desafiadas e eventualmente modificadas. As teorias, dessa maneira, tornam-se instrumentos e não respostas a enigmas, sobre as quais poderíamos descansar⁵.

Embora o pragmatismo seja antiessencialista, ele não se presta a negar as concepções e mesmo essências de outras vertentes do conhecimento, o que torna perfeitamente possível a

² KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 84-85.

³ HOLMES, Oliver Wendell. Veredas do direito (Path of the Law). In: **Revista Discurso Jurídico**. Campo Mourão, v. 4, n. 1, jan./jul. 2008. p. 266 – 280.

⁴ POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 516 *et seq.*

⁵ JAMES, William. Pragmatismo e outros textos. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 20.

convivência, dentro do universo da filosofia pragmatista, de diversas influências. Como exemplo, afirma James que o pragmatismo pode vir a aceitar ideias teleológicas, caso se prove que elas apresentam utilidade para a vida concreta, ou seja, caso elas demonstrem serem boas para tanto⁶.

Trazendo a discussão para o campo jurídico, pode-se afirmar que as teorias acabam por se tornar insustentáveis quando o seu grau de abstração é excessivo e, portanto, desvinculado da necessária aproximação com a utilidade prática. Revela-se o pragmatismo como verdadeira metodologia do direito, afastando-o de discussões metafísicas e atribuindo-lhe caráter empírico⁷.

Outra característica sua é o contextualismo, segundo o qual o julgamento de uma proposição deve passar, necessariamente, pela análise de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais, de maneira que as conclusões obtidas para um problema somente se prestam a solucioná-lo de forma útil no ambiente em que aquele foi examinado. Sob este aspecto, ao decidir um conflito, o juiz deve não apenas realizar uma análise das normas que regem os fatos apresentados, mas principalmente uma verificação dos fatos nos quais tais normas se apresentam válidas socialmente. Este traço representa uma aproximação com relação à denominada jurisprudência sociológica.

Como o pragmatismo jurídico se baseia em uma vertente realista do direito, não se poderia deixar de mencionar o consequencialismo ínsito a esta forma de interpretar e de construir a decisão. Nesse sentido é que se faz relevante pensar sobre as consequências de se adotar uma determinada teoria ou de afastá-la, sendo relevante a noção de Peirce de que o significado de uma ideia se assenta em suas consequências práticas, que, ao final, é o que vai expressar o que ela significa⁸.

A ideia pragmatista de que deve haver uma ligação entre pensamento e ação, ou, em outros termos, entre teoria e prática, conduz à noção de que o pragmatismo consiste em um método de assentar disputas metafísicas que, de outra maneira, acabariam por se estender indefinidamente⁹.

Afirme-se também que, tendo o método pragmático uma relação direta com a prática, isto se expressa em termos jurídicos na circunstância de que, ao contrário do legalismo, que privilegia o legislador, a atitude realista ou, se preferir, pragmática em relação ao direito, acaba por privilegiar o papel do julgador, buscando entender o direito como resultado da atividade por ele desenvolvida¹⁰.

Não por outro motivo é que afirma Holmes Jr. consistir o direito nas profecias do que farão os tribunais, e nada mais pretensioso que isso. Dito de outra forma, trata-se da previsão de que, em

⁶ JAMES, William. Pragmatismo e outros textos. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 26.

⁷ FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSA, Enoque *et all* (Orgs). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol. 2. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012, p. 47-48.

⁸ PEIRCE, Charles Sanders. **Como tornar as nossas ideias claras**. Trad. Antonio Fidalgo. Disponível em <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

⁹ JAMES, William. Pragmatismo e outros textos. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 18.

¹⁰ FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSA, Enoque *et all* (Orgs). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol. 2. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012, p. 48.

decorrência de um determinado comportamento ou de uma certa situação, um homem haveria de obter um benefício ou ser submetido a uma consequência negativa arbitrada por um tribunal¹¹.

2 O ELO DE UTILIDADE ENTRE A CATEGORIA PRAGMÁTICA DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E A BUSCA NEOCONSTITUCIONALISTA PELA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O objetivo deste tópico é explicitar a existência de um elo entre o método pragmático e a busca neoconstitucionalista pela efetividade do direito fundamental à saúde, através da análise da categoria pragmática das consequências práticas e de sua utilidade na construção de uma decisão judicial atenta às circunstâncias sociais.

Como postura antirepresentacionista, o pragmatismo não considera útil a busca pela essência de alguma coisa, mas procura, ao invés disso, priorizar a compreensão das diversas relações dessa coisa com o mundo, afinal não há essência alguma sem correspondência com as necessidades humanas. Nesse sentido, o que realmente importa é saber em que relações uma determinada ideia está inserida e de que modo ela poderá se apresentar útil aos propósitos e necessidades humanos¹².

Há no método pragmático uma relação necessária entre teoria e prática, ou, entre o pensamento e a ação, o que pressupõe, para a compreensão de uma ideia, a sua necessária contextualização em relação a uma determinada situação prática¹³.

A conjugação das ideias contidas nos dois parágrafos anteriores expressa bem o método pragmático, afinal ele representa, em grande medida, a relação entre o geral e o particular, ou dito de outra forma, a relação entre o significado e as suas consequências práticas. Nunca é demais lembrar que pensar o direito em termos pragmáticos conduz a que uma teoria ou uma classificação somente tem relevância ou pode ser considerada satisfatória caso apresente resultados práticos perceptíveis. Nesse sentido, algumas das ideias bastante caras ao neoconstitucionalismo podem ser submetidas a um teste pragmático, ou seja, a uma verificação de sua utilidade ou capacidade de contribuir para a promoção de propósitos socialmente relevantes.

Afirma Posner que, para o pragmatista, o Direito consiste em uma ferramenta social destinada a fins sociais. Para essa finalidade, as consequências consideradas devem ser sistemáticas e não limitadas ao caso concreto¹⁴. Pode-se mencionar também que não é estranha ao

¹¹ HOLMES, Oliver Wendell. Veredas do direito (Path of the Law). In: **Revista Discurso Jurídico**. Campo Mourão, v. 4, n. 1, jan./jul. 2008. p. 266-270.

¹² CATÃO, Adualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007, p. 26.

¹³ FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSA, Enoque *et all* (Orgs). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol. 2. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012, p. 55.

¹⁴ POSNER, Richard. **Pragmatic Adjudication**. The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and

neoconstitucionalismo a visão do direito como meio de promoção das necessidades sociais. É bastante difundida a noção de que o constitucionalismo contemporâneo busca a efetividade dos direitos, especialmente dos direitos fundamentais e que, para tanto, faz uso de conceitos como força normativa da constituição, normatividade dos princípios e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Enquanto construções da ciência do direito, tais aspectos carecem de utilidade própria ou intrínseca, entretanto, passam a exercer papel destacado para as relações humanas em virtude de sua utilidade para a concretização dos direitos fundamentais, inclusive do direito à saúde.

Uma consequência perceptível dos mencionados conceitos foi o reconhecimento de que, para além de meras exaltações políticas ou chamamentos ao legislador, as normas constitucionais geram, muitas vezes, direitos subjetivos aos indivíduos ou mesmo coletividades de indivíduos, e, de outro lado, obrigações negativas ou positivas por parte do Estado. A construção teórica da normatividade e da necessária efetividade das normas constitucionais ocasionou a transposição de definições gerais, como os direitos fundamentais, aos quais muitas vezes era atribuída a característica de valores constitucionais, para o campo prático da exigibilidade de sua concretização e, portanto, trabalhando de maneira útil a sua normatividade.

É esclarecedora a atenção às consequências práticas colhida da lição de Barcellos de que o neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, construindo instrumentos através dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmáticamente consistente e utilizável na prática jurídica¹⁵.

Ademais, as decisões que manejam conceitos neoconstitucionalistas não raras vezes valorizam em sua argumentação o contexto, implicando isso inclusive em que o juiz pode se valer de fontes de conhecimento mais afetas a outros ramos para atender as necessidades sociais perceptíveis no caso concreto. Não por outro motivo, o Supremo Tribunal Federal já convocou, em algumas oportunidades, audiências públicas com a participação da comunidade em geral e de especialistas de diversas áreas, a fim de colher informações relevantes quanto à matéria então discutida. Um grande exemplo disso foi a Audiência Pública realizada naquela corte constitucional sobre o direito fundamental à saúde, nos meses de abril e maio de 2009.

O contextualismo explorado quando da adoção de algumas decisões judiciais reforça ainda mais o aspecto pragmático das consequências práticas, afinal, a sua antevisão quando de uma determinada decisão pressupõe, necessariamente, o conhecimento das circunstâncias fáticas e

Culture. Durham: Duke University Press, 1988, p. 238.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico – nº 15 – jan / fev / mar de 2007 – Salvador: 2007, p. 3. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

sociais que ela envolve. Forma-se, assim, um conjunto de aspectos úteis à construção de uma decisão adequada, que engloba o contextualismo, as necessidades sociais e o consequencialismo.

Embora o pragmatismo seja uma forma de pensamento característica do direito norte-americano, podem ser encontradas nos tribunais brasileiros decisões as quais, ainda que algumas vezes intuitivamente, fazem uso de argumentos pragmáticos. A busca neoconstitucionalista pela efetividade dos direitos fundamentais pode ser representada pela judicialização do direito à saúde, ocorrida especialmente a partir da década de 1990 e cujo marco foram as decisões que reconheceram a obrigação de fornecimento de medicamentos a pacientes com HIV. Mencione-se a adoção pelo S.T.F., por exemplo, do entendimento de que o direito à saúde consiste em “consequência constitucional indissociável do direito à vida”, acrescentando que “a interpretação da norma constitucional não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”.

A teoria do caráter meramente programático da norma constitucional gerava como consequência a não efetividade do direito à saúde. Esta posição, como visto, foi modificada, tendo contribuído para tanto argumentos consequencialistas, que refletem, ainda que em certa medida, o recurso ao método pragmático de construção de uma decisão adequada.

Não se defende uma identidade entre o método pragmático e o neoconstitucionalismo, mas, com base nos argumentos expostos, conclui-se pela existência de um elo de utilidade entre os mesmos, especialmente quanto ao aspecto das consequências práticas. Ademais, assim como o pragmatismo enxerga o direito como uma atividade, focando sua abordagem na função jurisdicional, o neoconstitucionalismo também atribui papel destacado ao Poder Judiciário, no sentido de que a ele cabe, através de um grau moderado de ativismo judicial no controle de políticas públicas, a tutela e a concretização dos direitos fundamentais, inclusive do direito à saúde.

CONCLUSÃO

O pragmatismo jurídico, visto como método de análise do direito a partir da atividade dos tribunais, representa uma útil ferramenta para a sua compreensão, especialmente por sua capacidade de contribuir para a construção de decisões atentas às necessidades sociais. Nesse sentido, mostram-se relevantes os aspectos contextuais e consequencialistas que informam a tomada de decisões.

Embora possam parecer concepções inconciliáveis, pragmatismo e neoconstitucionalismo apresentam alguns traços de identificação. Ambos atribuem um papel destacado à atividade do juiz, bem como ao aspecto das consequências práticas das decisões. No âmbito do neoconstitucionalismo isto se expressa na busca pela efetividade das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Faz-se possível, portanto, concluir pela existência de um elo de utilidade entre o método pragmático e a busca pela efetividade dos direitos, típica do constitucionalismo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico – nº 15 – jan / fev / mar de 2007 – Salvador: 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007.

FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSA, Enoque *et all* (Orgs). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol. 2. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

HOLMES, Oliver Wendell. Veredas do direito (Path of the Law). In: **Revista Discurso Jurídico**. Campo Mourão, v. 4, n. 1, p. 266 - 280, jan./jul. 2008.

JAMES, William. Pragmatismo e outros textos. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

PEIRCE, Charles Sanders. **Como tornar as nossas ideias claras**. Trad. Antonio Fidalgo. Disponível em <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
_____. **Pragmatic Adjudication**. The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture. Durham: Duke University Press, 1988.

A CONCILIAÇÃO JUDICIAL: ENTRE A AUTONOMIA DAS PARTES E DISCRICIONAREIDADE DO MAGISTRADO

Juliana Coelho Tavares da Silva¹

RESUMO

O direito é dinâmico e como tal deve adaptar-se a novas realidades sociais, que constantemente mudam. Diante do alargamento de matérias a serem submetidas ao poder judiciário e do aumento da complexidade das relações sociais, vemos um aumento na demanda de composição de lides e, conseqüentemente, um congestionamento dos órgãos julgadores. A morosidade e a ineficiência do judiciário nos moldes clássicos, leva os jurisdicionados e o próprio poder judiciário a procurar novas formas de resolução de conflitos. Dessa forma, observamos uma pretensão de informalização da justiça, sem que o Estado perca seu monopólio da produção do direito. Reflexo disso é o aumento substancial na utilização do instituto da conciliação judicial, posto que a população em geral ainda não possui o hábito de resolver seus litígios extrajudicialmente, por meio da mediação ou da arbitragem. Observa-se, contudo, que a conciliação judicial carece de homologação dos termos do acordo para que surta os mesmos efeitos de uma decisão judicial. É exatamente neste momento que vemos a expressão da discricionariedade do julgador, que pode homologar ou não a conciliação, comparando-a com a sentença hipotética que ele mesmo proferiria para o caso concreto. Propomo-nos, então, a utilizar o Realismo Jurídico Norte-Americano como referencial teórico, sendo assim suporte para a verificação da hipótese de que a conciliação judicial aparece como mais uma forma do juiz dizer o direito do caso concreto, mascarada de uma alternativa a jurisdição tradicional. Para tanto utilizaremos a pesquisa bibliográfica cotejada com a jurisprudência nacional e os textos normativos.

Palavras-chave: Realismo jurídico; conciliação judicial; informalização da justiça; discricionariedade judicial.

¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), integrante projeto de iniciação científica (PIVIC), sob orientação do Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho, vinculado ao grupo de pesquisa “Marxismo e Direito”. E-mail: julianatavaress_@hotmail.com.

ABSTRACT

The Law is dynamic and so it should adapt to the new social realities which constantly change. Facing the enlargement of the subjects submitted to the Judiciary power and the increase of the complexity in the social relationships, we see an increase in the demands of solving judicial disputes, hence, a jam in the judicial organization. The slowness and the inefficiency of the classic model of Judiciary power, makes the users and even the system itself to search for new ways to settle disputes. Therefore, we observe a claim of informalization of justice, without the State losing its monopoly in the production of Law. A reflex of this is the substantial increase in the use of the institute of the judicial conciliation given that the general population does not have the habit of resolving their disputes extrajudicially through mediation or arbitration. It is noted, however, that the judicial conciliation needs the homologation of its terms so that it produces the same effect as a court decision. It is precisely at this point that we see the expression of the discretion of the judge, who can approve or not the conciliation, comparing it with the hypothetical sentence that himself would utter to the case. By using the North American Legal Realism as a theoretical framework, as a support for the verification of the hypothesis that the judicial conciliation appears as another way for the judge to tell the Law in an specific case, masquerade as an alternative traditional jurisdiction. To do so, we will use the literature collated with the national jurisprudence and legal texts.

Keywords: Legal realism; judicial conciliation; informalization of justice; judicial discretion.

INTRODUÇÃO

O judiciário brasileiro enfrenta uma crise, decorrente de sua incapacidade de compor todas as demandas a ele submetidas. Isto, somado à morosidade na solução de controvérsias é fato gerador de uma frustração social e resulta na busca de outros meios de resolução dos conflitos. É neste cenário que o movimento de acesso à justiça ganha força, notadamente na informalização do sistema judiciário, estando aí incluídas as formas de resolução alternativa de disputas (RAD), à exemplo da mediação, arbitragem e conciliação, seja ela judicial ou extrajudicial.

Contudo, no Brasil, evidencia-se que o problema do congestionamento do judiciário se agrava quando consideramos o número excessivo de demandas, e o pouco hábito dos cidadãos de buscar mediação e arbitragem extrajudicial. Portanto, o foco do presente estudo será nas

conciliações judiciais, instituto bastante utilizado como forma alternativa à tutela jurisdicional clássica.

Ressalte-se que os termos de acordo conciliatórios dependem da homologação de um magistrado para surtirem efeitos entre as partes, tendo força assim de decisão judicial. Entendemos que é exatamente neste momento que o juiz exprime a discricionariedade peculiar a sua atividade. Sublinhe-se que mais do que qualquer outra decisão judicial, a homologação de uma conciliação é exposta às influências extrajurídicas, posto que é feita tomando por base uma decisão imaginária que o julgador prolataria para o caso em questão.

Nos propomos, então, a utilizar o Realismo Jurídico Norte-Americano como referencial teórico, sendo assim suporte para a verificação da hipótese de que a conciliação judicial aparece como mais uma forma do juiz dizer o direito do caso concreto, mascarada de uma alternativa a jurisdição tradicional, utilizaremos a pesquisa bibliográfica cotejada com a jurisprudência nacional e os textos normativos.

1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Frente a uma teoria da dialética negativa do Estado capitalista, Boaventura de Sousa Santos nos mostra que a principal função Estatal seria dispersar as tensões sociais, sem se preocupar em superar as contradições sociais, forçosamente se orientando para a obtenção do consenso e da harmonia. É baseado nesse argumento que a legalidade capitalista seria formada por três elementos, que se inter-relacionariam, formando, assim, uma estrutura característica: a retórica, de cunho persuasivo-argumentativo e de adesão voluntária, a burocracia, baseada nos procedimentos hierarquicamente organizados, e a violência². Daí a pretensão do Estado moderno do monopólio na produção do Direito.

Não é ocioso destacar que ao poder judiciário cabe “dizer o direito”, tutelando direitos através da jurisdição, assim definida por Fredie Didier “função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”³. Assim, o papel fundamental do sistema judicial é garantir a certeza e a previsibilidade das relações jurídicas, clarificar e proteger os mais variados direitos.

² SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.10, p.12,13,26,1982.

³ DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil*. Vol.1. 15ª Edição. Juspodivum:Bahia, p.105, 2013

Contudo, diante da crise que enfrenta o judiciário brasileiro decorrente de sua incapacidade de compor satisfatoriamente as demandas a ele submetidas, nos deparamos com um movimento em prol de um maior “acesso à justiça”, em especial para aqueles em situação econômica desfavorável. A esse movimento convencionou-se chamar de “informalização da justiça”, paradoxalmente, guiada por “critérios de eficácia definidos pela lógica formal e estatista do Estado”⁴.

Uma das formas pertinentes à informalização do direito é a resolução alternativa de disputas (RAD), à exemplo de mecanismos como a conciliação, a arbitragem e a mediação. No presente estudo, contudo, nos focaremos nas conciliações judiciais. Tal instituto se propõe, através de atuação proativa do magistrado como facilitador do diálogo na transação, a pôr fim ao processo de forma célere, democratizar a justiça, reduzir o número de demandas judiciais e ampliar do exercício da cidadania; o que, por outro lado, contribui para descongestionar o judiciário.

Sendo vista como uma forma autocompositiva triangular, em que aparentemente a autonomia e vontade das partes na composição da lide deveria prevalecer, conta com o auxílio de um terceiro não interessado, no caso, um magistrado conciliador. A conciliação seria então “um momento prévio em que o Estado oferece um espaço e um momento para promoção do diálogo”⁵. Ressalte-se que as partes autonomamente buscam, no judiciário, uma maneira de pôr fim a controvérsia

A conciliação judicial se torna problemática, pois, o seu atrativo deriva, em grande parte, do fato de evitar a necessidade de um juízo⁶. Entretanto, para ter força entre as partes, os acordos necessitam da homologação do magistrado, e é dessa forma que as conciliações ganham força de decisão judicial, sob o manto da coisa julgada, apenas podendo ser desconstituídas através de ação rescisória.

Veja-se que o juiz homologa o acordo, comparando-o com a decisão judicial hipotética que ele mesmo teria prolatado para o caso. O magistrado conciliador firma, então, um posicionamento tomando como norte uma imaginária sentença para a qual não houve nos autos sequer a produção do conjunto probatório, documental ou testemunhal.

Não é ocioso destacar que não é direito subjetivo das partes que a alternativa proposta por elas seja homologada, estando a validade desta sujeita ao crivo do julgador. Aqui, a pesquisa será considerada em seu aspecto bastante peculiar, na medida em que consiste num estudo das práticas dos magistrados, desempenhando a função de conciliadores. Isso porque é exatamente no momento

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.30, p.26,1990

⁵ BRAGA NETO, Adolfo. Reflexões sobre a conciliação e a mediação de conflitos. In SALLES, Carlos Alberto de (Org.) **As grandes transformações do processo civil brasileiro: uma homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, p.488, 2009.

⁶ FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Madrid: Marcial Pons, p.139, 2007

da homologação da conciliação judicial que observamos o exercício da discricionariedade, tão peculiar à atividade jurisdicional. Ora, assim como o texto normativo, necessita de uma interpretação para ser efetivado, a conciliação não prescinde da homologação para ter força. Veja-se que “o juiz sempre se depara com várias soluções, ou seja, possibilidades distintas, mas de mesmo valor, da aplicação jurídica. Escolherá uma das soluções viáveis, por reputá-la a mais adequada”⁷

Observe-se ainda que, “a atividade judicial pode exercer, em certas e determinadas situações, uma atividade criativa do Direito, não através do exercício arbitrário da função jurisdicional, mas por autorização do próprio ordenamento jurídico”⁸. É exatamente esse o caso da conciliação, amplamente previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro, em dispositivos à exemplo da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e no Código de Processo Civil.

Não podemos olvidar que o direito é criação do Estado, uma manifestação de seu poder coativo de organização e, como tal, encontra existência na vida dos homens, é real, não imaginário. É neste cenário que entendemos que os pressupostos realistas se adequam a nossa análise, pois, como bem adverte Cardozo: “Se houver alguma lei anterior à soberania do Estado e portanto, superior a ela, não é a lei no sentido que concerne ao juiz ou a jurista, conquanto se possa falar de perto ao estadista ou ao moralista. Os tribunais são criaturas do Estado e de seu poder, e enquanto continuam a vida como tribunais devem obedecer à lei do seu criador”⁹

Para os realistas o direito seria fato social. Ainda compreende-se nesse termo a repulsa a teoria de que o juiz só aplicaria regras pré-estabelecidas, sendo vedada a criação de direito¹⁰. Neste trabalho, nos propomos a utilizá-lo como uma metodologia do direito. Como suporte para a verificação da hipótese de que a conciliação judicial aparece como mais uma forma do juiz dizer o direito do caso concreto, mascarada de uma alternativa a jurisdição tradicional, utilizaremos a pesquisa bibliográfica cotejada com a jurisprudência nacional e os textos normativos.

Sublinhe-se que mais do que qualquer outra decisão judicial, a homologação de uma conciliação é exposta, como a de qualquer tribunal, às influências extrajurídicas, demonstrando de forma cabal a existência de uma relação intrínseca do direito com os fatores sociais, culturais e históricos. Destaque-se ainda que a pretensão do realismo é demonstrar que os magistrados decidem

⁷ MELLO, Alessandra Lopes Santana de. Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los. In DIDIER, Fredie Jr *et al* (Coord.) **Ativismo judicial e garantismo processual**. Bahia: Juspodivum, p.59, 2013

⁸ SILVA, Paulo Henrique Tavares da. **A judicialização da política no Brasil e o comportamento decisional dos seus magistrados: o Judiciário como um ambiente micro-hegemônico e a contensão judicial - uma análise sob a perspectiva do materialismo histórico-dialético**. 2013. Tese - Universidade Federal da Paraíba, UFPB, Brasil.

⁹ CARDOZO, Benjamin Natan. **Evolução do Direito**. Belo Horizonte: Lider, p.35. 2004.

¹⁰ FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. 2009, p.28-56. Tese - Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Brasil.

baseados em diversos fatores, sendo os dispositivos legais apenas mais um deles. Essa variedade de fatores, incluindo aí os extrínsecos ao mundo jurídico, pode nos induzir a ideia errônea de que se trata de uma adesão do realismo a um irracionalismo na decisão, porém, “o direito não toma qualquer decisão e o que se discute são os seus limites dentro dos quais o juiz efetivamente pode-enquanto representação formal de um poder material – o Estado- criar direito novo”.¹¹

CONCLUSÃO

Podemos concluir, então, que sob uma ótica realista, a conciliação também se mostra como uma forma do magistrado dizer o direito no diante caso concreto, a partir da possibilidade da homologação, ou não, do acordo conciliatório para que este tenha validade. O que é feito a partir de uma decisão construída em seu íntimo, a partir da combinação de fatores sociais, históricos, culturais e normativos.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo. Reflexões sobre a conciliação e a mediação de conflitos. In SALLES, Carlos Alberto de (Org.) **As grandes transformações do processo civil brasileiro: uma homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, p.487-508, 2009.

CARDOZO, Benjamin Natan. **Evolução do Direito**. Belo Horizonte: Lider, 2004.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de direito processual civil**. Vol.1. 15ª Edição. Bahia: Juspidivum, 2013.

FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. **Realismo jurídico: entre teoria da norma e teoria da decisão**. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI, 2011, Belo Horizonte - MG. Anais do XX encontro nacional do CONPEDI. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2011. v. único. p. 9460-9471.

FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. 2009, p.28-56. Tese - Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Brasil.

MELLO, Alessandra Lopes Santana de. Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los. In DIDIER, Fredie Jr *et al* (Coord.) **Ativismo judicial e garantismo processual**. Bahia: Juspodivum, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do estado nos países capitalistas avançados. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.10, p.9-40,1982.

¹¹ FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. **Realismo jurídico: entre teoria da norma e teoria da decisão**. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI, 2011, Belo Horizonte - MG. Anais do XX encontro nacional do CONPEDI. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2011. v. único. p. 9467.

_____. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.30, p.13-43, 1990.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. **A judicialização da política no Brasil e o comportamento decisional dos seus magistrados: o Judiciário como um ambiente micro-hegemônico e a contenção judicial - uma análise sob a perspectiva do materialismo histórico-dialético**. 2013. Tese - Universidade Federal da Paraíba, UFPB, Brasil.

INFLUÊNCIAS HEIDEGGERIANAS NO PRAGMATISMO JURÍDICO

HEIDEGGER'S INFLUENCE ON LEGAL PRAGMATISM

Lauro Ericksen¹

RESUMO

Apresenta-se a relevância de se promover uma conexão entre a fenomenologia e o existencialismo de Martin Heidegger e a estruturação e a conceituação do pragmatismo jurídico. Objetiva-se, de maneira mais geral perscrutar a conceituação de verdade na filosofia heideggeriana, expondo os seus elementos mais básicos e o seu entendimento como sendo um desvelamento do ente e a correlação desse entendimento com o pragmatismo jurídico. De maneira mais específica, objetiva-se apresentar tais contornos de verdade como pontos de prevalência nas decisões judiciais e jurisdicionais que ancoram o pragmatismo (em sua tríade conceitual: concontextualismo, consequencialismo e anti-fundacionismo), com apoio nos critérios de conveniência e plausibilidade em sede decisória. Utiliza-se a metodologia própria do pragmatismo jurídico para fazer o resgate da influência heideggeriana, principalmente em termos de anti-funcionalismo, ao explicitar o caráter anti-metafísico e contrário a qualquer concepção universalista e engessadora do pensamento filosófico-jurídico colocado em relevo nas decisões judiciais. Apontam-se, como resultados obtidos com a pesquisa efetuada, que o pragmatismo jurídico, em sua construção teórica e estrutural, possui muitos elementos advindos da filosofia de Martin Heidegger, e que seus desdobramentos são de ordem fenomenológica e existencial, de acordo com os elementos de validade propostos pela teoria pragmática do direito. Conclui-se que a influência heideggeriana é latente na conformação e conceituação do pragmatismo jurídico nos moldes hodiernos.

Palavras-chave: Pragmatismo Jurídico; anti-fundacionismo; verdade.

ABSTRACT

¹ ERICKSEN, Lauro. Graduado em Direito (UFRN), Especialista em Direito e Processo do Trabalho (UCAM-RJ), Mestre em Filosofia (UFRN), Doutorando em Filosofia (UFRN). Professor da Universidade Federal Rural do Semi Árido. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região.

The work shows the relevance of the promotion of a presumed connection between Heidegger's phenomenology and existentialism and the Legal Pragmatism. It aims, as main and open object, to engender the concept of truth, in Heidegger's point of view, exposing its core and pivotal elements, also positing it as unveiling of the being and its correlative understanding in the legal pragmatism. In a more specific way, the work focuses on showing afore mentioned details of truth as prevalent points on judicial and juridical decisions that moor the legal pragmatism (as a conceptual triad: contextualism, consequentialism and anti-foundationalism), finding providence in the convenience and plausibility as pragmatical decision criterion. It utilizes the own methodology of legal pragmatism to make a revival of heideggerian philosophy on practical aspects of this theme. It is emphasized on the anti-foundational aspect of legal pragmatism, on the explicit content of its anti-metaphysical character and against any kind or form of universalism concept, something put in relevance on the analysis of truth in the juridical decisions. It points out, as results achieved from the research done, that the legal pragmatism has many pivotal elements, in its structural and conceptual construction, gathered from the philosophy of Martin Heidegger, and its derivative knowledge have phenomenological and existential features, according to the elements of truth as proposed by the legal pragmatism. It concludes that Heidegger's influence is highly notable in the legal pragmatism theory.

Keywords: Legal pragmatism; anti-foundationalism; truth.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo primordial de fazer uma recapitulação das influências da filosofia de Martin Heidegger na estruturação e conceituação hodiernas do pragmatismo jurídico. Assim, a partir da noção de verdade como desvelamento proposta pelo filósofo alemão, tem-se, conforme se pode observar, um enfraquecimento da noção absoluta de verdade como adequação entre um apontamento que se refere ao sujeito e ao objeto, para se passar a ter o entendimento de que a verdade é desvelada fenomenologicamente.

Com base nesses elementos filosóficos, de que a verdade é uma construção histórica da realidade, e uma percepção fenomenológica dessa mesma realidade, postula-se que a construção do direito, principalmente através das decisões judiciais, também é uma forma de se encontrar a verdade nos moldes postos filosoficamente. Ou seja, a verdade relevante do ponto de vista judicial e jurisdicional é aquilo que é decidido por um conjunto de membros aptos a desvelá-la, isto, as decisões judiciais representam a verdade contida nos pronunciamentos jurídicos, atreladas a critérios de conveniência e plausibilidade, e não mais a elementos metafísicos de adequação.

Como resultados, denota-se que a formação estrutural e conceitual do pragmatismo jurídico se encontra diretamente atrelada à fenomenologia e ao existencialismo contemporâneo, sendo essa a sua gênese filosófica e o principal elemento de conformação teórica de sua fundamentação.

1 A VERDADE DESVELADA: CONVENIÊNCIA E PLAUSIBILIDADE DA VERDADE

Inicialmente, para uma compreensão mais acurada do tema proposto, é necessário pontuar que Heidegger² critica os posicionamentos cartesianos de correspondência ao propor uma nova forma de analisar os elementos fáticos, segundo a sua teoria da analítica-existencial. Segundo essa teorização, não há mais que se colocar a “verdade fática” de acordo com pressupostos de adequação entre o juízo emitido sobre algo e seus enunciados. Segundo Heidegger, há uma “facticidade” própria em cada análise da verdade que não necessita que a ela seja posta segundo esses critérios de adequação, ela é encontrada sem essa intermediação.

Essas explicações de índole fenomenológica são importantes para se compreender que os fatos a serem perscrutados em consentâneo com o princípio da primazia da realidade estão colocados sem uma interdependência de que se encontre uma adequação entre o que ocorre na realidade, e a capa de formalização a ser combatida (de acordo com as concepções cartesianas anteriormente vistas), dada a sua compreensão de ser “anti-fundacional”³. Assim sendo, a verdade erigida desse processo analítico é suficiente, por si mesma, a justificar toda e qualquer aplicação que possa ser feita com os fatos encontrados. Ou seja, a verdade passa a ser desvelada, e não simplesmente adquirida segundo preceitos de adequação. O desvelamento do ente e conseqüente encontro com a verdade contida nos fatos analisados é que passa a ser importante⁴, aliás, imprescindível para que qualquer resolução prática seja tomada ao se perscrutar casos concretos. Afinal, a própria concretude dos elementos “fáticos” analisados, com essa nova estruturação do ser do ser que nomeia o ente que é o homem (ou seja, o ser-aí), é que se vislumbra a possibilidade de uma nova apresentação lógica da realidade que não dependa mais da verdade imposta pela filosofia cartesiana que está calcada na dicotomia sujeito-objeto e que vincula toda a verdade à adequação supostamente existente entre enunciado e juízo⁵. Assim, fornece-se um novo padrão de análise para todo e qualquer elemento factual que seja caro à análise jurídica mais comezinha.

² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 63.

³ ORKRENT, Mark. **Heidegger's Pragmatism: Understanding, Being and The Critique of Metaphysics**. Ithaca: Cornell University Press, 1988, p. 223.

⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 143.

⁵ ERICKSEN, Lauro; LYCURGO, Tassos. **Filosofia do Direito**. Bauru: Edipro, 2011, p. 112.

O principal conceito combatido por Heidegger em sua análise anti-metafísica perpetrada na primeira fase do seu pensamento reside no ataque ao tradicional conceito da essência da verdade consistir na concordância entre o juízo e seu objeto. Isto é, ele contesta vorazmente a concepção de que o lugar da verdade é o enunciado (ou seja, o juízo). Partindo da premissa de que a separação promovida pela dúvida hiperbólica de Descartes⁶, a qual gera indiscutivelmente a dicotomia do sujeito contraposto ao objeto, é na verdade uma falácia, Heidegger começa a questionar a existência de uma adequação entre o discurso do sujeito e a sua referente indicação objetiva. Para o filósofo alemão em tela, não há como se ter nenhuma certeza dos enunciados tratados nessa perspectiva da adequação entre o sujeito e o objeto, pois, se assim fosse embasada qualquer concepção filosófica sobre esse tema, de maneira inexorável, haver-se-ia de se recair nos meandros da metafísica. Nessa trilha, o seu escopo consiste em superar esse esquecimento da questão do ser (*oblivion of the being*), calcada na distinção do esquecimento entre o ser e aquilo que é⁷, para que se possa perscrutar uma definição de verdade que não esteja atrelada à tradição metafísica que tanto tratou de entificar, através dos juízos de adequação, o próprio ser.

Desta feita, observa-se, inelutavelmente, que Heidegger está a criticar de maneira incisiva toda a tradição calcada no elemento racional de validade da assertiva da verdade que conjuga a realidade a partir de uma adequação entre um enunciado e seu objeto. Heidegger vai à busca de um sentido de verdade ainda mais originário, o qual está para além da mera concordância, no qual a enunciação e a coisa se conformam, ela se encontra na abertura do desvelamento, onde o ente se mostra, em sua abertura, ou seja, está no âmbito de aparição do ente, onde o ser do ente o Dasein se encontram⁸. Essa é a base para o desenvolvimento, ainda filosófico, da verdade para Heidegger, pois ele lança as bases para uma definição de verdade, mas que não se encontra atrelado às conceituações metafísicas, sendo um pensamento, portanto, eminentemente anti-metafísico.

Por causa dessa retomada da raiz grega da verdade como desvelamento, a verdade para Heidegger é tida como uma “verdade declarativa” (APEL, 2000, p. 49), haja vista que ela segue o esquema segundo o qual uma declaração é verdadeira quando ela revela e “des-cobre” (no sentido de retirar aquilo que o está encobrindo) o ente de maneira tal como ele é em si mesmo. Sendo certo que Heidegger amplia essa definição de verdade no sentido de ser conceito do "estar-aberto" do Dasein ou de uma "clareira" do ser, a partir de elementos segundo os quais o Dasein desvela o ente para si e com ele passa a interagir, até mesmo coletivamente em seu círculo de interação. Em

⁶ DESCARTES, René. **Meditações Sobre Filosofia Primeira**. Trad. Fausto Castilho. Campinas: CEMODECON-UNICAMP, 2004, p. 35.

⁷ DREYFUS, Hubert; WRATHALL, Mark. **A Companion to Heidegger**. Malden: Blackwell, 2005, 123.

⁸ MICHELAZZO, José Carlos. **Do um Como Princípio ao Dois Como Unidade: Heidegger e a reconstrução ontológica do real**. São Paulo: Annablume, 1999, p. 139.

síntese, há de se compreender que a verdade, no sentido heideggeriano, assim como enuncia Peyman Vahabzadeh⁹, se mostra no conflito entre o ocultamento e o desocultamento, entre a presença e a ausência. Ou seja, ela é permeada, e não simplesmente dada, correspondida ou adequada a uma sistemática de aprisionamento do ente em seu próprio ser.

2 A VERDADE POSTA NO MUNDO JURÍDICO: O CARÁTER ANTIFUNDACIONAL PRAGMATISMO

O pragmatismo jurídico é decorrente do realismo jurídico, uma escola jurídica norte-americana que prezava pela instrumentalidade do direito. Como pilares do pragmatismo jurídico podem-se apontar: o contextualismo, o consequencialismo e o anti-fundacionismo. Todos os três são elementos constitutivos do pensamento pragmático na seara jurídica, todavia, o enfoque primordial do trabalho em relevo há de se focar na questão do anti-fundacionismo. Ainda assim, é de grande valia percorrer brevemente os outros dois conceitos. O contextualismo tem o intento de livrar o campo jurídico tanto da premissa positivista de apego legal quanto de evitar o relativismo valorativo que inviabiliza a emissão de uma decisão judicial minimamente válida¹⁰ (RIVADENEIRA, 2008, p. 39). Assim, por meio da superação da distinção entre sujeito e objeto dada por Martin Heidegger, e explanada com maiores pormenores na seção anterior, supera-se o compromisso ontológico-transcendental em prol de uma apresentação fenomenológica do próprio direito. O contexto importante para uma decisão judicial é a conflagração das necessidades humanas e sociais presentes numa determinada situação juridicamente relevante.

O elemento consequencialista do pragmatismo jurídico é de ordem lógica, nas palavras de John Dewey – citado por Neil MacCormick¹¹ – “uma lógica da antecipação de probabilidades antes que da dedução de certezas”. Isto é, o método pragmático consiste em uma lógica atinente às consequências daquilo que se decide, e não, apenas aos elementos antecedentes à própria decisão. Desse modo, o que é de grande valia no contexto decisório do direito são os resultados da aplicação das normas, e não a prova de sua dedução de uma norma positiva mais geral e abstrata. Nesse sentido, a norma positiva não é desprezada ou despicienda, no entanto, ela é apenas mais um dos elementos práticos que interferem no desvelamento da verdade a ser judicialmente exarada.

⁹ VAHABZADEH, Peyman. **Articulated Experiences: Toward a Radical Phenomenology of Contemporary Social Movements**. Albany: SUNY Press, 2003, p. 149.

¹⁰ RIVADENEIRA, Rodolfo Arango. **Derechos Humanos como Límite a la Democracia: Análisis de la Ley de Justicia y Paz**. Bogotá: Norma, 2008, p. 39.

¹¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrad Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 142.

O último pilar do pragmatismo jurídico, o anti-fundacionismo (ou anti-fundacionalismo, como escrevem alguns autores) é o elemento em que mais se percebe, diretamente, a influência heideggeriana na conformação dessa escola/teoria jurídica (pragmatismo). O anti-fundacionismo consiste na necessidade de se superar a entificação metafísica, a colocação da verdade como algo apriorístico e o destacamento do pensamento filosófico e jurídico do apego a dogmas e fundamentações absolutas. É com essa perspectiva que os critérios decisórios do pragmatismo jurídico findam por consistir em conveniência e plausibilidade daquilo que vem a ser posto como válido em seus efeitos práticos. Dito de outra forma, a verdade contida nas decisões jurídicas serão sempre convenientes e plausíveis para aquele determinado círculo social em que ela será prevalente.

Por causa do caráter anti-fundacional, o pragmatismo jurídico não se interessa em construir verdades universais, tal como os antigos metafísicos objetivavam. Seu anseio normativo é muito mais singelo, e, como o próprio termo alude, muito mais prático. Não se ancorar em elementos pré-definidos, uma das características da fenomenologia heideggeriana, é mandatório para que a construção decisória do pragmatismo jurídico se renove e se recicle de acordo com as progressões e transformações históricas.

Neste passo, há de se notar que o pragmatismo também possui uma herança existencial (e não apenas fenomenológica) de Martin Heidegger, isso porque ao se ter a noção consequencialista escorada na verdade como um elemento não-fundacional, há de se levar em conta que o horizonte de possibilidades lançadas por qualquer provimento decisório será de sobremaneira influente no direcionamento de cada um dos atingidos por aquele provimento. Assim, as consequências são sopesadas e ponderadas em função daquilo que elas podem repercutir de efetivo na vida cotidiana das pessoas. De modo a se compreender que a verdade exarada nas decisões judiciais são sempre construídas como sendo plausíveis e convenientes, em função das suas consequências, e não apenas encontram-se fundadas em postulações ou elucubrações teóricas antecipadas.

CONCLUSÃO

Derradeiramente, ao levar em consideração os elementos básicos que estruturam o pragmatismo jurídico, é bastante simples e clarificado que essa escola jurídica possui em sua conceituação elementos de origem filosófica heideggeriana bastante vívidos. Essa característica é denotada, principalmente, ao se observar como o seu pilar anti-fundacional se encontra posto dentro de sua apresentação da realidade jurídica e de como a verdade é tratada nos pronunciamentos judiciais e jurisdicionais.

Assim sendo, há de se por a ressalva que o presente trabalho possui o intento mais específico de apresentar o pragmatismo jurídico como sendo uma teoria em prol da aplicação da teoria jurídica, como um método que se propõe a analisar logicamente as implicações de suas decisões, e como está prática afeta diretamente aqueles que dela são destinatários. Deste modo, o enfoque é dado mais aos seus pressupostos teóricos que a pormenorizações técnicas propriamente ditas.

REFERÊNCIAS

APEL, Karl-Otto. **Transformação da Filosofia**. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.

DESCARTES, René. **Meditações Sobre Filosofia Primeira**. Trad. Fausto Castilho. Campinas: CEMODECON-UNICAMP, 2004.

DREYFUS, Hubert; WRATHALL, Mark. **A Companion to Heidegger**. Malden: Blackwell, 2005.

ERICKSEN, Lauro; LYCURGO, Tassos. **Filosofia do Direito**. Bauru: Edipro, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrad Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MICHELAZZO, José Carlos. **Do um Como Princípio ao Dois Como Unidade: Heidegger e a Reconstrução Ontológica do Real**. São Paulo: Annablume, 1999, p. 139.

ORKRENT, Mark. **Heidegger's Pragmatism: Understanding, Being and The Critique of Metaphysics**. Ithaca: Cornell University Press, 1988.

RIVADENEIRA, Rodolfo Arango. **Derechos Humanos como Límite a la Democracia: Análisis de la Ley de Justicia y Paz**. Bogotá: Norma, 2008.

VAHABZADEH, Peyman. **Articulated Experiences: Toward a Radical Phenomenology of Contemporary Social Movements**. Albany: SUNY Press, 2003.

PRAGMATISMO JURÍDICO: A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA FORMA DE ENTENDER O DIREITO

Lorena de Moura Cavalcante¹
Mariana de Oliveira Simões²

RESUMO

O presente artigo visa descrever e demonstrar as principais evidências do método pragmático dentro das concepções do pós-positivismo e do realismo jurídico, evidenciando as influências que essa nova abordagem traz ao ordenamento jurídico na construção das decisões judiciais, baseando-se em um arcabouço teórico de autores que contribuíram para esta nova fase do direito. Com o intuito de demonstrar a prática do que foi exposto, trouxemos ao texto uma pequena análise de uma sentença jurídica que demonstra a fundamentação do magistrado a partir de valores vigentes em épocas atuais. Por fim, a seguinte abordagem não tem a intenção de esgotamento do tema, afinal esse “novo” conjunto de ideias, muitas vezes divergentes ainda está em um longo processo de construção e padece de pensadores e eventuais melhoramentos.

Palavras-chave: Método pragmático; pós-positivismo; realismo jurídico; direito; sentença judicial; valores; processo de construção.

ABSTRACT

This article aims to describe and demonstrate the main evidence of the pragmatic method within the conceptions of post-positivism and legal realism, showing the influences that this new approach brings to the legal construction of judgments, based on a theoretical framework authors who contributed to this new phase of law. In order to demonstrate the practice of the foregoing, we brought the text a little analysis of a sentence demonstrates the legal reasoning of the magistrate from values existing in current times. Finally, the following approach is not intended to exhaust the subject, after all this "new" set of ideas, often divergent is still a long process of construction and suffers from thinkers and possible improvements.

¹ Estudante de Direito da Universidade Federal de Alagoas. FDA. lorenamoura_18@hotmail.com.

² Bacharela do curso de direito pela faculdade de direito de Maceió, Pós-graduada em História do direito e mestranda em ciência política. mariana.oliveira.simoes@gmail.com.

Keywords: Method pragmatic; post-positivism; legal realism; law; court order; values; construction process.

INTRODUÇÃO

Os novos tempos trouxeram a sociedade o maior desejo por reivindicações referentes à democracia, antigamente a concepção do Direito poderia ser entendida como o fruto da vontade do poder, e que por isso a norma deveria ser aplicada de forma mecânica na solução dos conflitos, ignorando desta forma, a realidade econômica e social do indivíduo.³

Com o processo de democratização, os operadores do Direito tiveram que lidar com o conflito de interesses e de valores de uma sociedade pluralista e complexa, na qual agora a norma jurídica reflete a vontade desta sociedade envolvendo em sua aplicação critérios meta-jurídicos.⁴ Desta forma, estudiosos da matéria, impulsionados pelo forte desejo de encontrar as tais respostas que solucionem a problemática dos tempos atuais, criam algumas correntes voltadas para a busca do direito como reflexo da sociedade.⁵

Ocorre portanto, no ordenamento jurídico uma passagem de um modelo de interpretação de cunho objetivista, que trabalha com conceitos ensimesmados, para um modelo transformador que tem como missão principal realizar uma profunda alteração no modo de pensar e principalmente de aplicar o Direito.⁶

1 A PROPOSTA PÓS-POSITIVISTA

Mesmo os operadores do Direito, mais do que conscientes desta evolução no pensamento jurídico, se sabem de certo, que a interpretação tradicionalista não está derrotada ou superada como um todo, pelo contrário, é justamente nesta antiga interpretação que se resolve boa parte das questões envolvendo o Direito, ocorre que, nos últimos tempos as categorias tradicionais da interpretação jurídica não conseguem mais se ajustar às soluções de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade legal.⁷

³ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes, *Revista Faculdade de Direito da UFPR – Volume 39, Coleção Acadêmica de Direito*, Editora Síntese, 2003. pp.171-188

⁴ Ibid.

⁵ BARROSO, Luís, Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, Anuário Iberoamericano de justiça constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 5ª edição, ano 2005.

⁶ Ibid.

⁷ BARROSO, Luís, Roberto, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: O triunfo do Direito Constitucional no Brasil*, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p. 233-289.

E foi a partir desta notável dificuldade de se adequar a norma ao caso concreto, que deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico.⁸

Portanto, os princípios ganham status máximo na corrente pós-positivista, superando a crença de que seriam apenas uma dimensão puramente axiológica e sem nenhuma eficácia ou aplicabilidade no âmbito jurídico, eles passam a partir de agora a ser a materialização dos valores de uma sociedade postos sob a forma de norma, em um ordenamento jurídico.⁹

Para a corrente tradicional, ou também chamado de “positivistas”, o modelo adequado para se explicar a estrutura de um sistema legal é o modelo de regras, elas devem se correlacionar de forma fechada com uma solução padrão de um caso em concreto, entretanto, a evolução do pensamento jurídico nos trouxe os *princípios* como forma de explicar a estrutura de um sistema legal, ou seja, os princípios atuam no ordenamento jurídico dando sentido às regras já consolidadas.¹⁰

Nesta quadra, um importante filósofo que trouxe grande contribuição para o tema chama-se Ronald Dworkin, sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou reconhecimento universal e passou a servir de base para a construção da matéria, seus ideais diferenciados são motivados pela não concordância com o pensamento positivista, desta forma, o jus filósofo vai construir um meio alternativo ao método tradicional de interpretação jurídica.¹¹

Em sua teoria interpretativa, Dworkin rejeita por completo o uso da discricionariedade atribuída aos operadores do Direito, o autor critica o procedimento do positivismo e argumenta que o juiz não é legislador, pois as atividades desempenhadas por cada uma dessas práticas são completamente diferentes, uma vez que, a prática judicial é informada por argumentos de princípios, destinados a estabelecer direitos individuais, enquanto que a prática legislativa é informada por argumentos políticos, destinados a descrever direitos coletivos.¹²

2 UMA ABORDAGEM SOBRE REALISMO

⁸ Ibid.

⁹ Ibid. p.32

¹⁰ Ibid.

¹¹ MARTINHO, Sandra Rodrigues, *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin (uma abordagem)*, Editora Almedina.

¹² Ibid. p. 17

Assim como o pós-positivismo o realismo jurídico é uma forma de expressão do pragmatismo no âmbito do direito, ambas as teorias convergem no sentido de que a lei constituiria um contínuo processo ou adaptação experimental de tomada de decisão em determinados casos, numa tentativa de chegar a soluções que sejam corretas apenas no sentido de que realmente funcionaram no contexto social em que agiram.

Na perspectiva do realismo jurídico o estudo do direito se centraliza no papel do juiz, interessando-se pelo direito aplicado concretamente nos tribunais. Por ter o direito como produto de decisões judiciais, é importante que seu estudo se ocupe em analisar decisões judiciais anteriores (precedentes) e em prever como certas questões prováveis serão decididas, tais decisões devem estar fundamentadas em normas jurídicas que serviram de instrumento para a análise e resolução dos conflitos.

O estudo dos precedentes é de grande eficácia para a construção da decisão judicial, pois através do conhecimento deste o juiz irá comparar o caso que tem diante de si com os precedentes arquivados em sua mente ou ocultos nos textos legais¹³, e a partir dessa construção a sentença de construída se tornará referência e traçará parâmetros para futuras decisões judiciais, a prática do direito criado pelos tribunais propõe suprir as omissões e injustiças e harmonizar a lei com o caso concreto buscando a solução mais justa e adequada para este. De acordo com Benjamin Cardozo, entre os princípios que devem guiar as decisões judiciais o mais utilizado deve ser a “regra da analogia ou o método da filosofia”.

“Dado um grande número de julgamentos sobre tópicos afins, o princípio que os unifica e racionaliza tem uma tendência, e uma tendência legítima, a projetar-se e estender-se a novos casos dentro dos limites de sua capacidade de unificar e racionalizar. Tem a primazia que advém da sucessão natural, regular e lógica”¹⁴

Os intérpretes judiciais podem recorrer a elementos externos ao texto constitucional na atribuição de sentido a constituição, como as mudanças na realidade ou os valores da coletividade. Em oposição, a aplicação mecânica e neutra do direito temos o pragmatismo que trata-se de uma modalidade de interpretação constitucional que procura produzir resultados que sejam bons para o presente e para o futuro.¹⁵ Buscando a decisão que gere melhores consequências práticas, não a que seja necessariamente determinada no texto constitucional, essa modalidade é consequencialista e contextualista destacando as consequências da decisão, devendo ser avaliado o contexto em que esta se insere, de modo que a lei deve estar aberta a reconsiderações a partir de uma leve mudança no hábito da mente pública. “O pragmatista afasta-se da abstração e da insuficiência, das resoluções

¹³CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. Martins Fontes. 1º Edição. Ano 2004.

¹⁴Ibid

¹⁵Barroso, Luis Roberto. *Curso de constitucionalismo contemporâneo*. Saraiva. 2º Edição. Ano 2010.

verbais, das más razões a priori, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensão ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder. “¹⁶

No âmbito do direito o pragmatismo fez suas primeiras incursões por meio daquilo que ficou conhecido como o realismo jurídico do Oliver Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo. O termo realismo jurídico é utilizado para descrever a teoria e a prática desses juristas devido à resistência que demonstraram ao formalismo excessivo da tradição jurídica americana. O pragmatismo no direito teve sua primeira representação com Oliver Wendell Holmes Jr. e é dele o mais famoso aforismo jurídico norte-americano, que nos dá conta de que o direito não é lógica, é experiência.¹⁷

Para Holmes, conhecer o direito é saber de antemão como os juízes vão julgar determinados casos, para ele o juízo da previsibilidade constitui o núcleo do exercício dos juristas, a partir dessa ideia podemos fazer uma relação com a importância do estudo das decisões anteriores e das hipotéticas futuras, na medida em que, esse estudo irá trazer conhecimento sobre os casos precedentes e sua aplicação em futuros casos a partir do uso da analogia, já explicitadas anteriormente na análise do realismo jurídico.

O uso do método pragmático no direito pode ser identificado em Holmes a partir da metáfora do bandido, na medida em que ele define que o bandido, o fora da lei é o consumidor do direito, e para conhecer o direito basta olhar para a situação como um criminoso, que foca sua atenção apenas nas conseqüências práticas e materiais e não como uma pessoa correta que encontra razões para sua conduta. “O homem mau, ver-se-á que ele pouco liga para axiomas ou deduções, mas quer efetivamente saber o que provavelmente farão de fato os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra.”¹⁸

A crítica ao formalismo jurídico é fundamentada no processo de formação da decisão judicial, defendida por essa corrente como mera operação silogística na qual uma relação puramente reflexiva entre norma abstrata e caso concreto é quem produziria, dedutivamente, a decisão, estando em oposição com o processo compreendido pelo realismo que entra na discussão de aspectos externos que interferem na decisão judicial, enxergando o direito como um fenômeno social, intimamente relacionado a todos os outros aspectos da vida humana, não podendo o juiz, por conseguinte, ficar alheio às contribuições das outras ciências sociais.

Em “The Common Law”, Holmes critica o formalismo e explicita que a decisão judicial não é mera aplicação de um precedente, um bom juiz julga de acordo com os padrões da sociedade.

¹⁶JAMES, William. *O que significa pragmatismo?* Martin Claret. 1º Edição. 2003.

¹⁷FREITAS, Lorena. *Cap.3 As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. O judiciário e o discurso dos direitos humanos.* Universitária UFPE. 2º Edição.2012.

¹⁸HOLMES, Oliver Wendell. **The common law.** Boston: Little Brown, 1881.

“Proposições gerais não decidem casos concretos. A decisão dependerá de um julgamento ou intuição mais sutil do que qualquer premissa maior articulada.”¹⁹

3 O DIREITO COMO PRÁTICA JUDICIAL

No que concerne às decisões judiciais, se percebe com muito mais frequência a utilização dos valores e a práticas sociais vigentes, como forma de fundamentação judicial para a modificação do texto legal conforme veremos a seguir:

RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA – BENS DE FAMÍLIA – LEI N. 8009/90 – ÚNICO IMÓVEL DA FAMÍLIA LOCADA A TERCEIROS – IMPENHORALIDADE – PRECEDENTES.

Predomina nesta egrégia Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual a locação a terceiros do único imóvel de propriedade de família não afasta o benefício legal da impenhorabilidade do bem de família e, em hipótese que tais, a renda proveniente do aluguel pode ser utilizada para a subsistência da família, ou mesmo para o pagamento de dívidas (cf. REsp 462.011/PB, da relatoria deste Magistrado, DJ 02.02.2004). “Dentro de uma interpretação teleológica e valorativa, calcada inclusive na teoria tridimensional do Direito – Fato, valor e norma (Miguel Reale), faz jus aos benefícios da lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando, que o objetivo da norma, foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família” Recurso Especial Improvido.²⁰

Desta forma, conforme analisado na RESP. 445990/MG, o magistrado neste caso, como forma de fundamentação de sua decisão, baseou-se a partir de critérios meta-jurídicos, e com isso, o operador do Direito decidiu o caso concreto modificando o texto legal a partir de valores que não eram vigentes ao tempo da criação da norma, e que hoje possuem importante valoração na sociedade.

CONCLUSÃO

Desta forma, é de notável compreensão que as novas perspectivas do ordenamento jurídico traz substancial influência para formação de uma moderna hermenêutica, contudo, a sua maior dificuldade estar em formular uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os

¹⁹Ibid.

²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, RESP. 445990/MG Segunda turma recorrente: Fazenda pública do Estado de Minas Gerais, Recorrido: Mario Henrique de Brito Aguiar, Relator(a): Min. Franciulli Netto, Brasília, 09 de novembro de 2004, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>> acessado em 19/02/2011.

interlocutores, sendo certo, que seu processo interpretativo não tem mais como personagens apenas os juristas, mas agora, toda comunidade participa ativamente deste novo processo de elaboração.²¹

Percebemos que o sistema jurídico diante do avanço e das transformações ocorridas no Direito, não se viu com outra alternativa, senão a de modificação em sua forma de pensar e principalmente de aplicar a norma legal, com isso, o papel da lei deixa de ser um mero relato abstrato do texto normativo, e os juízes passam a se tornar coparticipantes no processo de criação do Direito, estas transformações tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas pela “nova hermenêutica” através dos fatos ocorridos continuamente na sociedade, das cláusulas gerais, dos princípios, da ponderação e da argumentação.²²

Em suma as teorias que buscam o pragmatismo jurídico nos proporciona um conjunto amplo de transformações ocorridas na sociedade, estas modificações se fazem mais do que necessárias, mas sim imprescindíveis para a evolução do nosso ordenamento jurídico.²³

Por fim, inseridos em um contexto de mudanças e novas perspectivas, se faz mais do que necessário o acompanhamento cauteloso do Direito nesta evolução social, para que desta forma, o ordenamento jurídico não se torne uma pedra no caminho da sociedade, e sim um instrumento que possa ser utilizado a fim de proporcionar uma melhor solução aos desafios de uma nova era. Neste contexto, segundo o autor Luís Roberto Barroso;

“A lógica natural é uma das profundas marcas deixadas pela nova geração, a velocidade da transformação, a profusão de ideias, a crise existencial, a multiplicidade das novidades, vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida, os tempos não andam propícios para doutrinas, e sim, para mensagens de consumo rápido, para jingles, e não para sinfonias, o Direito vive uma grande crise existencial, de fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era”.²⁴

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís, Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, Anuário Iberoamericano de justiça constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 5º edição, ano 2005.

BARROSO, Luís, Roberto, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: O triunfo do Direito Constitucional no Brasil*, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXI, Coimbra, 2005.

²¹Ibid, apud HABERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, 1997.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ BARROSO, Luís, Roberto, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: O triunfo do Direito Constitucional no Brasil*, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p. 233-289

FREITAS, Lorena. *Cap.3 As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Universitária UFPE. 2º Edição.2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de constitucionalismo contemporâneo*. Saraiva. 2º Edição. Ano 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, RESP. 445990/MG Segunda turma recorrente: Fazenda pública do Estado de Minas Gerais, Recorrido: Mario Henrique de Brito Aguiar, Relator(a): Min. Franciulli Netto, Brasília, 09 de novembro de 2004, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> acessado em 19/02/2011>.

CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. Martins Fontes. 1º Edição. Ano 2004.

HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little Brown, 1881.

JAMES, William. *O que significa pragmatismo?* Martin Claret. 1º Edição. 2003.

MARTINHO, Sandra Rodrigues, *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin (uma abordagem)*, Editora Almedina.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes, *Revista Faculdade de Direito da UFPR – Volume 39, Coleção Acadêmica de Direito*, Editora Síntese, 2003.

O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO CONFIRMAÇÃO DA TESE REALISTA DE QUE DIREITO É O QUE O JUIZ DIA QUE É DIREITO

Luize Êmile Cardoso Guimarães¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do transconstitucionalismo apresentado por Marcelo Neves, com enfoque na sua aplicabilidade em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos à luz do realismo jurídico norte americano. Nesse âmbito, o problema de pesquisa gira em torno da busca por descobrir se o transconstitucionalismo pode representar uma confirmação da tese realista de que direito é o que o juiz diz que é direito. Para tanto, trabalha-se com uma hipótese afirmativa, a qual será testada a partir de um dos casos concretos apresentados na obra *Transconstitucionalismo*, do autor acima referido.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo; ordens jurídicas; realismo jurídico.

ABSTRACT

The present work aims to study the transconstitucionalismo presented by Marcelo Neves, focusing on its applicability in a global legal system of multiple levels in light of the North American legal realism. In this context, the research problem revolves around the quest to discover the transconstitucionalismo may represent a confirmation of the realist thesis that law is what the judge says is right. Therefore, we work with a hypothesis statement, which will be tested from a concrete cases presented in the work *Transconstitucionalismo*, the author above.

Keywords: Transconstitucionalism; orders legal; legal realism.

INTRODUÇÃO

O último século trouxe consigo o aumento da complexidade das relações entre os Estados, os quais têm se deparado com questões de interesses comuns e necessitam de instrumentos hábeis a

¹Aluna do Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas – PPGCJ da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Área de concentração: Direito Econômico.

solucioná-las. Problemas envolvendo determinações constitucionais estatais ultrapassam os limites fronteiriços e requerem uma interação entre os envolvidos.

Nesse contexto, Marcelo Neves nos apresenta o transconstitucionalismo, fenômeno que intitula uma de suas obras e que representa a comunicação entre ordens jurídicas diversas a fim de encontrar a solução para problemas comuns, os quais, muitas vezes, têm natureza constitucional, tornando assim ainda maiores os desafios dessa inter-relação.

Especificamente, ganhará enfoque neste trabalho o capítulo IV da obra supra cujo tema abrange o transconstitucionalismo em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, buscando-se verificar se existe relação entre esta perspectiva do transconstitucionalismo e a teoria do realismo jurídico, cuja tese assevera que *direito é o que o juiz diz que é direito*.

O intuito deste trabalho é, portanto, testar a tese realista ao transconstitucionalismo de Marcelo Neves a partir da análise do caso que envolveu o direito constitucional francês, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, também presente na obra em pauta. Para tanto, nossa hipótese inicial é afirmativa, no sentido de que a tese realista pode ser confirmada a partir do caso prático exemplificado.

Assim sendo, a primeira parte deste trabalho dedica-se a uma exposição mais detalhada daquilo que o professor Marcelo Neves denomina transconstitucionalismo, a fim de que se compreenda com clareza a aplicação prática destes conceitos no caso posteriormente analisado.

Em seguida, considerando a pretensão de verificarmos a aplicabilidade da tese realista ao transconstitucionalismo, sucintamente apresentaremos o realismo jurídico norte americano, bem como suas influências pragmáticas, à luz do pensamento dos teóricos: Charles S. Peirce, William James, Oliver W. Holmes e Benjamin N. Cardozo.

Finalmente, será analisado à luz do realismo jurídico, o caso supra envolvendo o direito constitucional francês, exposto por Marcelo Neves, com o intuito de verificarmos a hipótese inicialmente apontada.

1 TRANSCONSTITUCIONALISMO: CONCEITO E APLICABILIDADE EM UM SISTEMA JURÍDICO MUNDIAL DE NÍVEIS MÚLTIPLOS

O conceito de transconstitucionalismo pode ser analisado a partir de sua tendência ao envolvimento de mais de duas ordens jurídicas na solução de uma questão de interesse comum. Estas ordens podem ser do mesmo tipo ou de espécies diversas, como por exemplo, direito internacional público e direito estatal, direito supranacional e direito estatal, ordens jurídicas estatais, ordens jurídicas transnacionais, ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais, direito supranacional e direito internacional² etc.

Esse fato, segundo Marcelo Neves, aponta para a existência de um Sistema Jurídico Mundial de Níveis Múltiplos, que vem a ser uma “pluralidade de ordens cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares”³.

Os múltiplos níveis acima referidos, não implicam uma relação de hierarquia, mas, ao contrário, prevalecem as relações heterárquicas resultantes do entrelaçamento entre as ordens, as quais não se apresentam como detentoras da última *ratio* discursiva, formando-se um sistema multicêntrico⁴.

Nesse contexto, problemas envolvendo questões centrais do constitucionalismo, como os direitos fundamentais ou a limitação e controle do poder político apresentam-se ligadas por uma rede de pretensões de resolução do caso que partem de ordens diversas.

Entretanto, pode surgir por parte de alguma ordem envolvida, certa resistência quanto à abertura cognitiva, isto é, um fechamento normativo de uma ordem perante a outra, comprometendo, assim, a solução adequada dos problemas constitucionais comuns.⁵

Nesse caso, fica impossibilitada a criação de pontes de transição, impedindo a efetivação de uma racionalidade transversal, isto é, o diálogo que ocorre na ponte de transição quando do encontro das diversas constituições diante de um problema.

Portanto, o transconstitucionalismo mostra-se, nas palavras de Marcelo Neves, uma “exigência funcional e uma pretensão normativa em um sistema mundial de níveis múltiplos”⁶.

² Exemplos práticos de cada um desses tipos de inter-relações podem ser encontrados no capítulo III da obra Transconstitucionalismo, conforme referencia seguinte: NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 115.

³ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P.236.

⁴ Idem, Ibidem. P.237.

⁵ Idem, Ibidem. P.237.

⁶ Idem, Ibidem. P.238.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

Após breve explanação acerca da teoria do transconstitucionalismo, apresentaremos, em poucas linhas, algumas considerações sobre o realismo jurídico norte americano com o intuito de compreender suas ideias gerais e, a partir daí, testar no caso prático, a hipótese inicialmente apontada.

Nos primeiros anos da década de 1870, nos Estados Unidos, o pragmatismo deu seus primeiros passos como método filosófico fruto de discussões realizadas entre um grupo de jovens amigos contrários à filosofia puramente idealista, alheia à realidade particularizada e concreta dos fatos, de cunho eminentemente metafísico, que foi, ironicamente, denominado Clube Metafísico (de Boston)⁷. Suas reuniões informais após a Guerra Civil assinalaram o despertar da atividade filosófica norte-americana original e plenamente desenvolvida. Compunham esse clube, dentre outros: Charles Sanders Peirce, William James, Oliver Wendell Holmes Jr., John Dewey, dentre outros.

Precursor do pragmatismo filosófico, Peirce, em seu artigo “Como tornar nossas ideias claras”, publicado em 1878, apresenta um método cujo objetivo era tão somente demonstrar como nossas ideias podem ser apresentadas de forma complexa, obscura, dificultando a compreensão do que se quer transmitir – ao atacar os debates de cunho metafísico, nos quais se discutiam conceitos puramente abstratos, fundamentados em pensamentos afastados de qualquer contexto fático, que muitas vezes não levam a lugar nenhum.⁸

No entanto, os pragmatistas não eram adeptos incondicionais do materialismo, pois não viam com os mesmos olhos o apego excessivo aos fatos nem a falta de uma visão sistemática sobre os mesmos. Sendo assim, afirmou Peirce sobre qual seria o melhor método:

O materialismo peca por não ser completo. O idealismo apresenta sempre uma sistemática totalidade, porém deve sempre ter alguma vaguidade e, pois, conduz ao erro. (...) Todavia, se o materialismo sem o idealismo é cego, o idealismo sem materialismo é oco⁹.

⁷ WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. Edições Loyola: São Paulo, 1997. p. 17-18; Stroh, Guy H. *A Filosofia Americana: uma introdução (de Edwards a Dewey)*. Trad. Jamir Maritns. Ed. Cultrix: São Paulo, 1900. P. 95-98.

⁸ GUIMARÃES, Luíze Émile Cardoso; FERNANDES, Manuela Braga; CÓRDULA, Vitor Fernando Gonçalves. **Uma visão realista do discurso dos direitos humanos: justificativa estatal ou triunfo do cidadão?**. Direitos humanos e justiça social. Organizadores: Enoque Feitosa... [et al]. João Pessoa: Ed UFPB, 2011. P.144.

⁹ PEIRCE, Charles Sanders. *In: Values in a Universe of Chance: Selected Writings of Charles Sanders Peirce*. Philip P. Wiener (org). Guy H. Stroh. *A Filosofia Americana: uma introdução (de Edwards a Dewey)*. Trad. Jamir Maritns. Ed. Cultrix: São Paulo, 1900. P. 102.

O principal objetivo do pragmatismo é responder à pergunta “Como se dá o conhecimento?” através da verificação dos efeitos práticos de determinada ideia. Assim, o conceito de peso, por exemplo, nada mais é do que a verificação de suas consequências práticas. Sendo assim, ideias cujas consequências práticas não são verificáveis são falsas ideias, bem como ideias que, quando testadas, têm as mesmas consequências práticas, são, na verdade, a mesma ideia.

Na busca por compreender o que seriam essas tais consequências práticas, outro teórico do pragmatismo, qual seja, William James, ganhou destaque, entretanto, James obteve respostas distintas das de Peirce. Ao contrário que do que pensa o seu antecessor, James acreditava que as consequências práticas estão contidas no sujeito cognoscente e não no objeto cognoscível, e, portanto, são particulares, variando de acordo com as crenças e demais aspectos idiossincráticos de cada investigador. Além disso – e por causa disso – James vislumbrava no método pragmático não apenas uma forma de compreender debates científicos, mas também uma forma de resolver problemas cotidianos, de âmbito moral, religioso, político, dentre outros.¹⁰

Participante dos círculos de debates do Clube de Boston, Oliver Wendell Holmes Jr., Juiz da Suprema Corte Norte Americana, influenciado por James e aplicando sua concepção do pragmatismo ao universo jurídico, cria o Realismo Jurídico, escola cujo objetivo era estudar o direito a partir da sua atuação efetiva, sendo, portanto, um estudo acerca da decisão judicial.

Holmes asseverava que *o direito é o que os juízes dizem que o é*, pois, pragmaticamente, é por meio da decisão judicial que a norma jurídica se concretiza sendo o comando judicial o meio através do qual o ordenamento jurídico ganha vida.¹¹ Logo, é quando da decisão que a norma jurídica é criada, sendo tal feito em razão do caso concreto em análise e sob a influência de crenças pessoais do julgador. Nesse sentido, assevera Benjamin N. Cardozo, também Juiz da Suprema Corte Norte America e sucessor de Holmes:

[...] deve pôr na balança todos os seus ingredientes: sua filosofia, sua lógica, suas analogias, sua história, seus costumes, seu sendo de direito e tudo o mais; e, ajuntando um pouco aqui e tirando um pouco ali, o mais sabiamente que puder, determinará o peso que há de equilibrar a balança¹².

Portanto, a decisão judicial não seria fruto de uma operação indutiva ou dedutiva, fundamentadas em um juízo de certeza, mas decorria da abdução, fundamentada em um juízo de verossimilhança, pois o direito é, sim, uma atividade retórica, na qual, não se vislumbra apenas uma

¹⁰ GUIMARÃES, Luize Êmile Cardoso; FERNANDES, Manuela Braga; CÓRDULA, Vitor Fernando Gonçalves. Uma visão realista do discurso dos direito humanos: justificativa estatal ou triunfo do cidadão?. Direitos humanos e justiça social. Organizadores: Enoque Feitosa... [et al]. João Pessoa: Ed UFPB, 2011. P.146.

¹¹ Idem, Ibidem. P.146.

¹² CARDOZO. Benjamin Nathan. A Natureza do Processo Judicial. Trad. Silveira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 150.

solução adequada para cada caso, mas várias soluções, todas enquadráveis à moldura normativa limitada pelo alcance do texto legal¹³.

Seria a decisão judicial produto de uma operação abduativa¹⁴, pois, segundo Aristóteles, tal forma de raciocínio (quase) lógico se caracteriza por alcançar uma conclusão que transborda as premissas na qual se fundamenta, o que lhe confere o juízo de probabilidade, afastando-se a possibilidade de certeza quanto à conclusão alcançada.

Contudo, não prega o raciocínio realista que o julgador pode decidir como bem entender. Na verdade, após decidir, o magistrado tem o dever de fundamentar a sua decisão, recorrendo para tanto, ao texto legal. Dessa forma, os realistas veem no ordenamento jurídico (texto) a base justificadora da decisão judicial (norma), sendo direito somente aquilo que é aplicado pelos tribunais. Partindo de tais premissas é que procederemos à análise realista do transconstitucionalismo em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.

3 ANÁLISE REALISTA DE CASOS QUE ILUSTRAM O TRANSCONSTITUCIONALISMO EM UM SISTEMA JURÍDICO MUNDIAL DE NÍVEIS MÚLTIPLOS

Após discorrermos sobre aspectos gerais do transconstitucionalismo, bem como, sobre o realismo jurídico norte americano, a fim de fundamentarmos esta terceira parte do trabalho, passamos então à análise de um dos casos práticos trazidos por Marcelo Neves no capítulo IV da obra em estudo, tentando enxergá-los a partir da ótica realista.

Trata-se de um caso ocorrido no âmbito europeu envolvendo questões ligadas ao direito constitucional francês, à Convenção Europeia de Direitos Humanos e à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, parte do então não vigente ‘Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa’.¹⁵

A problemática iniciou-se quando o projeto do referido Tratado, no art. II-70 previu o direito individual ou coletivo de manifestar as convicções religiosas, disposição que contraria a tradição

¹³ GUIMARÃES, Luize Êmile Cardoso; FERNANDES, Manuela Braga; CÓRDULA, Vitor Fernando Gonçalves. Uma visão realista do discurso dos direito humanos: justificativa estatal ou triunfo do cidadão?. Direitos humanos e justiça social. Organizadores: Enoque Feitosa... [et al]. João Pessoa: Ed UFPB, 2011. P.147.

¹⁴ Acerca do raciocínio abduativo conferir PEIRCE. Charles Sanders. Ilustrações da Lógica da Ciência. Trad. Renato Rodrigues Kinouchi. São Paulo: Ed. Ideais & Letras, 2008. Pp. 169-191.

¹⁵ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 240.

constitucional francesa, segundo a qual, por exemplo, é inteiramente proibido o ensino religioso na escola pública, enquanto que outros Estados apenas vedam a obrigatoriedade.

Ocorre que o referido projeto foi submetido ao Conselho Constitucional da França a fim de se verificar sua compatibilidade com a constituição, findando na Decisão nº. 2004-505 DC, de 19 de novembro de 2004. Nesta, o Conselho invocou a aplicabilidade do art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos conforme interpretação concedida na Ação nº. 4774/98, de 29 de junho de 2004, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Neste precedente o TEDH julgou que a liberdade religiosa prevista no art. 9º da Convenção pode ser regulada pelos Estados signatários, no que concerne ao ensino religioso na escola pública, pois tais Estados têm certa discricionariedade.

Desse modo, “o direito supranacional (projeto de Tratado Constitucional da União Europeia) foi interpretado conforme norma de direito internacional por órgão de controle de constitucionalidade de um Estado, para afirmar a peculiaridade de um princípio de direito constitucional estatal”¹⁶.

Do exemplo acima compreendemos então que no transconstitucionalismo entre ordens de níveis múltiplos, a constituição do Estado funciona como um filtro que seleciona apenas o que lhe interessa de outra ordem. Ocorre que, quem interpreta a Carta Maior do Estado é o Tribunal Constitucional. Sendo este formado por um corpo de julgadores, é, de fato, destes, que advém a forma como o Estado entenderá o texto constitucional. Logo, são estes quem ditam o que é direito para aquela ordem. No caso da França, os juízes do Tribunal Constitucional invocaram interpretação de outro Tribunal para o dispositivo em questão e, com base nela, decidiram.

Se, teoricamente, a constituição do Estado filtra o que pode vir de outra ordem jurídica, na prática, esse filtro é o próprio julgador, o qual, já tendo decidido que interpretação dar a um dispositivo constitucional, busca em outra ordem apenas um fundamento para o seu entendimento.

Nesse processo de decisão *a priori* afirma Cardozo que o juiz não está distante de influências advindas de suas vivências e que estas o influenciam quando de sua decisão. Sendo assim, “[...] os juízes... ao longo de suas vidas, são levados por forças que não conseguem reconhecer nem identificar – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas”¹⁷.

Nas palavras da professora Lorena Freitas quando discorre sobre os elementos subconscientes na decisão judicial, conforme Cardozo, afirma que:

¹⁶ Idem, Ibidem. P.240.

¹⁷ CARDOZO. Benjamin Nathan. A natureza do processo judicial. Trad. Silveira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 3.

O fundamental é que em tal “infusão” entram alguns princípios, mesmo que indeclarados, inarticulados e subconscientes. É por aqui que também ideologias são transmitidas, assim não nega que o processo de decisão é ideológico, e alerta que distinguir entre o consciente e o subconsciente é tarefa difícil, pois “não poucas vezes eles flutuam perto da superfície.”¹⁸

Desse modo, observamos que o transconstitucionalismo entre ordens de níveis múltiplos exemplifica a tese realista de que direito é o que o juiz diz que é direito, na medida em que os juízes de um Tribunal Constitucional atribuem determinada interpretação trazida de outra ordem às disposições constitucionais e estas passam a ser vistas e aplicadas conforme o que disse o Tribunal. Assim, pragmaticamente, pode-se dizer que é por meio da interpretação e decisão judicial que a norma constitucional se concretiza, sendo o comando judicial o meio através do qual o ordenamento jurídico ganha vida.

CONCLUSÃO

Com o aumento da complexidade da relação entre os Estados, alguns problemas que surgem ultrapassam as fronteiras, fazendo-se necessária uma forma eficiente para solucioná-los. Nesse contexto, Marcelo Neves apresenta o transconstitucionalismo como uma alternativa capaz de proporcionar comunicação entre ordens jurídicas de níveis múltiplos e alcançar a solução de problemas constitucionais de interesse comum.

É tendência do transconstitucionalismo envolver mais de duas ordens que enfrentam um problema jurídico constitucional de natureza simultânea, o que leva à formação de um Sistema Jurídico Mundial de Níveis Múltiplos, definido como uma pluralidade de ordens diversas e peculiares que se entrelaçam e nenhuma delas pode apresentar-se como detentora da última *ratio* discursiva.

Esse sistema tem caráter multicêntrico, onde predominam relações heterárquicas, isto é, nenhuma ordem se sobrepõe a outra; todas se encontram no mesmo patamar em busca de uma solução para um problema relevante.

O processo transconstitucional necessita de uma abertura cognitiva das ordens envolvidas a fim de que se firme um diálogo, também denominado racionalidade transversal, por meio das pontes de transição, encontro das constituições diante de um problema.

¹⁸ FREITAS, Lorena. O elemento subconsciente na decisão judicial conforme o realismo jurídico de Benjamim Nathan Cardozo. O direito como atividade judicial. Organizadores: Enoque Freitas... [et al]. Recife: Ed. dos Organizadores, 2009. P. 144.

Ante tais considerações, o problema trabalhado nesse artigo girou em torno da possibilidade de se fazer uma análise realista do transconstitucionalismo a partir do caso exemplificativo da França, a fim de testarmos nossa hipótese de que, na prática, esse caso confirma a tese realista de que direito é o que o juiz diz que é direito.

O realismo jurídico, representado por Holmes e Cardozo e influenciado por Peirce e James, filósofos do pragmatismo, tem como tese que *o direito é o que os juízes dizem que o é*, pois, pragmaticamente, é por meio da decisão judicial que a norma jurídica se concretiza sendo o comando judicial o meio através do qual o ordenamento jurídico ganha vida. Logo, é quando da decisão que a norma jurídica é criada, sendo tal feito em razão do caso concreto em análise e sob a influência de crenças pessoais do julgador.

Aplicando-se a teoria realista à prática do transconstitucionalismo, exemplificada pelo caso analisado envolvendo questões ligadas ao direito constitucional francês, à Convenção Europeia de Direitos Humanos e à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, parte do então não vigente Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa, pode-se verificar uma confirmação da hipótese inicial, restando comprovado que, quando do diálogo entre as constituições dos Estados, a interpretação do que dispõe o texto legal advém dos julgadores, dos Tribunais Constitucionais, os quais analisando o caso concreto de um problema de interesse comum a mais de uma ordem, invocam uma disposição que fundamentará a decisão tomada à priori e que passará a prevalecer como mais adequada para aquela disposição constitucional.

REFERÊNCIAS

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo judicial*. Trad. Silveira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GUIMARÃES, Luize Êmile Cardoso; FERNANDES, Manuela Braga; CÓRDULA, Vitor Fernando Gonçalves. *Uma visão realista do discurso dos direitos humanos: justificativa estatal ou triunfo do cidadão?*. Direitos humanos e justiça social. Organizadores: Enoque Feitosa... [et al]. João Pessoa: Ed UFPB, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PEIRCE, Charles Sanders. *In: Values in a Universe of Chance: Selected Writings of Charles Sanders Peirce*. Philip P. Wiener (org). *apud*. Stroh, Guy H. *A Filosofia Americana: uma introdução (de Edwards a Dewey)*. Trad. Jamir Maritns. Ed. Cultrix: São Paulo, 1900.

STROH, Guy H. *A Filosofia Americana: uma introdução (de Edwards a Dewey)*. Trad. Jamir Maritns. Ed. Cultrix: São Paulo, 1900.

WAAL, Cornelis de. *Sobre pragmatismo*. Edições Loyola: São Paulo, 1997.

A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA PLENA FUNDAMENTADA NO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: QUESTIONAMENTOS DE FRANK ACERCA DA INCERTEZA NO DIREITO

Manuela Braga Fernandes¹
Lorena de Melo Freitas²

INTRODUÇÃO

Os contratualistas ensinaram que a sociedade surge a partir do momento que todos cedem uma parcela de sua liberdade, formando um poder central que garante a segurança de todos. Uma vez formada a sociedade tem-se os cidadãos e o objetivo dessa sociedade é garantir cidadania. Os fatores que integralizam o que é cidadania são vários, desde a mais simples dignidade de vida até o conceito de confiança no Poder Judiciário. Ser cidadão hoje tem como um de seus componentes saber que no momento que sofreu uma injustiça, o Judiciário vai agir no sentido de reverter a situação.

O que se tenta defender, então, é que essa confiança no Judiciário, expressada através do princípio de segurança jurídica, é um dos fatores de cidadania.

No entanto, muitos teóricos entendem hoje que é impossível ter segurança jurídica. A tese do realista norte-americano Jerome Frank é de que a segurança jurídica é apenas um discurso de conformação, de modo a garantir o controle e subserviência da população.

É esse o problema do presente trabalho, a integralização da cidadania se dá através da confiança na segurança jurídica, **ser cidadão significa poder contar com o Judiciário. No entanto, essa cidadania está prejudicada se não existe segurança jurídica.** A hipótese do trabalho, nesses termos, é que, **como um dos fatores da cidadania é poder contar com o**

¹ Graduada em Direito. Mestranda em Direito Econômico no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Bolsista CNPQ.

² Professora Adjunta II CCJ/UFPB. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. Coordenadora da área de Direitos Humanos do PPGCJ. Lidera o grupo de pesquisa Realismo Jurídico.

Judiciário, não existe cidadania plena, uma vez que o princípio da segurança jurídica é apenas um mito que vem confortar a sociedade, de acordo com a teoria defendida por Jerome Frank.

1 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA COMO HERANÇA CONTRATUALISTA

A partir do século XVII o jusnaturalismo encontrou os contratualistas e essa comunhão de ideias que interessa ao presente trabalho. Os três principais contratualistas modernos são Hobbes, Locke e Rousseau. Não foram eles, no entanto, que conceberam o contratualismo. O primeiro contratualista foi Epicuro, que, na Grécia clássica, já formulava a ideia de que o Estado foi constituído por um contrato firmado entre indivíduos livres e iguais (BLOCH, 2011, pág. 66).

Um argumento comum a todos esses filósofos contratualistas era de que para que houvesse organização em sociedade era necessário que todos cedessem parte de sua liberdade, de modo a serem governados por um soberano, aquele que agruparia a parcela de poder cedida por todos e controlaria a nova sociedade formada de modo a promover a vida social nos termos de hoje. O contrato social é, em tese, justamente isso. O acordo em que todos cedem parte de sua liberdade para viverem em sociedade e com segurança.

Esse viés da lei como promovedor de segurança e fundamento da organização em sociedade é o mesmo discurso que se tem hoje quando a legislação e a confiança no Judiciário são colocados como promovedores de segurança jurídica. O que se observa no Estado Democrático de Direito é essa mesma segurança jurídica como justificação da vida em sociedade (como se tinha no contratualismo do século XVII), seja no âmbito interno ou internacional, pois a criação de tratados internacionais também tem a função de promover uma suposta segurança.

Apesar de sua percepção diferente de como é esse estado natureza, os contratualistas concordam que ele é negativo. O homem tem, então, que sair desse estado de natureza negativo. A maneira de fazer isso é através do contrato, o instrumento através do qual os indivíduos podem afirmar um poder político. Indivíduos livres e iguais, mas num constante estado de negatividade, a partir do contrato, submetem-se a um poder comum (BOBBIO e BOVERO, 1986, pág. 64).

Para os contratualistas, a instituição do poder político, que emanaria a vontade geral, é feita através de um contrato social, que estabelece a soberania. Esse poder político formado deve servir aos cidadãos de modo que estes se identifiquem com suas decisões. O dever do poder político é cumprir a vontade geral, como acordado no contrato social. A sua prerrogativa é fazer leis fundamentadas na vontade geral, o que faz através de um ato de soberania.

Nesses termos, o resultado do contrato é o poder de fazer leis do novo soberano. Essas leis são, nesses termos, as responsáveis pela segurança que se passa a ter, uma vez ultrapassado o estado de natureza. Nota-se aqui **a ideia de leis atrelada intrinsecamente à de segurança.**

Para Hobbes o que faz de um Estado um Estado é o poder de fazer leis. Esse poder está colocado no soberano e toda lei deve emanar desse poder, a lei é, assim, a expressão do que é justo (DOUZINAS, 2009, pág. 91), por isso Hobbes repudiava a *common law* (BOBBIO e BOVERO, 1986, pag. 92). Se o próprio fundamento de formação do Estado é, dessa forma, o poder de fazer leis que garantam segurança fora do estado de natureza, então é esse modelo de estado hobbesiano que constrói o modelo legislativo relacionado à noção de segurança. Até os dias hoje acredita-se que para haver segurança é preciso que haja leis, do mesmo modo que o cidadão, para que se sinta seguro, precisa confiar que o Judiciário vai lhe trazer justiça quando um direito for violado.

Assim, a segurança que Hobbes queria conquistar com o contrato social vive até hoje através do princípio da segurança jurídica. Esse princípio tem a mesma concepção hobbesiana de que é preciso haver leis promulgadas por um Estado soberano e que o respeito a essas leis que garantem justiça.

A segurança jurídica é um princípio que significa algo na direção de estabilidade, normalidade, esse sentimento de certeza que o cidadão tem que, ao acionar o Judiciário, não vai testemunhar alterações bruscas na realidade fático-jurídica.

Ela se dá de uma inferência lógica do art. 5º, XXXVI, da CF, que diz "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" e funciona quase como um conceito natural advindo da organização em sociedade, exatamente por ter sido herdado do jusnaturalismo contratualista de Hobbes.

A dogmática reserva para a segurança jurídica a posição de regra fundamental do direito, associando-a a noções de paz, ordem e certeza jurídica, argumentando até mesmo que sem segurança não haveria nenhum dos outros. É o que se infere dos diversos manuais de direito, que ensinam a segurança jurídica como algo natural e basilar na organização em sociedade. **A construção do conceito de segurança jurídica como algo natural vem, justamente, como herança do jusnaturalismo, que justificava a promoção de segurança através da feitura de leis. O princípio da segurança jurídica vem, nesses termos, unir esses dois componentes: segurança e lei.**

2 A SEGURANÇA JURÍDICA COMO COMPONENTE DA CIDADANIA

A psicanálise de Salecl diz que direitos são uma compensação pelas proibições e restrições que vieram com o contrato social (DOUZINAS, 2009, pág. 318). O sacrifício da liberdade pela segurança é compensado com os direitos. Entre eles o direito à cidadania.

O conceito atual mais completo de cidadania pode ser encontrado em T. H. Marshall, como indicado por CARRACEDO, (2007, pág. 66). A cidadania em Marshall é o modo de pertencimento dos indivíduos a uma comunidade política, reconhecido por um estado-nação e regulado através de institutos de direito civil, político e social.

Nota-se, dessa forma, a conjugação de três fatores para composição da cidadania. A esfera cível, que trata das relações particulares entre os cidadãos; a política, que se refere ao papel do cidadão no governo do Estado que legitima e a social, que tem a ver com as conquistas sociais como fatores indicativos de cidadania. Assim, uma cidadania completa é aquela em que o cidadão tem a oportunidade de manter relações civis, de modo a ter respeitada sua liberdade e respeitar a liberdade do outro. Do mesmo, somando-se a isso, um cidadão completo vai ter representação política e papel positivo dentro do regime democrático, bem como vai ter garantias sociais asseguradas, desde saúde e educação até lazer.

O papel da segurança jurídica como componente dessa cidadania completa vem justamente no que se refere ao descumprimento de qualquer desses fatores civis, políticos e sociais em relação a determinado cidadão. Para ter cidadania completa, o cidadão tem que saber que, ao se deparar com a negação de qualquer um desses componentes, ele pode contar com o Judiciário para reverter a situação e garantir suas liberdades, seus direitos sociais e políticos.

Mais que uma imposição normativa, a cidadania é uma questão de educação. Ninguém nasce democrata e ninguém nasce cidadão. A cidadania é um processo de aprendizado cognitivo, não é, de nenhuma forma, um doutrinamento nos moldes dos regimes nacionalistas totalitários ou da democracia populista. A construção da cidadania se dá com a experiência de ser cidadão, bem como a educação para a cidadania representa uma orientação no sentido de criar indivíduos dispostos a agir de acordo com os preceitos de cidadania.

Essa educação em cidadania conta ainda com o componente da confiança no Judiciário. Quando uma injustiça é sofrida o caminho dentro da democracia não é a vingança, mas a provocação do poder Judiciário de modo que reverta a injustiça.

BLOCH (2011, pág. 203) definiu o chamado modo duplo do direito: uma injustiça cometida tem como consequência uma injustiça sofrida e essa, por sua vez, provoca uma nova injustiça. A segurança é o discurso que tenta acabar com isso. O Estado toma para si a função de resolver o conflito para que o cidadão, agora num Estado provedor de segurança, não precise mais cometer uma nova injustiça

Ter cidadania plena hoje implica também, como um de seus fatores, ter acesso a esse tipo de segurança. A lógica é se organizar num Estado Democrático de direito porque é a maneira de haver segurança na hora de buscar solução de conflitos, segurança de modo a se ter justiça - que remete à necessidade de se organizar em sociedade para se ter segurança e não ser subjugado pelo outro, como no estado de natureza. E essa segurança vem servir ao objetivo do Estado Democrático, que é garantir cidadania para esses cidadãos que governam indiretamente.

Querer poder contar com o Judiciário é aspecto da cidadania a partir do momento que é nada mais é que pleitear as liberdades individuais e os direitos sociais e políticos e querer que o outro que os tenha desrespeitado responda por isso. O próprio professor Fredys Sorto alerta para o entrelaçamento entre liberdade e cidadania (SORTO, 2011, pág. 119): não existe esta sem aquela. Em verdade, ele vai mais adiante e explica que a cidadania é inviável ou mesmo impossível sem o controle de abusos (SORTO, 2011, pág. 107). Apesar da referência se deter a abusos de autoridades, é possível trazer o mesmo raciocínio para qualquer tipo de injustiça praticada a um cidadão. Um cidadão abusado é um cidadão com seu direito de cidadania cerceado.

A democratização vem da passagem de homem para cidadão, de interesses pessoais se tornarem interesses gerais e o Estado preocupar-se com o que é essencial para o cidadão (MARX, 2010, pág. 14). **A justiça é um desses componentes essenciais na cidadania, pois está absolutamente vinculada a questão de respeito às liberdades individuais e aos direitos sociais e políticos. O modo que a busca de justiça está formulada no Estado Democrático de direito é através do garantismo da lei. Essa garantia legal no sistema romano-germânico se dá através da segurança jurídica. Dessa forma, segurança jurídica é um dos componentes para atingimento de cidadania plena.**

3 O MITO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A INCERTEZA NO DIREITO

Freud diz que toda lei e todo direito provém da violência, pois são nada mais que uma tentativa de refrear instintos (DOUZINAS, 2009, pág. 305). Assim, o papel da lei é impedir que a violência instintiva do homem opere sobre a ordem social. Vem daí, então, a importância dada ao garantismo legal e, conseqüentemente, à segurança jurídica. A lógica psicanalítica explica que, sem segurança, estaríamos entregues a violência.

No entanto, Jerome Frank, juiz da Corte de Apelações de Nova York e filósofo do direito de vertente eminentemente pragmático-realista, traz alguns questionamento acerca da noção de certeza no direito que vem para desconstruir a noção de segurança jurídica.

Ele tinha influência da psicanálise, especialmente a freudiana. FRANK (1968, pág. 45) defende que essa busca incessante da verdade, essa necessidade do Estado de Direito atual de acreditar num sistema com segurança jurídica absoluta, se compara a busca do pai perdido de Freud, o desejo do pai ideal. O que ele fala é que quando uma criança cresce sem pai passa toda a infância idealizando a imagem paterna de uma forma que muito provavelmente não se concretizaria. Da mesma forma com o Direito, o desejo de formular uma sociedade segura faz com que seja idealizado algo que não é possível de existir na prática.

Do mesmo modo, Frank assevera que a certeza, esse grande pilar sobre o qual o ordenamento jurídico é construído, é apenas um mito que serve pra satisfazer uma necessidade geral de sentir segurança. Do mesmo jeito que a criança aceita a autoridade do pai, acreditando na sua firmeza e infalibilidade, a sociedade acredita na noção de segurança. A criança se sente segura com uma crença, uma espécie de fé ilimitada no pai, e a descoberta inevitável da limitação paterna leva o adulto a tentar substituir isso com a crença na segurança em sociedade. Dessa forma, acredita-se na segurança jurídica assim como a criança aceita a autoridade paterna (FRANK, 1985, pág. 104).

O que Frank defende é que a segurança jurídica é uma ficção advinda de uma aceitação infantil de autoridade e que deve ser superada através do desenvolvimento de maturidade. Essa maturidade está na aceitação de que o direito vem *a posteriori*, de que o direito é uma criação permanente (FRANK, 1968, pág. 33). É preciso aceitar a indeterminação do direito através da lei para amadurecer de modo a entender o direito como ele é e rejeitar a noção de segurança jurídica, que é apenas um mito infantil. O direito é uma criação do juiz no dia a dia e não é possível prever as ações de um homem. Por isso não se pode ter certeza e, conseqüentemente, não se pode ter segurança absoluta.

Assim, Frank construiu o mito da segurança jurídica, um discurso usado pelo Estado para causar a sensação de conforto na sociedade. O indivíduo, com a tomada de consciência da falibilidade paterna precisa de outra autoridade em quem confiar. Assim, o Estado substituiu essa confiança no pai pela certeza jurídica, um mecanismo que enseja, da mesma forma, passividade nos cidadãos, crentes num Estado que cuida através da lei.

Ainda nas teses de que não há segurança jurídica, Bloch explica o que chamou de **sentimento jurídico**: é aquela situação em que o demandante sabe que não tem um bom direito, mas mesmo assim continua com a lide porque nunca é absolutamente seguro o resultado de um processo jurídico (BLOCH, 2011, pág. 55). Essa é uma premissa que faz parte do senso comum. Por mais justo que determinado resultado possa parecer nunca é seguro dizer que será esse o caminho tomado pela ação judicial. Esse entendimento de Bloch é paradigmático da problemática da segurança jurídica.

Um dos maiores problemas do jusnaturalismo – e da segurança jurídica como herança jusnaturalista – está na questão da interpretação. Os jusnaturalistas esqueceram da matéria da interpretação (BOBBIO, 1986, pág. 23), que é importantíssima para a efetivação do direito. A efetivação do direito na prática depende da interpretação dada a ele nas várias etapas por que passa.

Frank entende que a problemática do direito está justamente na interpretação, não no direito em si. O direito é uma predição de uma possível reação do Estado a conduta de um agente. A predição do advogado para o caso em que trabalha se dá com fundamento na jurisprudência, através da análise da jurisprudência ele pressupõe segurança, regularidade da conduta dos juízes. É isso que Frank questiona. Se o direito é predição de um comportamento humano, é preciso levar em conta os fatores psicológicos que atuam sobre sua vontade (FRANK, 1968, pág.10).

Acontece que, ensina Frank, essa predição não pode ser reduzida a uma sistemática segura e universal. A predição seria a tentativa de adivinhar a atitude do juiz diante da prova. Os litígios não surgem porque as partes não concordam com a aplicabilidade da norma, mas porque divergem sobre os fatos (FRANK, 1968, pág.12). Com os fatos do caso concreto reconhecidos ou não reconhecidos pelo juiz que se determina o resultado de uma ação judicial. Se não se pode determinar o comportamento do juiz em relação aos fatos, não se pode prever o resultado do caso.

A questão é que o resultado de um processo judicial depende não da legislação e dos meios processuais que vem para garantir segurança, mas do posicionamento que o magistrado tomou em relação aos fatos. Os fatos admitidos em juízo como verdadeiros não são necessariamente os fatos reais, são a crença pessoal do magistrado sobre eles. Dessa forma, não há como se falar em segurança advinda da lei, pois o direito vem dos fatos e da interpretação pessoal que o juiz tem deles. Assim, Frank entende que a impossibilidade de prever as sentenças de 1º grau confirma a ideia de incerteza no direito, o que nega a questão da segurança jurídica (FRANK, 1968, pág. 28).

Essa questão da interpretação, esquecida desde o séc. XVII pelos jusnaturalistas, traz consequências práticas dificultando a concretização de sua herdeira, a segurança jurídica. A interpretação dada pelo magistrado no caso concreto é o fator de maior relevância para a efetivação do direito e conclusão de um processo; tem, muitas vezes, na prática, mais importância que a própria a lei, pois é o magistrado que tem, ao final, o poder de decidir e concretizar a lei - ou não.

Dessa forma, a prerrogativa da segurança jurídica fica bastante prejudicada, o que infere que o próprio conceito de cidadania plena também está lesado. A conclusão lógica de que a segurança jurídica não passa de um mito que vem trazer conforto e confiança para os cidadãos nesse Estado protetor resulta no entendimento de que a tão esperada cidadania plena é mitigada.

CONCLUSÃO

Assim, sabendo da importância que a segurança jurídica tem para a construção da cidadania plena e partindo da ideia crítica de que não há, de fato, segurança jurídica, pois não há certeza no direito, tem-se prejudicada a efetivação da cidadania plena.

Nesses termos, **a hipótese inicial se confirma, no sentido de que a conclusão aqui apresentada é que a segurança jurídica é um dos componentes de construção da cidadania plena e, ao entender que não há segurança jurídica, é inevitável inferir que, da mesma forma, não há cidadania plena.**

REFERÊNCIAS

BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidade humana*. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CARRACEDO, José Rubio. *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*. Madrid: Trotta, 2007.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Centro Editor da America Latina. 1968.

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Birmingham: The Legal Classics Library, 1985.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010

SORTO, Fredys Orlando. **O projeto jurídico de cidadania universal: reflexões à luz do direito de liberdade**. *Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional*. Madrid, vol. 20, pág 103-126, ene./dic. 2011.

TRABALHO ASSALARIADO E SUJEITO DE DIREITO

Renato Novaes Santiago¹

RESUMO

O início do presente trabalho se dará a partir do referencial teórico de Pachukanis, que passa a analisar o surgimento do sujeito de direito a partir da identificação com o processo de troca de mercadoria, que estabelece uma abstração ao indivíduo real e concreto, não mais diferenciado por sua classe ou raça, havendo uma homogeneidade em consequência da ficção jurídica. Todos passam a ser sujeitos de direitos, proprietários ou pretensos proprietários. O Estado Burguês, com seu aparato ideológico, econômico, militar, político e jurídico, garante a ordem posta, porém não qualquer ordem, a ordem estabelecida pelo modo de produção capitalista. A partir desta primeira análise, será analisada a relação entre o sujeito de direito e o contrato de compra e venda da força de trabalho, destacando a análise marxista do salário, com a sua determinação e suas relações com o econômico e social. O valor dessa força de trabalho é determinado pela lei do valor, estabelecendo que o preço de uma mercadoria é o tempo de trabalho socialmente necessário pra reproduzi-la. Em outras palavras, será a partir dos custos para sobrevivência do operário e de sua família. Um valor que mantenha o trabalhador minimamente saudável, com possibilidade de reprodução, mas que não possibilite que este deixe de ser trabalhador.

Palavras-chave: Sujeito de Direito. Relações Jurídicas. Estado Burguês. Igualdade Jurídica. Trabalho Assalariado.

ABSTRACT

The begin of this paper will bring the question about the theoretical Pachukanis, whom developed the rise of the subject of law, from the identification with the change process of products, that establishes an abstraction to the real person, doesn't happening a distinction about social class or race. The Bourgeois State with all your elements establishes the order, but not any order, the capitalist order by his production process. After this, will the whiter talk about the relation between the subject of law and the labor contract, from the eyes of the Marxist theory. The value of the labor force

¹ Acadêmico de Direito 9º Período UFAL

is established from the value law, recognition with other kinds of merchandise. A price that maintain the worker healthy, but doesn't allow that this worker stop been in the same social class.

INTRODUÇÃO

“- Fabiano, você é um homem, exclamou em voz alta. Conteve-se, notou que os meninos estavam perto, com certeza iam admirar-se ouvindo-o falar só. E, pensando bem, ele não era homem: era apenas um cabra ocupado em guardar coisas dos outros. [...] – Você é um bicho, Fabiano”². Essas palavras marcam o livro *Vidas Secas* de forma a explicitar como poucas no mundo o processo de coisificação gerado pela sociedade capitalista. O animal é explicitamente coisa, e Fabiano, ao notar a sua servidão, seus métodos rudes, de homem do mato que faz vários sacrifícios, chega a afirmar de maneira orgulhosa que é sim um bicho, capaz de vencer todas as dificuldades. Essa não é uma condição exclusiva de Fabiano, o modo de produção capitalista transforma a sociedade sob um olhar econômico em uma “imensa coleção de mercadorias”. E o homem participa do mesmo processo de reificação.

A partir da consolidação do modo de produção capitalista e da regência da teoria do valor enquanto determinante para definir as relações econômicas e sociais, surge a necessidade da criação de uma ficção jurídica a partir da figura do sujeito de direito. Apenas seres livres e com ampla vontade podem negociar e ver a si próprios enquanto proprietários de mercadorias. Uma questão fundamental se mostra, a economia capitalista é baseada no pilar da separação do trabalhador dos meios de produção, estes agora concentrados na mão do capitalista. Ora, se neste tipo de sociabilidade poucos são detentores da maior parte da riqueza, se torna inconcebível que todos possamos ser proprietários de alguma mercadoria. Neste momento em que na teoria de Pachukanis, o trabalhador se afirmando enquanto sujeito de direito, afirma que também é proprietário, de algo que é inerente a todos, mas que nem todos necessitam dispor: sua força de trabalho. O paradoxo que passa o indivíduo neste momento é o de proprietário e propriedade, ao mesmo tem que possui a mercadoria força de trabalho, podendo dispor livremente, ele é a mercadoria sendo comercializada por um valor “justo”, o salário. O trabalho assalariado se mostra como elemento central da sociedade capitalista, não existindo modo de produção capitalista sem esta forma econômica. A força de trabalho é uma mercadoria adquirida pelo capitalista, que define seu valor seguindo a lógica do processo produtivo, a partir do tempo de trabalho socialmente necessário para reproduzi-la. No caso do trabalhador, será a quantidade de bens necessários para sua sobrevivência, estabelecido ainda pela influência posterior da oferta e procura da mão de obra, entrando o elemento

² Ramos, Graciliano. *Vidas Secas*. Rio de Janeiro: Record 2012, pp. 18-19.

indispensável para o MPC que é o exército de reserva. Somos, como Fabiano, bichos, coisas, que sob a tutela do Estado criado para garantir essa livre circulação de mercadorias, nos tornamos menos humanos a cada dia, e somente reafirmando nossa humanidade nos momentos do não trabalho.

1 MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA E SUJEITO DE DIREITO

A estrutura da sociedade feudal baseava-se na relação de servidão, presenciando um desenvolvimento de sua capacidade produtiva maior do que no período do escravista. Havia uma clara centralização do poder nas mãos do senhor feudal, com um correspondente aumento do poder militar e tendo sua economia baseada na produção agrícola do servo da gleba, sendo a terra arrendada ao servo, que ficava com parte da produção e era o dono das ferramentas. Existia toda uma política baseada nos costumes, estabelecendo a quantidade de frutos caídos das árvores poderiam os servos retirar; cedendo o direito da primeira noite de uma virgem ao senhor feudal; mas também estabelecia a proteção do servo e de sua família enquanto estabelecidos nos feudos. Afirmam Sérgio Lessa e Ivo Tonet, que o mesmo dinamismo histórico que desenvolveu a produção feudal, levou o seu sistema à crise. O desenvolvimento das forças produtivas propiciaram uma maior reprodução da classe servil e passaram os senhores feudais a expulsar os servos excedentes. “A expulsão dos servos de suas glebas significava a ruptura de um costume secular. Era o descumprimento dos deveres dos senhores para com seus vassalos. Por isso os servos resistiram quanto e como conseguiram. Ainda pode-se observar que as relações de troca ocorrida assim, no médio prazo, os interesses dos senhores e da Igreja prevaleceram e uma parte dos servos foi expulsa e, uma vez que não tinha outra forma de sobrevivência, refugiou-se nos campos e nas florestas.³”.

Com esse excedente de produção iniciou-se um comércio insipiente baseado na troca do excedente de produção dos feudos. O dinheiro aparecia neste período histórico como mero intermediário das mercadorias, forma de aquisição dos produtos que diretamente atenderiam às necessidades postas (M -----D-----M). Desenvolvendo as relações de troca e com a pulverização das feiras dentro dos feudos, além da necessidade por novas mercadorias, o comerciante modifica a sua forma de ação, passando a buscar um acúmulo de capital, baseando seu desempenho no lucro. Ainda sem participar diretamente do processo de produção, o comerciante explora as circunstâncias da época, como a distância entre os feudos e as barreiras alfandegárias para se valer do lucro. De modo que adquiria o produto de artesãos ou produtos de saques, para vendê-los em outras

³ Lessa, Sérgio; Tonet, Ivo. Proletariado e Sujeito Revolucionário. Maceió: Instituto Lukács, 2012, p.21.

localidades sob um valor agregado maior (D-----M-----D⁺), sendo estabelecida a circulação mercantil simples.

Consolida-se o modo de produção capitalista a partir da participação direta do comerciante no processo de produção. Os meios de produção são neste momento separados do trabalhador, tendo a força de trabalho uma condição especial que a diferencia de todas as outras presente em todas as forças produtivas, a condição de criar valor, se tornando dessa forma o trabalho assalariado o fundamento da produção mercantil capitalista (D----M----D’). É exatamente essa separação do trabalhador dos meios de produção que possibilita a existência do trabalhador livre.

As classes fundamentais do modo de produção capitalista, assim, determinam-se pela propriedade ou não dos meios de produção: os capitalistas (a classe capitalista, a burguesia) detêm essa propriedade, enquanto o proletariado (o operariado, a classe constituída pelos produtores diretos) dispõe apenas de sua capacidade de trabalho e, logo, está simultaneamente livre para/compelido a vendê-la como se vende qualquer mercadoria; no modo de produção capitalista, o capitalista é o representante do capital e o proletariado o do trabalho⁴

A sociedade capitalista a partir da disseminação das relações de troca passa a concretizar que não apenas as mercadorias são coisas, o homem a partir da venda de sua força laborativa também perfaz em tal processo de coisificação, expandindo-se para todas as relações sociais. Algo básico para uma relação de troca é a necessidade de que os agentes diretos da relação sejam livres e com uma vontade dissociada de qualquer tipo de vício ou imposição. Logo, baseando a sociedade na lógica das relações de troca, surge a ficção de todos presentes em tal sociedade são proprietários ou tem a possibilidade de se tornarem. Daí a figura do Sujeito de Direito, que estabelece uma ligação direta com a mercadoria. Tal sujeito é uma figura fruto de uma abstração, onde a “máscara” criada por essa ficção não fará distinção entre classe social, raça ou credo. Somos todos seres livres e dispostos a negociar. As mercadorias não se relacionam sozinhas, não possuem uma vontade própria, necessitam da ação dos agentes para dessa forma poder concretiza-las. Para tal, deve o sujeito reconhecer no outro enquanto proprietário privado, desenvolvendo assim a concepção de contrato, ou seja, relação jurídica. Da mesma maneira que a mercadoria possui características que não a tornam individualizáveis, pois possuem um valor definido, podem ser trocadas por quantidades fixas de outras mercadorias, existe toda uma produção em série, sendo determinado pela lei do valor; o sujeito de direito irá tornar a mesma forma, tendo todas as suas peculiaridades dirimidas na abstração do sujeito de direito. Afirmo Kashiura que

a mercadoria e o sujeito de direito são, resta claro, duas faces do mesmo fenômeno social, a relação de troca. Tudo que importa à troca é que as mercadorias sejam referidas umas às

⁴ PAULO NETTO, José. **Economia Política**. São Paulo: Cortez Editora, 2012, p.95

outras em proporções determinadas de acordo com uma ‘medida comum’, o valor, que instaura uma espécie de ‘fungibilidade universal’. No outro extremo, importa que os portadores das mercadorias, agentes da troca, sejam referidos uns aos outros em termos de igualdade abstrata, o que implica dizer que também entre os homens se instaura um ‘fungibilidade universal’: pouco importa quem é o homem que concretamente traz a mercadoria ao mercado, importa apenas que a traga e que, para tanto esteja vestido com a ‘mascara’ do sujeito de direito⁵.

Dada a generalização das relações de troca, e a conseqüente generalização do Sujeito do Direito, configura-se a necessidade de uma forma de poder que proteja e assegure a estrutura mercantil formada. Nota-se a condição de poder político não surge a partir do Estado Capitalismo, sendo presente em outros modos de produção, como o papel do senhor feudal dentro de seu feudo. Porém, aparecerá o Estado neste momento enquanto uma figura dissociada da sociedade, ocorrendo uma separação entre o público e o privado. O Estado capitalista é aqui estabelecido enquanto um protetor do modo de produção capitalista, e não necessariamente de uma classe. Logo, não se pode afirmar uma instrumentalização do Estado, como se este pudesse servir inteiramente à classe que alcançasse seu poder político. Nas palavras de Poulantzas, “A autonomia relativa do Estado capitalista, caracteriza não a relação direta entre as estruturas do Estado capitalista e suas estruturas de produção, mas sim a relação entre essas estruturas com o campo da luta de classes, ou seja, essa autonomia relativa em relação às classes sociais, que estende-se, conseqüentemente, aos seus aliados e suportes.” 252. Logo, o Estado não é fruto de uma determinada classe, possuindo uma unidade própria.

Surge agora a necessidade de se analisar de que forma a figura do sujeito de direito se relaciona com o trabalho assalariado.

2 DESDOBRAMENTOS DA IGUALDADE JURÍDICA NO TRABALHO ASSALARIADO

Como foi visto anteriormente, o sujeito de direito estabelece que todos os presentes na sociedade mercantil são proprietários. De tal modo, que aqueles que não são possuidores de nenhum tipo de mercadoria, são obrigados a dispor de sua única mercadoria, que é a força de trabalho. Nota-se que não se trata de uma escolha livre e voluntária como se estabelece na teoria da relação jurídica, é uma escolha de vida ou morte na realidade.

Mas a força de trabalho em ação, o trabalho, é a própria atividade vital do operário, a própria manifestação da sua vida. E é essa atividade vital que ele vende a um terceiro para se assegurar dos meios de vida necessários. A sua atividade vital é para ele, portanto, apenas um meio para poder existir. Trabalha para viver. Ele nem sequer considera o

⁵ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Crítica da Igualdade Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.61.

trabalho como parte da sua vida, é antes um sacrifício da sua vida. É uma mercadoria que adjudicou a um terceiro. [...] O que ele produz para si próprio é o seu salário; e a seda, o outro e o palácio reduzem-se, para ele, a uma determinada quantidade de meios de subsistência, talvez a uma roupa de algodão, a umas moedas, a um quarto nun porão. [...] A vida para ele, começa quando termina essa atividade, à mesa, no bar, na cama.⁶

Vários desdobramentos surgem a partir deste processo, o primeiro deles é o paradoxo que se encontra o trabalhador. Estabelecido ao mesmo tempo enquanto proprietário de sua força de trabalho, e enquanto mercadoria no processo produtivo. Seu contrato individualizado o diz que se trata de um acordo entre iguais, porém não demonstra que tal igualdade é meramente jurídica, fictícia. Tem o trabalhador horas a fio sua força de trabalho sugada por uma classe que se apropria de seu excedente produtivo. De fato, o trabalhador passa a trabalhar horas de graça ao seu contratante, acrescentando valor às mercadorias, possuindo dessa forma um valor de uso gigantesco, enquanto seu valor de troca é determinado a partir da teoria da subsistência. Outro elemento interessante a ser destacado é a diferenciação do trabalho efetivo realizado. O trabalhador realiza neste modo de produção um trabalho padrão, técnico, pouco qualificado, repetitivo e intenso. Logo, não existe a diferenciação para o capitalista da pessoa física que estará realizando o serviço, são todos descartáveis e com vida útil, como qualquer outro tipo de ferramenta. A individualização do contrato de trabalho gera ainda outro paradoxo para o trabalhador, pois no momento em que se observa enquanto igual com o capitalista, se dissocia de sua classe, busca apenas seu interesse imediato, não entendendo se tratar de uma condição coletiva aquela que enfrenta, e que sua ação poderia ser efetiva a partir do processo de consciência, tanto do processo de consciência em si, como para-si.

A equiparação da força de trabalho à mercadoria se manifesta a partir do momento em que o trabalhador “livremente” dispõe de sua capacidade de trabalho, mercantilizando-a, passando a ser vendida e comprada pelas condições do sistema capitalista. O salário é exatamente o preço dado à mercadoria força de trabalho, elemento constitutivo do capital, assim como vários outras mercadorias a exemplo da matéria prima. O salário é determinado a partir do valor das mercadorias que propiciam a reprodução e a sobrevivência do trabalhador, assim como qualquer outra mercadoria que é estabelecida a partir do tempo de produção socialmente necessária. Uma condição aqui se mostra clara, o valor é determinado estritamente para sua sobrevivência, não existindo margem para uma possível ascensão social. O exército de reserva estabelece na teoria marxista como um elemento primordial tanto na questão da organização da classe trabalhadora, como na questão da oferta e da procura, fixando como um dos principais fatores para que muitas vezes o

⁶ MARX, Karl. **Trabalho Assalariado e Capital e Salário, Preço e Lucro**. São Paulo: Expressão Popular, 2012, pp 36-37.

salário seja até mesmo inferior ao mínimo para a sobrevivência do trabalhador e de sua família. No caso, em sua essência a força de trabalho não consiste em uma mercadoria, porém, na sociedade capitalista, a força de trabalho adquire tais contornos mercantilistas. Levando em consideração a centralidade do trabalho na sociedade regida pela contradição da produção coletiva e da propriedade privada dos meios de produção, fica claro que as relações mercantilistas não se restringem somente às relações assalariadas.

CONCLUSÃO

Diante do presente trabalho, restou demonstrada a direta relação do sujeito do direito com o trabalho assalariado, sendo restringida tal análise para a questão social do trabalhador, ficando análise econômica para posterior estudo.

A dificuldade de estabelecer tal estudo lança-se como um desafio ainda para a graduação, devendo ser o estudo mais aprofundado a partir de novas análises. De tal modo que o estudo do Estado a partir do entendimento de Pachukanis, além do estudo econômico e filosófico marxista, permitem uma compreensão necessária à qualquer indivíduo, especialmente para os estudiosos do direito.

O trabalho não pode ser algo desumano e dissociado de conhecimento, o trabalho, livre de sua precarização e mercantilização, é o motor que move a humanidade, sendo a dialética em si.

REFERÊNCIAS

- Lessa, Sérgio; Tonet, Ivo. **Proletariado e Sujeito Revolucionário**. Maceió: Instituto Lukács, 2012.
- MARX, Karl. **Elementos fundamentais para la crítica de la economía política (Grundrisse)** 1857-1858. 15ª ed. México: Siglo XXI, 1987.
- MARX, Karl. **O capital, livro I, capítulo VI (inédito)**. São Paulo: Livraria Editora. Ciências Humanas Ltda., 1978.
- MARX, Karl. **Trabalho Assalariado e Capital e Salário, Preço e Lucro**. São Paulo: Expressão Popular, 2012.
- KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Crítica da Igualdade Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- PAULO NETTO, José. **Economia Política**. São Paulo: Cortez Editora, 2012.
- RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. Rio de Janeiro: Record, 2012.

INFLUÊNCIA DE CRITÉRIOS ECONÔMICOS NAS DECISÕES JUDICIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REFERENTE AO DIREITO SOCIAL PREVIDENCIÁRIO¹

Roosevelt Delano Guedes Furtado²

RESUMO

Este artigo científico fala sobre a influência de critérios econômicos nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal relacionadas a processos em que se discutem direitos sociais previdenciários. Para a sua elaboração o autor se utilizou de pesquisa bibliográfica. Objetiva-se com esse trabalho contribuir para as discussões ligadas à questão de como decidem os juízes as demandas jurídicas de natureza social previdenciária, principalmente, as movidas contra o sistema público de previdência social. Através de uma visão pragmática do Direito e da decisão judicial, o autor com base em concepções céticas quanto ao aspecto lógico atribuído ao Direito passa a expor algumas críticas ao Direito e ao silogismo metodológico. Para o autor a lei não tem sentido próprio, o intérprete dá-lhe sentido no caso a ser julgado, conforme uma gama de fatores. Elementos externos ao direito, como critérios econômicos, interesses pessoais, elementos políticos e ideológicos determinam o teor das decisões judiciais em demandas jurídicas em que se discutem direitos sociais previdenciários. Ao final, se estima ter ficado claro o caráter instrumental que o Direito desempenha na sociedade, principalmente, a serviço da manutenção do *status quo* da ordem econômica vigente, ainda que para tanto seja preciso negar a realização de direitos sociais previdenciários de milhões de jurisdicionados, muitas vezes garantidos constitucionalmente.

Palavras-chave: Decisão judicial; realismo; critério econômico.

ABSTRACT

This research paper discusses the influence of economic criteria in judicial decisions of the Supreme Court related to processes in which they discuss social welfare rights. For its preparation the author used literature search. Objective with this work contribute to the discussions related to the question

¹ Resumo na forma de artigo científico para inscrição no IV Encontro PROCAD – UFAL / UFPB / UFPE, O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos, que ocorrerá nos dias 11, 12 e 13 de dezembro de 2013 na Universidade Federal de Alagoas.

² Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Especialista em Direito Previdenciário. Advogado. E-mail: advfurtado@gmail.com.

of how judges decide the legal demands of social welfare, especially those filed against the public system of social security. Through a pragmatic view of the law and the court decision, the author based on conceptions skeptical about the logical aspect attributed to law shall present some criticism of the law and syllogisms methodological. For the author the law itself has no meaning, the interpreter gives you direction in the case to be tried as a range of factors. External elements to the right, as economic criteria, personal interests, political and ideological elements determining the content of judgments in legal claims in which they discuss social welfare rights. At the end, is estimated to have been clear that the instrumental character law plays in society, especially in the service of maintaining the status quo of the current economic order , even though both may need to deny the realization of social welfare rights of millions of jurisdictional , often constitutionally guaranteed

Keywords: Judicial decision; realism; economic criterion.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal decide as demandas jurídicas influenciado por uma gama de fatores, e não com base exclusivamente nos textos legais, posto que a lei não passa de mais uma fonte, entre tantas outras, de produção do direito, quem sabe até uma das últimas.

A bem da verdade, as grandes questões jurídicas, aquelas que causam (ou pelo menos poderiam causar) grandes repercussões políticas e econômicas e também mudanças sociais significativas, são decididas mais sob a influência de elementos ideológicos, políticos, e interesses econômicos do que sob critérios lógicos da mera subsunção do fato à norma.

Com relação especificamente às demandas jurídicas previdenciárias não é diferente. Embora justificadas a partir de um aparente silogismo metodológico de aplicação da lei, as decisões do Supremo sobre direitos sociais previdenciários contam sempre com elementos ocultos que conformam o pensamento ideológico mais conveniente para o grupo que está no poder, em detrimento da aclamada imparcialidade.

Para elaboração desse artigo são analisadas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 415.454/SC, que trata de pedido de revisão de pensão por morte com amparo no princípio constitucional da isonomia; e também nos pedidos de Suspensão de Segurança número 471-9/DF e número 472-7/DF interpostos no Supremo Tribunal Federal contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça que concedeu a manutenção da ordem para que o INSS procedesse o reajustamento das prestações previdenciárias pelo índice de 147%, com arrimo nos

Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o qual determinava a equivalência salarial dos benefícios mantidos pela Previdência Social ao tempo da promulgação da Constituição até a efetiva implementação dos novos Planos de Custeio e de Benefícios da Previdência Social.

Em tais demandas, fica nítido que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha obedecido a um silogismo metodológico aparentemente neutro e equidistante dos jurisdicionados fato é que tais demandas foram (e são) decididas de modo a atender os interesses econômicos da classe dominante e do neoliberalismo, muito embora esses fundamentos classistas, ideológicos e econômicos permaneçam ocultos através de discursos retóricos.

1 DESENVOLVIMENTO

A hipótese inicial desse artigo é no sentido de que as demandas jurídicas ligadas aos direitos sociais previdenciários são decididas pelo Supremo Tribunal Federal para atender aos interesses da ordem econômica vigente, inobstante tais decisões sejam produzidas com o intuito de transmitir absoluta isenção subjetiva, imparcialidade, senso de justiça, neutralidade do julgador, o que é feito sob o rito do silogismo metodológico do positivismo.

Somente a partir de uma concepção crítica de Direito torna-se possível compreender essas nuances que permeiam as decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos sociais previdenciários. O que se nota é que, muito embora o discurso oficial do Direito apregoe a imparcialidade irrestrita e a coerência hermética do sistema jurídico, alguns elementos ideológicos e econômicos fazem parte das decisões judiciais, não raro, ao menos de maneira apenas implícita, escondidos nas entrelinhas retóricas, gerando insatisfação na parcela da população desprestigiada, que deixa de ter seus direitos sociais previdenciários realizados diante da interpretação do Supremo quase sempre favorável ao erário público, representado pelo INSS.

Sobre a influência de elementos econômicos sobre as demandas de natureza social previdenciária, anota José Antônio Savaris que:

Percebe-se que a prática judicial em matéria previdenciária assume esses fortes contornos econômicos quando a ideologia neoliberal da iminência de irreversível crise fiscal logra exercer forte influência sobre a imaginação dos juízes, de modo que estes passam a buscar regras e procedimentos que contribuem para aumentar a riqueza da sociedade e, pretensamente, assegurar a manutenção do sistema previdenciário³.

³ SAVARIS, José Antonio. **Uma Teoria da Decisão Judicial da Previdência Social**: Contributo para superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p. 230.

As conclusões de José Antônio Savaris, na referida obra, partem de um estudo de campo em que foram analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal referente aos direitos sociais previdenciários. A partir da análise de José Antonio Savaris, conclui-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal na seara dos direitos sociais previdenciários são fundadas mais em critérios da ética utilitarista do que em critérios de uma suposta lógica, fria e imparcial do positivismo lógico.

Nos pedidos de suspensão de segurança tombados sob os números 471-9/DF e 472-7/DF, a utilização de critérios da ética utilitarista pelo Supremo fundada em detrimento de critérios lógico-jurídicos fica bastante claro. Em tais processos, o Superior Tribunal de Justiça havia deliberado a manutenção da ordem (o que iria permitir a execução imediata da sentença nos termos do art. 130⁴ da Lei 8.213/90, então vigente) de reajuste dos benefícios previdenciários no percentual de 147% (cento e quarenta e sete por cento) com arrimo nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), capítulo da Constituição Federal que determinava a equivalência salarial dos benefícios mantidos pela Previdência Social ao tempo da promulgação da Constituição até a efetiva implementação dos novos Planos de Custeio e de Benefícios da Previdência Social. A decisão do Superior Tribunal de Justiça não foi cumprida em decorrência da decisão do Supremo nos pedidos de suspensão de segurança números 471-9/DF e 472-7/DF, os quais foram acatados sob o argumento de que, caso mantida a decisão do Superior Tribunal de Justiça, poderia ocorrer desestabilização das finanças da Previdência Social, em detrimento de todos os trabalhadores ativos e inativos, do presente e do futuro.

Noutra demanda, também comentada por José Antônio Savaris, o Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 415.454/SC, em que se pediu a aplicação (independente da data de concessão da pensão por morte) a todos os pensionistas das regras contidas na Lei 9.032/95 por ser mais benéfica, o Supremo decidiu pela aplicação do princípio segundo o qual o *tempus regit actum*, ao tempo em que fez menção também à necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

Pelas análises de José Antonio Savaris fica evidente o conteúdo instrumental das decisões do Supremo a serviço de um suposto equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, em detrimento de direitos sociais garantidos constitucionalmente.

Mas esse caráter instrumental das decisões judiciais serve, na verdade, aos interesses da ordem econômica vigente e aos interesses da classe dominante, posto que a idéia de imparcialidade

⁴ Art. 130. Os recursos interpostos pela Previdência Social em processo que envolvam prestações desta lei, serão recebidos exclusivamente no efeito devolutivo, cumprindo-se desde logo, a decisão ou sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença.

do julgador faz parte apenas de uma visão invertida da realidade. Segundo lição de Luiz Fernando Coelho:

o Direito não é racional: é emocional, intuitivo, prático. A racionalidade do Direito é um dos mitos mais frágeis. Nem o Direito é racional e nem as decisões judiciais o são, a forma ou aparência de racionalidade é somente um meio de legitimar o Direito e as decisões jurídicas.⁵

Deste modo, o Direito, como dizem os realistas⁶, não é lógica, é experiência.

Para o realismo jurídico impossível seria falar em aplicação da lei de forma imparcial, porque existe um elemento subconsciente, de que fala Benjamim N. Cardoso⁷, presente no momento da decisão, o que faz da idéia de imparcialidade do julgador apenas uma falácia. Outrossim, há quem advirta que já as próprias leis são elas mesmas revestidas de preferências e escolhas prévias, só se podendo falar em prudência ou ponderação a partir do que já fora previamente escolhido, direcionado, estigmatizado, a lei.

Lorena de Melo Freitas, adotando esse mesmo entendimento cético quanto à imparcialidade do ato de julgar, ao discorrer já sobre a influência das ideologias na decisão preconiza que *as motivações sentenciais podem variar conforme a classe, formação, idade e a ideologia do juiz e, por conseqüência, resta duvidosa a idéia de justiça como função neutra e eqüidistante dos interesses dos jurisdicionados.*⁸

A corroborar, discorre Neil MacCormick:

apenas por referência a considerações de ideologia externas ao Direito é que alguém poderia chegar a uma decisão justificada. Então, o fundamento último da justificação é uma ideologia em particular, e não o Direito como fundamento último e ideologicamente neutro de razão⁹.

O que se observa, portanto, é que as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre direitos sociais previdenciários são justificadas, o que não significa dizer que sejam justas, tampouco que não sejam influenciadas por critérios econômicos, políticos ou ideológicos.

⁵ COELHO, Luiz Fernando. **A crítica ao Direito.** Disponível em: <<https://journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15826/14317>>. Acesso em: 26 de julho de 2013.

⁶ O realismo jurídico foi um movimento iniciado nos Estados Unidos, no primeiro quadrante do Século XX, tendo por característica principal o ceticismo com relação ao Direito. Esse movimento passou a afirmar, em síntese, que o juiz decide os casos práticos insuflado por uma gama de fatores, servindo a lei apenas para justificar o que fora decidido.

⁷ Benjamim N. Cardoso fora um dos expoentes do movimento denominado realismo jurídico norte-americano. Em uma de suas principais obras sobre a natureza do processo judicial, ele diz que a decisão judicial é composta de uma série de elementos, e que o julgador não está dissociado de elementos subconscientes que influenciam no momento da decisão.

⁸ FREITAS, Lorena de Melo. **Além da Toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito.** Recife: Bagaço, 2009, pag. 88.

⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito.** Tradução de Conrado Hümbert Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pag. 58.

CONCLUSÃO

A par dessas considerações, pode-se dizer que as decisões do Supremo Tribunal Federal, como as decisões judiciais de quaisquer tribunais ou instâncias, não estão dissociadas de fatores externos como critérios econômicos, políticos e interesses pessoais do próprio julgador.

Desta forma, inobstante a compreensão do fenômeno jurídico como raciocínio lógico ser a predominante, certo é que a idéia de imparcialidade das decisões acerca dos direitos sociais previdenciários faz parte apenas de uma “consciência invertida” da realidade. Pois as decisões do Supremo Tribunal Federal em tais demandas estão submetidas mais a avaliações de cunho ideológico, econômico e social do que a critérios puramente jurídico-dogmáticos, muito embora as razões de ordem econômica e ideológica da decisão proferida, na maioria das vezes, permaneçam ocultas.

REFERÊNCIAS

SAVARIS, José Antonio. **Uma Teoria da Decisão Judicial da Previdência Social: Contributo para superação da prática utilitarista**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. **A crítica ao Direito**. Disponível em: <<https://journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15826/14317>>. Acesso em: 26 de julho de 2013.

FREITAS, Lorena de Melo. **Além da Toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito**. Recife: Bagaço, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hümbert Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENÁRIO INTERNACIONAL DO CONTROLE DE CONTEÚDO PELO PROVEDOR DE SERVIÇO DE INTERNET APLICÁVEIS AO CASO ARE 660861 (STF)

Carlos Costa¹

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz²

RESUMO

O objeto deste escrito é investigar sobre o controle de conteúdo pelo provedor de serviços de Internet (ISP) no *leading case* ARE 660861, em trâmite Supremo Tribunal Federal (STF), demanda que versa sobre o embate entre a liberdade de expressão e a ofensa à honra em uma rede social administrada por um ISP. O Tribunal de cúpula do Poder Judiciário, que inclusive já reconheceu a repercussão geral do caso *sob judice*, terá que decidir acerca da legitimidade do ISP em controlar o conteúdo criado por terceiros e divulgado em seu sítio, bem como de retirá-lo de circulação quando qualificados como ofensivos à honra, independentemente de intervenção judicial que valore a ilicitude do conteúdo e determine a sua exclusão. O objetivo é tão somente discorrer sobre o cenário internacional do controle de conteúdo pelo provedor de serviços de internet, encontrado nas Declarações de Direitos Humanos e nos organismos internacionais que se ocupam da defesa e promoção do direito à liberdade de expressão e acesso a informação. Para tanto, emprega-se o método dedutivo, com apoio em pesquisa bibliográfica e documental, para ao final, ofertar a nota conclusiva.

Palavras-chave: Declarações de direitos humanos; liberdade de expressão; controle de conteúdo; provedor de serviços de internet.

ABSTRACT

This paper aims to study the control of content by the provider of Internet services (ISP) in the ARE 660.861 pending the Supreme Court (STF), leading case that is about the clash between freedom of expression, the damage to his reputation in a social network managed by ISP. The Court will have to decide on the legitimacy of ISP to control the content created by third parties and posted on its website, as well as taking it out of circulation when qualified as offensive to the honor, regardless of

¹ Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes- SE, Professor Universitário, Advogado.

² Doutor em Direito Constitucional, Professor PPGD | Universidade Tiradentes-SE.

judicial intervention to judge the wrongfulness content and determine its exclusion. The goal is to discuss the international landscape of content control by ISP, found in the Declarations of Human Rights and the international organizations concerned with the protection and promotion of the right to freedom of expression and access to information. Employs the deductive method, supported by literature and documents, to the end, offer the conclusion.

Keywords: Declarations of human rights; freedom of expression; content control; internet service provider.

INTRODUÇÃO

É indiscutível que a relação entre os direitos humanos e a Internet atrai cada vez mais importância. O uso lesivo ou benéfico da Internet no seio dos direitos humanos da personalidade leva à busca de formas de regulação ao acesso de informações sobre o indivíduo e o destino que se faz delas. Nada obstante, deve-se rechaçar a relação da Internet e dos direitos humanos sem um juízo sinestésico³ e crítico⁴, pois a necessária releitura que há de ser feita destes direitos não pode se cingir aos instrumentos reguladores que desabonam as condutas que lhe são ofensivas e tampouco pode ignorar que são eles resultados de construção histórica, social, econômica, política e jurídica e que por isso se prestam a garantir que todos possam lutar plural e diferenciadamente por uma vida digna de ser vivida.

Com o avanço da Internet, por meio das plataformas que proporcionam a participação criativa de materiais (*Web 2.0*), os indivíduos foram alçados a editores de conteúdos. Contudo, para a exteriorização na Internet do pensamento, das ideias e do conhecimento da atividade intelectual, artística, científica, de comunicação, faz-se necessário um intermediário: o provedor de serviço de Internet (ISP).

Um dos problemas jurídicos desta situação circunda no papel do ISP, que vem sendo judicialmente questionado se deve ele controlar, prévia ou posteriormente, o conteúdo inserido na Internet. Esta problematização é sublinhada pela inexistência de lei civil nacional que sirva de referencial normativo para solucionar este deslinde, o que motiva a buscar nas experiências e normativas internacionais os paradigmas para que se solucionem as demandas desta natureza.

Tal imbróglio jurídico teve repercussão geral reconhecida. O objeto deste escrito é investigar, pois, sobre o controle de conteúdo pelo ISP no *leading case* ARE 660861, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, demanda que versa sobre o embate entre a liberdade de expressão, a

³SÁNCHEZ RUBIO, D. **Repensar derechos humanos**: de la anestesia a la sinestesia. Espanha: MAD, 2007. (Colección Universitaria Textos Jurídicos), *passim*.

⁴HERRERA FLORES, J. A (re) **invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, *passim*.

ofensa à honra em uma rede social administrada por um ISP. A Corte terá que decidir acerca da legitimidade do ISP em controlar o conteúdo criado por terceiros e divulgado em seu sítio, bem como de retirá-lo de circulação quando qualificados como ofensivos à honra, independentemente de intervenção judicial que valere a ilicitude do conteúdo e determine a sua exclusão.

Adverte-se de que não é proposta deste a resolução da citada demanda, tampouco um estudo de direito comparado. O objetivo é tão somente discorrer sobre o cenário internacional do controle de conteúdo pelo ISP, encontrando nas Declarações de Direito e nos organismos internacionais que se ocupam deste mister. Para tanto, emprega-se o método dedutivo, com apoio em pesquisa bibliográfica e documental, para ao final, ofertar a conclusão.

1 DA APRESENTAÇÃO DO CASO ARE 660861

“As redes interativas de computadores estão crescendo exponencialmente, criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela⁵”. De fato, apesar de criada com intuito militar na década de 1960 (ARPANET), a Internet permitiu o desenvolvimento de inúmeras redes que, ao final conectadas entre si, agora permitem a comunicação entre milhões de pessoas e a possibilidade de abuso nesta comunicação.

O caso em deslinde versa sobre o embate dos direitos humanos “liberdade de expressão” e “honra” na Internet. Protocolada no Juizado Especial Cível da Comarca de Belo Horizonte-MG, a inicial relata que foi criada uma comunidade “Eu odeio a Aliandra” com foto e conteúdo difamatório na rede social “Orkut”, provida pelo Google. Aduz que a autora nunca se cadastrou para acessar o “Orkut” e que notificou para retirada do conteúdo, negado pelo Google com a justificativa de que não houve violação clara de lei nem das políticas estabelecidas por esse provedor. Na exordial se argumenta que: (i) como mantenedor, o Google deveria ser responsabilizado civilmente por não exercer controle sobre os atos praticados no seu site, sendo conivente, e assim vulnerando os direitos fundamentais à honra e à própria imagem da autora, protegidos pela Constituição Federal (art. 5º, V, X, CF-88) e Código Civil (arts. 186, 927, CC-02); (ii) pleiteou-se tutela específica antecipatória para que a aludida comunidade fosse retirada imediatamente, sob pena de fixação de multa.

A sentença afirma que possui responsabilidade o Google não pelas informações trocadas por terceiros, pois o provedor tem por finalidade promover relacionamento entre as pessoas, mas sim porque permitiu que as ofensas à autora se perpetuassem, mesmo quando devidamente notificada. Fixou em R\$10.000.00 a indenização e determinou a exclusão da comunidade em dois dias, em sede de tutela antecipada. A Turma Recursal Cível negou provimento ao recurso inominado do

⁵CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 40.

Google com os mesmos fundamentos.

Na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 660861), em 23.03.2012, o plenário do Superior Tribunal de Justiça (STF) reconheceu a repercussão geral (art. 102, § 3º da CF-88), vencido o Min. Marco Aurélio. Admitiu-se que, com a inexistência da lei, é necessário saber se a incidência direta dos princípios constitucionais gera, para a empresa hospedeira de sítios na rede mundial de computadores, o dever de fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios eletrônicos e de retirar do ar as informações reputadas ofensivas, sem necessidade de intervenção do Judiciário.

2 SOBRE O CENÁRIO INTERNACIONAL DO CONTROLE DE CONTEÚDO PELO PROVEDOR DE SERVIÇOS DE INTERNET

É mais que certo que os direitos humanos em destaque neste texto, a liberdade de expressão e a honra histórica e juridicamente reconhecidos⁶, devem ser revisados com a linguagem da Sociedade do Século XXI: a Internet. Isso porque, parafraseando Pierre Lévy⁷ nenhuma reflexão séria sobre o devir do Direito contemporâneo pode ignorar a enorme incidência das mídias eletrônicas e da informática.

O embate cibernético entre a liberdade de expressão e o controle de informação tem tido lugar no Direito Internacional dos Direitos Humanos, mormente na *Inter-American Telecommunication Commission*, vinculada à OEA (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS)⁸ e na União Internacional de Telecomunicações (UIT), Agência do Sistema das Nações Unidas (ONU) dedicada a temas relacionados às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH-48) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP-66) de 1966 - Decreto nº 592, de 06/07/1992 - garantem, no artigo 19, a liberdade de expressão a todos e o seu exercício por qualquer meio de comunicação. Com fulcro no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Decreto nº 678, de 6/11/1992) - Pacto de San José da Costa Rica (PSJCR-69)- e nos relatórios dos organismos

⁶Cf. Declaração Inglesa de Direitos de 1689 (art. 9); Declaração de direitos do bom povo de Virgínia de 1776 (art. 12); Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 (art. 10º); Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 (arts. 12 e 19); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966 - Decreto nº 592, de 06/07/1992- (arts. 17 e 19); Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 - Decreto nº 678, de 6/11/1992 -(arts. 11 e 13).

⁷LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. 15. reimpr. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2008, p. 17.

⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Inter-American Commission of Telecommunications of the Organization of American States (OAS). Recommendation on The Treatment of Illegal Behaviors carried out Through ICT**. Costa Rica, 2009.PCC.I/REC. 4 (XV-09), October, 2009, p. 13-16, "Final Report of XV Meeting of the Permanent Consultative Committee". Disponível em: <<http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=DImb511V7L0%3d&tabid=1382&mid=4560>>. Acesso em: 6 set. 2013.

internacionais, infere-se que o exercício da liberdade de expressão, salvo exceções, não está sujeito a censura prévia, ressalvando apenas a hipótese de censura em diversões e espetáculos públicos que possam causar danos a crianças e adolescentes.

Uma leitura das Declarações supraditas declina que o ISP não tem responsabilidade pelos materiais ofensivos criados e postados por terceiro, e que o juízo de valor acerca da ilicitude do conteúdo da informação somente pode ser realizado pelo Poder Judiciário, após a aplicação do “teste das três partes” previsto no parágrafo 3º, do art. 19 do PIDCP-66: qualquer restrição à liberdade de expressão (i) deve estar previamente prevista em lei de forma clara e objetiva; (ii) deve ter como propósito salvaguardar o respeito aos direitos ou da reputação de outrem, a segurança nacional, ordem pública, saúde e moral públicas; e (iii) é exigível que toda medida restritiva da liberdade deve ser adequada, proporcional e estritamente necessária para tutelar o intuito legítimo.

Por oportuno, convém recordar que no § 39 da Opinião Consultiva n° 5/85, da CIDH, pugnou-se pela obediência ao artigo 13.2 do PSJCR-69, estabelecendo que a restrição à liberdade de expressão deve observar (a) a existência de causas de responsabilidade previamente estabelecidas; (b) a definição expressa e taxativa dessas causas pela lei; (c) a legitimidade dos fins perseguidos ao estabelecê-las; (d) que sejam necessárias para assegurar tais fins⁹.

Importa ressaltar que a Organização das Nações Unidas, em relatório de maio de 2011, destaca a necessidade de cuidadosa ponderação dos direitos fundamentais, adverte, entre vários pontos, que o sistema de notificação e retirada é uma forma de prevenir intermediários (ISP) de se envolver ou encorajar ativamente comportamentos ilegais em seus serviços, mas está sujeito a abuso tanto do Estado quanto de atores privados; que os intermediários, como entidades privadas, não são os melhores posicionados para determinar que tipo de conteúdo é ilegal, pois requer um balanceamento cuidadoso dos interesses em jogo e consideração das defesas, e saúda iniciativas tomadas para proteger intermediários, tais como o projeto de lei no Chile (aprovado – art. 85-L e seg., Ley 20.435/2010¹⁰), que prevê que intermediários não são obrigados a prevenir ou remover acesso a conteúdos gerados por usuários que infrinjam direitos autorais até serem notificados por uma ordem judicial e, expressamente, louva o Projeto de Marco Civil brasileiro, formalizado *a posteriori* como PL 2126/2011¹¹.

⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **A associação obrigatória de jornalistas**. Opinião Consultiva n° 5/85. Costa Rica, 13 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 6 set. 2013.

¹⁰ CHILE. **Ley 20.435, de 04 de Mayo de 2010**. Biblioteca Del Congreso Nacional de Chile. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1012827&idParte=&idVersion=2010-05-04#85>>. Acesso em: 6 set. 2013.

¹¹ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. UN. New York, 2011. Res. A.HRC.17.27. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 6 set. 2013.

Ainda, urge consignar que não é outro o sentido dos itens 1.a, 2.a e 2.b da Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet de 1 de junho de 2011; subscrita pelo relator especial das Nações Unidas (ONU) para a Liberdade de Opinião e de Expressão, pela representante para a Liberdade dos Meios de Comunicação da Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa (OSCE), pela relatora especial da Organização dos Estados Americanos (OEA) para a Liberdade de Expressão e pela relatora especial sobre Liberdade de Expressão e Acesso à Informação da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP)¹².

No mesmo tom, a Observação geral N° 34, do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU), no 102° período de sessões, de 12 de setembro de 2011, em comentários ao art. 19 do PIDCP-66, concluiu que somente serão admitidas restrições ao ISP na medida em que sejam compatíveis com o parágrafo 3º¹³. Por fim, insta relatar que a Organização das Nações Unidas com a Resolução A-HRC-20-L13, de 29/06/2012 exorta a liberdade de expressão *on line*, mas suas restrições não de ser remetidas ao art. 19 da DUDH-48 e do PIDCP-66¹⁴.

CONCLUSÃO

A principal conclusão é que a liberdade de expressão *on line* foi exortada pela ONU, pela OEA, e as hipóteses de suas restrições são remetidas aos mais relevantes documentos internacionais, *ex vi*, no art. 19 da DUDH-48, no art. 19 PIDCP-66. Há uma tendência manifesta de propor que toda limitação ao funcionamento do ISP somente serão admissíveis na medida em que sejam compatíveis como parágrafo 3º do art. 19 do PIDCP-66, para a aplicação do “teste das três partes”.

REFERÊNCIAS

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CHILE. Ley 20.435, de 04 de Mayo de 2010. **Biblioteca Del Congreso Nacional de Chile**. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1012827&idParte=&idVersion=2010-05-04#85>>. Acesso em: 6 set. 2013.

¹²ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión**. Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e Internet (2011). Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>>. Acesso em: 7 set. 2013.

¹³ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. **Observación general N° 34**. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión. ONU. Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JctThapJZwAJ:www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CC-PR.C.GC.34_sp.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 6 set. 2013.

¹⁴UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet**. UN. New York, 2012. Res. A/HRC/20/L.13. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G12/147/10/PDF/G1214710.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 6 set. 2013.

HERRERA FLORES, J. A **(re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. 15. reimpr. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **A associação obrigatória de jornalistas**. Opinião Consultiva n° 5/85. Costa Rica, 13 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 6 set. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión. **Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e Internet** (2011). Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>>. Acesso em: 7 set. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Inter-American Commission of Telecommunications of the Organization of American States (OAS). **Recommendation on The Treatment of Illegal Behaviors carried out Through ICT**. Costa Rica, 2009.PCC.I/REC. 4 (XV-09), October, 2009, p. 13-16, “Final Report of XV Meeting of the Permanent Consultative Committee”. Disponível em: <<http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=DImb511V7L0%3d&tabid=1382&mid=4560>>. Acesso em: 6 set. 2013.

SÁNCHEZ RUBIO, D. **Repensar derechos humanos**: de la anestesia a la sinestesia. Espanha: MAD, 2007. (Colección Universitaria Textos Jurídicos).

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet**. UN. New York, 2012. Res. A/HRC/20/L.13. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G12/147/10/PDF/G1214710.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 6 set. 2013.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. UN. New York, 2011. Res. A.HRC.17.27. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 6 set. 2013.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SEUS IMPACTOS NAS LEGISLAÇÕES NACIONAIS

Carolina Barros de Castro e Souza¹

Marina Rodrigues Moreno²

Priscilla Maria de Holanda Cavalcante³

Thaís Andrade Bastos de Almeida⁴

RESUMO

Este trabalho pretende abordar o controle de convencionalidade exercido pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que diz respeito à compatibilização normativa doméstica aos tratados internacionais, bem como ao controle de constitucionalidade e de legalidade. Houve, ainda, o interesse em abarcar as decisões judiciais da Corte IDH, como também as recomendações feitas pela Comissão Interamericana, de modo a comparar ambos os mecanismos dentro da dialética jurisprudencial interna e externa. Por fim, será analisada a postura brasileira dentro desta perspectiva.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; controle de constitucionalidade; dialética jurisprudencial.

ABSTRACT

This present paper intends to approach the control of conventionality prosecuted by Interamerican System of Human Rights, in which concerns the domestic legislation compatibility to the international treaties, as well as the constitutionality control and legality. There was, also, the interest in reaching the IDH Court's precedents and the recommendations made by the Interamerican Commission, in order to compare both mechanisms inside the jurisprudential in and out dialectic. Finally, it will be examined the brazilian opinion inside this perspective.

Key-words: Conventionality control; Interamerican System of Human Rights; constitutionality control; jurisprudential dialectic.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), carolinabarros@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), marinamoreno28@gmail.com.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), priscillaholandac@gmail.com.

⁴ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), thaisandradebastos@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de investigar o controle de convencionalidade em seu âmbito geral exercido pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tomando por base posições doutrinárias e precedentes judiciais, na perspectiva da efetivação do conteúdo presente nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem como a inércia demonstrada pela ciência jurídica nacional e a legislação doméstica.

Através de uma análise crítica, o Núcleo de Estudos sobre o Sistema Interamericano e Tratados Internacionais (NEST), orientado pelo Prof. Dr. George Sarmiento⁵, buscou sublinhar a importância do controle de convencionalidade efetivo, que traga corolários sociais significativos, resultantes da real observância do dispositivo doméstico aos mandamentos internacionais. Doravante, listar-se-ão decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como as recomendações e relatórios da Comissão Interamericana.

O controle de convencionalidade das leis consiste na compatibilização da produção e da aplicação normativa doméstica com os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.⁶ Este tipo de controle subdivide-se em controle de convencionalidade externo e interno. Em sua primeira dimensão, ele é exercido por um tribunal supranacional - a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) -, que confronta materialmente o direito interno e as disposições internacionais, objetivando avaliar a compatibilidade entre eles⁷. Por outro lado, o controle interno de convencionalidade é realizado por determinados órgãos jurisdicionais nacionais incumbidos de apreciar a consonância entre leis internas e o conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos⁸.

1 AS FASES PRELIMINARES: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE LEGALIDADE

Para a plena compreensão do controle de convencionalidade externo, vale anotar os instrumentos internacionais envolvidos no processo, integrados ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. São eles: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁵ Mestre e doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor convidado da Universidade de Montpellier. Promotor de Justiça.

⁶ MAZZUOLI, V. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Direito e justiça** – reflexões sociológicas, Rio Grande do Sul, ano 9, n. 12, p. 237, mar. 2009.

⁷ RAMÍREZ, S. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México**, México, ano 5, n. 28, p. 126, jul-dez 2011.

⁸ *Idem*.

A Comissão Interamericana tem atribuições para “promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”.⁹

Diante disso, vale ressaltar que a CIDH só tem competência para examinar determinada denúncia uma vez que após o esgotamento de todos os recursos judiciais internos, isto é, que o processo já tenha sido apreciado por todas as instâncias jurisdicionais do país, salvo casos de exceções devidamente explicadas.¹⁰ Em razão disso, são pressupostos deste controle, os controles de constitucionalidade e de legalidade, que consistem, respectivamente, em mecanismos de regulação material e formal da produção da legislação ordinária com as normas constitucionais e destas com os tratados comuns, os quais não versam sobre direitos humanos, que devem ser exercidos pelos representantes do Poder Judiciário interno, através de um controle concentrado, reservado ao Supremo Tribunal Federal, e um controle difuso, reservado aos juízes durante a avaliação do caso concreto.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão judicial autônomo da OEA (Organização dos Estados Americanos), que tem a competência de “interpretar e aplicar a Convenção Americana e outros tratados interamericanos de direitos humanos, em particular por meio da emissão de sentenças sobre casos e opiniões consultivas”¹¹; e a Convenção Americana (Pacto de San José da Costa Rica), que “reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos (...), limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos mediante a adoção de medidas legislativas (...)”¹².

Diante disso, vale ressaltar que a CIDH só tem competência para examinar determinada denúncia uma vez que após o esgotamento de todos os recursos judiciais internos, isto é, que o processo já tenha sido apreciado por todas as instâncias jurisdicionais do país, salvo casos de exceções devidamente explicadas.¹³ Em razão disso, são pressupostos deste controle, os controles de constitucionalidade e de legalidade, que consistem, respectivamente, em mecanismos de regulação material e formal da produção da legislação ordinária com as normas constitucionais e destas com os tratados comuns, os quais não versam sobre direitos humanos, que devem ser exercidos pelos representantes do Poder Judiciário interno, através de um controle concentrado, reservado ao Supremo Tribunal Federal, e um controle difuso, reservado aos juízes durante a

⁹ OEA, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>. Acessado em: 15 de outubro de 2013.

¹⁰ EUA. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Sistema de Petições e casos*. Washington, D.C., 2010.

¹¹ EUA. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Sistema de Petições e casos*. Washington, D.C., 2010.

¹² PIOVESAN, F. Anuário Brasileiro de Direito Internacional. **Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas**, nº II/2, p. 119-120, 2007.

¹³ EUA. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Sistema de Petições e casos*. Washington, D.C., 2010.

avaliação do caso concreto.

1.1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EXTERNO

Es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, ‘sus jueces’ “*como parte del aparato Estatal también están sometidos a ella*” lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, interprete última de la Convención. (HITTERS, Juan. Estudios Constitucionales. **Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)**. Chile, año 7, n. 2, p. 115, 2009).

Em termos gerais, consiste num processo lógico de confrontação entre normas nacionais e internacionais,¹⁴ função atribuída aos tribunais internacionais de direitos humanos,¹⁵ que se encontra a serviço da justiça e da segurança jurídica¹⁶, visando a assegurar a primazia deste novo direito internacional, no sentido de construir um *jus commune*, de pleno alcance regional.¹⁷ Dessa forma, busca-se não apenas a adequação do aparato legal interno aos valores protegidos pelos tratados internacionais, mas que os impactos transcendam a abstração normativa, alcançando o plano social no sentido de concretizar os direitos humanos.

2 CASOS JURISPRUDENCIAIS DA COMISSÃO INTERAMERICANA E DA CORTE IDH

2.1 CASO MARIA DA PENHA

Em agosto de 1998 a Comissão recebeu uma denúncia apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes representada pelo *Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional* (CEJIL) e pelo *Comitê Latino-americano de Defesa dos Direitos da Mulher* (CLADEM), fundamentada na Convenção Americana e na Convenção de Belém do Pará, ambas ratificadas pelo Brasil. A denúncia alegou a tolerância do Brasil por não haver tomado, por mais de 15 anos, as medidas necessárias para punir o agressor, seu então marido, Marco Antônio Heredia Viveiros, este responsável pela tentativa de homicídio da sua esposa e de outras agressões em 1983. Em razão disso, Maria da

¹⁴ RAMÍREZ, S. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México**, México, ano 5, n. 28, p. 125, jul-dez 2011.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

Penha sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades. Apesar de todos os seus esforços, suas denúncias perante o Estado Brasileiro continuaram desprezadas, o que resultou no envio de uma petição à CIDH.¹⁸

A Comissão recomendou ao Brasil uma investigação séria, imparcial e exaustiva com o objetivo de determinar a responsabilidade penal do réu e, bem como, para verificar se outros fatos ou ações de agentes estatais impediram o processamento eficaz e célere do responsável. Para além da recomendação da reparação pronta e efetiva à vítima e adoção de medidas cabíveis para dar fim à tolerância do Estado perante a violência doméstica contra mulheres.¹⁹

O fruto da atuação da Comissão culminou com a promulgação, em 7 de agosto de 2006, da chamada Lei Maria da Penha que criou mecanismos nacionais para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Por via da repressão internacional, o Brasil foi compelido a adequar-se aos tratados internacionais de proteção da integridade física, psíquica e moral da mulher.

CONCLUSÃO

Em dezembro de 2004 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45. Ela introduziu no artigo 5º da Constituição Federal o parágrafo 3º, que prevê que todos os tratados internacionais de direitos humanos dos quais seja o Brasil signatário, adquirem automaticamente *status* de emenda constitucional²⁰, desde que obedecido o devido processo legislativo. Apesar dessa significativa mudança legislativa, o Supremo Tribunal Federal ainda considera os tratados ratificados pelo Brasil antes da EC 45 normas de natureza supralegal, rejeitando o seu caráter constitucional. Importante ressaltar que o grupo apoia o magistério de Celso Albuquerque de Mello, defensor da teoria que atribui aos referidos tratados uma natureza supraconstitucional, diferente da doutrina dominante, cujo expoente é Antônio Augusto Cançado Trindade, que incumbe aos mesmos, título constitucional. Sob o nosso entendimento, a própria Emenda apresenta-se falha no que concerne ao fato de que, consoante o seu texto, somente os tratados adotados após a edição da dita emenda adquirem este *status*, reservando aos anteriores, mero caráter ordinário.

Tal postura, sob o ponto de vista do grupo de pesquisa, constitui algo inaceitável, uma vez que a hegemonia dos tratados internacionais de Direitos Humanos representa

el mejor imperio del Estado de derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano (...) con vistas a la formación de un *jus commune* del mismo alcance geográfico-jurídico. (RAMÍREZ, S. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México**, México, año 5, n. 28, p. 127, jul-dez 2011).

¹⁸ OEA, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 54/01. Caso nº 12.051. Disponível em: <www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> acessado em 16 de outubro de 2013.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988). Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004.

A posição adotada é a da primazia do Direito Internacional sobre o Poder Constituinte, de modo que este estaria submetido àquele, especialmente no que toca os direitos humanos. A atuação do Sistema Interamericano, como foi demonstrado através do *caso Maria da Penha vs Brasil*²¹, é crucial para a garantia dos valores em face do arbítrio estatal e para que os indivíduos gozem plenamente dos direitos que legalmente lhes pertencem. Por fim, sublinha-se Mello quando este afirma que no âmbito nacional esse tema é ignorado²², denunciando o “pequeno papel” que a seara internacional possui na vida jurídica brasileira.

REFERÊNCIAS

MAZZUOLI, V. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Direito e justiça** – reflexões sociológicas, Rio Grande do Sul, ano 9, n. 12, p. 237, mar. 2009.

RAMÍREZ, S. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México**, México, ano 5, n. 28, p. 126, jul-dez 2011.

EUA. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Sistema de Petições e Casos*. Washington, D.C., 2010.

PIOVESAN, F. Anuário Brasileiro de Direito Internacional. **Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas**, nº II/2, p. 119-120, 2007.

OEA, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>. Acessado em: 15 de outubro de 2013.

HITTERS, Juan. Estudios Constitucionales. **Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)**. Chile, ano 7, n. 2, p. 115, 2009).

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 54/01. Caso nº 12.051. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 16 de outubro de 2013.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004.

MELLO, C. **O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal**. In: TORRES, R., **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed Renovar. 1999, p. 20.

BIANCHINI, Alice, MAZZUOLI, Valério. Controle de convencionalidade da Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2597882/control-de-convencionalidade-da-lei-maria-da-penha-alice-bianchini-e-valerio-mazzuoli>>. Acesso em: 16 out. 2013.

²¹ *Idem*.

²² MELLO, C. **O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal**. In: TORRES, R., **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro. Renovar. 1999, p. 20.

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Filipe Mendes Cavalcanti Leite¹

Samantha Nagle Cunha de Moura²

RESUMO

O Protocolo de Palermo, principal instrumento internacional a regulamentar o tráfico internacional de pessoas, traz uma compreensão progressista da prostituição, adotando uma separação clara entre o comércio sexual forçado e o voluntário. O entendimento do Estado brasileiro, todavia, não considera o consentimento da mulher como elemento imprescindível para a configuração do tráfico, o que gera uma antinomia entre a norma nacional (decantada no Código Penal) e a norma internacional. Tal descompasso produz situações quiméricas em que o empreendimento da mulher no mercado do sexo é tido como tráfico e não como expressão de sua liberdade profissional e autonomia sexual, o que pode ser amplamente visualizado na prática judicante. Para demonstrar a cosmovisão por demais anacrônica do Judiciário brasileiro, o presente trabalho faz um apurado das decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região relacionadas ao tráfico internacional de mulheres, analisando a forma como os julgadores constroem seus argumentos, a utilização do Protocolo de Palermo e a maneira como se perfectibiliza a tipificação do tráfico. Conclui-se que as referidas decisões não fazem muitas referências ao Protocolo de Palermo, carecem de análises mais profundas acerca da forma como a prostituição é realizada no lugar de destino e por vezes entendem tal atividade como sinônimo de humilhação e degradação.

Palavras-chave: Tráfico de mulheres; Protocolo de Palermo; consentimento; Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

ABSTRACT

The Palermo Protocol, the main international instrument regulating the international trafficking of people, brings a progressive understanding of prostitution, adopting a clear distinction between forced and voluntary sex trade. The understanding of the Brazilian state, however, does not consider

¹ Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail para contato: filipimendes@hotmail.com.

² Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail para contato: samienagle@gmail.com.

the woman's consent as an indispensable element for the configuration of the traffic, which generates an antinomy between the national law (present in the Penal Code) and the international law. This mismatch produces chimeric situations in which the enterprise of women in the sex trafficking is considered not as an expression of their professional freedom and sexual autonomy, which can be widely viewed in the judicial practice. To demonstrate the anachronistic worldview of the Brazilian Judiciary, this paper makes an accurate analysis of decisions of the 5th Region Federal Court related to international trafficking of women, analyzing how judges construct their arguments in order to verify the use of the Palermo Protocol and the way they preach the criminalization of trafficking. We conclude that those decisions don't make many references to the Palermo Protocol, don't require deeper analysis about how prostitution is performed at the local of destination and sometimes understand such activity as synonymous with humiliation and degradation.

Keywords: Trafficking of women; Palermo Protocol; consent; 5th Region Federal Court.

INTRODUÇÃO

A problemática do tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual é uma das atividades mais lucrativas do mundo e uma das mais flagrantes violações de direitos humanos. À procura de melhores condições de vida, inúmeras mulheres são ludibriadas por aliciadores que prometem o sonho de um trabalho com retorno financeiro razoável e significativo, principalmente em países desenvolvidos. A realidade dessas mulheres no local de destino, todavia, não condiz com as expectativas geradas: ameaças, humilhações, torturas, rotinas de trabalho extenuantes e dívidas impagáveis atinentes aos custos da viagem são alguns fatos paradigmáticos que caracterizam a vida levada por muitas mulheres traficadas, representando o que a Organização das Nações Unidas (ONU) chama de “a forma moderna de escravidão”.³

O principal instrumento internacional regulamentador do tema constitui o Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, Punição e Repressão do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (documento atrelado à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000), o qual institui o primeiro conceito universalmente aceito sobre o que seria o tráfico de pessoas. Tal conceito, como será visto, trouxe em seu bojo a possibilidade de uma

³ Consoante dados fornecidos pela Organização Internacional da Migração (OIM), cerca de quatro milhões de pessoas são traficadas por ano contra a própria vontade para trabalhar em alguma forma de escravidão. Segundo dados da ONU e da Fundação Helsinque de Direitos Humanos, 75 mil mulheres brasileiras estariam sendo obrigadas a se prostituir nos países da União Europeia (MELO, Mônica de; MASSULA, Letícia. Tráfico de Mulheres: Prevenção, Punição e Proteção. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 5, n. 58, março/2004).

interpretação mais progressista no trato do tráfico para fins sexuais, aceitando a existência do comércio sexual *voluntário* em oposição ao comércio *forçado*.

Nada obstante, o entendimento de muitos Estados contradiz os termos do Protocolo, vez que não considera o consentimento da mulher como elemento imprescindível para a configuração do tráfico. O descompasso entre a ordem jurídica internacional e a nacional – caso do Brasil, por exemplo – produz situações quiméricas em que o empreendimento da mulher no mercado do sexo é tido como tráfico e não como expressão de sua liberdade profissional e autonomia sexual.

Para análise de tal incongruência, o presente trabalho pretende fazer um apurado de julgamentos em acórdãos de Apelação Criminal e Recurso em Sentido Estrito que tramitaram no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A intenção precípua em recorrer aos julgados do TRF-5 foi a de verificar a maneira como os relatores das ações que versam sobre tráfico internacional construíram seus argumentos e razões de decidir, analisando se há recorrência ao Protocolo de Palermo como instituto jurídico de relevância para os rumos dos julgados.

1 O CONCEITO DE TRÁFICO DE PESSOAS NO PROTOCOLO DE PALERMO E NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Ainda não existe um real consenso sobre o conceito do tráfico de pessoas. Ao longo da história, a comunidade internacional já esposou diversas definições e entendimentos acerca do fenômeno – algumas mais moralistas, outras mais emancipadoras. Todavia, grande parte da celeuma foi afastada com o já citado Protocolo de Palermo, o qual trouxe uma definição internacionalmente aceita. Assim diz o seu art. 3º:

- a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a) [...]

A questão dos meios utilizados pelo agente para cooptar a vítima é de importância seminal para o problema aqui enfrentado. O legislador internacional foi minucioso nesse ponto, determinando que tais meios podem ser *violentos* (ameaça, uso da força, outras formas de coação, rapto ou abuso de autoridade), *fraudulentos* (fraude ou engano), *financeiros* (entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre

outra) ou *abusivos* (situação de vulnerabilidade).⁴ Percebe-se claramente que, em todas essas situações, o consentimento eventualmente dado pela vítima acaba viciado: o aceite da vítima em prostituir-se no exterior, por exemplo, não implica anuência em relação à sua situação de exploração sexual e econômica e de violação de direitos humanos. Havendo o vício de consentimento, caracteriza-se o tráfico. Se a vítima for uma criança⁵, no entanto, qualquer recrutamento, transferência, asilo ou recepção com o propósito de exploração será reputado tráfico de pessoas.

Em outras palavras: não havendo a utilização de tais meios, o consentimento dado pela vítima será levado em consideração e, por conseguinte, não haverá responsabilização. Nesse sentido, se uma mulher consentiu, livremente e sem enganos ou abusos, exercer a prostituição em outro país, não haverá a configuração do tráfico, segundo o Protocolo. Aí está a prostituição meramente voluntária, sem repercussões jurídico-penais.

O ordenamento jurídico brasileiro, todavia, não adota o conceito exposto pelo Protocolo. O tráfico internacional de pessoas encontra-se tipificado no Capítulo V (“Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas Para Fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual”) do Título VI (“Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”) do Código Penal, art. 231. Eis a literalidade do *caput*: “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro”. Incorre na mesma pena “aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la” (§1º).

A legislação brasileira não segue a mesma abrangência adotada pelo Protocolo: para o direito interno, apenas o tráfico cometido com fins de exploração sexual é que se enquadra no tipo penal, enquanto a ordem internacional aponta para outras formas de exploração do ser humano (trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, servidão, remoção de órgãos etc). Mais do que isso, o emprego de ameaça, fraude ou violência é apenas causa de aumento de pena e não elemento constituidor do crime, o que significa que a simples promoção, facilitação, agenciamento, aliciamento, transporte, transferência e/ou alojamento da suposta vítima é suficiente para tornar o agente um traficante internacional de pessoas. Tal configuração é problemática e demonstra o moralismo legislativo em relação à prostituição, afastando qualquer consideração a respeito da possibilidade de uma mulher, após decisão livre e informada, fazer as escolhas existenciais de sua própria vida.

2 O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth; RASSI, João Daniel. Tráfico Internacional de Pessoas e o Tribunal Penal Internacional. In: JÚNIOR, Laerte I. Marzagão (coord.). **Tráfico de Pessoas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

⁵ Art. 3º, “d” do Protocolo de Palermo: “O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos”.

O sistema de justiça criminal atual funciona como um verdadeiro funil para a apuração do crime de tráfico internacional de pessoas: diversos inquéritos não chegam à fase de conclusão para o oferecimento da denúncia por falta de provas ou por leniência investigativa. Segundo o Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas, em análise feita sobre o fenômeno entre os anos de 2005 e 2011, o número de inquéritos que investigam tráfico internacional de pessoas para fins sexuais guardou, em relação ao número de processos distribuídos nos Tribunais Regionais Federais, uma proporção aproximada de dois para um, ou seja, para cada dois inquéritos efetivados pela Polícia Federal, um processo foi distribuído nos TRFs.⁶

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região⁷ demonstra visivelmente estar inserida numa lógica de preponderância de preceitos formalistas. Em consulta ao banco de dados do TRF-5, vê-se que constam 18 registros que versam sobre “tráfico internacional de mulheres” na corte. Dentre esses registros, encontram-se sete acórdãos de Apelações Criminais e Recursos em Sentido Estrito que abarcam o período entre 2006 e 2012.⁸

Em primeira análise, nota-se que apenas duas das sete decisões (Apelações Criminais nº 200183000075120 e nº 200584000100122) fazem referência ao Protocolo de Palermo. As demais ações se valem da redação proveniente do art. 231 do Código Penal para a construção dos argumentos e das razões de decidir. A Apelação Criminal nº 200584000100122, relatada pelo desembargador Emiliano Zapata Leitão, é a que faz, dentre as ações pesquisadas, a maior quantidade de referências à Convenção de Palermo (documento principal ao qual o Protocolo está vinculado), aliando-a ao Código Penal para a construção dos seus argumentos jurídicos – são sete citações à Convenção em 168 páginas de voto, contra uma citação em 10 páginas de voto na Apelação Criminal nº 200183000075120.⁹

Entre as duas supramencionadas, a decisão mais recente do TRF-5 a fazer referência ao Protocolo de Palermo foi proferida pelo desembargador Marcelo Navarro na relatoria da Apelação Criminal nº 200183000075120. Valendo-se de julgado do TRF-1 em que o Protocolo de Palermo é citado, o relator se inclina para a completa descon sideração da anuência da mulher como requisito de relevância, em suas palavras:

⁶ SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. **Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas:** consolidação dos dados de 2005 a 2011. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

⁷ O TRF é responsável pelo julgamento, em grau recursal, do crime de tráfico internacional de pessoas (o TRF da 5ª Região tem sede em Recife e julga as lides provenientes dos estados de Alagoas, Ceará, Sergipe, Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Norte).

⁸ A exclusão se deveu ao objetivo do trabalho de perceber de forma mais detalhada a construção do argumento jurídico concernente ao crime, às condições de trabalho das vítimas e à participação dos autores. Assim, por tratar incidentalmente dessas questões, focando-se no seu próprio motivo justificador – a restrição da liberdade dos réus – os *Habeas Corpus* foram retirados do elenco de decisões analisadas.

⁹ RECIFE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ACR 200584000100122, Relator: Des. Emiliano Zapata Leitão, 2009, p. 123.

A conduta da apelante enquadra-se, portanto, perfeitamente no núcleo do tipo correspondente a “facilitar” a saída de pessoas para o exterior, cuja consumação independe até mesmo do consentimento da vítima, sendo suficiente a ajuda financeira e o direcionamento ao lugar destinado à exploração sexual (grifos nossos).¹⁰

Tal situação oculta um paradoxo, posto haver a tentativa de combinar o discurso do Protocolo de Palermo e do Código Penal exatamente no ponto em que destoam entre si. Assim, em seu desfecho, o relator profere voto eminentemente técnico e diz: “presente o tráfico de pessoas, ainda que a vítima houvesse consentido com a exploração sexual, sua vontade seria irrelevante para afastar a conduta delitiva”.¹¹

Havendo fraude na proposta, restrição da liberdade, coação mediante apreensão de documentos como o passaporte, aliados à ajuda financeira ou procedimental para a viagem da mulher ao exterior, é visível que há a configuração do tráfico. Entretanto, alguns votos carecem de análises detalhadas acerca da forma como esse trabalho foi realizado no exterior, partindo-se sempre do pressuposto de condições de semiescravidão. É este o caso do Recurso em Sentido Estrito nº 200684000044123, assim como das Apelações Criminais de nº 200483000074992, nº 200481000188890 e nº 200283000014469¹².

Também vale menção a forma como os julgadores se referem às mulheres. A Apelação Criminal nº 200483000074992, por exemplo, de relatoria do desembargador Ivan Lira de Carvalho, vinculou as vítimas à pecha da ingenuidade e do baixo grau de instrução. O voto assim se referiu às vítimas: “as ‘candidatas’ listadas eram pessoas com baixo grau de instrução e sem experiência no ramo do turismo [...]”.¹³ Esse argumento atrela a capacidade de percepção da própria dignidade ao fator instrução.

É preocupante a referência, por parte dos julgadores, da prostituição como sinônimo de humilhação e degradação. Nesse sentido, a Apelação Criminal nº 200483000074992 menciona que os sujeitos ativos tiveram: “gana de obter vantagem econômica com a viagem e a atividade degradante da vítima [...]” (grifo nosso).¹⁴ É perceptível, portanto, que a jurisprudência fala em abstrato das condições de trabalho das prostitutas no exterior, sem de fato pormenorizar a maneira como esse trabalho realmente ocorreu.

¹⁰ RECIFE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ACR 200183000075120, Relator: Des. Marcelo Navarro, 2012, pp. 5-7.

¹¹ Ibidem, p. 9.

¹² A Apelação Criminal nº 200283000014469 não só é silente quanto às condições de trabalho das traficadas no exterior, como também introduz uma interpretação muito peculiar do art. 231 do Código Penal: “Da leitura do dispositivo, depreende-se que a configuração do crime independe do fato de ter, ou não a mulher o propósito de exercer a prostituição no exterior, vez que não constitui elemento do tipo” (RECIFE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ACR 200283000014469, Relator: Des. Francisco Barros Dias, 2010, p. 3).

¹³ RECIFE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ACR 200483000074992, Relator: Des. Ivan Lira de Carvalho, 2010, p. 7.

¹⁴ Ibidem, p. 11.

CONCLUSÃO

Pelo exposto ao longo da análise feita pelo presente trabalho, notou-se que, apesar da evolução introduzida pelo Protocolo de Palermo, ao privilegiar a apuração das condições reais de trabalho das traficadas, não as revitimizando, a *práxis* do Judiciário – em especial, aqui, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – ainda se encontra distante de tais avanços. O Código Penal se aparta das conquistas introduzidas pelo Protocolo e, ao servir de regra-base que instrui as decisões judiciais relativas ao tráfico, imprime ao Judiciário um posicionamento reacionário no que diz respeito à concretização mais efetiva da dignidade e liberdade das mulheres.

Isso pode ser percebido pela maneira como os julgadores construíram seus argumentos e razões de decidir. Apenas duas das sete decisões mencionaram o Protocolo de Palermo. Entre essas duas decisões, nenhuma relativizou a prática da prostituição, filtrando-a com o crivo do consentimento. Trata-se, portanto, de inferiorizar as mulheres, atrelando-as à incapacidade de condução de seus próprios destinos.

REFERÊNCIAS

MELO, Mônica de; MASSULA, Letícia. Tráfico de Mulheres: Prevenção, Punição e Proteção. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 5, n. 58, março/2004.

QUEIJO, Maria Elizabeth; RASSI, João Daniel. Tráfico Internacional de Pessoas e o Tribunal Penal Internacional. In: JÚNIOR, Laerte I. Marzagão (coord.). **Tráfico de Pessoas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RECIFE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ACR 200183000075120, Relator: Des. Marcelo Navarro, 2012.

_____. ACR 200283000014469, Relator: Des. Francisco Barros Dias, 2010.

_____. ACR 200483000074992, Relator: Des. Ivan Lira de Carvalho, 2010.

_____. ACR 200584000100122, Relator: Des. Emiliano Zapata Leitão, 2009.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. **Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas**: consolidação dos dados de 2005 a 2011. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANDO DA NÃO PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SEGURANÇA PÚBLICA: O JUDICIÁRIO COMO AGENTE CONCRETIZADOR DE DIREITOS

Joyce de Oliveira Bezerra de Souza ¹

RESUMO

O presente trabalho procura analisar decisões judiciais cuja centralidade dos pedidos assenta-se em indenizações por danos causados em episódios envolvendo a ineficiência ou ausência do serviço de segurança pública. Para a compreensão dos temas aqui abordados, adentraremos brevemente na temática da responsabilidade civil do estado, expondo sucintamente algumas espécies doutrinárias e uma breve reflexão sobre direitos fundamentais, destacando-se o direito à segurança pública. A partir dos julgados selecionados, far-se-á uma reflexão acerca dos posicionamentos adotados em termos de responsabilidade civil do Estado por três tribunais distintos: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e Supremo Tribunal Federal. Observa-se o papel central do Judiciário na tutela de direitos fundamentais como a manutenção da vida, reparação por danos à integridade física, numa atuação positiva concretizadora de direitos elencados em nossa Constituição Federal e elevados internacionalmente ao *status* de direitos humanos.

Palavras-chave: Poder Judiciário; direitos fundamentais; segurança pública; responsabilidade civil do Estado.

ABSTRACT

This paper analyzes judgments whose centrality of applications based on compensation for damages episodes involving inefficiency or lack of service of public safety. For understanding the topics covered here , briefly on the subject of liability of the state , discuss briefly exposing some species doctrinal and a brief reflection on fundamental rights , especially the right to public safety. From the selected judged , far- will reflect on the positions adopted in terms of liability of the state for three different courts : the Court of Rio de Janeiro , the Court of Justice of the State of Pernambuco and the Federal Supreme Court . Notes will be the central role of the judiciary in the protection of fundamental rights such as the maintenance of life , compensation for damage to physical integrity , a

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Pós graduada em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Faculdade de Alagoas. Bacharel em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar Senador Arnon de Mello.

positive role prolific rights listed in our Constitution and elevated to the status of international human rights.

Keywords: Judiciary; fundamental rights; public security; liability of the State.

INTRODUÇÃO

A temática da segurança pública permeia atualmente os mais diferentes veículos midiáticos, bem como se faz presente na pauta dos governos em âmbito estadual e federal, os quais buscam alternativas para combater os altos índices de violência e criminalidade evidenciados nas cidades brasileiras, porém sem muito sucesso. O fenômeno da violência tem atingido pessoas de todas as classes sociais e a sensação de insegurança toma conta de ambientes antes considerados tranquilos como consultórios médicos e *shopping centers*. A questão central é saber que tipo de reparação o Estado deve prestar quando um cidadão comum é vítima de um ato criminoso e sofre sequelas físicas e psicológicas a partir de então, pela falta de um aparato de policiamento no instante em que o delito fora praticado. No mais das vezes, o Estado tenta eximir-se de quaisquer responsabilidades, alegando escassez de recursos financeiros e humanos ou recorrendo a estatísticas que apontam determinado logradouro como “tranquilo”. Diante da resposta negativa da Administração Pública, resta à vítima recorrer ao Poder Judiciário para ver seu direito amparado e garantido através de uma sentença judicial.

Diante da perspectiva apresentada, discorreremos acerca da fundamentalidade de um rol de direitos elencados em nossa Constituição Federal, incluindo o direito à segurança pública. Após, faremos breves considerações acerca da doutrina brasileira sobre responsabilidade civil do Estado e por fim, analisaremos dois casos julgados pelo TJ/RJ, TJ/PE e STF, versando sobre vítimas da violência que recorreram ao judiciário requerendo indenizações reparatórias pelos danos sofridos, analisando os posicionamentos das decisões em cada caso.

1 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Defende-se exaustivamente a tutela dos chamados “direitos fundamentais” como sendo de aplicação imediata, devendo ser prestados *in continenti* pelo Estado, dada a importância deles a

uma existência plena do ser humano. Para compreendermos a fundamentalidade² desses direitos, é necessária uma tentativa de conceituação. José Afonso da Silva assinala a dificuldade para se chegar a um conceito delimitado para direitos fundamentais, pois se utilizam expressões como direitos humanos, direitos individuais, liberdades individuais para referi-los, mas reconhece uma melhor adequação no uso da expressão direitos fundamentais por ser mais abrangente, reportando-se a princípios, prerrogativas e até mesmo instituições garantidoras da realização plena da pessoa humana, por isso devendo ser não só reconhecidos,mas efetivados.

Frise-se que não se deve confundir a importância do universo de direitos aqui estudados como dotados de um fundamento absoluto, pois não existem direitos absolutos: diante de situações concretas envolvendo conflitos entre direitos, um dentre eles deve prevalecer. Como bem asseverou Bobbio³: “O Fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras”.

A segurança pública inclui-se no elenco dos direitos fundamentais e é considerada um direito social acolhido na Constituição Federal de 1988 nos artigos 6º e 144, sendo dever do Estado promovê-la com a colaboração de todos. O caráter fundamental desse direito advém de sua magnitude, pois a partir dele, liberdades como a de locomoção podem ser exercidas com tranquilidade e a convivência social torna-se viável para a consecução das mais variadas atividades cotidianas. Além disso, concordamos com o posicionamento de Ingo W. Sarlet, ao defender a fundamentalidade dos direitos positivados na Constituição, desde que tenham como referencial a dignidade humana⁴, apesar da imensa indeterminação de tal conceito.

Infelizmente presenciamos na maioria das cidades brasileiras um contexto de medo e insegurança, em virtude dos métodos cada vez mais violentos utilizados pelos criminosos e em contrapartida, presencia-se a ineficiência do Estado em garantir plenamente o direito à segurança pública com sérias carências de pessoal e equipamentos. A consequência disso é um número cada vez maior de pessoas vítimas de lesões provocadas por armas de fogo em assaltos e em outros episódios igualmente traumáticos. Não só o direito à segurança pública foi violado nos exemplos dados, mas a integridade física e psicológica do indivíduo, a liberdade de locomoção, quando não a própria vida. Nessas situações, há que se exigir do Estado uma reparação e é preciso saber em que circunstâncias ela é devida ao cidadão.

² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 15ª Tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-24.

⁴ BELLO, Enzo. **Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social**. In: NETO, Claudio Pereira de Suza(Coord.), SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais : Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177-207.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Ao consultar a doutrina brasileira sobre o tema Responsabilidade Civil do Estado, percebe-se uma evolução de posicionamentos ao longo do tempo, iniciando-se com a fase da irresponsabilidade incondicional do Estado, passando por outras etapas até chegar na atual fase da *responsabilidade pública*⁵ (grifo do autor), incluindo a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do agente público.

O artigo 37, parágrafo 6º da Constituição traz que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa”.⁶ Nota-se uma equiparação dos entes privados aos de direito público quando estiverem prestando um serviço público como delegatários, podendo ser responsabilizados por danos sofridos por terceiros durante a execução desse serviço. Outro aspecto a ser salientado é a responsabilidade do agente que, agindo nessa qualidade venha a causar danos a terceiros, respondendo subjetivamente.

Di Pietro⁷, a respeito da responsabilidade objetiva do Estado, salienta que ele responde quando o dano decorrer de ato antijurídico- não como sinônimo de ilícito, pois se o ato for lícito mas causador de dano anormal e específico a certas pessoas, o Estado também é responsabilizado. A autora aponta como causas excludentes dessa responsabilização a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros, mas faz uma ressalva quanto à força maior, pois se aliada a ela houver omissão na realização de um serviço, o Estado responderá não objetivamente, mas com base na teoria da culpa do serviço público (*faute du service*), por omissão do poder público.

Um outro segmento da doutrina entende que a responsabilidade, no caso de omissão, é objetiva, com base na teoria da culpa anônima do serviço público respondendo o Estado quando o serviço não funcione; funcione atrasado; ou funcione mal, configurando-se uma omissão danosa.⁸

Quanto à indenização, nos casos de comprovada responsabilidade do Estado, Meirelles⁹ esclarece que deve englobar o que a vítima realmente perdeu, despendeu e deixou de ganhar em

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁶ BRASIL, Constituição Federal de 1988. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010.

⁸ *Ibidem*, p. 654.

⁹ *Op. Cit.*, p. 629-632.

consequência do dano sofrido, incluídos os honorários advocatícios. Nos casos de lesão pessoal e morte da vítima, a indenização abarcará o tratamento, o sepultamento e a prestação alimentícia aos dependentes do falecido, admitido o reajustamento da prestação alimentícia.

3 ANÁLISE DE JULGADOS DO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS ENVOLVENDO VÍTIMAS DE BALA PERDIDA

Destacamos, primeiramente, o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos Embargos Infringentes nº 0094512-31.2004. 8.19. 001, julgado em 15 de maio de 2013, em que o Embargante, o Estado do Rio de Janeiro, contesta decisão da 6ª Câmara Cível que concedeu ao Embargado, André Ferreira Alves Barreiro, indenização no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). A ação indenizatória inicial foi movida contra o Estado do Rio de Janeiro por ter sido André atingido por tiro de arma de fogo dentro de coletivo em que era passageiro, próximo à Favela do Jacarezinho.

No julgamento dos Embargos Infringentes, o Estado do Rio de Janeiro sustentou a tese de fato de terceiro como excludente de responsabilidade, pois não restou comprovado que o tiro que atingiu André originou-se de ato praticado por agente estatal. O Tribunal acatou as alegações do Embargante, por entender que:

Não restou comprovado que o ente público não praticou qualquer conduta, seja por omissão ou ação, que originassem os danos suportados pelo Embargado. Desta, forma, inexistiu nexos de causalidade entre o fato lesivo e o comportamento do Embargante, pois carecem os autos de prova de sua participação no evento.¹⁰

Semelhante posicionamento foi adotado na Apelação Cível nº 0028915-18.2004.8.19.001, da 12ª Câmara Cível, que considerou em termos gerais, não poder o Estado ser onipresente, não se podendo reconhecer a responsabilidade pela omissão genérica, por ausência de culpa e de nexos causal.

Diferente e inovador posicionamento foi concebido pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, sendo reconhecida a Responsabilidade Objetiva do Estado. Fora concedida pelo STF a tutela antecipada em sede de Agravo Regimental (STA 223 AgR/PE) versando sobre Ação de Indenização por perdas e danos morais e materiais contra o

¹⁰ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes nº 0094.512-31.2004.8.19.001. Data da decisão: 15/05/2009.

Estado de Pernambuco tendo o Agravante, Marcos José Silva de Oliveira, ficado tetraplégico em consequência de assalto ocorrido em via pública, requerendo o Autor custeio da cirurgia para implante de Marcapasso Diafragmático Muscular- MDM para voltar a respirar com independência.

O STF, por maioria de votos, entendeu configurada omissão por parte do Estado de Pernambuco, especificamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, em locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, não podendo o Estado eximir-se do cumprimento do dever de prestar segurança pública. Considerou-se haver no caso em tela: falta de serviço, omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, configurando-se o nexo de causalidade, mantendo, assim, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

O teor da decisão privilegiou o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana:

Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao Agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.¹¹

Valores humanos fundamentais, portanto, prevaleceram em tal decisão, devendo servir como base para outras demandas a serem apreciadas pelo Judiciário brasileiro como um todo.

CONCLUSÃO

Diante dos posicionamentos trazidos no presente artigo, podemos dizer que as decisões do Poder Judiciário nas diferentes esferas da Federação são divergentes quanto ao reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado em ações indenizatórias envolvendo vítimas de bala perdida, como pudemos perceber nos julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro- contrário à tese da responsabilização do Estado quando não comprovada ação do agente ou omissão quando solicitado a prestar o serviço- e o Tribunal de Justiça de Pernambuco e o Supremo Tribunal Federal- ambos corroborando com a tese da responsabilização do Estado na decisão analisada.

¹¹ STF, Informativo n. 502. Tutela Antecipada e Responsabilidade Civil Objetiva do Estado – 2. STA 223 AgR/PE, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 14.4.2008. ([STA - 223](#))

Destaque-se a importância da fundamentação da decisão proferida em sede Agravo Regimental pelo STF analisada anteriormente, pois a Corte Superior, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, atuou como perfeito agente concretizador de direitos do agravante, mencionando um valor norteador de boa parte do texto constitucional: a dignidade da pessoa humana. Além disso, direitos humanos de primeira grandeza como a vida, autonomia existencial e o direito à felicidade foram sobrepostos ao interesse financeiro do Estado, considerado aqui secundário.

Acreditamos que esta decisão deva servir como parâmetro para outras demandas semelhantes, devendo ser avaliado em cada caso os direitos a serem preservados em detrimento de outros e a relação de hipossuficiência de um cidadão vítima da violência de um lado, contra um Estado não prestador de um serviço público de maneira adequada, de outro.

REFERÊNCIAS

- BELLO, Enzo. **Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social**. In: NETO, Claudio Pereira de Suza(Coord.), SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais : Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.177-207.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 15ª Tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-24.
- BRASIL, Constituição Federal de 1988. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. STF. Informativo n. 502. Tutela Antecipada e Responsabilidade Civil Objetiva do Estado – 2. STA 223 AgR/PE, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 14.4.2008. (STA - 223).
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- RIO DE JANEIRO. TJ-RJ. Embargos Infringentes nº 0094512-31.2004.8.19.0001. Rel. Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira. 2013.
- _____.TJ-RJ. Apelação Cível nº 0028915-18.2004.8.19.001. Rel. Des. Nanci Mahfuz. 2013.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ARGUMENTAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DO STF NO JULGAMENTO DA ADPF Nº 153/08 (LEI DA ANISTIA): MÉTODO HISTÓRICO, VONTADE DO LEGISLADOR E PONDERAÇÃO

Milton Gonçalves Ferreira Netto¹

RESUMO

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, comumente chamado de “revisão” da Lei da Anistia, ensejou análises sob os mais diversos enfoques: políticos, jurídicos, culturais, sociais etc. No presente trabalho, se buscará realizar um exame da interpretação e da argumentação jurídica lançada neste julgado emblemático, apontando assim para a falta de uso adequado das ferramentas hermenêuticas disponíveis e a fragilidade na racionalidade e na pretensão de correção da decisão resultante do desatendimento de regras metodológicas de argumentação e interpretação.

Palavras-chave: Interpretação; argumentação jurídica; lei da anistia.

ABSTRACT

The positioning of the Supreme Federal Court in the judgement of Complaint of Noncompliance of Fundamental Precept n.º 153, commonly called of " revision " of the Law of the Amnesty, caused analyses under the most several focuses: political, juridical, cultural, social etc. In the present work, it will look for to accomplish an exam of the interpretation and of the juridical argument thrown in this judged emblematic, appearing like this for the lack of appropriate use of the tools available hermeneutics and the fragility in the rationality and in the pretension of correction of the decision, which resulting of the not observation of methodological rules of argument and interpretation.

Keywords: Interpretation; legal argumentation; law of the amnesty.

INTRODUÇÃO

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Bacharel em Direito pelo Fundação Educacional Jayme de Altavilla (FEJAL/CESMAC). Advogado.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal, buscando dar interpretação conforme ao dispositivo do §1º, do art. 1º da Lei n.º 6.683/79², comumente chamada de Lei da Anistia. O pleito se prestava a imprimir modificação do sentido, sem redução do texto, para que a Corte Constitucional afastasse a extensão interpretativa de que os crimes comuns praticados por agentes estatais foram destinatários da lei da Anistia.

Buscava, ainda, a declaração de que o citado diploma legislativo não havia sido recepcionado pela Constituição ora vigente. Para tanto, aduziu-se que a manutenção desta significação violaria diversos Preceitos Fundamentais, dentre eles, a Dignidade Humana e o Princípio Republicano.³ O Supremo, por maioria de votos (7 a 2), julgou improcedente a presente ADPF, ficando vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto.⁴

Os argumentos lançados pelo voto vencedor, do ministro Eros Grau, possibilitam concluir que os pontos centrais de justificação da decisão, e que interessam ao objeto deste exame, foram que: (i) a noção de interpretação como adequação dos textos à realidade não se aplicava ao caso, mas tão-somente a leis gerais e abstratas, e, no caso, o diploma questionado se configuraria como lei-medida, portanto, devendo ser interpretado na realidade do momento histórico em que ela foi editada⁵; (ii) dada esta premissa anterior, o sentido empregado pelo legislador histórico de conexão

² Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direita e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos poderes legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. (...) §1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

³ **Trecho do Relatório do Acórdão** (p.15-16/ p. 21): “Acrescenta não ser possível (a arguente), consoante o texto da Constituição do Brasil, considerar válida a interpretação segundo a qual a Lei 6.683 anistiara vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor. Sustenta que essa interpretação violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais. A eventual declaração, por esta Corte, do recebimento do §1º, art. 1º da Lei 6.683 implicaria, segundo o arguente, desrespeito ao [i] ao dever, do poder público, de não ocultar a verdade; [ii] aos princípios democrático e republicano; [iii] ao princípio da dignidade da pessoa humana. (...) Requer que esta Corte, dando interpretação conforme à Constituição, declare que a anistia concedida pela Lei 6.683/1979 aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar”. (...) A inicial compreende duas linhas de argumentação: [i] de uma banda visa à contemplação de interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar-se que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar; [ii] d’outra, o não-recebimento da Lei 6.683/1979 pela Constituição de 1988.

⁴ Votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, respectivamente, p. 73-88 e 89-95.

⁵ **Trecho da Ementa do acórdão** (p. 12-13): “O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos á realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação de leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido que impõem força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão “crimes conexos” na Lei 6.683. (...) A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de

criminal seria diverso de toda a doutrina, mas se coadunaria com a intenção do legislador naquele momento *sui generis* de transição política⁶; (iii) a invocação do Princípio da Dignidade Humana não prosperaria para afastar a validade da interpretação de conexão criminal beneficiária aos agentes do Estado, pois a intenção do legislativo caminhou em sentido diverso⁷; e (iv) que ao Poder Judiciário não incumbiria autorização para alterar ou dar redação diversa da que fora desejada pelo Poder Legislativo, devendo eventual revisão da Lei da Anistia, se for o caso, ser feita por este Poder.⁸

Assim, cabe aqui efetuar a análise do(s) método(s) utilizado(s) na atividade interpretativa, a partir das justificativas lançadas na decisão, verificando a correção e qualidade dos argumentos, sobretudo o uso do cânone histórico sem a complementaridade necessária, a vontade do legislador histórico como fundamento e a (in) existência de sopesamento.

1 DESENVOLVIMENTO

Como visto acima, o voto vencedor do julgado realizou introito distinguindo a noção de texto e norma, sendo esta última a concretização realizada pelo intérprete, no momento da interpretação, mas contraditoriamente, erigiu a Lei da Anistia a uma espécie de intangibilidade de qualquer avaliação do Judiciário acerca de sua constitucionalidade⁹, pois inviabilizada qualquer tentativa de compatibilizar os valores materiais da Constituição hoje vigente, posto que posterior à edição da legislação atacada.¹⁰

abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada”.

⁶ **Trecho da Ementa do acórdão:** “A expressão “crimes conexos a crimes políticos” conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de Anistia diz com uma expressão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que “se procurou”, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão”. (p. 12)

⁷ **Trecho da Ementa do acórdão e do voto vencedor (p. 12/27/29):** “O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera; (...) Trata-se, também neste ponto, de argumentação exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em testilhas coma História e com o tempo. Pois a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu art. 1º, inc. III, anteriormente a sua vigência. A arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso nacional, da lei 6.683/1979” (...) tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana”.

⁸ **Trecho da Ementa do acórdão e do voto vencedor (p. 13/ 41):** “ No Estado democrático de direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir e distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal federal está autorizado a reescrever leis de anistia. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder legislativo, não pelo Judiciário.(...) Nem mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo.”

⁹ ACUNHA, Fernando José Gonçalves, BENVINDO, Juliano Zaiden. **Juiz e Historiador: uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a lei de anistia.** Revista NEJ - Eletrônica, vol. 17, n.2, p.187, mai-ago 2012. Disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3967/2310>>. Acesso em 19.08.13.

¹⁰ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. BATISTA, Vanessa Oliveira. **Constituição e Anistia: Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153.** Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=009a5510ad149a8e>>. Acesso em 21.08.13. p. 10.

Dada esta premissa inicial, passou-se a lançar mão, de modo praticamente exclusivo, do cânone histórico de interpretação, traçando contornos não só jurídicos, mas políticos e sociais da formulação da Lei n.º 6.683/79, para demonstrar que a vontade do legislador à época foi exatamente em proceder a uma anistia recíproca e bilateral.¹¹

Até mesmo para fundamentar a impossibilidade de invocação do Princípio da Dignidade Humana usou-se como base a opção legislativa da época.¹² Assim, o que se percebe da análise do julgado é que o elemento histórico permeou a atividade interpretativa, sem a inferência e complementaridade dos demais elementos tradicionais (para ficar só neles), dever minimamente básico do intérprete¹³, regra que é informada até mesmo na orientação clássica do próprio Savigny.¹⁴

Ademais, não sendo aleatória a escolha do cânone pelo hermenêuta¹⁵, ante a inexistência de uma estrutura hierárquica dos elementos tradicionais de interpretação¹⁶, ainda assim necessária e cabível seria, ao menos, a justificação que revelasse a desejada precedência do elemento histórico sobre os outros, como, por exemplo, o sistemático, que por certo levaria à decisão à conclusão distinta, sem falar na inobservância à clara debilidade dos cânones tradicionais para solucionar suficientemente casos de tamanha complexidade¹⁷ como o apresentado na APDF n.º 153.

Denota-se, assim, o argumento concreto de caráter tipicamente genético, em que se busca a justificação na intenção do Poder Legislativo¹⁸. Entretanto, o uso deste argumento genético, por si só, deixa a justificação incompleta, pois carecedora da necessária saturação dos demais cânones.¹⁹

¹¹ *Idem*, p.10.

¹² **Trecho do Voto Vencedor (p. 28):** “A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do País, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei 6.683/1979. A procura dos sujeitos da história traduz à incompreensão da História.(...) A inflexão do Regime (= a ruptura da aliança entre os militares e a burguesia) deu-se com a crise do petróleo de 1974, mas a formidável luta pela anistia – luta que, com o respaldo da opinião pública internacional, uniu os ‘culpados de sempre’ a todos os que eram capazes de sentir e pensar as liberdades ea democracia revelou figuras notáveis, como o Senador Teotônio Vilela; luta encetada inicialmente por oito mulheres reunidas em torno de Terezinha Zerbini;(…) pelos autênticos do MDB, pela própria OAB, pela ABI (à frente Barbosa Lima Sobrinho), pelo IAB, pelos sindicatos e confederações de trabalhadores e até por alguns dos que apoiaram o movimento militar, como o General Peri Bevilacqua; (...) a formidável luta pela anistia é expressiva página mais vibrante de resistência e atividade democrática de nossa história. (...) Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence á dignidade da pessoa humana como um seu valor(valor de quem se arrogue a tanto). (...) Então, o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem á humanidade, porém, de quem o proclame conforme seu critério particular ”

¹³ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tri-bunais, 2010, p. 31/32

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 457.

¹⁵ *Idem*, p. 457.

¹⁶ BELAUNDE, Domingo Garcia. **La interpretacion constitucional como problema**. in Revista de Estudios Politicos (Nueva Epoca), Num. 86, Octubre-Diciembre 1994, p. 25. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3392/3240>> . Acesso em 17.08.13.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 36.

¹⁸ *Idem*, p. 232.

¹⁹ *Ibidem*, p. 234.

No que concerne à vontade originária do legislador, ao contrário do que vem acontecendo com a interpretação no campo do Direito Constitucional moderno, onde se encontra majoritária²⁰ a posição que encampa uma teoria objetivista da lei, a decisão do STF, ao apegar-se acentuadamente à busca e justificação das intenções do legislador histórico, encampou claramente a aderência à linha subjetivista de interpretação, ponto tradicional da interpretação da tradição romana do século XIX²¹, contrariando a própria linha adotada pelo STF²².

Até mesmo pela condição de multiplicidade de opiniões no trabalho de produção legislativa, e a possibilidade e probabilidade de várias posições sobre aquele tema na arena política, é que a interpretação jurídica deve guiar-se não pelo obscuro desejo de seu(s) autor(es), mas dirigir-se esta na procura do sentido objetivamente válido da norma.²³

Também seguindo a premissa da prevalência da vontade do legislador histórico, uma das conclusões obtidas no julgado foi a de que o Supremo Tribunal Federal estaria impossibilitado de *reescrever* leis de anistia, sob pena de violar o Princípio da Separação dos Poderes²⁴, contrariando a própria posição da Corte Constitucional em casos recentes e de repercussão²⁵, quando não seria, no entanto, reedição da Lei da Anistia, mas tão somente a tentativa de interrogar corretamente o dispositivo objeto de interpretação, criando a resposta condizente com os valores materiais ora vigentes.

O julgado revela argumentação em sentido oposto, empunhando a bandeira de um modelo clássico de rigidez do princípio de Separação dos Poderes, sistema em que singela atribuição de significado se revelaria como uma espécie de usurpação do espaço reservado ao parlamento, colocando a atribuição do intérprete precípua a um labor meramente silogístico²⁶ de submissão dos fatos concretos à hipótese normativa abstrata, em homenagem a um respeito absoluto às intenções do legislador histórico²⁷, ensejando críticas também nesta quadra.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 455.

²¹ *Ibidem*, p. 452/453

²² Min. Celso de Mello, em decisão monocrática no AI 401.377/PE DJU, 3 mar. 2005: “Em suma: a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo (‘mens legis’) e o que neste buscava instituir o seu autor (‘mens legislatoris’), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador”.

²³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia Do Direito**. 2ª Edição, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 163.

²⁴ **Trecho do voto do Min. Marco Aurélio** (p. 100): “(...) Não tenho como assentar, a não ser que me substitua ao Congresso nacional de então, que esta lei mostrou-se discrepante da Ordem constitucional em vigor.”

²⁵ Caso da discussão da união homoafetiva e da fixação do número de vereadores para as Câmaras municipais.

²⁶ Sobre este assunto, em outro contexto, acerca da realização dos direitos fundamentais sociais mas aqui também aplicável, revela-se a lição de Andreas J. Krell: “Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais seja a atitude ultrapassada de grande parte da magistratura brasileira para com a interpretação constitucional, cuja base consiste até hoje no *formalismo* jurídico que tem dominado gerações de operadores do Direito, especialmente durante o tempo autoritário”. In KRELL, Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>, Acesso em 20.08.13, p. 249/252. Fonte: Revista de informação legislativa, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. de 1999. Data de publicação: 10/1999

²⁷ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**.

Também se observa que, em uma situação de claro conflito entre princípios como a decisão em análise, o tradicional método de subsunção não fornece devidamente o caminho para se chegar à solução constitucionalmente adequada, sendo, portanto, a imprescindível ponderação a imprimir racionalidade às decisões uma técnica decisória para esses casos difíceis de colisão de Princípios.²⁸ Não se pode anunciar a ponderação como uma mera escolha aleatória de dados de preferência, pois, apesar de implicar em uma relação preferencial de algo sobre alguma outra coisa, tais opções exigem fundamentação para que se entenda como se chegou à conclusão.²⁹

A decisão examinada neste trabalho refutou a invocação do Princípio da Dignidade Humana para a interpretação que possibilitava a invalidade da conexão criminal *sui generis* adotada de forma extensiva aos agentes militares, afirmando, singelamente que este Princípio não poderia prosperar, sem sequer lançar mão de qualquer etapa da técnica de ponderação³⁰, dificultando a análise aprofundada acerca dos enunciados de preferência que levaram aos Ministros à conclusão lançada no acórdão, pois carecedor de efetivo sopesamento.

CONCLUSÃO

A decisão emblemática do STF ora examinada, como verificado acima, desatende a diversas regras metodológicas no que concerne ao ato interpretativo, em especial, a imprescindível complementaridade e saturação dos cânones hermenêuticos tradicionais, isto sem falar na inobservância quanto à insuficiência destes para apresentar soluções adequadas constitucionalmente para problema de tantas imbricações, e na inexistência de qualquer esboço de uso da técnica de ponderação, tornando, com essa soma de circunstâncias, a decisão passível de questionamentos acerca de sua plena racionalidade e adequada pretensão de correção.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves, BENVINDO, Juliano Zaiden. **Juiz e Historiador: uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a lei de anistia**. Revista NEJ - Eletrônica, vol. 17, n.2, p.185-205, mai-ago 2012. Disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3967/2310>>. Acesso em 19.08.13.

Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 155/156.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 293.

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Ponderação e Objetividade na interpretação constitucional**. Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.). *In* Direito e Interpretação: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p.368/369.

³⁰ Sobre o tema, v. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 91 e seguintes.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BELAUNDE, Domingo Garcia. *La interpretacion constitucional como problema*. Revista de Estudios Politicos (Nueva Epoca), Num. 86, Octubre-Diciembre 1994, p. 26. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3392/3240>> . Acesso em 17.08.13.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL, **Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 13.08.2013

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito fundamental 153 — DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. (p. 11-155). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/216_1.pdf>. Acesso em: 13.08.2013.

KRELL, Andreas J. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. de 1999. Data de publicação: 10/1999, p. 249/252. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>, Acesso em 20.08.13.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. BATISTA, Vanessa Oliveira. **Constituição e Anistia: Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=009a5510ad149a8e>>. Acesso em 21.08.13.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia Do Direito**. 2ª Edição, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Ponderação e Objetividade na interpretação constitucional**. Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.). *In* Direito e Interpretação: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p.363-380.

GT 3: Efetividade dos Direitos Sociais

O PROGRAMA MAIS MÉDICOS, PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Bárbara Martins Silva³¹

Kallyanne Dayanna Mendes Bezerra³²

RESUMO

Não se pode falar em democracia, justiça ou estado de direito sem levar em conta a supremacia dos direitos fundamentais, sobretudo o princípio da igualdade. Esse trabalho irá abordar a tentativa de afastar a discriminação com os médicos estrangeiros, dando ênfase aos cubanos, que tem sido alvo de inúmeros questionamentos, por haver uma discriminação à respeito do salário. Por consequência, detecta –se o tratamento não igualitário perante aos médicos oriundos do programa Mais Médicos, restando em atitudes antijurídicas por violar a Constituição Federal Brasileira, as normas internacionais trabalhistas e os preceitos consagrados no Tratado de Direitos Humanos. A presente problemática norteia em suma, sobre a necessidade de equiparação salarial, na tentativa de estabelecer essa igualdade, objetivando enquadrar a atual Lei n° aos padrões internacionais, principalmente as normas que tutelam a igualdade de salários. Em suma, através método lógico dedutivo, utilizando revisão bibliográfica, tratamos a respeito dos princípios e normas internacionais, que devem reger o Programa Mais Médicos. Nesse contexto, aborda-se a fundamental interligação entre o Direito Interno do Brasil sobre a conduta quanto aos médicos estrangeiros, e ao Direito Internacional, com a devida intenção que se integrem mutuamente para que resulte em um fortalecimento no direito da proteção aos médicos recém chegados.

Palavras-chave: Médicos; discriminação; direitos humanos; igualdade.

ABSTRACT

³¹Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte-UNI-RN (barbaramartins15@hotmail.com).

³²Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte-UNI-RN (kmendesb@gmail.com).

We can not talk about democracy, justice and state of law without regard to the supremacy of fundamental rights, particularly the principle of equality. This work will talk about the attempt to ward off discrimination on foreign doctors, emphasizing the Cubans, who has been the target of numerous questions, for having a breakdown about the salary. Consequently, there has been no equal treatment before coming to the medical program More Doctors, remaining attitudes without justices for violating the Federal Constitution, international labor standards and principles enshrined in the Treaty of Human Rights. This issue guides in short, about the need to wage parity, in trying to establish this equality, aiming to frame the current Law No. international standards, especially standards that safeguard equal wages. In short, through logical deductive method, using literature review, we treat the observance of the principles and standards that should govern the Program More Doctors. In this context, addresses the fundamental interconnection between the internal law of Brazil on how to conduct foreign doctors, and international law, with due intention that integrate each other to result in a strengthening of the right to health protection newcomers.

Keywords: Doctors; discrimination; humans rights; equality.

INTRODUÇÃO

A proposta deste estudo é analisar, acerca do Programa Mais Médicos e os seus aspectos, englobando direitos humanos e o princípio da não discriminação no âmbito do Direito Internacional do Trabalho.

Esse programa tem sido alvo de críticas por apresentar falhas na sua aplicação, bem como a sua regulamentação, pois há uma lacuna a respeito da relação de trabalho como gênero, tendo em vista da sua incerteza, havendo também uma dúvida quanto a atuação em relação aos estrangeiros, e especificamente ao governo Cubano e o cunho político fixado.

O ápice do presente caso dar-se-á em razão de haver uma desigualdade expressa na lei nº 12.871/2013 de 22 de Outubro de 2013, tendo em vista o não enquadramento as normas, tratados e convenções internacionais. Questiona-se também a afronta ao princípio da igualdade.

Cumpramos ressaltar que o art. 20 da referida Lei reflete expressamente o tratamento desigual entre os brasileiros para os estrangeiros, pois tal não é enquadrado ao seguro obrigatório do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, na condição de contribuinte individual, na forma da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Por fim, nesse diapasão e com grande preocupação que impulsionou-se a análise sobre esse tema, pois em sua regulamentação há violação de direitos garantido a todos, independente de nacionalidade, é sabido que os tratados internacionais de direitos humanos não objetivam

estabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados, mas sim garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos.

O trabalho, no que tange a abordagem será qualitativa procurando aprofundar o conhecimento sobre o tema a ser investigado. Os resultados terão o condão de aprofundar o conhecimento sobre o caso, tentando explicá-lo melhor, para que possa ser possível utilizá-lo como solução para o fim do trabalho e também como uma proposta para o futuro. Para esses fins, utiliza-se uma pesquisa instrumental dogmática pela aplicação do método dedutivo, uma vez que não é um assunto pragmático, mas um tanto quanto subjetivo, que irá se estabelecer a partir de pesquisa bibliográfica sobre o tema e em conceitos jurídicos, opiniões doutrinárias e qualquer base de dados que possa explicar ou exemplificar melhor o assunto a ser abordado.

1 O PROGRAMA MAIS MÉDICOS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

O Programa Mais Médicos, criado pela Medida Provisória 621/2013³³ surgiu como uma medida emergência, agora sancionado como lei nº 12.871/2013 em 22 de Outubro de 2013³⁴, tem como objetivo aumentar o atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde, levando médicos para regiões onde não existem ou há poucos, como no interior do país e nas periferias das grandes cidades, bem como acelerar os investimentos em infraestrutura nos hospitais e unidades de saúde.

Segundo pesquisa realizada pelo IPEA³⁵, em 2011, com 2.773 entrevistados revelou que 58,1% da população apontou a falta de médicos como o principal problema do SUS. O Brasil possui apenas 1,8 médicos por mil habitantes. Esse índice é menor do que em outros países, como a Argentina (3,2), Portugal e Espanha, ambos com quatro por mil. Além disso, o país apresenta uma distribuição desigual de médicos nas regiões, pois apenas quatro estados e Distrito federal está acima da média, segundo fontes do IBGE³⁶ e do CFM³⁷.

As vagas foram oferecidas prioritariamente a médicos brasileiros, interessados em atuar nas regiões onde faltam profissionais. No caso do não preenchimento de todas as vagas, o Brasil aceitará candidaturas de estrangeiros. Os médicos receberão uma bolsa – formação, paga pelo Governo Federal, de R\$ 10 mil por mês, com exceção aos médicos Cubanos, que terão cerca de 70% da sua remuneração encaminhada ao governo Cubano, 20% para remuneração da família e

³³ BRASIL. Medida Provisória nº 621, de 8 de julho de 2013.

³⁴ BRASIL. Lei nº 12.871/2013 em 22 de Outubro de 2013.

³⁵ BRASIL. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110207_sipssaude.pdf. Acesso em 23 de Outubro de 2013.

³⁶ BRASIL Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE - Estudo População IBGE 2012.

³⁷ BRASIL. Conselho Federal de Medicina - CFM – dados primários CFM 2012 e Estudo "Demografia Médica", CFM 2012.

apenas 10% para o médico. Além disso, os participantes terão uma ajuda de custo para instalação. Ao aderir ao programa, os municípios ficarão responsáveis pela moradia e alimentação desses médicos.

O texto sancionado pela Presidenta Dilma Rousseff em 22 de Outubro de 2013 apresentou pequenas alterações em relação a Medida Provisória já mencionada. Houve alterações quanto ao registro provisório dos médicos estrangeiros vai ser feito pelo Ministério da Saúde, e não pelos Conselhos de Medicina.

Outras mudanças no texto determinam que depois de três anos no país, os profissionais serão obrigados a revalidar os diplomas se quiserem continuar trabalhando. Os estrangeiros ficam proibidos de exercer medicina fora das atividades do programa. E estarão sujeitos à fiscalização dos conselhos. Outra alteração foi a permissão para que os médicos aposentados participem do programa.

De acordo com os últimos dados divulgados pelo Ministério da Saúde³⁸, o programa já conta com 1.061 profissionais com registro no Brasil e no exterior que já estão atuando em unidades de saúde do interior e nas periferias de grandes cidades do país, beneficiando mais de 3,6 milhões de brasileiros. O Ministério da Saúde estima que quando os 2.597 médicos selecionados na segunda etapa do Programa começarem a atuar, provavelmente ainda este mês, o total de brasileiros beneficiados com o Programa chegará a 13,3 milhões.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que há uma discussão acerca da provável relação de trabalho. Sobre esta premissa assinala o Maurício Godinho³⁹, que

(...) refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível (...). Traduz, portanto o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

Em consonância com o pensamento referenciado evidencia-se uma incoerência acerca do que está previsto na Lei 12.871 de 23 de Outubro 2013 que de fato é observado em seu Art. 17 no qual preceitua que as atividades desempenhadas no âmbito do projeto não criam vínculo empregatício de qualquer natureza. Contudo, é evidente a relação de trabalho, pois há dispêndio de energia para determinado fim.

³⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Portal da Saúde. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/13857/1058/mais-medicos:-atuacao-dos-profissionais-amplia-atendimento-nas-unidades-de-saude.html>

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010, p.265.

Tal relação não fica clara em virtude da omissão do que constitui o contrato entre os médicos cubanos com o Brasil, pois, ao que parece, o contrato foi elaborado entre os governos, violando, assim, os direitos trabalhistas dos médicos cubanos, restando uma contraposição ao efetivo Estado Democrático de Direito, conforme delineado no caput do art. 1º, da CF.

2 A NÃO-DISCRIMINAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL: PONDERAÇÕES RELEVANTES

Entende-se por discriminar, o ato em que há a separação, segregação, diferenciação de uma determinada pessoa ou grupo por raça, cor, sexo, religião, origem entre outros. Baseia-se em um tratamento diferenciado, por sua vez injusto, por alguma característica pessoal, fazendo assim que quem sofra, seja privada de exercer determinada função ou ser inserida em algum meio.

O norte da ciência jurídica é pacificar as desigualdades frente aos conflitos sociais, expressado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde se intensificou mais fortemente a proteção aos direitos humanos nas relações de trabalho, sobretudo quanto à igualdade e a não discriminação, em âmbito internacional.

Nos moldes da nossa Carta Magna⁴⁰, em seu artigo 5º, os direitos fundamentais têm como destinatários os brasileiros, natos e naturalizados, e os estrangeiros residentes no Brasil. A afirmação da superioridade da Constituição, como norma superior e matriz das demais normas só faz sentido se direcionada a assegurar a maior proteção possível de iguais direitos fundamentais a todos os membros de uma determinada sociedade⁴¹.

Conforme mencionado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, surgiu com intuito de fortalecer a segurança jurídica de um determinado indivíduo. Embora não exista força cogente no referido documento, temos que, aplicado ao Direito do Trabalho, surgiram diversos princípios que visam tutelar o trabalhador, dentre eles princípio da não discriminação de salário, elencado no Art. XXIII da referida declaração, bem como o princípio da Garantia de um salário digno, além de outros meios de proteção social ao trabalhador.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, é o principal instrumento internacional de proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Consolida uma série de direitos já declarados na Declaração Universal de Direitos Humanos e também, entre estes, o direito ao trabalho, à liberdade

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

⁴¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p.305.

de associação sindical, à previdência social, à alimentação, à moradia, ao mais elevado nível de saúde física e mental, à educação, à participação na vida cultural e no progresso científico. Possui 146 signatários, incluindo o Brasil⁴².

Quanto aos direitos consolidados nesse pacto, nota-se, com efeito, a proteção à igualdade, conforme aduz o Art. 2º

2. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, qualquer outra situação.

Nesse prisma, em 1919, com o advento do Tratado de Versailles, preocupou-se também quanto algumas normas valorativas sobre o trabalhador, tais quais as previstas no artigo 427, que garantem que o trabalho não pode ser considerado como mercadoria ou artigo de comércio, prevê ainda sobre o salário igual entre trabalhadores residentes legalmente no mesmo país.

De acordo com os dados já levantados, nota-se que a pretensão do Programa Mais Médicos nada mais é do que a melhoria no atendimento à saúde. Em contrapartida, ao tempo em que os médicos vêm como uma solução ao prestar seu serviço, tem um dos seus direitos agredidos, qual seja, a discriminação quanto a prestação salarial.

Pelo exposto, resta esclarecido a violação aos princípios inseridos nos documentos acima citados, bem como convenções internacionais, em destaque a Convenção nº 95 da OIT, onde esclarece acerca de medidas protetivas quanto ao salário.

A equiparação salarial é a figura jurídica mediante a qual se assegura ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador⁴³. Em razão disto, deveria haver equivalência entre os brasileiros e estrangeiros já que ambos vem com o intuito de realizar a mesma função.

Os médicos estrangeiros, especificamente o cubano acabou por ser fruto de uma política antiga, também conhecida como escambo, haja visto que o interesse político sobrepôs seu direito a sua remuneração direta, estando o país de Cuba sendo o maior beneficiário dessa implementação. Estaria esse projeto favorecendo a função análoga do trabalho escravo?

Por essas razões, resta saber que a situação acaba por retirar a igualdade, tendo em vista a não equiparação salarial aos médicos cubanos. Cumpre-se dizer que esses reflexos atacam diretamente a ordem jurídica brasileira e as normas de direito internacional, tendo em vista a

⁴² Brasil. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC. Disponível em: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/PIDESC.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2013.

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010.

criações de convenções exclusivamente para tutela do trabalhador quanto a igualdade que estão sendo diretamente desobedecidas.

A OIT, responsável pela internacionalização de padrões e direitos mínimos que são fundamentais para o trabalhador, destaca que esses direitos básicos estão divididos em quatro âmbitos a saber: liberdade sindical e direito à negociação coletiva, erradicação do trabalho infantil, eliminação do trabalho forçado e não discriminação no emprego ou ocupação.

Em convenção nº 111, a OIT preocupou-se quanto a discriminação no emprego e na profissão. Tentando obstruir caminhos que tendem a exclusão por qualquer motivo, tal convenção visa promover a equidade entre oportunidades, refletindo assim na função social do direito do trabalho em oferecer igualdade material aos seus destinatários, tentando coibir as distorções sobre esses.

Desta feita, assim preleciona o Art. 1 da referida convenção

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

Quanto à eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, temos a Convenção nº 100 da OIT, no que tange a igualdade de possibilidades do emprego e profissão sem discriminação, quanto cor, raça, sexo ou até mesmo origem.

CONCLUSÃO

As ações internacionais concretizam e refletem na sociedade e integram o sistema de proteção dos direitos humanos, sendo portanto medidas eficazes quanto a supervisão e controle dos órgãos internacionais em caso da atuação do estado se mostrar omissa ou falha na tarefa de garantir tais direitos.

Faz-se necessário banir as discriminações sobre os destinatários do Programa Mais Médicos, para enfim obedecer aos preceitos de nossa Constituição Federal, respeitando, sobretudo a isonomia desses, enquadrando-se com as normas de Ordem Internacional.

Nota-se que a atual Lei do Programa Mais Médicos resulta obscura, repleta de lacunas que precisam ser preenchidas devendo enquadrar-se as normas de Direito Internacional do Trabalho, sobretudo quanto a equiparação salarial, tendo em vista ser essa premissa um pilar fundamental, tanto no âmbito nacional, como nas normas de direito internacional.

Há de se concluir a prevenção a respeito das desigualdades, passando a coibir a discriminação que nada mais é que uma patologia social que fere diretamente a democracia e o estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Lei nº 12.871/2013 em 22 de Outubro de 2013.

BRASIL. Medida Provisória nº 621, de 8 de julho de 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

LUCENA FILHO, Humberto de Lima. Relações de gênero, trabalho e não-discriminação: uma abordagem da concretização do princípio da igualdade substantiva. **Revista do TRT 6**, Recife, v. 21, n. 38, p. 130 – 152, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

A JORNADA DE TRABALHO DOS GERENTES BANCÁRIOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO À SAÚDE DO EMPREGADO

Caio Câmara Cavalcanti¹

Humberto de Lima Lucena Filho²

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar e demonstrar a falta de sincronia dos dispositivos jurídicos que disciplinam a jornada de trabalho dos gerentes-gerais de agências bancárias com o que está preceituado na Constituição Federal. Ainda, visa uma revisão doutrinária e jurisprudencial dos temas pertinentes à jornada de trabalho do aludido profissional, de forma analítica, sob as lentes do Direito Constitucional do Trabalho e do Direito Constitucional à Saúde, tendo em vista que a falta de expressa limitação da duração do trabalho permite que a categoria econômica se exceda, prejudicando a integridade física e psíquica do trabalhador. Foi adotado o método lógico-dedutivo, visando à busca de uma proposta para o problema trazido. Utilizou-se o levantamento bibliográfico da literatura jurídica, além da análise dos dispositivos legais pertinentes, bem como de pesquisa jurisprudencial atualizada. O resultado da pesquisa evidencia que o gerente de agência bancária está em desvantagem jurídica, dada a falta de clareza e harmonia constitucional das normas que o regem no tocante a sua jornada de trabalho. Conclui-se que a falta de limitação das horas trabalhadas é fator preponderante para a acentuação dos índices de adoecimento no setor bancário e que é premente uma nova regulamentação da jornada, por meio de uma revisão à luz dos direitos fundamentais e do direito constitucional do trabalho.

Palavras-chave: Jornada de Trabalho; limitação; gerente bancário; saúde.

ABSTRACT

This research aims at analyzing and demonstrating the lack of synchrony of the legal provisions regulating the workday of general managers of banks with the provisions of the Federal Constitu-

¹ Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN (caiocavalcanti@hotmail.com.br)

² Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UFPB). Professor de Direito do Trabalho do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN (betolucena@yahoo.com.br)

tion. Furthermore, it seeks a review of doctrinal and jurisprudential issues relevant to working hours of the aforementioned professional, analytically, through the lenses of Constitutional Law and Labor Law Constitutional Health, given the lack of express limitation of the duration of work allows the excesses of the economic category, damaging the physical and mental integrity of the worker. It has been adopted the logical-deductive method, aiming at finding a proposal for the problem. It was used the bibliography of the legal literature, as well as analysis of the relevant legal provisions and updated case law research. The research result shows that the bank branch manager is in legal disadvantage, given the lack of clarity and harmony of constitutional rules that regulates regarding your workday. It concludes that the lack of limitation of working hours is a major factor for the increased rates of illness in the banking sector and is urgently a new regulation of the journey so through a revision based in the fundamental rights and the constitutional right of job.

Keywords: Hours of Work; limitation; banking manager; health.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo mais amplo demonstrar a falta de clareza e sincronia constitucional dos dispositivos jurídicos utilizados para disciplinar a jornada de trabalho dos gerentes gerais de agências de instituições financeiras, apontando as conseqüentes violações aos princípios constitucionais trabalhistas e ao que está disposto de forma literal na Constituição Federal. Nessa senda, a pesquisa visa propor uma revisão doutrinária e jurisprudencial dos temas pertinentes à jornada do gerente geral de agência bancária sob a lente do direito constitucional à saúde, apoiado na justificativa de que a falta de expressa limitação da sua jornada de trabalho permite que a categoria econômica cometa abusos, implicando em desgaste à proteção constitucional do trabalho do aludido profissional, mormente no que concerne a sua saúde.

O estudo faz uso do método lógico-dedutivo, por meio do qual se busca uma conclusão e uma proposta sobre a questão levantada. Para tanto, utiliza-se o levantamento bibliográfico da literatura jurídica, além da análise dos dispositivos legais pertinentes, bem como de pesquisa jurisprudencial atualizada.

A produção encontra-se organizada na seguinte ordem; inicialmente, desenvolve-se uma exposição acerca da limitação da jornada de trabalho e suas conseqüências para o direito à saúde do empregado. Após, é traçada uma breve descrição do perfil dos profissionais bancários que exercem cargos de gestão, para então dar ênfase à saúde do gerente bancário como bem jurídico a ser tutelado, numa abordagem sob o crivo do Direito Constitucional do Trabalho. Na terceira seção, é trazida uma análise crítica do posicionamento jurisprudencial concernente à temática em apreço. O

artigo é encerrado com uma conclusão que busca trazer uma proposta de solução para o problema discutido, com vistas a amenizar a aparente situação de desvantagem jurídica do gerente bancário.

1 O GERENTE BANCÁRIO, A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E O DIREITO À SAÚDE

Entre os direitos sociais garantidos pela Carta Constitucional vigente, no seu artigo 6º, está o direito fundamental à saúde. O artigo 196 da Constituição prevê o direito de proteção à saúde como um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos. A Constituição contempla um leque bastante diferenciado de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador. Notoriamente buscou-se estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho³. No tocante à jornada de trabalho, objeto de enfoque deste trabalho, tem relevo o inciso XIII do artigo 7º da CRFB, que limita a duração normal do trabalho a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Percebe-se, portanto, a preocupação do legislador na manutenção de um patamar mínimo de condições de trabalho que busque evitar o desgaste da saúde do empregado.

Conceitualmente, jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. É, desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula⁴.

Os sistemas jurídicos, constitucionais e ordinários, que disciplinam a duração da jornada de trabalho estão baseados em três grandes fundamentos, a saber, o de natureza biológica, o de caráter social e o de ordem econômica⁵. O primeiro fundamento, baseado na necessidade biológica, se sustenta na tese de que o controle racional de jornada é indispensável para a redução dos problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga, ocasionados pela carga excessiva de trabalho. As normas sobre duração do trabalho têm por objetivo primordial tutelar a integridade física do obreiro, evitando-lhe a fadiga. Daí as sucessivas reivindicações de redução da carga horária de trabalho e alongamento dos descansos. As longas jornadas têm sido apontadas como fator gerador do estresse, porque resultam em um grande desgaste para o organismo⁶. O segundo fundamento, de cunho social, visa propiciar ao trabalhador uma maior participação em atividades recreativas, culturais ou físicas, e assim proporcionar-lhe, durante o dia, a aquisição de conhecimentos e ampliar-lhe a convivência

³MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 479

⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 876

⁵SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 232

⁶BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 522

com a família. O terceiro fundamento, de ordem econômica, justifica-se na diminuição do desemprego e no aumento da produtividade do trabalhador, mantendo-o efetivamente na população economicamente ativa. O empregado descansado tem o seu rendimento aumentado e a sua produção aprimorada.

O descanso e o lazer são direitos fundamentais do trabalhador, porquanto permitem ao homem o desenvolvimento integral da sua personalidade quando se dedica a outras atividades diferentes do trabalho, com reflexos positivos em sua qualidade de vida, o que indubitavelmente traz um menor índice de adoecimento⁷.

Grande parte dos transtornos relacionados à atividade laboral tem como causa principal as longas jornadas diárias assumidas. À medida que o empregado é submetido a jornadas ampliadas, principalmente quando presta horas extras de forma habitual, acentua-se, de forma drástica, a probabilidade de ocorrência de doenças profissionais ou até mesmo acidentes no trabalho, ao mesmo passo que um corte nas jornadas diminui ocorrências destas naturezas.

O setor bancário brasileiro é caracterizado precipuamente pela presença de um grupo reduzido de grandes conglomerados atuando em âmbito nacional, com uma extensa rede de agências. Segundo estudo divulgado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) em novembro de 2011, existem aproximadamente 500 mil postos de trabalho ocupados no setor bancário brasileiro. Esses empregos estão distribuídos nos mais diversos níveis e cargos da carreira bancária, desde os escriturários, caixas, passando pelos gerentes, diretores, superintendentes e, em último patamar, chegando às vice-presidências e à presidência⁸.

O nível de gerência, tema específico deste estudo, se desdobra em alguns subníveis. Desse modo, imperioso observar que quando se fala em gerente bancário, é necessário especificar em que nível de gerência tal profissional se enquadra. As instituições financeiras utilizam nomenclaturas diferentes para estabelecer a diferenciação entre os tipos de gerentes. Importa saber, sob o ponto de vista jurídico, que existem os gerentes bancários com menor autonomia e os gerentes-gerais, estes com autonomia plena sob a agência que gerem.

Quanto à jornada, dispõe o artigo 224 da CLT que a duração normal do trabalho dos bancários é de seis horas diárias, perfazendo um total de 30 horas semanais. Ocorre que tal regramento de jornada não se aplica aos gerentes, uma vez que o §2º do art. 224 da CLT menciona que a referida jornada não se aplica aos empregados de estabelecimentos bancários que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou que desempenham outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação percebida não seja inferior a 1/3 do cargo efetivo.

⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 767

⁸DIEESE. **Pesquisa de emprego bancário**. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/pesquisaempregobancario/2011/empregoBancario11Nov11.pdf>. Acesso em: 15 set. 2013, 17:11:45.

Os gerentes, portanto, estão amparados pelas normas gerais e sua jornada será no máximo de oito horas e a carga horária semanal não poderá ultrapassar 40 horas, sendo extras as horas que excederem desse limite, pois sábado é dia útil, mas não trabalhado.

Da inteligência da Súmula n. 287 do TST, tem-se que estão enquadrados no art. 224, § 2º, da CLT, os gerentes de agência, e no art. 62, inciso II, da CLT, o gerente geral de agência bancária, por presumir estar este investido de poderes de gestão⁹. O Capítulo II da CLT, a partir do art. 57, trata da duração do trabalho e, especialmente, no art. 58, estabelece que em qualquer atividade privada, a duração normal do trabalho não excederá de oito horas diárias. Em contraponto, o art. 62 trata das hipóteses de empregados não abrangidos por esse regime, dentre eles, consoante inciso II do referido dispositivo, os gerentes gerais, assim considerados os exercentes de cargo de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. Em decorrência disso, o gerente geral, diferentemente do gerente de agência – ou seja, o gerente intermediário - se encontra em situação juridicamente diferenciada, uma vez que a Súmula 287, ao enquadrar este profissional na hipótese do art. 62, II, da CLT, lhe extirpou qualquer regramento acerca de jornada de trabalho. Desse modo, o gerente geral não possui hora para entrar nem para sair da agência, ficando à disposição do empregador o tempo que este entender necessário. Ao gerente geral sequer é permitido o registro de ponto no sistema da agência, tampouco regular fruição dos descansos interjornada e intrajornada. Por outro lado, todos os outros empregados da agência, inclusive os gerentes intermediários, registram o seu ponto normalmente. A justificativa dada pela doutrina e jurisprudência para essa diferenciação entre o gerente geral e os gerentes subordinados baseia-se no fato de que o gerente geral possui amplos poderes de mando e autonomia plena, reportando-se a ele todos os outros trabalhadores de sua agência, exercendo assim um poder de gestão. Merece destaque, a título de comparação, a situação do empregado eleito para ocupar cargo de diretor. Parafraseando a Súmula n. 269 do TST, o diretor eleito tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego. Ocorre que, no caso do diretor eleito, a relação de emprego fica suspensa a partir do início de seu mandato, situação distinta do que se aproveita ao gerente bancário, uma vez que a este lhe é mantido o vínculo empregatício ativo.

Diante do esposado, enxerga-se um tratamento jurídico desigual entre os gerentes intermediários e os gerentes gerais, no tocante à jornada de trabalho. Em detrimento da saúde do trabalhador, o legislador, corroborado pela doutrina e jurisprudência majoritárias atuais concernentes ao gerente geral, pelo simples fato de este possuir amplos poderes de mando e gestão, termina por retirar-lhe alguns dos direitos fundamentais do trabalho elencados na Constituição Federal, mormente aqueles que remetem à duração e jornada de trabalho. O resultado dessa

⁹BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 554

situação, na prática, é a exploração excessiva do profissional, que cumpre elevadas cargas de trabalho, em constante pressão por resultados por parte do empregador, levando ao seu adoecimento precoce do obreiro. As principais doenças reclamadas pelos profissionais da categoria são as lesões por esforços repetitivos (LER/DORT), a síndrome da fadiga, a neurose profissional e a síndrome de esgotamento profissional, conhecida como Síndrome de *Burnout*¹⁰. Todas essas patologias merecem atenção uma vez que podem trazer incapacidade temporária ou permanente, além de ocasionar transtornos psicológicos decorrentes da doença, como os episódios depressivos, os transtornos de estress pós-traumático e, de forma indireta, o alcoolismo e o uso crônico de drogas. Dados alarmantes apontam que entre os anos de 1996 e 2005, um bancário cometeu suicídio a cada 20 dias¹¹.

Como predito, a maioria dos doutrinadores entende como constitucional a situação jurídica do gerente geral quanto à jornada de trabalho. Doutrina autorizada entende que o art. 62, inciso II, da CLT, não é inconstitucional, pois este dispositivo não menciona que o empregado deva trabalhar mais do que a jornada estabelecida na Constituição, apenas que aquelas pessoas que não tem controle de horário ou os gerentes, de modo geral, deixam de ter direito à percepção horas extraordinárias, pois no primeiro caso é difícil dizer qual o horário em que prestam serviços, por trabalharem externamente, e no segundo caso o empregado faz o horário que quer, podendo entrar mais cedo e sair mais tarde, ou entrar mais tarde e sair mais cedo, a seu critério¹². Na prática, essa liberalidade de se fazer “o horário que quer” é desvirtuada em consequência das grandes pressões por resultados, vendas e cumprimento de metas, obrigando o empregado a ficar maior parte do dia à disposição do empregador. Há casos em que as instituições financeiras fornecem um *notebook* adaptado para o sistema do banco, com o intuito de que o gerente geral o leve para sua residência e faça desta uma extensão da agência bancária. As cobranças evoluíram também para ligações, envio de torpedos e e-mails em qualquer horário do dia e até mesmo em dias de repouso semanal remunerado.

Nesse diapasão, também fica evidente a violação a diversos princípios específicos do Direito do Trabalho, como a proteção do trabalhador, que resulta de normas imperativas e de ordem pública, que por sua vez caracterizam obstáculos à autonomia da vontade; o princípio da irrenunciabilidade, que vem sendo afetado pela tese da flexibilização; o princípio do *in dubio pro operário*, que aconselha o intérprete a escolher, entre duas ou mais interpretações viáveis, a mais favorável ao trabalhador; o princípio da norma mais favorável, em virtude do qual,

¹⁰JACQUES, M.G.C.; AMAZARRAY, M.R. Trabalho Bancário e Saúde Mental no Paradigma da Excelência. **Boletim da Saúde**, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 93-106, janeiro/junho, 2006. P. 95-101

¹¹SANTOS, Marcelo Augusto Finazzi. **Docentes da UNB: Patologia da Solidão: o suicídio de bancários no contexto da nova organização do trabalho**. 2009. 223f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade de Brasília, Brasília, junho de 2009. p. 178

¹²MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 495

independentemente de sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se o que for mais favorável ao trabalhador; bem como o princípio da condição mais benéfica, que determina a prevalência das condições mais vantajosas para o empregado.

Como se vê, a ofensa a todos os dispositivos e princípios desagua na violação ao direito fundamental à saúde, que é, em tese, garantido a todos, mas está sendo ceifado do profissional gerente geral de agência bancária de forma pouco velada e, como afirmado, com aval da maior parte da doutrina e das Cortes Trabalhistas.

CONCLUSÃO

O direito fundamental à saúde do gerente bancário, como bem jurídico a ser tutelado, deve ser respeitado de forma incondicional e imperativa, dado o caráter irradiante da Lei Maior sobre a legislação ordinária. É premente uma nova regulamentação para a jornada de trabalho dos gerentes. Soa, no mínimo, pertinente, a premissa de que o sujeito submetido a jornadas menores e com limitações precisas vê-se mais descansado e menos suscetível ao adoecimento advindo dos excessos laborais.

Destarte, os dispositivos infraconstitucionais pertinentes carecem de uma revisão à luz dos direitos fundamentais e do direito constitucional do trabalho, sob pena de se ver vencida e massacrada uma categoria profissional frente ao contínuo enrijecimento da estrutura bancária brasileira.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DIEESE. **Pesquisa de emprego bancário**. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/pesquisaempregobancario/2011/empregoBancario11Nov11.pdf>. Acesso em: 15 set. 2013, 17:11:45.

JACQUES, M.G.C.; AMAZARRAY, M.R. Trabalho Bancário e Saúde Mental no Paradigma da Excelência. **Boletim da Saúde**, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 93-106, janeiro/junho, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade : Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Marcelo Augusto Finazzi. **Docentes da UNB: Patologia da Solidão: o suicídio de bancários no contexto da nova organização do trabalho.** 2009. 223f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade de Brasília, Brasília, junho de 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PREVENÇÃO E REPRESSÃO À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PROBA E EFICIENTE: AVANÇOS E RETROCESSOS

Carla Priscilla Barbosa Santos Cordeiro¹

RESUMO

O presente trabalho buscou abordar de forma prática a improbidade administrativa, através da análise jurisprudencial e de casos concretos no direito pátrio. A Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa – surgiu em um contexto histórico propiciador da busca pelos Direitos Humanos Fundamentais, dentre os quais a Administração Pública proba e eficiente. Assim, a Lei de Improbidade se tornou instrumento capaz sancionar o gestor temerário, através de sua divisão dos atos de improbidade que causam enriquecimento ilícito, lesão ao Erário e que maculam os princípios regentes da Administração Pública. O estudo desta lei, neste trabalho, visou conceituar o desvio de finalidade, pois ficou configurado que todo ato ímprobo necessariamente é um ato administrativo que foi maculado com o desvio do fim legal que lhe foi colimado. Outrossim, deu-se enfoque na atuação repressiva da improbidade administrativa, eis que predominante em nosso direito, como a atuação do Núcleo de Improbidade no Estado de Alagoas. Os ricos casos concretos demonstram que uma nova realidade se descortina em um novo tempo de efetividade do princípio da moralidade administrativa. Isso não implica em aceitar como perfeito o controle repressivo dos atos de improbidade, pois o ditado popular de que “é melhor prevenir do que remediar” aplica-se perfeitamente ao caso da improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa; Lei 8.429/92; corrupção; desvio de finalidade do ato administrativo.

ABSTRACT

The present study sought to address in a practical administrative misconduct by analyzing case law and parental rights in concrete cases. Law No. 8.429/92 - Law Administrative Misconduct - emerged in a historical context that favors the search for fundamental human rights, among which

¹ Acadêmica de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Email: priscillacordeiro1@hotmail.com

probabilistic and efficient public administration. So the law Misconduct became the instrument to punish reckless manager, through its division of the acts of misconduct that cause illicit enrichment, injury to the Treasury and that stain the governing principles of public administration. The study of this law, this work aimed to conceptualize the diversion of purpose, because it was set that all unrighteous act is necessarily an administrative act that was tainted with the deviation from the legal end to it collimated. Furthermore, there has been focus on the repressive actions of administrative misconduct, behold prevalent in our right, as the performance of Core Misconduct in the State of Alagoas. The wealthy individual cases demonstrate that a new reality unfolds in a new time of effectiveness of the principle of administrative morality. This does not imply accepting how perfect the repressive control of the acts of misconduct, as the popular saying that “prevention is better than cure” applies perfectly to the case of administrative misconduct.

Keywords: Administrative misconduct; Law 8.429/92; corruption; misuse of purpose of the administrative act.

INTRODUÇÃO

Crise ética. É assim que a opinião pública adjetiva o envolvimento de autoridades com a prática de improbidade administrativa. Os escândalos financeiros, denunciados com estardalhaço pela imprensa, passam a idéia de que governantes, parlamentares e servidores estatais são indivíduos inescrupulosos que usam os cargos para enriquecer ilicitamente, favorecer aliados ou desviar recursos do Erário.

O declínio da confiança no governo é um dos fenômenos mais estudados na atualidade. Enquetes e relatórios de organizações transnacionais atestam o desencanto popular com as instituições democráticas. A corrupção está entre as principais causas da queda de credibilidade.

Nos últimos anos, tem-se verificado um preocupante desgaste da imagem dos gestores da coisa pública devido a denúncias de práticas desonestas como peculato, clientelismo, favoritismo, nepotismo e uso perdulário dos bens coletivos.

Ao longo da década de 90, testemunhamos o aceleração do processo de modernização do Estado brasileiro. Nesse período, o Congresso Nacional aprovou um conjunto de emendas constitucionais e de leis ordinárias que mudaram profundamente a feição do texto de 1988. A Lei de Improbidade (Lei 8.429, de 2 de junho de 1992), a Reforma Administrativa (EC n. 19, de 4 de junho de 1998), e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000) são um exemplo disso.

A Lei 8.429/92 é inovadora. Em primeiro lugar porque ampliou o conceito de corrupção no exercício de cargos públicos (antes a matéria resumia-se aos casos de enriquecimento ilícito; agora também abrange a má gestão do erário e a transgressão dos princípios que fundamentam a administração pública). Em segundo lugar, por estabelecer severas sanções de natureza cível e política que afetam a cidadania e o patrimônio do agente ímprobo. Finalmente, por criar mecanismos cautelares de grande alcance destinados a assegurar a efetividade das sentenças prolatadas no âmbito das ações civis públicas.

Mesmo diante de tantas virtudes, a Lei 8.429/92 tem encontrado forte resistência dos setores acostumados com a cultura da impunidade e do imobilismo. Daí a necessidade de mostrar à nação brasileira a obrigação inadiável de aplicá-la amplamente no combate à corrupção no serviço público. Em razão disso, sustentaremos a tese de que a Lei de Improbidade é um instrumento legal indispensável à reconstrução de um país comprometido com a gestão responsável dos bens coletivos e com a distribuição da justiça social.

1 A ÉTICA DE RESPONSABILIDADE

A confiança pública dos governados nos administradores é uma das chaves do sistema democrático contemporâneo. Surge aqui, a figura da *ética da responsabilidade*, consagrada no sistema jurídico inglês depois da *reforma da administração pública inglesa*, que ocorreu depois do famoso relatório Nolan.²

Há dois tipos de ética a serem diferenciados aqui: a ética pública e a ética privada. Esta última está vinculada unicamente à *moral crítica*, sendo que suas sanções são exclusivamente *internas e autônomas*. O setor público, por sua vez, está acostumado a uma ética específica, peculiar, em que há deveres públicos distintos dos deveres privados das pessoas.

A ética pública é mais restrita que a ética política, pois esta pressupõe decisões e responsabilidades políticas, enquanto o objeto do presente trabalho é a responsabilidade jurídica, integrada no campo da ética pública das responsabilidades.³

A gestão administrativa responsável e eficiente passou a ser uma das principais imposições do Estado contemporâneo, eis que a consciência do bem público tomou enormes proporções depois da reforma da administração pública inglesa *infra* citada, que acabou por influenciar positivamente o Direito Administrativo moderno a uma busca cada vez maior pela eticidade no trato com a coisa pública.

²OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa – Má gestão, corrupção e ineficiência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 26 e 27

³*Idem. Ibidem*, p. 27.

O novo paradigma de gestão pública exige que a Empresa-Estado seja ágil e produtiva a fim de que os *lucros coletivos* possam ser partilhados igualmente em forma de bens, serviços e benefícios sociais.

Este novo momento experimentado pela Administração Pública tem origem na adaptação de padrões utilizados no setor privado para o setor público, uma vez que a busca pela prestação do melhor serviço à comunidade passou a ser premissa básica para a consecução do serviço público.

Por isso, a prestação do serviço público deve ser orientada para a promoção do bem-estar e da felicidade pública, imprimindo o máximo de eficiência aos seus órgãos executores.

Há que se destacar que, dentre os diversos problemas causados pela má gestão pública, o que levanta debates mais acalorados é, sem dúvida, a corrupção. É certo que o fenômeno da corrupção apresenta impactos sociais impressionantes, no marco do escândalo e da mobilização da opinião pública, com reflexos políticos de enorme magnitude.

Sob um olhar nessas questões, os organismos internacionais começaram a adotar posturas coerentes e comprometidas com a solução da corrupção. Cite-se o Código Internacional de Conduta para os titulares de Cargos Públicos (Código de boa conduta administrativa Europeu), documento elaborado pelas Nações Unidas.

Portanto, a corrupção se mostra como um gênero e a improbidade administrativa é sua espécie relativa à Administração Pública.

Passado este ponto, é de se destacar que tal corte epistemológico confere maior proteção à ética pública, através de um sistema de valoração dos desvios morais pautado em três tipos de ato contra a Administração Pública.

O sistema brasileiro, através da Lei 8.429/92 reconhece o ato de improbidade que causa enriquecimento ilícito (art. 9º), o que causa lesão ao Erário (art. 10) e o que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Data vênia, as sanções aplicáveis aos três tipos descritos se pautam na gravidade da lesão causada ente público, lesão esta que não se limita ao valor econômico do dano. Logo, a Ação de Improbidade Administrativa é a forma mais usual de combater a corrupção na Administração no Direito pátrio.

Feitas estas observações é de se destacar que a gestão pública deve observar os parâmetros de eticidade provenientes da ética pública, cujo ideal gravita em torno do bem comum.

2 ATOS PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O art. 1º da Lei 8.429/92 fala em ato que será praticado “contra” a Administração Pública, conforme se extrai: “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou

não, **contra** a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada (...).”

Deve-se observar que não o ato praticado contra a Administração Pública não é apenas aquele que cause prejuízo ao Erário. A violação dos princípios norteadores da Administração Pública, conforme alerta Decoiman, “é também atividade compreendida contra a Administração”⁴.

O autor fala em uma série de atos que são considerados improbidade. Dá um exemplo citando a sonegação, que, em sua opinião, poderia ser considerada improbidade administrativa, enquadrada no art. 11 da Lei 8.429/92, por violar o dever de lealdade às instituições.

À discordância da posição de Decoiman, é preciso destacar que não é todo ato que vai de encontro aos princípios da Administração Pública que se considera improbidade administrativa. A conduta deve estar contaminada com o dolo, com a vontade de transgredir os princípios da Administração Pública.

3 DADOS COLHIDOS

É indubitável o legado deixado pela Lei nº 8.429/92, uma vez que este instrumento foi a normativa da ética de responsabilidade, trazida ao ordenamento em um momento histórico de redemocratização.

A Lei de Improbidade surge, destarte, como um mecanismo repressivo de controle dos atos imorais, identificando os ilícitos desta ordem e aplicando penalidades que possuem diversas funções, tais como ressarcir os danos materiais sofridos pela Administração Pública; impedir que gestores desqualificados continuem a exercer cargos públicos (inclusive os políticos); impedir que empresas fraudem licitações com o poder público; dar mais credibilidade ao patrimônio público, eis que a opinião pública mede a injustiça social através das corrupções perpetradas na Administração Pública, etc.

Durante a pesquisa, vários casos de improbidade nos chamaram a atenção, motivo pelo qual destacamos os três principais, como é possível conferir:

a) Operação Taturana, deflagrada pela Polícia Federal objetivando apurar atos de improbidade dentro da Assembleia Legislativa de Alagoas

Sustenta o *parquet* que os atos praticados pelos demandados implicaram em enriquecimento ilícito, com apropriação de recursos do Erário Público através da obtenção de empréstimos pessoais no Banco Rural S/A, posteriormente pagos com recursos da Administração.

⁴ DECOIMAN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 60.

As operações eram compostas por 4 etapas: 1) Emissão e entrega de cheques da ALE/AL; 2) desconto dos cheques junto ao Banco Rural; 3) recebimento de recursos provenientes da ALE/AL (verba de gabinete), de pessoas físicas e da contratação de novos empréstimos; 4) pagamento do empréstimo e devolução dos cheques utilizados na operação (na maioria dos casos não houve compensação dos cheques).

b) Desvios dos recursos do DER/AL (2001)

Relata a peça inicial que em 26/04/2001, o Governador do Estado de Alagoas e o Presidente da Assembleia Legislativa de Alagoas concederam entrevista coletiva à imprensa, acusando J. C. B. e J. J. M. A. (diretores do DER/AL à época) da prática de desvios de recursos públicos destinados ao DER/AL (fl. 03). Foi aberto processo administrativo disciplinar no intuito de apurar os referidos desvios e em 02/05/2001, o Ministério Público Estadual abriu procedimento administrativo a fim de acompanhar as investigações sobre os ilícitos em apuração.

Segundo afirma o *parquet*, a ocorrência de fraude é clara porque o procedimento comum é que se utilize de cheques bancários nominados aos próprios fornecedores, com as respectivas notas fiscais que denotem a realização de obras ou serviços em favor da entidade. Importante também que a realização de despesa, para que atinja o momento do pagamento deve se submeter a procedimento próprio, assim como todo ato administrativo para que se dê de forma válida.

A ação de improbidade, que corria na 18ª Vara da Fazenda Pública desde 2006, foi julgada em 2012 pelo Núcleo de Improbidade Administrativa, resultando na condenação dos dois réus citados nas sanções da LIA e no ressarcimento ao Erário de R\$ 706.200,00 (setecentos e seis mil e duzentos reais).

CONCLUSÃO

Diante do observado, é possível tirar algumas conclusões. A ética de responsabilidade é aquela normativa da atividade funcional do administrador público. Através de uma política pública que tenha por objetivo central o atendimento ao interesse coletivo é possível combater os atos administrativos temerários.

Durante a pesquisa, foram verificados avanços louváveis no controle jurisdicional dos atos administrativos. A responsabilidade dos gestores foi ampliada, eis que é possível visualizar o fenômeno da moralização pública, paulatinamente.

A repressão jurídica da improbidade é tarefa incessante e está aliada a redução das imunidades daqueles que detêm poderes políticos e administrativos de enorme relevância.

Concluimos que o combate à improbidade é eminentemente punitivo. Parafraseando a medicina moderna sobre o tratamento de doenças infecciosas, a improbidade administrativa seria

uma espécie de enfermidade que atinge a Administração Pública que possui suas defesas naturais desprotegidas, sendo que o operador do direito deve atuar no sentido de lhe dar novos tratamentos, pois os remédios já utilizados, como a Lei nº 8.429/92 são eficiente na contenção da doença, mas não na sua cura.

Vale lembrar a máxima de que é mil vezes melhor cuidar do corpo antes de que ele fique doente, ou seja, a prevenir à improbidade administrativa é a melhor solução. Destarte, a Lei nº 8.429/92 é um marco ético institucional no tratamento da má-gestão pública, uma vez que tem alavancado uma reviravolta na forma como a coisa pública é vista no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DECOIMAN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LLEWELLYN, Karl. *Apud* em GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente a reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa – Má gestão, corrupção e ineficiência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 116.

VELLOSO, Galba. **Desvio de Poder**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 13.

DI PIETRO, Maria Sylvia di Zanella.. **Pressupostos do Ato Administrativo – Vícios, Anulação, Revogação, e Convalidação de Processo Administrativo.** Disponível em <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia4.htm>. Acesso em: 01/12/2012.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. **O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O DEVER DE INFORMAR E O DIREITO DE PROTEÇÃO À IMAGEM E À INTIMIDADE À LUZ DA TEORIA DOS PAPÉIS SOCIAIS.** Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000101>>. Acesso em: 21/08/2013.

O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE COMO GARANTIA DE QUALIDADE DE VIDA DE MULHERES VIVENDO COM HIV/AIDS NO BRASIL: EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Cecilio Argolo Junior¹

Sonia Maria Soares Ferreira²

RESUMO

Falar sobre o direito constitucional à saúde como garantia de qualidade de vida de mulheres vivendo com HIV/aids no Brasil, um estudo diante efetividade dos direitos sociais, é algo que requer bastante cuidado em virtude dessa patologia, ainda, causar pânico ao coletivo. Descobrir-se com HIV/aids é conviver com o medo da possibilidade de descoberta de sua sorologia, conseqüentemente, ficando no imaginário desses indivíduos a discriminação e a rejeição de familiares e amigos. Mesmo com a evolução do tratamento da doença essa não deixou de ser um importante agravo de saúde pública no país. Uma vez que os cuidados com a saúde na prevenção ao vírus continuam se esbarrando em questões simples, corriqueiras e relativas à própria sexualidade, como por exemplo, a resistência dos parceiros em não usarem preservativo em suas relações. De 1980 aos dias atuais, a aids chegou em todas as camadas sociais, sem exceção, e nessa disseminação, tornou-se uma epidemia no país, problema de saúde pública, sendo uma das principais preocupações sociais do momento. Assim, remete-se à necessidade de aprimoramento da vigilância pública epidemiológica e seus sistemas de informação, subsidiando novas garantias para os portadores dessa doença. Com essa nova realidade não adianta somente o governo investir em campanhas de prevenção, sem ao menos existirem políticas públicas de saúde no país que visem a qualidade de vida dessas mulheres portadoras do vírus HIV/aids. É dever do Estado propiciar condições de vida para essa população. Neste sentido, visando uma qualidade de vida melhor dessas mulheres infectadas ao proporcioná-las uma expectativa maior de vida, faz-se necessário criar condições para possam usufruir desse novo momento, para tanto devendo haver uma reorientação do serviço de saúde, principalmente na atenção básica com rediscussões de estratégias preventivas e de promoção a saúde, visando, entre outras ações, à prevenção do HIV/aids.

¹ Bacharel em Direito e Psicólogo. Mestrando em Pesquisa em Saúde pelo Centro Universitário CESMAC. Professor de Direito na Faculdade Maurício de Nassau. E-mail: junior.argolo@ig.com.br

² Mestre em Advanced General Dentistry - University of Maryland System e Doutora em Ciências pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisadora. Professora universitária. E-mail: ssferreira@ig.com.br.

Palavras-chave: Direitos sociais; saúde; HIV/AIDS; mulheres; qualidade de vida.

ABSTRACT

Talk about the constitutional right to health as a guarantee of quality of life of women living with HIV/AIDS in Brazil, a study on the effectiveness of social rights, is something that requires great care because this disease also cause panic to the collective. Discover with HIV/AIDS are living with the fear of the possibility of discovering their HIV status, thus getting in the minds of these individuals to discrimination and rejection from family and friends. Even with the evolution of the treatment of this disease has not ceased to be an important public health problem in the country . Since health care in preventing the virus is still running into issues simple, mundane and related to their sexuality , for example, the resistance of the partners did not use condoms in their relationships . From 1980 to today, AIDS is in all strata of society, without exception , and this dissemination has become an epidemic in the country, public health problem, being one of the main social concerns. It draws attention to the need to improve the epidemiological surveillance and its public information systems, subsidizing new safeguards for patients with this disease. With this new reality does not help only the government to invest in prevention, at least there are no public health policies in the country targeting quality of life of these women with HIV/AIDS. It is the duty of the State to provide living conditions for this population. In this sense, aiming at a better quality of life of those infected women to provide them greater expectations of life, it is necessary to create conditions to enjoy this new moment for both should be a reorientation of health services, especially in primary rediscussões with preventive strategies and health promotion, aiming, among other things, the prevention of HIV/AIDS.

Keywords: Social rights; health HIV/AIDS; women; quality of life.

INTRODUÇÃO

Podem-se apontar os direitos sociais como base de sustentação de um estado democrático de direito. Dentre todas essas prerrogativas elencadas pela Constituição Federal de 1988, através do art. 6º, encontra-se à saúde. Entretanto, “[...] é espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem”.³ Há

³SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 307.

salientar que os direitos sociais são aqueles que garantem ao indivíduo condições necessárias mínimas para o seu desenvolvimento psicossocial e emocional. Por tais razões, atribuem-se a esses direitos pressupostos necessários para o exercício de sua própria cidadania.

Segundo André da Silva Ordacgy

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. [...].⁴

Ser portador de uma doença crônica no Brasil é uma situação preocupante em detrimento do caos que assola a saúde pública no país. Neste sentido, viver na condição de portador do vírus da imunodeficiência humana (HIV/aids) é uma missão bastante difícil, haja vista agregada a essa condição estão, ainda, os preconceitos arraigados na própria patologia.⁵

Aliada a essa problemática está, também, às dificuldades inerentes à própria aceitação de ser portador de um vírus que desencadeia uma desordem clínica e emocional, entretanto, como salientado por Michele Gomes Teixeira e Girlene Alves Silva, “O conhecimento sobre a dinâmica do vírus e suas implicações para a vida das pessoas portadoras vem, em articulação com as descobertas no campo dos medicamentos, permitir um olhar otimista no que diz respeito ao seu enfrentamento.”⁶

O cuidado com a saúde de pessoas que vivem com o vírus HIV/aids “é um desafio de grandes dimensões a ser enfrentado diariamente, tanto por quem vivencia tal problema, quanto para as pessoas que cuidam desses indivíduos.”⁷ Deveras, não há de se negar que mesmo com todos os avanços terapêuticos relacionados à patologia em análise, ainda hoje, é motivo de pânico pessoal e social a possível rotulação “aidético”, cujo termo por si só dissemina preconceitos e alimenta rejeições face a letalidade da patologia de outrora.⁸ Assim, por causa dessas e de outras situações, dentre as quais, a falta de políticas públicas de saúde no Brasil, especificamente para os portadores do vírus HIV/aids, vem dificultando o tratamento dessas pessoas.

Por fim, mesmo com todas as garantias constitucionais estabelecidas aos cidadãos brasileiros e legislação específica para grupo de pessoas acometidas de doenças crônicas

⁴ ORDACGY, André da Silva. A tutela da saúde como um direito fundamental do cidadão. **Revista digital da DPU**. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

⁵ TEIXEIRA, Michele Gomes; SILVA, Girlene Alves. A representação do portador do vírus da imunodeficiência humana sobre o tratamento com os antiretrovirais. **Rev. Esc. Enfermagem da USP**, São Paulo, n. 42, v. 4, 2008. p. 729.

⁶ CASTANHA, Alessandra Ramos et al. Avaliação da qualidade de vida em soropositivos para o HIV. **Estudos de Psicologia**, [s/l], n. 1, jan./mar., 2007. p. 23.

⁷ MARTINS, Julia Trevisan et al. Significados de qualidade de vida para mulheres convivendo com AIDS. **Rev. Gaúcha Enferm.**, Porto Alegre, n. 29, ano 4, dez., 2008. p. 619.

⁸ MARTINS, Julia Trevisan et al. Significados de qualidade de vida para mulheres convivendo com AIDS. **Rev. Gaúcha Enferm.**, n. 29, ano 4, dez., 2009. p. 622.

infecciosas, ser portador do vírus HIV/aids no Brasil é trilhar por um caminho repleto de incertezas em decorrência da precariedade do próprio sistema de saúde do país.

DESENVOLVIMENTO

A saúde pública no Brasil encontra-se em crise. Em outras palavras isso significa dizer que “O tratamento médico não respeita a dignidade da pessoa humana, a cobertura não é universal e o atendimento não é integral. [...]”⁹ Muito embora, a tutela jurídica, como determina a Lei Maior, proteja os direitos objetivos do cidadão, mas,

[...] nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.¹⁰

É dever fundamental do Estado a promoção da saúde pública, haja vista ser um direito constitucionalmente garantido a todos. “Diante das garantias legais e constitucionais o direito à saúde pode ser entendido como um direito público subjetivo irrestrito, no qual o cidadão tem o direito de obter na integralidade o tratamento que lhe for necessário”.¹¹ Neste sentido, é tarefa do Estado garantir à redução do risco de doença e de outros agravos, propiciando aos cidadãos acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹² Mesmo assim, o Brasil vive uma epidemia de AIDS há 30 anos, além de falência múltipla de saúde.

Segundo informações capturadas do Boletim Epidemiológico aids/DST,¹³ entre os anos de 1980, início dos primeiros casos de aids, e 2007, foram registrados um total de 474.273 casos no país, dos quais 192.709 vieram a óbito, e, mais de 70% desses portadores, doentes ou não,

⁹ SILVA, Rodrigo Zouain. **O direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência**: colisão-ponderação entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da reserva do possível. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10912&revista_caderno=9>. Acesso em: 16 out. 2013.

¹⁰ CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1998. v. 3, p. 4331.

¹¹ SILVA, Rodrigo Zouain. **O direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência**: colisão-ponderação entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da reserva do possível. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10912&revista_caderno=9>. Acesso em: 16 out. 2013.

¹² ORDACGY, André da Silva. A tutela da saúde como um direito fundamental do cidadão. **Revista digital da DPU**. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

¹³ BRASIL. **Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância da Saúde**. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/clipping2511.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2012.

encontravam-se fazendo tratamento com os anti-retrovirais.¹⁴ Em 2010, o país já contabilizava 592.914 casos registrados.¹⁵ Seguindo de 608.230 casos de aids notificados em 2011.¹⁶

As Nações Unidas estimam que, atualmente, em todo mundo, existam 33,5 milhões de pessoas vivendo com o HIV/aids, dessas a grande maioria está em países do terceiro mundo e apenas uma minoria encontra-se em tratamento com os novos antirretrovirais.¹⁷⁻¹⁸

Desde o surgimento da aids, aos dias atuais, a epidemia vem passando por transformações significativas a ponto de, nos últimos anos, serem observadas um processo de heterossexualização, feminização, pauperização e interiorização da doença.¹⁹

Gize-se, “o cuidado tem sido um dos temas mais relevantes para pensar em saúde como cidadania e direito”.²⁰ Hodiernamente, a aids é considerada como um grave problema de saúde pública no Brasil em virtude de não ter sexo ou classe específica para o contágio. Em mulheres, especialmente, a contaminação pelo vírus HIV está atrelada a uma gama de fatores, dentre esses: “a sua falta de autonomia financeira e emocional, dificuldades para negociar o uso do preservativo, relações sexuais forçadas, comércio sexual etc.”⁹

Desta afirmação captura-se o entendimento que é necessário considerar a importância “[...] da natureza multidisciplinar do atendimento a ser prestado ao paciente, que deve envolver a cooperação de diversas áreas de atuação, tais como a médica, a psicológica, a assistência social e a jurídica”.²¹

Desde o ano de 2007, em decorrência do crescente e alarmante índice de contaminação do vírus HIV em mulheres no Brasil, o Ministério da Saúde, foi obrigado a mapear a situação da epidemia no país e criou o “Plano Integrado de Enfrentamento da Feminização da Epidemia de aids e outras DST”.²² Com os dados colhidos dos sítios eletrônicos das secretárias estaduais de saúde e

¹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância da Saúde. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/clipping2511.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2012.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância da Saúde. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/clipping2511.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2012.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância da Saúde. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/clipping2511.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2012.

¹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico – 2013. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/publicacao/2011/boletim_epidemiologico_2013>. Acesso em: 8 out. 2013.

¹⁸ CASTANHA, Alessandra Ramos et al. Avaliação da qualidade de vida em soropositivos para o HIV. **Estudos de Psicologia**, n. 1, jan./mar., 2007, p. 28.

¹⁹ SILVA, Sílvia Fernandes Ribeiro. et al. Aids no Brasil: uma epidemia em transformação. **RBCA**, n. 42, ano 3, 2010, p. 211.

²⁰ SAMPAIO, Samara dos Santos; ALMEIDA, Lílian Conceição Guimarães. Feminização do hiv/aids: uso de fluxogramas como estratégia de enfrentamento. 17º Encontro Nacional da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisas sobre a mulher e relações de gênero. Paraíba, UFPB, Centro de Educação, 2012. **Revista da UFPB**. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/liti/ocs/index.php/17redor/index/search/titles?searchPage=4>>. Acesso em 10 maio de 2013.

²¹ ORDACGY, André da Silva. A tutela da saúde como um direito fundamental do cidadão. **Revista digital da DPU**. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

²² BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Integrado de Enfrentamento da Feminização da Epidemia de Aids e**

por meio de análise de outros documentos, “a interpretação considerou as ações do nível federal de gestão, a dinâmica do setor de saúde em cada estado e a inserção das coordenações de DST/aids nos organogramas das Secretarias Estaduais de Saúde”.²³

Essa vulnerabilidade da mulher a exposição ao vírus HIV vem exigindo dos governantes políticas que incidam nas “condições para o exercício autônomo de sua sexualidade, para que possam se proteger do HIV, e que assegurem a qualidade de vida àquelas que já possuem o vírus”.²⁴

Com a evolução do conhecimento sobre a doença e seu tratamento, esta patologia passou a ser considerada uma doença crônica, mas não deixou de ser um importante agravo de saúde pública no país. Uma vez que os cuidados com a saúde na prevenção ao vírus continuam se esbarrando em questões simples, corriqueiras e relativas à própria sexualidade, como por exemplo, a resistência dos parceiros em não usarem preservativo sem suas relações.

A prevenção continua sendo o melhor tratamento e as ações das políticas governamentais ainda permanecem como grandes aliadas das mulheres no controle dessa epidemia no Brasil, inclusive, vem “contribuindo para a redução do número de Aids e de novas infecções pelo incentivo à adoção de práticas seguras”,²⁵ nos últimos anos.

O preconceito, ligados a rejeição e discriminação as portadoras do vírus HIV/aids, fazem antecipar, muito antes da própria morte biológica, “à morte civil, impedindo-a de exercer plenamente todos os seus direitos de cidadania”,²⁶ além de atingir, também, os seus familiares causar um efeito desagregador afetando todo o complexo psico-emocional-social, interferindo e prejudicando, dessa maneira, o relacionamento intra e inter-familiar.²⁷ Por tais razões, “tanto o portador do HIV como seus familiares sofrem as consequências e dificuldades da doença dificultando ainda mais o conviver com a patologia”.²⁸

outras DST: análise da situação atual e proposta de monitoramento. Brasília, 2007.

²³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Integrado de Enfrentamento da Feminização da Epidemia de Aids e outras DST:** análise da situação atual e proposta de monitoramento. Brasília, 2007.

²⁴ VILELA, Wilza; SANEMATSU, Marisa. **Mulheres com hiv/aids:** elementos para a construção de direitos e qualidade de vida. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, dez., 2003.

²⁵ FRANCISCO, Marcio T. R. et al. Aids na população masculina e o comportamento de risco. **48º Congresso do HUPE “Saúde do Homem”,** supl. 1, v. 9, 2010. Disponível em: <http://revista.hupe.uerj.br/detalhe_artigo.asp?id=257>. Acesso em: 10 jun. 2013.

²⁶ NASCIMENTO, Ises Gabriela Marques Silva Cheles. et al. Estigmas e preconceitos no viver-conviver com HIV/aids: um olhar sobre o estado da arte. **Revista Integrativa em Saúde e Educação – REVISE**, n. 1, ano 1, 2010. p. 2183.

²⁷ NASCIMENTO, Ises Gabriela Marques Silva Cheles. et al. Estigmas e preconceitos no viver-conviver com HIV/aids: um olhar sobre o estado da arte. **Revista Integrativa em Saúde e Educação – REVISE**, n. 1, ano 1, 2010. p. 2183.

²⁸ NASCIMENTO, Ises Gabriela Marques Silva Cheles. et al. Estigmas e preconceitos no viver-conviver com HIV/aids: um olhar sobre o estado da arte. **Revista Integrativa em Saúde e Educação – REVISE**, n. 1, ano 1, 2010. p. 2183.

Há alguns anos que epidemia vem manifestando sua força no universo feminino. “O resultado deste processo se configura no perfil epidemiológico de HIV/aids que se desenha atualmente na sociedade brasileira: a crescente feminização da epidemia”.²⁹

O termo “vulnerabilidade”, segundo Claudia Teresa Vieira Souza, foi criado após um estudo detalhado acerca do impacto causado pela epidemia de aids no mundo.³⁰ Assim, a vulnerabilidade surgiu para facilitar e implementar estratégias na prevenção e cuidados frente aos portadores do vírus HIV. Nas literaturas atuais a palavra “vulnerabilidade” está sendo usada para tratar de questões relativas à prevenção ao vírus HIV/aids, e, ainda, por ser a “vulnerabilidade um fator que se destaca na perspectiva individual e coletiva”.³¹ Por sua vez, à vulnerabilidade culmina no contágio. Neste sentido, “as mulheres, em todo mundo, estão entre os grupos de maior risco para adquirir o vírus HIV. Conhecer a percepção da vulnerabilidade em mulheres para adquirir o HIV é importante para instrumentalizar as formas de intervenções preventivas”.³²

Ao propósito, “a vulnerabilidade biológica das mulheres só se torna importante, de fato, em função de sua vulnerabilidade social”.³³ Em outras palavras, esse risco maior da mulher se contaminar pelo HIV durante as relações sexuais dá-se em decorrência de o homem possuir uma quantidade maior de vírus nos fluídos sexuais e durante o ato sexual ocasionar micro-lesões em sua parede vaginal, ou retal, aliadas a outras situações corriqueiramente vivenciadas por elas, tais como: “o sexo não-consensual, as relações sexuais desprotegidas por falta de negociação do preservativo e os comportamentos de risco adotados por seus parceiros”,³⁴ contribuindo, assim, para o aumento de sua vulnerabilidade ao vírus HIV.

CONCLUSÃO

²⁹ MALISKA, Isabel Cristina Alves; SOUZA, Maria Itayra Coelho de; SILVA, Denise Maria Guerreiro Vieira da. Práticas sexuais e o uso do preservativo entre mulheres com HIV/AIDS. *Ciênc. Cuid. Saúde.*, n. 6, ano 4, out./dez., 2007, p. 480.

³⁰ SOUZA, Claudia Teresa Vieira. Aspectos conceituais da vulnerabilidade à infecção pelo HIV, segundo Mann & colaboradores. In: Souza, CTV. **Características sócio demográficas, comportamentais e vulnerabilidade à infecção pelo vírus da imunodeficiência humana em homens que fazem sexo com homens do “Programa Rio”**. 2001, p. 12-24. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro.

³¹ MARINHO, Tania Moisa da Silva. **Concepções e práticas relacionadas à prevenção do HIV/aids entre adolescentes atendidos em um ambulatório de referência do nordeste do Brasil**. Dissertação de mestrado, 81 fls. Recife: Instituto Materno-Infantil Prof. Fernando Figueira – IMIP, 2008. Disponível em: <http://www.imip.org.br/site/ARQUIVOS_ANEXO/tania%20marinho;;20080627.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2013.

³² SILVEIRA, Mariângela Freitas. **Comportamento de risco para DST/aids em mulheres na cidade de Pelotas: prevalência, autopercepção e fatores associados**. Dissertação de mestrado, 173 fl. Pelotas: Universidade Federal de Pelotas, 2000. Disponível em: <http://www.ufpel.edu.br/tede/tde_arquivos/5/TDE-2006-02-24T10:04:31Z-47/Publico/Dissertacao_Mariangela_Freitas_Silveira.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2013.

³³ VILELA, Wilza; SANEMATSU, Marisa. **Mulheres com hiv/aids: elementos para a construção de direitos e qualidade de vida**. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, dez., 2003.

³⁴ VILELA, Wilza; SANEMATSU, Marisa. **Mulheres com hiv/aids: elementos para a construção de direitos e qualidade de vida**. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, dez., 2003.

Diante de todo o exposto chegamos a guisa de conclusão no sentido de salientarmos que a prevenção continua sendo a maior aliada contra o avanço da epidemia no país, ou, conseqüentemente, no seu controle. Adiante, com o avanço no conhecimento a respeito da patologia, evolução da infecção para doença crônica e surgimento de terapêuticas mais eficazes (antirretrovirais)³⁵ e de estratégias de enfrentamento mais acuradas pelos agentes públicos no Brasil, arrefecendo os efeitos da ação do vírus HIV e aumentando a sua expectativa de vida, surgem novas preocupações, **ligadas à qualidade de vida dos pacientes acometidos**. No entanto, qualidade de vida não está relacionado apenas à longevidade, pois viver com o HIV significa enfrentar situações de discriminação, ruptura nas relações afetivas e problemas na sexualidade, além dos sintomas de infecção e dos efeitos colaterais dos tratamentos. É constitucionalmente estabelecido que a saúde é um direito de todos, dever do Estado, para tanto devendo garantir políticas sociais e econômicas no sentido de propiciar a todos, igualmente, ações e serviços no sentido de promover, proteger e/ou tratar, para inclusive diminuir a vulnerabilidade da mulher em face do HIV/aids.

Por último, ante todo o progresso dos estudos ligados ao assunto e do surgimento de terapêuticas mais eficazes, além de tratamentos mais direcionados e de estratégias de enfrentamento mais acuradas no Brasil, arrefecendo os efeitos da ação do vírus HIV e aumentando a sua expectativa de vida, surgem novas preocupações sendo elas, **ligadas à qualidade de vida**.¹⁹ Para tanto, a melhora no tratamento, maior sobrevida e convívio com uma doença transmissível levam a necessidade urgente de criação políticas públicas de saúde no país que visem a qualidade de vida dessas mulheres portadoras do vírus HIV/aids.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico** – 2013. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/publicacao/2013/boletim_epidemiologico_2013>. Acesso em: 8 out. 2013.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância da Saúde**. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/clipping2511.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2012.

CASTANHA, Alessandra Ramos et al. Avaliação da qualidade de vida em soropositivos para o HIV. **Estudos de Psicologia**, [s/l], n. 1, v.21, p. 23-31, jan./mar., 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1998. v. 3.

FRANCISCO, Marcio T. R. et al. Aids na população masculina e o comportamento de risco. **48º Congresso do HUPE “Saúde do Homem”**, supl. 1, v. 9, 2010. Disponível em: <http://revista.hupe.uerj.br/detalhe_artigo.asp?id=257>. Acesso em: 10 jun. 2013.

³⁵ MATHIAS, Ana Elisa Rios de Araujo. **Qualidade de vida de mulheres com infecção pelo HIV**. Dissertação de mestrado, 143 fls. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2010.

MALISKA, Isabel Cristina Alves; SOUZA, Maria Itayra Coelho de; SILVA, Denise Maria Guerreiro Vieira da. Práticas sexuais e o uso do preservativo entre mulheres com HIV/AIDS. **Ciênc. Cuid. Saúde.**, n. 6, ano 4, out./dez., 2007, p. 480.

MARINHO, Tania Moisa da Silva. **Concepções e práticas relacionadas à prevenção do HIV/aids entre adolescentes atendidos em um ambulatório de referência do nordeste do Brasil.** Dissertação de mestrado, 81 fls. Recife: Instituto Materno-Infantil Prof. Fernando Figueira IMIP, 2008. Disponível em: <http://www.imip.org.br/site/ARQUIVOS_ANEXO/tania%20marinho;;20080627.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2013.

MARTINS, Julia Trevisan et al. Significados de qualidade de vida para mulheres convivendo com AIDS. **Rev. Gaúcha Enferm.**, n. 29, ano 4, p. 622-628, dez., 2009.

MATHIAS, Ana Elisa Rios de Araujo. **Qualidade de vida de mulheres com infecção pelo HIV.** Dissertação de mestrado, 143 fls. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2010.

NASCIMENTO, Ises Gabriela Marques Silva Cheles. et al. Estigmas e preconceitos no viver conviver com HIV/aids: um olhar sobre o estado da arte. **Revista Integrativa em Saúde e Educação – REVISE**, n. 1, ano 1, p.2183-2234, 2010.

ORDACGY, André da Silva. A tutela da saúde como um direito fundamental do cidadão. **Revista digital da DPU.** Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

SAMPAIO, Samara dos Santos; ALMEIDA, LÍlian Conceição Guimarães. Feminização do hiv/aids: uso de fluxogramas como estratégia de enfrentamento. 17º Encontro Nacional da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisas sobre a mulher e relações de gênero. Paraíba, UFPB, Centro de Educação, 2012. **Revista da UFPB.** Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/index/search/titles?searchPage=4>>. Acesso em 10 maio de 2013.

SILVA, José Afonso do. **Curso de direito constitucional positivo.** 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Rodrigo Zouain. **O direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência:** colisão-ponderação entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da reserva do possível. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10912&revista_caderno=9>. Acesso em: 16 out. 2013.

SILVA, Sílvia Fernandes Ribeiro. et al. Aids no Brasil: uma epidemia em transformação. **RBCA**, n. 42, ano 3, p. 211-218, 2010.

SILVEIRA, Mariângela Freitas. **Comportamento de risco para DST/aids em mulheres na cidade de Pelotas:** prevalência, autopercepção e fatores associados. Dissertação de mestrado, 173 fl. Pelotas: Universidade Federal de Pelotas, 2000. Disponível em: <http://www.ufpel.edu.br/tede/tde_arquivos/5/TDE-2006-02-24T10:04:31Z-47/Publico/Dissertacao_Mariangela_Freitas_Silveira.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2013.

SOUZA, Cláudia Teresa Vieira. Aspectos conceituais da vulnerabilidade à infecção pelo HIV, segundo Mann & colaboradores. In: Souza, CTV. **Características sócio-demográficas, comportamentais e vulnerabilidade à infecção pelo vírus da imunodeficiência humana em homens que fazem sexo com homens do “Programa Rio”**. 2001, p. 12-24. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro.

TEIXEIRA, Michele Gomes; SILVA, Girlene Alves. A representação do portador do vírus da imunodeficiência humana sobre o tratamento com os antiretrovirais. **Rev. Esc. Enfermagem da USP**, São Paulo, n. 42, v. 4, 2008. p. 729.

VILELA, Wilza; SANEMATSU, Marisa. **Mulheres com hiv/aids**: elementos para a construção de direitos e qualidade de vida. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, dez., 2003.

AGÊNCIAS REGULADORAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Dalva Gardênia Lima Vieira¹

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a redefinição do papel do Estado na busca pela prestação de serviço de qualidade, a partir do controle das agências reguladoras nos serviços públicos prestados pelos particulares. Para tanto objetiva-se demonstrar que a introdução dessas agências no ordenamento jurídico brasileiro, a capacidade de promover a democracia.

Palavras-chave: Reforma administrativa; administração pública; agências reguladoras.

ABSTRACT

His work has the objective to analyze the redefinition of the role of the state in the pursuit of providing quality service, from the control of regulatory agencies in the public services provided by private. Therefore the objective is to demonstrate that the introduction of these agencies in the Brazilian legal system, the ability to promote democracy.

Keywords: Administrative reform; public administration; regulatory agencies.

INTRODUÇÃO

As transformações ocorridas na administração pública brasileira, nos últimos anos, têm como objetivo tornar-se mais eficiente e fazer com que seus agentes exerçam suas atribuições com mais compromisso, para responder às necessidades tanto do Estado como dos usuários de serviço público.

O reconhecimento do descompasso no processo desenvolvimentista do país, marcado pela globalização, impulsionou o governo a reformular a máquina estatal. A reforma administrativa surge

¹ Aluna do curso de Direito. Universidade federal de Alagoas, 10º período, garden_vieira2@hotmail.com

para tornar administração pública mais moderna, substituindo o modelo burocrático pelo modelo gerencial, com o objetivo principal de atender as necessidades dos cidadãos.

Nesse contexto surge o modelo gerencial para instrumentalizar e operacionalizar as políticas públicas, como uma forma de garantir eficiência e eficácia das atividades estatais, no qual enfatiza mais os resultados que ao processo, modificando os critérios de aplicação do controle dos serviços públicos, como também a própria atuação da administração que visa à concretização do regime democrático, mediante a participação mais intensa dos cidadãos.

A privatização, ou desestatização que tornou-se necessária, entretanto devido à essencialidade desses serviços, o Estado precisou investir em instrumentos de controle. Nesse contexto é que se enquadram as agências reguladoras, que conectam o poder público e os consumidores ao poder privado, que são os prestadores de serviços.

As agências reguladoras surgem como instrumentos capazes de promover a cidadania da população, através de sua principal função social, fiscalizar os prestadores de serviços públicos, para garantir o equilíbrio de interesses entre o setor privado e público.

1 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU PAPEL NA SOCIEDADE

A importância da Reforma Administrativa tornou-se um dos principais temas políticos da atualidade, as transformações sociais da modernidade, em virtude das quais o Estado passou a assumir novas funções produtivas ou de satisfação das necessidades sociais e públicas, o qual gerou um peso excessivo para o Estado e níveis incontroláveis de endividamento público, sem o equivalente aumento da qualidade de serviços públicos prestados aos cidadãos. O Estado brasileiro, observando esta problemática adotou como meta a redução de suas próprias dimensões, várias empresas estatais, inclusive as prestadoras de serviços públicos foram transferidas para o setor privado. É neste contexto que nasce a importância de visualizar o serviço público, tipicamente administrativo, no plano constitucional, na tentativa de construir uma solidariedade social e resgatar o conceito de cidadania.

A Constituição Federal estatui que o serviço público é de incumbência do poder público (art. 175), este deve ser prestado com a maior amplitude possível, ou seja, deve beneficiar o maior número de pessoas, além de serem prestados sem discriminação entre os beneficiários, cuida-se da aplicação do princípio da isonomia. A Emenda Constitucional 19/88, inseriu na Carta Magna, o princípio da eficiência, este impõe ao gestor público a busca por meios econômicos viáveis, para

maximizar os resultados e minimizar os custos e ao dispor sobre a prestação de serviços públicos, impõe aos prestadores o dever de manter serviço adequado.

A crise da administração começou no regime militar não apenas, porque não foi capaz de extirpar o patrimonialismo que sempre a vitimou, mas também porque esse regime, ao invés de consolidar uma burocracia profissional no país, através da redefinição das carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para alta administração, preferiu o caminho mais curto, o recrutamento de administradores através das empresas estatais, o que inviabilizou a construção no país de uma burocracia civil forte, nos moldes que a primeira reforma, burocrática de 1936, propunha. Nesta fase destaca-se, a criação do DASP- Departamento Administrativo do Serviço Público, que implementou os princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica, surgia também a ideia de que os serviços públicos na administração indireta deveriam ser descentralizados. Apesar dos avanços, na tentativa de superar a rigidez burocrática, o núcleo estratégico do Estado foi enfraquecido indevidamente através de uma estratégia oportunista dos militares que, ao invés de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível selecionados por concursos públicos, preferiu contratar os escalões superiores da administração das empresas.

A segunda Reforma Administrativa, ocorrida em 1967, foi um ensaio de descentralização e de desburocratização, nesta época o Brasil convivia com a crise de adaptação ao regime democrático, em que a administração pública burocrática foi adotada como uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto, o pressuposto de eficiência em que se baseava não se revelou real, pelo contrário, mostrou-se lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para atender as demandas do cidadão. Já atual Reforma está apoiada na proposta de administração gerencial, como uma resposta à grande crise do Estado dos anos 80 e à globalização da economia, dois fenômenos, que impõem, em todo mundo, a redefinição das funções do Estado e da sua burocracia, proposta por Fernando Henrique Cardoso, que defendeu uma redefinição do papel do Estado, este deveria abandonar visões do passado de um Estado assistencialista e paternalista, para concentra-se em larga medida, na ação direta, para produção de bens e serviços, esta produção pode e deve ser transferida à sociedade, à iniciativa privada, com grande eficiência e com menor custo para o consumidor. A partir do ano de 1996, com a implementação das leis sobre a Reforma do Estado, que segundo Dinorá:

As alterações efetuadas na quadra final do século passado, por conta da chamada Reforma do Estado, levaram a um desmonte do estado prestador, produtor e protecionista, bem como a um redimensionamento de sua atuação como agente regulador da atividade econômica ².

² Grotti, Adeleide Musetti Grotti. Redefinição Do Papel Do Estado Na prestação de Serviços Públicos: Realização E 157

São criadas no direito Brasileiro, na esfera federal, as agências reguladoras, um exemplo, deste tipo de agência, é ANEEL instituída pela Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito federal e prazo de duração indeterminado, tendo por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

A função regulatória, exercida pelas agências reguladoras fixa-se na premissa de que há falhas no mercado, que devem ser sanadas por meio de intervenção que garanta o bem estar dos indivíduos, esta regulação justifica-se, diante da necessidade de coordenação do mercado, já que a impossibilidade material e financeira do Estado, com recursos próprios, arcar com empreendimentos de vulto extremo³. Importante ressaltar, que essas agências reguladoras gozam de autonomia orçamentária e financeira, mandatos fixos para os dirigentes, estrutura de direção e decisões colegiadas, dentre outras características marcantes, os quais conferem um grau de independência em relação ao Poder Público. Uma questão extremamente polêmica na doutrina é a função normativa exercida por essas agências, no sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a questão do poder normativo destas agências, quando do julgamento da medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668-DF, em 1997. Em tal demanda, o STF apreciou a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), dentre os quais o art. 19, IV e X, que prevêem a competência normativa da ANATEL. Apesar de a lei analisada ser específica para a ANATEL, o entendimento fixado pelo STF pode ser perfeitamente estendido às demais agências.

Diante dos problemas enfrentados pela população, frutos de uma prestação de serviço público ineficaz, e da importância dos objetivos principais da Constituição elencados no artigo 3º. A Reforma Administrativa surge com a finalidade de fornecer ao Estado novos mecanismos, para garantir a sua base constitucional do serviço público e promover a eficiência das políticas públicas, mas para dar resultado é imprescindível a presença do Estado, como agente regulador e a participação da população. Ligia Melo explica que de acordo com o princípio da juridicidade Administrativa, “ao administrador compete exercer a função administrativa pautada em valores democráticos, observando a moralidade, sendo eficiente em seus resultados que permitam à

Regulação diante do princípio da eficiência e a universalidade. **Interesse Público**. Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, nº40, pg 37, 2006.

³ Fortini, Cristiana. *et al.* Parcerias Público-privadas Aspectos Relevantes. **Interesse Público**. Revista bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, nº40, pg. 164, 2006.

atividade administrativa ser legitimada pela participação popular, através de mecanismos de processualização transparentes e impessoais”⁴.

Para atender de forma mais ampla aos diversos interesses da sociedade e desempenhar atividades cada vez mais especializadas, o Estado reduziu em seu aspecto. A função básica das Agências Reguladoras é a intervenção do Estado no domínio econômico, ou ainda, a promoção do desenvolvimento econômico, tudo sob o prisma do fortalecimento da competição no setor privado da economia e da criação de procedimentos de controle absolutamente racionais prevista nos artigos 21, XI e 177, §2º, III, da Constituição Federal, estão previstas como “órgãos reguladores”, com competência específica a certas atividades. Nas palavras de Paulo Roberto Ferreira Motta:

A grande vantagem da regulação, por enquanto somente no plano teórico, consiste em que o controle dos serviços públicos, em tese, seja realizado através dos critérios técnicos, distantes dos interesses localizados dos eventuais e sempre transitórios, nas democracias representativas, donos do poder⁵.

A globalização intensificou a pluralidade e complexidade social, devido à extensão da tecnologia, o processo de fragmentação estatal intensificou a criação de novos entes, com notável independência e autonomia, principalmente na supervisão e regulamentação dos serviços públicos privatizados, com maior capacidade de ponderar os diversos interesses sociais em disputa.

Os direitos sociais no Brasil estão positivados na Constituição Federal de 88, com o *status* de direitos fundamentais, o art. 6º dispõe quais são esses direitos: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção á maternidade e à infância, assistência aos desamparados, não é um rol taxativo, pois podem ser acrescentados conforme o desenvolvimento histórico e social da sociedade.

O grande desafio para os governantes dos Entes Federados é implementar e dar efetividade aos direitos fundamentais sociais, tão importantes para a construção de uma sociedade, justa e solidária, ou seja, os objetivos do Estado Brasileiro. É através do cumprimento de sua função administrativa que ele vai realizar suas políticas públicas

A atuação dessas agências tem profunda relação com a garantia dos direitos, previstos no art. 6º da Constituição de 1998, pois a partir de sua atividade fiscalizatória, torna-se um instrumento valioso, não apenas para a realização e manutenção da prestação desses direitos, mas também melhorar a qualidade dos serviços públicos. Entretanto, percebe-se um afastamento de sua função social por parte dessas agências, seja por pressões econômicas ou por políticas, têm atuado na

⁴ Melo, Lúgia. Novas Perspectivas para o direito Administrativo: A função Administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **Interesses Públicos**. Revista Bimestral de Direito Público. Ano IX-2007-43. Editora Fórum.

⁵ Motta, Paulo Roberto Ferreira Motta. **Agências Reguladoras**. São Paulo. Editora Manole. 2003. Pg.52

contramão, em favor dos grandes agentes econômicos, em uma suposta busca pela manutenção do *status quo*. Por isso a necessidade da participação e o controle social nas decisões e atuações dos órgãos reguladores.

CONCLUSÃO

A instauração do denominado Estado Regulador é resultado do grande endividamento estatal provenientes dos gastos com investimentos sociais, como também pelos reclamos do mercado mundial por uma maior liberalização nas economias nacionais. Esse novo modelo representa intervenção mínima do estado e sua atuação nos setores da economia seria subsidiária, só sendo possível quando consideradas necessárias à proteção de interesses coletivos.

As agências reguladoras foram implementadas no ordenamento jurídico brasileiro, com escopo de disciplinar a atuação do setor privado de modo evitar desajuste do regime liberal clássico e ainda servir como ferramenta indireta para efetivação de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

Grotti, Adeleide Musetti Grotti. Redefinição Do Papel Do Estado Na prestação de Serviços Públicos: Realização E Regulação diante do princípio da eficiência e a universalidade. **Interesse Público**. Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, nº40, pg 37, 2006.

Fortini, Cristiana.*et al.* Parcerias Público-privadas Aspectos Relevantes. **Interesse Público**. Revista bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, nº40, pg. 164, 2006.

Motta, Paulo Roberto Ferreira Motta. **Agências Reguladoras**. 1ªed. São Paulo: Manole. 2003.

Melo, Lígia Nova. Novas perspectivas para o direito administrativo: A função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **Revista bimestral de Direito Público-Interesse Público**, ano IX, nº 43, Rio de Janeiro: Fórum, p.117-136, jul./set., 2007.

Pereira, Luiz Carlos Bresser. **Reforma Administrativa Do Estado e administração Pública Gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

DIREITO A MORAR NA FAVELA: UMA DISCUSSÃO SOBRE AS POLÍTICAS DE PACIFICAÇÃO E O DIREITO A CULTURA

Filipe Lins dos Santos¹

Filipe José Vilarim da Cunha Lima²

RESUMO

A necessidade da presença do Estado nas favelas pacificadas com o intuito de proporcionar uma moradia adequada tem gerado problemas sobre a efetivação do direito a cultura. O motivo disso é que as moradias sem infraestruturas existentes nas favelas decorriam da ausência prolongada do ente público e conseqüentemente o domínio do tráfico de drogas em algumas regiões. Ocorre que, sob o discurso de garantir o acesso a uma moradia digna e políticas públicas mais eficazes que proporcionem a inclusão da favela à sociedade tem se dado com a privação de direitos culturais que atingem diretamente o caráter identitário do indivíduo com sua crença e local. Isso pode ser perceptível na forma como o funk tem sido encarado nas favelas, uma vez que ele possui um caráter significativo de identificação do sujeito com sua região, portanto ele torna-se um elemento que caracteriza o dia a dia das pessoas na favela debatendo temas como: violência, sexo e drogas. Diante disso, o ente público encontra-se num conflito de direitos humanos que trata sobre como aplicar o direito a moradia adequada sem ferir e limitar o direito a cultura. Em face disso o objetivo do presente estudo é pensar uma política pública que viabilize a cultura das favelas sem abandonar a garantia constitucional a moradia adequada.

Palavras-chaves: Direito a moradia; direito a cultura; funk; políticas públicas.

ABSTRACT

The need for the presence of the state in pacified slum in order to provide adequate housing has generated problems on the realization of the right to culture. The reason is that homes without exist-

¹ Estudante de Graduação em Ciências Jurídicas pela da Universidade Federal da Paraíba, membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa sobre Gênero e Direito (NEPGED), membro do Instituto de Direito Civil-Constitucional (IDCC) e integra a Equipe Editorial como Apoio técnico da Revista Gênero & Direito (G&D) e a Revista do Instituto de Direito Civil-Constitucional (RIDCC).

² Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba.

ing infrastructure in the slums stemmed from the prolonged absence of the public entity and therefore the area of trafficking in drugs in some regions. It happens that, in the speech to ensure access to decent housing and more effective public policies that provide the inclusion of slum society has given to the cultural deprivation of rights that directly affect the character of the individual identity with his belief and place. This may be noticeable in the way the funk has been seen in the slums, since it has a significant character identification of the subject with your region, so it becomes an element that characterizes the everyday life of people in the favela debating topics: violence, sex and drugs. Thus, the public entity is in a conflict of human rights that is about applying the right to adequate housing without hurting and limiting the right to face culture. Given that the objective of this study is to think of a public policy that allows for the culture slums without abandoning the constitutional guarantee adequate housing.

Keywords: Right to housing; the right to culture; funk; public policies.

INTRODUÇÃO

A retomada de algumas favelas do Rio de Janeiro por meio da Polícia Militar permitiu um acesso do Poder Público a determinadas regiões antes governadas pelo tráfico de drogas. Um dos principais argumentos para essa retomada era a necessidade de efetivar direitos humanos básicos, como uma moradia digna, que não foram preservados pelo ente estatal quando o tráfico de drogas chegou às favelas. Pela história de organização das favelas no morro carioca percebe-se que essa região sempre foi colocada a margem da sociedade, uma vez que era predominantemente habitada por negros e mestiços, além de pessoas de classe baixa e derivadas dos antigos cortiços, portanto foi a política de higienização social que deu origem a criação das favelas nos morros cariocas.

Ocorre que a ausência prolongada do Estado no provimento de uma moradia digna e segurança pública permitiu que outros meios alternativos e ilícitos surgissem para suprir a ausência do ente público. Dessa maneira, o tráfico de drogas e controle de favelas pelo crime organizado se tornou um meio alternativo de suprir a necessidade financeira e habitacional de muitas famílias, assim como garantir direitos básicos antes ausentes pelo Estado. Destarte, a tomada de muitas favelas pelo ente público, através da política de pacificação, representou um recomeço para muitas famílias, pois permitiu que direitos humanos pudessem ser garantidos de maneira eficaz sem a necessidade de recorrer-se a meios não lícitos.

Em face do contexto social descrito nas linhas anteriores, durante os vários anos de formação das favelas, as famílias que passaram a começar a morar nessa região desenvolveram uma cultura e identidade com o lugar que foi repassado por diversos anos aos seus descendentes e deu origem a construção de diversas expressões sociais como as escolas de samba e os bailes funk. Nesse contexto, ao se falar dessas manifestações há um arremate ao cotidiano das mulheres e homens nas favelas, ademais a maneira de se vestirem, sua linguagem, sexualidade, ritmo musical e comportamento.

Contudo, com a pacificação de muitas favelas pelo Poder Público, especialmente por meio da Polícia Militar, estabelecendo-se as chamadas unidades de polícia pacificadora (UPP), houve uma forte política pública de repressão a muitas expressões culturais que eram consideradas como afronta a paz instaurada nessa região através da Resolução 013 do Governo do Estado Rio de Janeiro. A consequência disso foi à proibição dos bailes funks e, em alguns casos, as restrições estatais alcançaram o ato de escutar este gênero musical. O efeito dessa medida foi a falência de muitas empresas informais que se mantinham na criação de bailes funk, além da estigmatização a uma expressão cultural que durante muitos anos foi considerada como associativa ao tráfico de drogas e a criminalidade.

No dia 13/08/2013, o Governador do Estado do Rio de Janeiro anunciou que irá acabar com a Resolução nº 013 e, para isso, vai criar uma comissão que pretende permitir e regular a volta dos bailes funks nas favelas cariocas.

O problema dessa realidade está nas consequências já produzidas com a nova realidade social do funk nas favelas, pois com os 7 (sete) anos de proibição, essa região começou a ser tomada por outros tipos de bailes que reúnem pessoas mais abastadas da sociedade, uma vez que a mídia brasileira começou a buscar trazer à comunidade uma ideia de que a favela é um ponto turístico. Outros sim, a música funk continuou marginalizada e proibida gerando um grande problema para o seu recomeço, uma vez que a mesma é caracterizada como associativa a uma prática condenada pelo Estado como as drogas, além da necessidade de se reinventar perante a importância de permanecer com sua identidade e trazer de volta a sua cultura tão combatida pelo Estado.

Diante dos argumentos anteriormente expostos, o objetivo do presente estudo é entender como o Estado deve viabilizar uma política pública eficaz à garantia do direito à moradia sem que a cultura das favelas seja abandonada sob o discurso de estar tutelando aquele direito fundamental.

DESENVOLVIMENTO

O direito a moradia³ é uma garantia constitucional que tem a finalidade de permitir que o indivíduo possa ter os meios adequados para sobreviver e formar sua família. Assim, o direito a moradia adequada⁴ inter-relaciona-se com a existência de um sistema de saneamento básico, acesso a vias públicas, iluminação, segurança e postos de saúde. Isso ocorre porque o direito à moradia não se esgota com a concessão de uma casa física ao indivíduo, compreendendo igualmente a garantia dos demais direitos sociais para que as famílias possam viver de forma qualificada em suas residências (direito a uma moradia adequada, identificando-se com a noção de habitabilidade).

Destarte, a situação das favelas do Rio de Janeiro revela uma forte ausência prologada do Poder Público em garantir os direitos mais básicos do cidadão. Em paralelo a isso, o acúmulo da violência e o domínio de muitas regiões pelo tráfico de drogas permitiram um crescente distanciamento do Governo do Estado para com essas comunidades. Assim, a política pública para retomada de muitos desses locais deu-se com o sistema de pacificação das favelas que tinham como objetivo permitir ao Poder Público atuar nas favelas antes controladas pelo tráfico de drogas para garantir os direitos mais básicos dos cidadãos. O problema dessa ação estatal se localiza na maneira como ela se consolidou após a retomada das favelas, pois o governo começou uma nova política de controle de expressões culturais representada pela Resolução 013.

Isso ocorreu em decorrência das identidades preconceituosas formadas contra as favelas. Nesse contexto, convém observar que segundo Pierre Bourdieu⁵ o campo social pode ser compreendido como um espaço multidimensional de posições que define um sistema multidimensional de coordenadas, sendo a primeira coordenada à forma de distribuição dos agentes a partir do capital que cada um possui já a segunda coordenada relaciona-se com a distribuição dos agentes a partir da composição de cada capital.

³No dizer de Kildare Gonçalves Carvalho, “o direito à moradia significa ocupar um lugar como residência [...] No morar encontramos a ideia básica da habitualidade, o permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar; [...] quer-se que se garanta a todos um teto onde se abriguem com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo ‘morar’, do latim *morari*, que significa ‘demorar’, ‘ficar’”. (2009, p. 930).

⁴Para Sérgio Azevedo, “em função da interdependência da questão da moradia com outras esferas recorrentes e complementares, nem sempre um simples incremento dos programas de habitação se apresenta como a solução mais indicada para melhorar as condições habitacionais da população mais pobre”, destacando o autor a necessidade de se observar as interfaces do direito à moradia com as demais questões urbanas, em especial a infraestrutura, o saneamento básicos e os demais equipamentos sociais (2007, p. 14).

⁵[...] Pode-se descrever o campo social como um espaço multidimensional de posições tal que qualquer posição actual pode ser definida em função de um sistema multidimensional de coordenadas cujos valores correspondem aos valores das diferenças variáveis pertinentes: os agentes distribuem-se assim nele, na primeira dimensão, segundo o volume global do capital que possuem, e na segunda dimensão, segundo a composição do seu capital – quer dizer, segundo o peso relativo das diferentes espécies no conjunto das suas posses. A forma de que se reveste, em cada momento e em cada campo social, o conjunto das distribuições das diferentes espécies de capital (incorporado ou materializado), como instrumentos de apropriação do produto objectivado do trabalho social acumulado, define o estado das relações de força [...] entre os agentes objectivamente definidos pela sua posição nestas relações. [...] O conhecimento da posição ocupada neste espaço comporta uma informação sobre as propriedades intrínsecas (condição) e relacionais (posição) dos agentes. (BOURDIEU 2010, p. 135)

Com base nisso pode-se compreender que essa primeira dimensão relaciona-se com o caráter de absorção dos diversos discursos sociais, portanto em decorrência da existência de um mercado dos bens simbólicos⁶ o indivíduo adquire um discurso apreçado de acordo com o padrão previamente estabelecido no meio comunitário. Essa conjuntura permite compreender que cada símbolo posto nesse mercado possui um preço simbólico⁷ que é caracterizado como uma economia das trocas econômicas, funcionando como uma expressão simbólica do consenso da forma estabelecida para realizar a dispersão ou não do símbolo.

Em face disso, convém entender que a cultura é composta por um complexo de informações que as pessoas absorvem, um conjunto simbólico de elementos que servem de definição do sujeito e sua diferenciação perante a sociedade. Freud⁸ demonstra em sua análise que o sujeito vive em constante transformação para definição de sua posição enquanto indivíduo, assim absorvendo variadas identidades que o definiram e formarão quem ele é e será.

Com base nos conceitos apresentados, cabe observar que a cultura das favelas representa um aglomerado de elementos que a diferencia das outras expressões sociais. Contudo, a aceitação ou não, total ou parcial, de manifestações culturais de um grupo depende da maneira como ele é valorizado na sociedade. Isso pode ser observado claramente na forma como o funk carioca foi fortemente reprimido pelo sistema de política pública implementado pelo Governo do Rio de Janeiro para combater o domínio do tráfico de drogas. Ocorre que o funk carioca⁹ sempre sofreu

⁶Para que os efeitos do capital e da dominação linguística se exerçam, é preciso que o mercado linguístico seja relativamente unificado, isto é, que o conjunto dos locutores seja submetido à mesma lei de formação dos preços das produções linguísticas {...} É isto o que significa unificação do mercado ou relações de dominação linguística: no mercado linguístico se exercem formas de dominação que têm uma lógica específica e, como em todo mercado de bens simbólicos, há formas de dominação específicas que não são absolutamente redutíveis à dominação estritamente econômica, nem em seu modo de exercício nem nos lucros que elas obtêm. (BOURDIEU, 1978, p.7)

⁷[...] característica própria da economia das trocas econômicas, por ocasião à economia de bens simbólicos, funciona como uma expressão simbólica do consenso sobre a taxa de troca envolvida em toda troca econômica. (BOURDIEU, 1994, p. 162)

⁸A teoria de Freud de que nossas identidades, nossa sexualidade e estrutura de nossos desejos são formadas com base em processos psíquicos e simbólicos do inconsciente, que funciona de acordo com uma “lógica” muito diferente daquela da Razão, arrasa com o conceito do sujeito cognoscente e racional provido de uma identidade fixa e unificada. {...} A identidade é realmente algo formado, ao longo do tempo, através de processos inconscientes, e não algo inato, existente na consciência no momento do nascimento. Existe sempre algo “imaginário” ou fantasiado sobre sua unidade. Ela permanece sempre incompleta, está sempre “em processo”, sempre “sendo formada” {...} Assim, em vez de falar da identidade como uma coisa acabada, deveríamos falar de *identificação*, e vê-la como um processo em andamento. A identidade surge não tanto da plenitude da identidade que já está dentro de nós como indivíduos, mas de *uma falta* de inteireza que é “preenchida” a partir de nosso exterior, pelas formas através das quais nós imaginamos ser vistos por outros. Psicanaliticamente, nós continuamos buscando a “identidade” e construindo biografias que tecem as diferentes partes de nossos eus divididos numa unidade porque procuramos recapturar esse prazer fantasiado da plenitude. (HALL, 2006, p. 36- 39)

⁹Para se ter uma dimensão acerca do caráter criminoso impingido ao funk, vale destacar que o capitão Glaucio, um dos responsáveis pela unidade de polícia pacificadora (UPP) do Morro da Providência, localizado no centro do Rio de Janeiro, afirmou que “todo baile funk tem envolvimento com o tráfico”. Em seguida concluiu: “Apesar de ser uma cultura popular, a população ainda não está preparada para isso. No futuro, quando estiverem ‘conscientizados’, escutando música clássica, música popular brasileira, conhecendo outros ritmos, outras culturas, a gente até pode autorizar, mas hoje não”. (SILVA; SILVA, 2012, p. 50).

com o preconceito sobre seu ritmo e música, pois eles tratavam da violência, sexualidade e das drogas que eram presentes em seu meio comunitário.

Ademais, a imagem de constante marginalização das pessoas que moram na favela¹⁰ proporcionou a associação do funk ao crime, porque entendia-se que esse ritmo fazia apologia aos atos ilícitos e resistência a autoridade policial. A violência entoada nas músicas de funk buscavam descrever a realidade de delitos constantes que as pessoas sofriam em decorrência da falta de um sistema de segurança pública adequado e humanizado, além do aumento da criminalidade. Portanto, as músicas buscavam criar um diálogo sobre a violência cometida pelos policiais e criminosos, o sofrimento com o uso das drogas e a manifestação do discurso sexual.

Logo, quando algumas favelas cariocas foram tomadas pela política de pacificação houve empecilhos para a organização dos bailes funks que acarretaram na falência de diversas empresas informais e no desemprego de 9 (nove) mil pessoas que retiravam seu sustento dessas festas¹¹. Nesse contexto, alguns bailes funks conseguiram se organizar, mas possuem características completamente diferentes dos bailes funks originais, já que são elitizados por possuírem ingressos muito caros e não terem compromisso nenhum com a cultura desse ritmo musical¹².

Em face desses problemas o Governo do Rio de Janeiro, após 07 (sete) anos de proibição da prática dos bailes funks, decidiu que irá revogar a Resolução 013 que permitia a polícia militar intervir em eventos culturais quando verificasse necessário. Entretanto, os danos ocasionados ao movimento funk nas favelas do Rio de Janeiro foram grandes e despertam para a importância de

¹⁰A marginalização das pessoas que residem em favelas é potencializada não apenas pela omissão das intervenções estatais, cabendo destacar que desde 1950 o Censo Demográfico brasileiro apresenta índice intitulado de “aglomeração urbana *subnormal*”, denominação pejorativa que abrange os barracos, as casas desprovidas de infraestrutura e sem acesso aos serviços públicos, bem assim as demais unidades imobiliárias com problemas relacionados à inadequação fundiária, em cujo âmbito estão incluídas as famílias que não têm o título de propriedade do local em que edificadas as suas residências (PERO; CARDOSO; ELIAS, 2005, p. 3).

¹¹Associados ao tráfico, com mais de 40 anos de vida e estigmatizado, os bailes funk não representam apenas a cultura das comunidades: representam também uma maneira de sobreviver para pelo menos nove mil pessoas nas favelas pacificadas. O cálculo é do ex-presidente da Apafunk (Associação dos Profissionais do Funk) MC Leonardo, que festeja a extinção da Resolução 013, mas não esquece o rombo que ela fez na autoestima dos moradores. “Estavam matando a economia das comunidades, os encontros e o direito de se expressar dos moradores”. Ele encontra eco na sua fala. Mestranda em Saúde Coletiva pela UERJ, a advogada Paula Damasceno está em trabalho de campo no Alemão sobre violência contra mulheres. Bastaram poucos dias na comunidade para ela perceber que o morro está mais pobre desde que os bailes foram proibidos pelos comandos das UPPs — que vão continuar usando o poder de veto até surgir a resolução 014 (leia a entrevista ao lado). “Diminuiu muito a circulação de dinheiro na comunidade”, diz ela. “Além do tráfico, havia uma intensa movimentação nos salões de beleza, entre os mototaxistas, nas boutiques”, completa. Para ela, os bailes funk representavam o momento da sociabilidade dos moradores, de ver quem pertencia a qual grupo, de incorporar as gírias novas. “O baile funk é uma invenção da favela para criar uma economia e gerar renda”, conta Raphael Calazans, o MC Calazans, 21 anos. “É uma estrutura dentro de uma cultura de sobrevivência, diante da ausência do Estado e de políticas públicas.” Para Calazans o baile, além de fortalecer economicamente a comunidade, possibilita ainda a ascensão social de jovens que têm como opção para crescer a entrada no tráfico ou nas igrejas evangélicas. “Um moleque que era invisível, através do baile funk, começa a ter uma existência social e cultural ali. A proibição dos bailes, a partir da pacificação, travou o surgimento de centenas de artistas.” BALOCO (2013).

¹²Os bailes aprovados em algumas favelas com UPP, como o Santa Marta, eram e são ainda hoje de pessoas que não moram na favela ou não têm qualquer ligação com ela. Dessa forma, os ingressos são tão caros que barram a presença dos próprios moradores. Isso afetou em muito a empregabilidade das pessoas das comunidades que produziam os bailes, sem falar na tia do caixa, o cara do bar. Houve uma absurda elitização através de pessoas sem qualquer compromisso com o movimento funk. (DAFLON, 2013).

políticas públicas destinadas a ressuscitar a cultura funk de maneira que permita verdadeiramente a manifestação dessa expressão cultural.

Observa-se que essa realidade das favelas cariocas expressam um conflito entre direitos humanos, porque em nome da garantia de uma moradia adequada e da segurança pública buscou-se reprimir o direito a cultura, sendo que essa atitude demonstrou um olhar preconceituoso sobre a cultura das favelas e permite compreender que em nome de direitos humanos básicos buscava-se segregar e marginalizar expressões culturais.

CONCLUSÃO

O estudo nos permite compreender que sob a justificativa de garantir determinados direitos básicos ao cidadão, como o direito a moradia, é possível pretender-se marginalizar práticas culturais vistas com preconceitos na sociedade e, portanto, fortalecer a distinção social entre os indivíduos. A partir da análise do caso das favelas cariocas é possível se traçar políticas públicas que possam efetivar direitos sem reprimir práticas culturais. Assim, percebe-se a importância da observação dos diversos grupos sociais que caracterizam o espaço atingido pela política estatal, exigindo-se para isso uma investigação sobre os elementos que qualificam e diferenciam aquele grupo dos demais.

O objetivo disso é traçar uma política que interfira nos setores desse grupo sem impedir que expressões culturais que servem de elemento identificatório para o grupo em observação sejam reprimidas. Em face disso deve o Estado, no caso das favelas cariocas, ter uma postura de renovação da cultura funk antes atingida e prejudicada fortemente pela discriminação governamental. Isso pode ser alcançado através de estímulos para uma regularização e flexibilização das leis para comunidade mais carentes, a fim de que possam organizar seus bailes sem ocasionar danos aos demais na região. Ademais, impõe-se uma fiscalização eficaz que sirva de segurança e permita o crescimento do mercado econômico que depende dos bailes funks.

Finalmente, vale anotar que essas ações demonstram-se de grande relevância pelo fato de o Poder Público, agente natural e constitucionalmente direcionado à garantia dos direitos fundamentais, deter a obrigação de respeitar as diversas manifestações culturais, pois elas qualificam e geram identidades que formam o indivíduo no meio social.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Sérgio. Desafios da habitação popular no Brasil: políticas recentes e tendências. In: Coleção Habitar – Habitação Social nas Metrôpoles Brasileiras – Uma avaliação das Políticas habitacionais no final do século XX, 2007.

BALOCCO, André. **Extinção dos bailes funk deixou 9 mil sem trabalho.** Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/riosemfronteiras/2013-08-19/extincao-dos-bailes-funk-deixou-9-mil-sem-trabalho.html>>. Acesso em 12 out. 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

_____. O mercado linguístico. In: Conferência na Universidade de Genebra, 1978, Genebra, **Palestra**, Genebra:, 1978. p. 1-15.

_____. A economia dos bens simbólicos. In: Faculdade de Antropologia e Sociologia da Universidade Lumière-Lyon II, 1994, **Curso**, : 1994. p. 157 – 197.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito Constitucional.** Contagem: Del Rey, 2009.

DAFLON, Rogério. **PM não pode mais proibir bailes nas favelas.** Disponível em: <<http://www.canalibase.org.br/fim-da-013-e-comeco-de-que/>> Acesso em 12 out. 2013.

ELIAS, Peter; CARDOSO, Adalberto; PERO, Valéria. Discriminação no mercado de trabalho: o caso dos moradores de favelas cariocas. **Coleção Estudos Cariocas**, Rio de Janeiro, nº 20050301, mar. 2005.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.**Ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

SILVA, Francisco Marcelo da; SILVA, Kelly Regina Santos da. O Novo Modelo de Segurança Pública no Rio de Janeiro: violação ou garantia de direitos humanos nas favelas cariocas? **Pós - Revista Brasileira de Pós-Graduação em Ciências Sociais**, Brasília, vol. 11, 2012.

O VALE-CULTURA: EFETIVIDADE DOS DIREITOS CULTURAIS?

Franklin José Silva Neto¹

Yara Maria Pereira Gurgel²

RESUMO

A premissa central deste artigo é discutir a efetividade do benefício trabalhista criado pela lei nº 12.761/2012, chamado vale-cultura, em seu aspecto de direito de segunda dimensão, especificamente atinente aos direitos culturais. Primeiramente tal ação será explanada enquanto implementação de direitos fundamentais culturais, partindo de análise da Constituição e da doutrina. É exposto quais normas referentes a essas garantias podem ser extraídas da Carta Magna. Expõe-se também da indivisibilidade dos direitos humanos como possível de ser interpretada pela própria redação constitucional. Em seguida, os aspectos de direito internacional dos direitos humanos trazem luz à discussão, através do estudo dos tratados e convenções desta agenda, a fim de compreender quais serão os desafios a serem perseguidos com essa política pública, a exemplo da concretização da justiciabilidade internacional. Não obstante, Pretende-se suscitar se o real interesse do governo em se utilizar de tal política é legítimo, ou tem fins eleitoreiros. Conclui-se que os fatores econômicos empregados na implementação desta ação seria um passo considerável em prol da efetividade dos direitos culturais. Porém o pleno acesso esbarra no complexo contexto social em que o cidadão brasileiro que vive distante das grandes cidades se encontra, devido à incipiente oferta de bens e serviços culturais.

Palavras-chave: Vale-cultura; direitos humanos; direitos culturais.

ABSTRACT

This paper's central premise is to discuss the efficacy of vale-cultura, an employee benefit created by the law no. 12.761/2012, which demonstrates to be the implementation of the human rights of second dimension, specifically cultural rights. Firstly, an analysis of such policy will be done, according to what is brought in our Constitution and academic studies. It is perceived that the indivis-

¹ Graduando do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Adjunta da UFRN. E-mail para contato: franklinfmn@gmail.com.

ibility of human rights can be extracted from constitutional interpretation. Then, the International Law of Human Rights will bring light to this discussion, by referring to the treaties and conventions of this agenda, in order to understand which are the challenges pursued with this public policy, such as international justiceability's implementation. It is also intended to investigate the government's real interest in utilizing such policy, whether it is legitimate, or just a means with elections' ends. It can be concluded that economic factors employed in the implementation of this action would be a considerable step towards the cultural rights' efficacy. Nevertheless, the plain access is blocked by the complex social context in which the Brazilian citizen is inserted, once it is extremely difficult to make use of cultural goods and services, when one lives far from the big cities.

Keywords: Vale-cultura; human rights; cultural rights.

INTRODUÇÃO

A busca pela progressividade do exercício de trazer eficácia aos direitos econômicos, sociais e culturais é sinalizada pelo Estado através de esforços das naturezas mais variadas. Entende-se³ que elencar normas definidoras de direitos humanos ao bloco constitucional e incorporar à legislação interna os tratados concernentes ao tema são apenas requisitos iniciais, de validade meramente formal, para que se possa buscar a plena efetividade dos direitos humanos em si.

No sentido de buscar maior avanço, foi instituída a lei nº 12.761/2012, que criou o Programa de Cultura do Trabalhador, política pública destinada a efetivar os direitos culturais aos seus cidadãos através de um novo benefício social: o vale-cultura. Tal implementação tem como escopo⁴ o fortalecimento do mercado de bens e serviços criativos, estimulando a efetiva demanda pelo consumo da cultura.

Esta medida poderia ser vista como uma forma de trazer validade fática aos direitos humanos de segunda dimensão, especificamente os direitos culturais, elencados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC.

Ratificado pelo Brasil em 1992, são estabelecidos no PIDESC, em seu artigo 15, os direitos culturais propriamente ditos, no que compete ao programa supracitado efetivar a participação da vida cultural (art. 15, §1, a), e o desfrute do progresso científico e suas aplicações (art. 15, §1, b).

³ WEIS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em < www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm >. Acesso em 24 de setembro de 2013. E-mail para contato: ygurgel@uol.com.br.

⁴ BRASIL. Lei nº 12.761, de 27 de dezembro de 2012. Art. 2º.

Vale lembrar que os mesmos direitos são resguardados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 27, bem como pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 14. O Brasil tanto reconheceu a Declaração, como ratificou a Convenção e o Protocolo de San Salvador.

Por outro lado, ao analisarmos o contexto político em que esse Programa está inserido, poderíamos supor haver uma pretensão clientelista ao Programa, que perverteria o discurso de trazer efetividade aos direitos humanos com este provimento financeiro. Faz-se pensar dessa forma não por simples casuísmo, mas pelo já identificado⁵ enraizamento dessa prática na organização política brasileira, que se mostram latentes desde os tempos coloniais.

Não se pretende, contudo, debruçar sobre o aspecto semântico dado para “cultura” e “cultural” pelos dispositivos normativos aqui tratados, mas sustentando-as conceitualmente em sua forma mais ampla, como manifestações e atividades intelectuais e artísticas, sejam elas eruditas, populares ou da indústria criativa.

1 DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS CULTURAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O exercício progressivo dos direitos culturais já vem ocorrendo, desde a promulgação da Constituição Federal, através do esforço interno do Estado. A contar, primeiramente, pela redação do próprio constituinte, que tratou da cultura⁶ em sete dos nove títulos que dividem nossa Carta. No entanto, cabe atentar para o que se encontra disposto nos artigos 215, 216 e 216-A: a garantia fundamental ao pleno exercício dos direitos culturais e o compromisso estatal em promover o acesso à cultura.

Apreciando tais dispositivos, vê-se afastada a ideia de serem os direitos culturais exemplo de norma fundamental programática⁷, ao deixarem estabelecidos meios eficazes de implementação, através do Plano Nacional de Cultura. Vez que todos os Poderes devem manter observância a nossa Carta, confere-se a justiciabilidade desse bloco⁸ de direitos fundamentais, que se baseia na doutrina internacional dos direitos humanos para delimitar o que deve ser garantido pelo Estado.

⁵ LENARDÃO, Elísio. Gênese do clientelismo na organização política brasileira. Disponível em < http://www.pucsp.br/neils/downloads/v11_12_elsio.pdf >. Acesso em 25 de setembro de 2013.

⁶ Para os três conceitos de cultura identificados no texto constitucional, ver MACHADO, Bernardo Novais da Mata. Os direitos culturais na Constituição brasileira: uma análise conceitual e política. In: Políticas culturais: teoria e práxis. São Paulo: Itaú Cultural, 2011. p. 104.

⁷ WEIS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em < www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm >. Acesso em 24 de setembro de 2013.

⁸ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos Culturais Como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Tal perspectiva fortalece a ideia de indivisibilidade dos direitos humanos, posto que a dignidade da pessoa humana não pode ser garantida plenamente sem o respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao elencar tal prestação do Estado e torna-la exigível, pode ser assumido objetivo maior do constituinte o respeito aos direitos humanos sem qualquer distinção dimensional.

Encarando a proteção dos direitos culturais efetivamente em bloco, cabe discriminar quais direitos em espécie são efetivados com o Programa em questão. Podemos fazer uso do rol⁹ de direitos culturais listados por entre as mais variadas fontes materiais de direitos humanos, porém já conformados em doutrina mais recente¹⁰, para compreender quais direitos em espécie o vale-cultura vem a fundamentalmente resguardar. Seriam, como supracitado, o direito à livre participação na vida cultural, mais especificamente em sua dimensão passiva¹¹, ou seja, o direito à fruição.

Segundo a UNESCO, o direito de fruir da cultura seria haver condições socioeconômicas para o treinamento, o conhecimento e o discernimento, sendo o Estado responsável por provê-las concreta e apropriadamente, *n'importe qui*.

Também foi tratada essa espécie de direito cultural na Declaração do México Sobre as Políticas Culturais, ao estabelecer como recomendação a descentralização geográfica das políticas culturais, pois fomentaria a própria disseminação da cultura por todo o país. Uma vez que compete à União gerir o Programa o cadastramento de empresas beneficiárias do vale-cultura, cumpre-se a ideia de chegar a todas as regiões do território nacional.

Percebe-se a inerência entre as políticas públicas e o direito à fruição na medida em que não haveria como atingir os indivíduos sem ação do Estado. Já relativo ao efetivo acesso à cultura enquanto direito, espécie normativa contemplada em nossa Constituição e destrinchada pela doutrina, diferencia-se da proteção ao direito de participar da vida cultural da comunidade, pois, estaria ligada à estrutura legal que ampara os direitos culturais, fazendo-os passíveis de serem monitorados por mecanismos de supervisão, de serem objeto de sistema de denúncias e de serem cobrados judicialmente.

O monitoramento do Estado já é previsto pelo PIDESC, que se baseia na produção de relatórios acerca das medidas adotadas pela observância do *minimum core obligation* estabelecido na ordem internacional para os direitos econômicos sociais e culturais. Tais relatórios são submetidos ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que os encaminha ao Conselho Econômico e

⁹ SYMONIDES, Janusz. Cultural Rights: a neglected category of human rights. Disponível em: < <http://www.iupui.edu/~anthkb/a104/humanrights/cultrights.htm> >. Acesso em 24 de setembro de 2013.

¹⁰ MACHADO, Bernardo Novais da Mata. Direitos humanos e direitos culturais. Disponível em: < <http://www.direitoecultura.com.br/wp-content/uploads/Direitos-Humanos-e-Direitos-Culturais-Bernardo-Novais-da-Mata-Machado.pdf> >. Acesso em 24 de setembro de 2013.

¹¹ Recomendação sobre a Participação dos Povos na Vida Cultural (1976).

Social. A análise destes documentos, entretanto, é delegada a um órgão subsidiário, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A sistemática de denúncias, apesar de já recomendada na Conferência de Viena de 1993, ainda não foi efetivamente implantada, vez que necessitaria de adoção de um protocolo adicional instituindo o direito de petição¹². Indo além, na mesma Conferência recomendou-se o estabelecimento de sistema de indicadores, vez que a análise objetiva que estudos estatísticos poderiam levar a saber se programas como o vale-cultura trouxeram progresso ou não.

Percebe-se, então, um primeiro obstáculo no controle externo da efetividade desses direitos, apesar de o Estado ter condições em seu âmbito interno para tal. Infelizmente, esse tipo de informação poderia ser facilmente omitido ou mascarado, devido a pretensões eleitoreiras, vez que não há justamente mecanismo interno eficaz na transparência de dados como esses.

Quanto ao aspecto de justiciabilidade do acesso à cultura, a doutrina explica¹³ que políticas sociais podem também ser criadas através de decisões judiciais, justamente através da interpretação da legislação que trata desses temas, que resolvem os embates privados. O poder dado aos juízes para realocar recursos do Estado, baseados nos *standards* de direitos humanos, também seria uma medida considerada justificável na efetividade dos direitos culturais, uma vez que a própria sociedade os reconhece como os maiores técnicos da aplicação dos direitos fundamentais. Ensejam tais medidas, assim, o aspecto judicial do direito ao acesso à cultura.

Já no aspecto de justiciabilidade internacional, carece a incorporação em nosso ordenamento jurídico do Protocolo Facultativo ao PIDESC, que já entrou em vigor por ter quórum mínimo de ratificações. Apesar de sua extraordinária potencialidade¹⁴, percebe-se apatia da comunidade internacional, que se ausenta de pressionar Estados pela agilidade na assinatura desse tratado. Pior, toleram frequentes violações no campo desses direitos.

2 DOS DESAFIOS ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS INERENTES À EFETIVIDADE DOS DIREITOS CULTURAIS

Traçado o alcance normativo dos direitos culturais, cabe compreender sua praticabilidade, crítica feita não apenas pela doutrina liberal clássica¹⁵, bem como sua acessibilidade, problemática vista pela doutrina debruçada¹⁶ pelo fim da evolução dessa categoria dos direitos humanos.

¹² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 242.

¹³ Id *ibidem*.

¹⁴ Id *ibidem*.

¹⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. Teoría general de los derechos humanos. Buenos Aires: Astrea, 1991.

¹⁶ DIAS, Livia Morel; SOUSA, Raquel Procópio de; MEIRELES JÚNIOR, Cláudio Alcântara. A cultura como direito fundamental e a implementação do vale-cultura para o trabalhador. Disponível em <

Entende-se que uma ação como o vale-cultura justamente vai de encontro ao ponto nevrálgico da argumentação liberal, de que o regime político dificultaria o acesso à fruição em prol da observância de outros direitos, vez que se percebe a total aplicabilidade do Programa sem trazer prejuízo a qualquer outra prestação estatal, pois o orçamento previsto para a implementação deste Programa advém do próprio setor privado, fazendo o Estado pequena renúncia fiscal (no máximo 1% do imposto sobre lucro líquido de empresas).

Se considerarmos o fato¹⁷ de que 90% dos municípios brasileiros não tem cinema, 92% da população nunca adentraram um museu e 78% dos cidadãos não terem a experiência de terem assistido a um espetáculo de dança, aparentemente podemos perceber uma limitação na efetiva possibilidade de acesso aos serviços criativos. Da mesma maneira, o advento do mercado digital de mídias audiovisuais e musicais termina por praticamente extinguir o mercado de bens culturais, como CDs e DVDs. O manuseio do vale-cultura estaria vinculado a uma maneira de se utilizar o crédito que dependeria de venda física, o que faria os trabalhadores impossibilitados de comprar produtos através da internet. Já tratando de literatura, verifica-se número incipiente de livrarias nas capitais do país, sem mencionar na suposta inexistência de lojas do gênero no interior dos estados brasileiros.

Refere-se ao acesso à cultura, neste ponto, como um termo de ordens social e material. A maior frequência de atividades, manifestações e instituições em um local ou região denotam a concretização da democratização no acesso à cultura. Esse aspecto social, mais complexo que a mera obtenção de bens e consumo de serviços criativos, se mostra como objetivo a se alcançar através do acesso material à cultura, o que se percebe propor o Programa do vale-cultura. Ao adquirir produtos, buscar financiar espetáculos e fomentar a busca por equipamentos, pretenderia o Estado sedimentar um indicador quantitativo na sua transformação em indicadores qualitativos.

De modo a questionar a legitimidade do Programa, podemos também vê-lo sob uma perspectiva¹⁸ de reiteradas políticas públicas assistencialistas, a lembrar: o Programa Bolsa Família, o Programa Minha Casa, Minha Vida, o PRONATEC, ou o Programa Brasil Carinhoso. Pelo argumento de se tentar atenuar as desigualdades sociais presentes em nosso país, considera-se essa política paternalista, que chega a fazer questionar se o Estado garante o direito fundamental à liberdade, no momento de facultar aos seus cidadãos a escolha de eleger seus candidatos sob o risco

<http://www.direitosculturais.com.br/ojs/index.php/articles/article/download/25/91> >. Acesso em 20 de setembro de 2013.

¹⁷ AMORIM, Ana Maria. Quantas questões cabem no Vale-Cultura? Disponível em: < <http://www.brasildefato.com.br/node/12380> >. Acesso em 25 de setembro de 2013.

¹⁸ CUNHA, Vagner da Silva. O assistencialismo e a economia política da pobreza. Disponível em: < http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed748_o_assistencialismo_e_a_economia_politica_da_pobreza >. Acesso em 26 de setembro de 2013.

de mudança nas políticas em questão. Careceria de fomento a práticas democráticas, então, um Estado gerido dessa forma?

Para contrapor tal raciocínio, talvez se mostre conveniente reverenciar o pensamento de Amartya Sen, que afirma serem, na verdade, as liberdades sociais e políticas do indivíduo são justamente violadas quando sua liberdade econômica é negada, devido à pobreza. Principalmente quando grupos vulneráveis se associam aos indicadores de desigualdade social, compreende-se aí um processo de violação dos direitos humanos. Defende-se, portanto, uma agenda de inclusão pautada exatamente no imperativo da eficácia econômica, que deve ser encarada como justiça social. Essa seria, então, uma verdadeira ação de ordem democrática, pois deve ser encarada como o devido cumprimento do dever do Estado em promover os direitos culturais, não como ato de generosidade.

Alia-se a esse raciocínio a ideia¹⁹ de que políticas públicas de efetivação dos direitos culturais devem pressupor a diversidade cultural, promovendo a autogestão das iniciativas de cada indivíduo e estabelecer sua formação e consumo culturais. Reconhece-se como cidadania democrática justamente o reconhecimento das diferenças existentes entre os sujeitos. Assumindo que cada segmento da sociedade elaborará sua produção cultural, bem como a ressignificará, deve o Estado agir de forma a não privilegiar qualquer forma específica de bem ou serviço cultural, posto²⁰ que não há hierarquização entre as manifestações culturais.

CONCLUSÃO

Buscou-se com este trabalho, então, responder quais desafios esta política pública encontrará no sentido de efetivar os direitos culturais, enquanto categoria dos direitos humanos. Pretendeu-se, também, tecer uma conclusão acerca da praticabilidade e ao pleno acesso concernente a este Programa, que remete à ideia de interdependência dos direitos humanos para o alcance de sua eficácia plena.

É possível afirmar que a implantação de ação coordenada como essa, a fim de fazer cumprir os direitos em questão, possibilita a concretização da exigibilidade e obrigatoriedade desses direitos, que, no plano fático, poderiam ser pleiteados judicialmente, quando e se necessário, uma vez que se entende ter criado pelo Estado uma *clear and firm obligation*. Obrigando-se a não retroceder ou cessar tais direitos, propõe-se enxergar tais normas como de plena eficácia.

¹⁹ CALABRE, Lia. Políticas Culturais no Brasil: Balanço e Perspectivas. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ufba/138/1/Políticas%20culturais.pdf> >. Acesso em: 26 de setembro de 2013.

²⁰ BOTELHO, Isaura; OLIVEIRA, Maria Carolina Vasconcelos. Centros Culturais e a Formação de Novos Públicos. Disponível em: < <http://www.itaucultural.org.br/bcodemidias/001782.pdf> >. Acesso em: 26 de setembro de 2013.

Partindo da relação de interdependência entre as espécies de direitos humanos, assume-se este Programa como mais um ponto-chave para, ao mesmo tempo, promover a realização simultânea de outros direitos econômicos, sociais e culturais, e depender deles para sua efetividade.

Vale ainda comentar que o vale-cultura não se iguala a outras políticas públicas assistenciais gerais, visto que delimita seu público-alvo a trabalhadores cujo vencimento não exceda cinco salários-mínimos, porém não tendo natureza remunerativa. Tampouco compromete recolhimento ao Tesouro Nacional, vez que o trabalhador também arca com o custeio de seu próprio benefício, não podendo esse desconto ser maior que 10% de seu salário.

Contudo, o acesso pleno, no sentido de levar ao beneficiário do programa a real possibilidade de fruir da sua pecúnia, é questionável. Devemos considerar em qual contexto social de mercado, no âmbito da oferta de produtos e bens criativos, os beneficiados estão inseridos. Assume-se que a desigualdade regional e os mais variados contextos culturais e socioeconômicos naturalmente trazem desafios à viabilidade de se efetivar os direitos culturais por essa via de política pública.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ana Maria. Quantas questões cabem no Vale-Cultura? Disponível em: < <http://www.brasildefato.com.br/node/12380> >. Acesso em 25 de setembro de 2013.

BIDART CAMPOS, Germán J. Teoria general de los derechos humanos. Buenos Aires: Astrea, 1991.

BOTELHO, Isaura; OLIVEIRA, Maria Carolina Vasconcelos. Centros Culturais e a Formação de Novos Públicos. Disponível em: < <http://www.itaucultural.org.br/bcodemidias/001782.pdf> >. Acesso em: 26 de setembro de 2013.

BRASIL. Lei nº 12.761, de 27 de dezembro de 2012. Art. 2º.

CALABRE, Lia. Políticas Culturais no Brasil: Balanço e Perspectivas. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ufba/138/1/Políticas%20culturais.pdf> >. Acesso em: 26 de setembro de 2013.

CUNHA, Vagner da Silva. O assistencialismo e a economia política da pobreza. Disponível em: < http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed748_o_assistencialismo_e_a_economia_politica_da_pobreza >. Acesso em 26 de setembro de 2013.

DIAS, Livia Morel; SOUSA, Raquel Procópio de; MEIRELES JÚNIOR, Cláudio Alcântara. A cultura como direito fundamental e a implementação do vale-cultura para o trabalhador. Disponível em < <http://www.direitosculturais.com.br/ojs/index.php/articles/article/download/25/91> >. Acesso em 20 de setembro de 2013.

LENARDÃO, Elísio. Gênese do clientelismo na organização política brasileira. Disponível em < http://www.pucsp.br/neils/downloads/v11_12_elsio.pdf >. Acesso em 25 de setembro de 2013.

MACHADO, Bernardo Novais da Mata. Direitos humanos e direitos culturais. Disponível em: < <http://www.direitoecultura.com.br/wp-content/uploads/Direitos-Humanos-e-Direitos-Culturais-Bernardo-Novais-da-Mata-Machado.pdf> >. Acesso em 24 de setembro de 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SYMONIDES, Janusz. Cultural Rights: a neglected category of human rights. Disponível em: < <http://www.iupui.edu/~anthkb/a104/humanrights/cultrights.htm> >. Acesso em 24 de setembro de 2013.

WEIS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em < www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm >. Acesso em 24 de setembro de 2013.

A NECESSIDADE DE UM PROCESSO ARGUMENTATIVO SÓLIDO NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Jéssica Aline Caparica da Silva¹

RESUMO

Este trabalho aborda a atual conjuntura de pobreza argumentativa na fundamentação das decisões judiciais. Enquanto as decisões forem fundamentadas apenas em argumentos sociológicos ou dados outros que não jurídicos, a decisão jurídica estará petrificada, ferindo a seriedade da hermenêutica constitucional e fragilizando o ordenamento jurídico. Defende-se que o caminho técnico da argumentação precisa ser enfrentado com astúcia pelo aplicador do Direito. Os dados meramente sociológicos não devem ser o cerne da fundamentação da decisão, mas podem ser apenas um aspecto a ser considerado pelo aplicador, que será somado a argumentos jurídicos suficientes, tais como a saturação dos cânones interpretativos, o uso dos precedentes, a utilização de argumentos doutrinários, a ponderação de valores e a análise das conseqüências que tal decisão irá acarretar na sociedade. Afinal, a realidade social é um reflexo que o juiz levará em consideração em sua decisão, porém sem reduzir sua decisão a um sociologismo, sob pena de petrificar o ordenamento jurídico com decisões cujas fundamentações são frágeis. Nessa perspectiva, o trabalho proporá elementos argumentativos para fundamentar a decisão, tornando-a condizente com o dever de motivação das decisões judiciais. Para tanto, será lembrada a evolução da função do juiz até o neoconstitucionalismo, para compreender-se em que consistiria esse processo argumentativo robusto necessário nas fundamentações judiciais.

Palavras-chaves: Teoria da argumentação; hermenêutica; fundamentação jurídica; Teoria da decisão jurídica.

ABSTRACT

This paper discusses the current situation of poverty in the argumentative reasoning of judicial decisions. While decisions are only based on sociological arguments or data other than legal, the legal decision will be petrified, seriously injuring the constitutional hermeneutics and undermining the

¹Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Membro do grupo de Direito Civil Constitucional, orientado pelo prof. Dr. Marcos Ehrhardt Jr. Email: jessicaparica@gmail.com

legal system . It is argued that the technical way of reasoning must be used by the applicator of law. Sociological data should not be the mainly of the reasons for the decision , but it can be just one aspect to be considered by the applicator , which will be added to sufficient legal arguments , such as the saturation of the canons of interpretation , judicial precedents, doctrinal arguments , the weighting values and the analysis of the consequences that this decision will cause in society . By the way , the social reality is a reflection that the judge will take into consideration , but without reducing its decisions to sociologism. In this perspective, this paper will propose argumentative elements to support the decision , making it consistent with the duty of motivation of judicial decisions . Therefore , it will be recalled the evolution of the function of the judge to the neoconstitutionalism to understand robust argumentative reasoning in court.

Keywords: Argumentation theory; Hermeneutic; Legal Grounds; Legal decision theory.

INTRODUÇÃO

Os racionalistas do século XVIII defendiam a onipotência do legislador. Montesquieu compreendia que a decisão do juiz deveria ser uma reprodução fiel da lei: “ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa²”. Essa função mecânica e adstrita à lei do juiz buscava trazer segurança jurídica. O juiz sequer podia interpretar a norma jurídica, porque isso implicaria em dar sentido diverso daquele pensado pelo legislador.

E a lei continuou sendo a principal fonte do Direito até a segunda Guerra Mundial. As constituições eram destituídas de força normativa e serviam apenas como programa político de inspiração para o legislador. Com o pós-guerra, as constituições passaram a fortalecer a jurisdição constitucional. As normas constitucionais passam a ter um maior conteúdo axiológico e tratam de questões antes não tratadas constitucionalmente, como família e relações trabalhistas³.

Essas normas passam a possuir uma maior abertura e indeterminação semânticas ensejando novas técnicas hermenêuticas pelo aplicador, além da clássica subsunção. Surgem teorias de argumentação jurídica buscando legitimar as decisões⁴. Questões complexas, polêmicas para sociedade passam a ser resolvidas pelo judiciário e não pelo legislador⁵. Grandes questões de relevância social acabam por ser resolvidas pela Corte Constitucional, como o uso de embriões para

² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. P.40.

³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, ano 3, n. 9, p. 95-133, Belo Horizonte, Fórum, janeiro, 2009.

⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, ano 3, n. 9, p. 95-133, Belo Horizonte, Fórum, janeiro, 2009.

⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, ano 3, n. 9, p. 95-133, Belo Horizonte, Fórum, janeiro, 2009.

pesquisa, a união homoafetiva, o aborto do feto anencéfalo etc. Os ministros possuem nas mãos a chave do desenvolvimento de importantes assuntos sociais⁶, debatem julgamentos divulgados em tempo real, ouvem o *amicus curiae*, realizam audiências públicas, tudo isso não passaria de formas de se discutir a solução buscando a justiça e pacificação social, se não fosse um detalhe: a fundamentação da Corte muitas vezes não corresponde ao ideal técnico esperado, o que empobrece e fragiliza a decisão, impossibilitando o devido controle democrático.

1 A INEXISTÊNCIA DE UM ÚNICO SENTIDO CORRETO DA NORMA

A elaboração da norma pelo ente competente pressupõe duas pessoas e assim, verifica-se o sentido de uma relação reflexiva circular necessária, qual seja: o órgão legislativo ordena, na primeira parte da norma, o que ele deseja do outro e aquele indivíduo, a quem algo foi imposto, deve algo, deve agir de tal modo. Marcelo Neves, partindo dos modelos de Friedrich Müller e Peter Häberle, denomina esse sinalagma normativo de “expectativas normativas”⁷. Assim sendo, a criação de uma norma implica em diversas expectativas normativas, muitas vezes conflituosas, cabendo ao judiciário dirimir as incongruências dessas expectativas⁸. Neste sentido, ainda, Neves considera o suporte fático não como um fato bruto na realidade, mas como uma construção comunicativa que implica uma seletividade e um referente construído.

O fato é inseparável da linguagem, pois a sua existência só poderá ser declarada pela linguagem. Nessa perspectiva, o juiz irá interpretar o fato por meio da prova⁹. Se o sentido é atribuído na interpretação, como é possível revelar o significado dos vocábulos? Wittengstein alertava que o sentido de uma palavra não é estável, mas resulta de cada caso do seu uso no jogo de linguagem¹⁰. Friedrich Müller, de modo análogo, entendia que um texto não possui um sentido único do incorporado às palavras, independentemente do seu uso e interpretação¹¹.

Com a interpretação, não só se busca o sentido de cada vocábulo, mas sobretudo busca o sentido do conjunto de palavras que, quando conjuntas, muitas vezes apresentam um nexo de idéias próprios, formando um novo sentido¹².

⁶ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOZO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. In **Revista Direito GV**. v.5, n1, jan-jun 2009. Revista da Escola de Direito de São Paulo (Direito GV) da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, p. 21/43.

⁷ NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 5-25.

⁸ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. 15-45.

⁹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 3ª Edição. 2005. P. 95.

¹⁰ WITTENGSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-filosófico – investigações filosóficas**. Tradução de Manuel António dos Santos Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. P. 113.

¹¹ MÜLLER *Apud* ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 32.

¹² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ed. Lisboa: Fundação Calouste

Hart considerava que o ordenamento jurídico, composto por regras primárias de conduta e secundárias de organização, confere ao magistrado uma margem de discricionariedade, nos limites da qual deve ser feita a escolha de uma das alternativas possíveis, o que se denomina textura aberta do direito¹³. A concepção de Hart de textura aberta do direito é similar à noção kelseniana de Direito como moldura, na qual há uma diversidade de possibilidade de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desta moldura¹⁴.

Assim, a interpretação não levará ao sentido único da palavra, como querem os tradicionalistas, mas conduzirá a várias possibilidades igualmente corretas. Se uma sentença é fundada na lei, não significa que aquela é a norma individualizada, mas é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

O magistrado para aplicar a norma deverá interpretar o texto normativo, surgindo inúmeras possibilidades hermenêuticas. Assim, a escolha da possibilidade hermenêutica adequada é um ato cognoscivo e, ao mesmo tempo, um ato de vontade do aplicador do texto jurídico¹⁵. A sentença é um ato de conhecimento e de vontade. Se depois de analisar os fatos provados e as normas aplicáveis, surge o ato volitivo, logo, o ato de conhecimento é condição do volitivo¹⁶.

É por esta razão que Benjamin Cardozo afirma que o verdadeiro legislador é o juiz¹⁷. João Maurício Adeodato levanta o seguinte questionamento: se a decisão do juiz deverá ser fundamentada na conexão com o texto válido, previamente fixado. Ocorre que o juiz decidirá nos limites de um texto cujo sentido ele próprio que irá dizer. Nessa situação, “o resultado de interpretação torna-se conteúdo da norma em formação”¹⁸.

Marcelo Neves, contudo, adverte que é impossível se investigar o que se passa na mente dos juízes antes da argumentação e da interpretação. O que é controlável é o comunicado. “Em todo caso, tem que haver decisão como comunicação suscetível de crítica¹⁹”. O que Neves sugere é uma decisão técnica, em que a fundamentação seja robusta e passível de crítica.

Não se quer dizer que o juiz não possua limite na sua atividade, o que se demonstra é o problema de que um dos limites da atividade do magistrado é a própria norma cujo sentido foi por

Gulbenkian, 1997. P. 285.

¹³ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 2ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

¹⁴ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. XVI;

¹⁵ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2013. P. 60.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 302.

¹⁷ CARDOZO, Benjamin.N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 87.

¹⁸ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 199.

¹⁹ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. 179.

ele construído. Ele cria e aplica. E bem verdade, a interpretação possui traços construtivos e criativos, não se resumindo a uma operação de subsunção.

2 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E ELEMENTOS ARGUMENTATIVOS

Se não há uma única resposta correta, o problema não é mais de cognição, tornando-se em decisão. Decisão esta que justamente por significar apenas um caminho dos vários possíveis, deverá ser devidamente fundamentada. “Os intérpretes envolvidos sabem que, no fundo, também poderiam ter tomado outra decisão, com base em outras razões, as quais não seriam menos convincentes do que as efetivamente utilizadas”²⁰.

Como seria então essa fundamentação jurídica? Uma fundamentação técnica digna de uma Suprema Corte seria aquela que analisa milimetricamente as regras e princípios explícitos/implícitos, desconsiderando a doutrina que seria uma fonte auxiliar do Direito?

Fundamentação é o levantamento das razões que motivaram o magistrado a decidir daquele modo, retirando as dúvidas sobre a decisão. O discurso jurídico exige uma argumentação jurídica baseada em uma série de considerações limitadoras, entre as quais deve-se mencionar especialmente “a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, o enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente, assim como as limitações das regras do ordenamento processual”²¹.

Lorenzetti sugere que um processo argumentativo composto por vários argumentos, que adicione os cânones interpretativos, argumentos doutrinários, análise dos fatos provados, identificação das normas, dedução das possíveis soluções e um olhar retrospectivo e prospectivo dos resultados da decisão, além de observação dos precedentes, é o caminho essencial para fundamentação de uma decisão jurídica²².

É enganoso pensar que a interpretação tradicional é ultrapassada. Ao contrário, boa parte das questões jurídicas ainda podem ser resolvidas por ela e as que não podem, certamente podem ter um maior esclarecimento da solução por meio da interpretação²³²⁴. É certo que inexistente hierarquia

²⁰ KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2013. P. 63.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005. P. 46.

²² LORENZETTI, Ricardo. **Fundamento do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998. P. 251; LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p.159-163.

²³ Virgílio Afonso da Silva entende, inclusive, que os outros métodos de interpretação -da chamada nova interpretação constitucional – são uma espécie de releitura dos cânones tradicionais. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, v. , p. 115-143).

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito**

entre os cânones, mas ao final, o magistrado deve balisar o resultado interpretativo em conjunto com os demais argumentos. Essa etapa deve ser realizada antes da utilização imediata e única de princípios, sob pena de fragilizar a fundamentação da decisão judicial.

Em adição, pode o juiz buscar argumentos precedentes. É certo que a eficácia vinculativa de precedentes não é utilizada no Brasil, exceto no caso das súmulas vinculantes ou decisões vinculantes da Suprema Corte, porém, é de suma relevância buscar a prática jurisprudencial; Pode-se buscar argumentos doutrinários e considerar os efeitos da decisão: sociais, econômicos, políticos etc. Barroso e Barcellos também defendem a necessidade de análise das consequências práticas da decisão²⁵.

E finalmente, deve-se utilizar a ponderação de valores e interesses: que deve ser realizada depois de todo o processo, o que não vem acontecendo na prática jurisprudencial. A adoção imediata de princípios ou elementos sociológicos sem uma devida fundamentação, como vemos em diversas decisões do STF,²⁶ fragiliza e elimina o valor técnico e racional da decisão. A definição do conteúdo do que vem a ser dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade, entre outros²⁷, depois de ter ultrapassado todas essas etapas, confere uma maior tecnicidade à fundamentação, já que foram somados diversos outros argumentos ricos na justificação da decisão (doutrina, precedentes, interpretação tradicional etc).

Principalmente nos casos difíceis, nos quais há possibilidade de mais de uma solução razoável, há uma potencialização da atividade criativa do juiz, reforçando a necessidade da fundamentação. Barroso fala que a legitimidade e racionalidade da decisão “decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador”.

Marcelo Neves critica a utilização exagerada de princípios na fundamentação das decisões judiciais. Ele explica que os princípios servem para abrir e enriquecer a cadeia argumentativa e que devem ser utilizados em situações não cotidianas, em que a solução já é assente na jurisprudência. A regra, por sua vez, serviria ao fechamento da cadeia argumentativa. A banalização dos princípios na jurisprudência do STF e do Judiciário em geral tem provocado “uma metamorfose perigosa para o Estado constitucional: ao abusarem dos princípios, que podem atuar como remédios contra a

constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005; BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.V.

²⁶ Como nesse voto tão frágil proferido na ADI 1.856/RJ (DJe 14/10/2011), em sobre a briga de galo com base no artigo 225, § 1º, VII, da Constituição Federal: “A briga de galo ofende [...] a dignidade da pessoa humana porque, na verdade, ela implica de certo modo um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano [...]. A proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam essas coisas que diminuem o ser humano como tal e ofende, portanto, a proteção constitucional, a dignidade do ser humano.”

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005.

insuficiência das regras em casos jurídicos e constitucionais controvertidos, transformam-nos em venenos”²⁸.

Do exposto, reforça-se a necessidade de um processo argumentativo completo e rico na fundamentação da decisão judicial, que não decorre somente do art. 93, IX da Constituição, mas decorre da ramificação dos pilares democráticos e republicanos no Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Grandes questões de relevância social acabam por ser resolvidas pela Corte Constitucional. Os ministros possuem nas mãos a chave do desenvolvimento de importantes assuntos sociais, ascendendo a expectativa por fundamentações jurídicas satisfatórias que demonstrem o caminho trilhado naquela decisão.

Mostrou-se que vários são os elementos que podem ser utilizados pelos magistrado para enriquecer a fundamentação. Primeiro deve-se saturar os cânones tradicionais, podendo utilizar a tópica, em conjunto; utilizar os precedentes; considerar os efeitos da decisão e aí utilizar os dados sociológicos, que, neste caso, seriam apenas um aspecto a ser considerado pelo aplicador, que será somado a argumentos jurídicos suficientes; e finalmente, o uso da ponderação.

Defendeu-se a necessidade de um processo argumentativo completo e rico na fundamentação da decisão judicial, que não decorre somente do art. 93, IX da Constituição, mas decorre da ramificação dos pilares democráticos e republicanos no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2012

²⁸ NEVES, Marcelo. **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>. Acesso em: 20 ago. 2013.

- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005.
- CARDOZO, Benjamin.N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 3ª Edição. 2005.
- HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 2ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2013.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 6ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LORENZETTI, Ricardo. **Fundamento do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998.
- _____. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.
- NEVES, Marcelo. **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>. Acesso em: 20 ago. 2013.
- _____. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- _____. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 3, n. 9, p. 95-133, Belo Horizonte, Fórum, janeiro, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, v. , p. 115-143
- VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOZO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. In **Revista Direito GV**. v.5, n1, jan-jun 2009. Revista da Escola de Direito de São Paulo (Direito GV) da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, p. 21/43.

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SEGURANÇA PÚBLICA

Karolina Gama Carnaúba Azevedo¹

RESUMO

A prolixidade da Constituição Federal de 1988 – ao prever uma gama diversa de direitos individuais, coletivos e sociais, entre outros – permitiu uma alteração no paradigma jurídico, que passando a encarar tais direitos como vinculativos, engendrou na possibilidade fática de questioná-los judicialmente diante de condutas omissivas/comissivas do Estado. Apesar de figurar como fenômeno mundial, já identificado em diversos ordenamentos jurídicos em períodos históricos diversos, a judicialização de direitos, sobretudo de direitos sociais, é, no Brasil, fenômeno verificado após a promulgação desse texto constitucional de 1988. Os direitos sociais destacam-se dos demais devido ao caráter predominantemente prestacional que possuem, exigindo do Poder Público condutas positivas, no sentido de efetivar os direitos previstos no artigo 6º da vigente Constituição Federal. Direito social atingido por omissões históricas, o direito à segurança pública não vêm recebendo a devida dedicação da doutrina, apesar de sua inegável importância. Preenchendo essa lacuna, o judiciário brasileiro vem emitindo decisões no sentido de reconhecer o direito social à segurança pública como fundamental, determinando que o Poder Executivo realize condutas a sanar suas omissões nessa seara. Apesar disso, há que se reconhecer que a atuação judicial, mesmo meritória, é ainda insuficiente para a solucionar o déficit na efetivação desse direito social. Sendo assim, define-se como objetivo deste trabalho a análise do fenômeno da judicialização e a verificação de como o direito social à segurança pública vem sendo assegurado.

Palavras-chave: Judicialização; direitos sociais; segurança pública.

ABSTRACT

The prolixity of the Federal Constitution of 1988 - providing a diverse range of individual, collective and social rights, among others - led to a change in the legal paradigm, with the

¹ Mestranda em Direito Público na Faculdade de Direito de Alagoas (FDA), Universidade Federal de Alagoas (UFAL).
Email: karolinacarnauba@gmail.com.

possibility to face such rights as binding, bringing forth the possibility of question them judicially before the occurrence of state omissive/active behavior. Despite being a global phenomenon, identified in many legal systems throughout history, the judicial control of public policy, especially on social rights is, in Brazil, a phenomenon that starts after the promulgation of the 1988 Constitution. Social rights stand out from the others due the prestacional feature they possess, requiring positive behaviors of the Government in order to give effect to the rights provided in Article 6 of the current Federal Constitution. The right to public safety, which has been submitted to historical omissions, has not been receiving due attention from legal doctrine, despite its obvious importance. To address this gap, the Brazilian judiciary has issued decisions recognizing the right to social security as fundamental, determining that the Executive has to perform behaviors to remedy omissions in this area. Nevertheless, it must be recognized that the judicial action, even praiseworthy, is still insufficient to solve the deficit in effecting such legislation. Thus, the objective of this work is the analysis of the phenomenon of judicialization and the checking how the social right to public safety has been assured.

Keywords: Judicialization; social rights; public security.

INTRODUÇÃO

É incontestável o crescimento da importância social que o Judiciário vem galgando nas últimas décadas perante sua verdadeira mudança de papel na sociedade. Essa notoriedade judiciária decorreu do reconhecimento da possibilidade de determinações judiciais que estabelecessem a execução de direitos, principalmente aqueles de caráter social. A alteração de paradigma ocorreu após a edição da Constituição Federal de 1988, quando da previsão de uma gama de direitos sociais, dotados, em sua maioria, de previsão textual liquefeita, com termos jurídicos com espectro interpretativo dilatável. Esses direitos, que requerem do Estado prestações positivas, são claras manifestações da ideia de um Estado intervencionista, que se dedica à procura de uma otimização do ambiente social, através de sua aplicação direta de políticas públicas intencionadas neste sentido².

O conceito de direitos sociais e sua conseqüente (e esperada) concretização enfrentam diversos empecilhos no contexto brasileiro. É complicada a efetivação desses direitos, ao passo que é necessário compreender que “o desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização

² BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. Organizadora: Maria Paula Dallari Bucci. p. 01- 49. São Paulo: Saraiva, 2006. Página 05.

de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço de sua população”³.

As críticas ao novo posicionamento do Poder Judiciário, por conseguinte, não tardaram a aparecer. A cardeal é a de que o Judiciário estaria usurpando Poderes que não lhe teriam sido constitucionalmente concedidos, invadindo o espectro discricionário do Poder Executivo e sua execução de políticas públicas. A exaltação oportuna do princípio da separação dos poderes não logrou, ao menos para a maioria da doutrina, evitar a possibilidade do Judiciário concretizar judicialmente direitos, desde que estes possuam reconhecido nível de justiciabilidade⁴.

Dedica-se este trabalho a analisar o reconhecimento judicial quanto ao direito, também social, à segurança pública. A efetivação deste, que encontra resguardo constitucional como direito social fundamental, é, ainda a garantia fática da fruição de outros direitos fundamentais, ao passo que salvaguarda-os de maiores agressões. Contudo, como é comum aos demais direitos sociais, o Brasil encontra dificuldades históricas no que se diz à sua efetivação. Não há o costume administrativo de lidar seriamente com a problemática, procurando executar planos governamentais que busquem efetivar políticas públicas aprofundadas e não somente paliativas, o que acaba resultando em um cenário de clara violência, principalmente urbana. Reconhecendo a indisponibilidade desse direito, o Supremo Tribunal Federal – nas vezes em que tal objeto foi submetido à sua análise – conheceu a possibilidade do Judiciário determinar ao Poder Executivo, com a possibilidade da aplicação de meios coercitivos, que execute políticas públicas que promovam a segurança pública. Tais decisões judiciais, entretanto, não são indenes de críticas, o que potencializa a dedicação ao estudo da contenda, buscando compreender os seus principais aspectos, com vistas a galgar uma evolução doutrinária, que radie para uma produção jurisprudencial.

1 DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, caracteriza-se por seu tratamento analítico, permeado num texto constitucional dirigente de orientação social democrática (mesmo que imperfeita), para além de liberdades-negativas ou liberdades-impedimento⁵. É de acordo com essa faceta que o texto constitucional dedicou espaço para os denominados direitos sociais, uma clara preocupação do Constituinte em promover a integridade física do homem, aliada às noções de

³ *Op. cit.* Página 10.

⁴ MARANHÃO, Clayton. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. Coordenadores: Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri. p. 159-169. São Paulo: Saraiva, 2010. Páginas 166/167.

⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992. Página 08.

dignidade da pessoa humana, de solidariedade e de igualdade, com objetivo de atingir a justiça social. São, nos esclarecidos termos de Robert Alexy, “os direitos do indivíduo frente ao Estado, a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-los também de particulares”⁶.

Judicialização, por sua vez, é o fenômeno pelo qual questões tradicionalmente políticas passam a ser controladas, ao menos em parte, pelo Poder Judiciário. É um processo que começa a se desenvolver globalmente a partir da metade do século XX; momento a partir do qual as instituições judiciais, em todo o mundo ocidental, passam a aumentar sua esfera de influência sobre a vida pública⁷.

Já o direito à segurança pública encontra, no contexto jurídico atual brasileiro, previsão legal nos artigos 5º, 6º e 144 do texto constitucional de 1988. Além de direito social, o direito à segurança pública é considerado direito fundamental, deitando justificações no próprio texto constitucional ao promover o Estado Democrático de Direito. O direito à segurança pública é, ainda, considerado um direito humano, dada sua previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José)⁸. Além disso, como direito pertencente à todos brasileiros e estrangeiros que residam no país, o direito à segurança pública é encarado como direito indivisível, difuso. A promoção da segurança pública é um dever do Estado, que exerce essa obrigação através dos órgãos públicos relacionados às atividades policiais, responsáveis pela prevenção, repressão e apuração das práticas criminosas que afetam o direito à segurança reconhecida ao cidadão⁹.

Sintomático aos demais direitos sociais, a falta de efetividade estatal quando da execução de seu dever de estabelecer os meios de promoção à pacificação social também são verificados. A resolução do problema, entretanto, não é simples. Primeiramente, é ingenuidade acreditar num fim, ou numa resolução milagrosa, da criminalidade. Viver em sociedade é admitir a existência de condutas desviantes ou criminosas. Deve-se galgar a sua redução, que é plenamente vindicável. Para isso, um plano político dedicado a procurar essa redução deve lidar com o problema de forma séria. A procura apenas por soluções imediatistas mostrarão, e já mostram, a sua ineficiência. O problema da segurança pública é mais profundo, envolve questões relacionadas à inclusão social e a

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Págs. 482.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 19/08/2013. Páginas 01 e 02.

⁸ SANTI, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Página 76.

⁹ FERRER, Flávia. *O direito à Segurança. A efetividade dos Direitos Sociais*. Coordenador: Emerson Garcia. p. 335-352. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Página 338.

redução de desigualdades, medidas que ignorem o fortalecimento dessas sendas, não passam de paliativos¹⁰.

Em um contexto social conturbado, dada a ineficiência do Poder Público em executar políticas públicas direcionadas à resolução da segurança pública nacional, que o Poder Judiciário começa a emitir as decisões de caráter proativo com vistas a amenizar a situação, responsabilizando o Poder Público por suas práticas omissas. E o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, já – em algumas poucas ocasiões – teve a oportunidade de discutir tal tema sob o viés da judicialização das políticas públicas direcionadas à segurança pública, determinando a adoção de medidas como a contratação de efetivo policial ou, ainda, o deslocamento de força policial para determinadas áreas carentes de cobertura policial.

Muito se afirma que o Poder Judiciário estaria, assim, deixando de decidir de uma maneira jurídica e partindo para deliberações meramente políticas. Contudo, pressupor que uma decisão jurídica, pelo fato de estar baseada em uma norma de caráter princípio lógico – caso do reconhecimento da incondicionalidade do direito social à segurança pública –, seria política é negar a juridicidade da norma jurídica aplicável. Uma norma princípio lógica possui muito mais chances de possuir um conteúdo amplo, com um espaço de deliberação mais abrangente que uma regra, que se baseia em simples métodos de condicionamento. O emprego de uma norma jurídica principiológica, por sua vez, não é rasa, ao aplica-la, o intérprete deve buscar fundamentação no que já está previsto no ordenamento jurídico vigente¹¹.

O Judiciário, dentro dos limites da lide a que está adstrito, deve sopesar que a efetivação “às cegas” de algumas políticas públicas, apesar de certo modo efetivarem o direito social questionado, podem ser mais eficientes caso pensados de maneira mais abrangente. Uma boa política pública direcionada à efetivação da segurança pública leva em consideração diversas variantes que ultrapassam, por exemplo, o policiamento ostensivo. Deve-se buscar, também, medidas que reduzam a facilidade social para a prática de crimes, caso do melhoramento da iluminação pública e o monitoramento das ruas por câmeras. Além disso, destaque-se a importância do fortalecimento da sociedade civil, que reconheça que o combate à criminalidade não é tarefa exclusiva estatal, mas de toda a sociedade, que deve estar sempre disposta a discutir e construir soluções conjuntas para a temática.

Todavia, não é possível – no contexto social atual – tecer qualquer demérito a atuação judicial no controle em questão. O Judiciário, em verdade, está se posicionando como guardião do

¹⁰ *Op. cit.* Páginas 338/340.

¹¹ KRELL, Andreas J. *Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. O Judiciário e o discurso dos direitos humanos, vol. 2.* Organizadores: Enoque Feitosa et al. P. 135-179. Recife: UFPE, 2012. Página 147.

conteúdo constitucional ao buscar, através da determinação de concretização desses direitos, a máxima efetividade das normas jurídicas constitucionais¹². Além de que é fácil reconhecer que “a ausência de prestação será sempre inconstitucional e sancionável; mas determinar se ela é plenamente satisfatória é tarefa árdua, muitas vezes, e impossível em outras tantas”¹³.

Não se deve concluir, entretanto, que a simples decisão judicial seja capaz de ajustar a problemática. O Judiciário possui apenas a competência para emitir dispositivo judicial, sem, contudo, poder executar diretamente as políticas públicas. Isso é tarefa dos órgãos do Poder Executivo. Estes, contudo, nem sempre logram em cumprir corretamente as determinações judiciais. Isso não deve ser encarado como uma barreira. São importantes os efeitos conscientizador e moralizador que os *mandamus* do Poder Judiciário podem gerar na Administração¹⁴. Faz-se necessário, e urgente, o investimento em uma formação social efetiva dos magistrados e a busca por um diálogo entre instituições. Essa autolimitação funcional do Poder Judiciário exige uma contribuição efetiva dos demais atores políticos e sociais existentes com vistas no próprio enriquecimento da atividade proativa de maximizar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos¹⁵.

CONCLUSÃO

Todo o desenvolvimento da judicialização dos direitos sociais ocorreu ante a inércia que os órgãos responsáveis pela sua prestação – pertencentes ao Poder Executivo – perpetram desde os primeiros anos da sociedade brasileira. Num país periférico, caso do Brasil, a problemática da efetivação desses direitos potencializa-se, sendo a simples positivação – apesar de salutar – insuficiente para a resolução dos problemas sociais já comuns ao dia a dia dos brasileiros. Assim, vê-se com bons olhos, além de permeada por uma forte carga pedagógica, a intervenção promovida pelo Judiciário. Porém, faz-se necessário, nesse ponto, não exasperar tal protagonismo judicial, de modo a permiti-lo que se desenvolva “às cegas”. Salutar a promoção de críticas e o reconhecimento das limitações funcionais para que a evolução dos posicionamentos judiciais proativos seja galgada.

O direito social à segurança pública apresenta conformação constitucional que o caracteriza não só como um direito social, mas também como um direito fundamental. Pode-se afirmar,

¹² FERRER, *Op. cit.*. Página 347/349.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Página 109.

¹⁴ KRELL, Andreas J. *Op. cit.* Página 169.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço aos Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Organizadores: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binembomjm. p. 479-510. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Páginas 507/508.

conforme analisado, que a conjectura atual da execução do direito à segurança no país ainda é insuficiente. Como é comum quando da efetivação de outros direitos sociais, o direito à segurança não logrou uma execução alinhada aos preceitos constitucionais que os dispõe. Foi então que, acertadamente, foram propostas ações – principalmente ações civis públicas – com o objetivo de determinar que o Poder Executivo, através de seu órgão competente, promova políticas públicas direcionadas à segurança pública.

Apesar de bem vindo, esse posicionamento do Poder Judiciário não pode se deixar quedar pela falta de um método. Ao decidir-se acerca da execução de um direito social, deverá o magistrado – dentro dos limites da lide – sopesar acerca da política pública desejada. O simples reconhecimento da indisponibilidade de um direito social não pode ensejar a automática aceitação da política pública requerida. É necessário que o magistrado volte suas vistas, dentro dos limites funcionais que lhe são impostos, para os efeitos práticos da decisão que será por ele emitida, evitando-se os rasos argumentos do “simples” reconhecimento da importância do direito vindicado. Para uma maximização desses direitos sociais, então, carece promover uma formação social aprofundada dos juízes, dado que questões basilares acerca da organização e efetivação de direitos sociais estão, cada vez mais, sob a responsabilidade desses personagens públicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 19/08/2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. Organizadora: Maria Paula Dallari Bucci. p. 01- 49. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRER, Flávia. *O direito à Segurança. A efetividade dos Direitos Sociais*. Coordenador: Emerson Garcia. p. 335-352. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KRELL, Andreas J. *Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um*

ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. O Judiciário e o discurso dos direitos humanos, vol. 2. Organizadores: Enoque Feitosa *et al.* P. 135-179. Recife: UFPE, 2012.

MARANHÃO, Clayton. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* Coordenadores: Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri. p. 159-169. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTI, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço aos Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Vinte Anos da Constituição Federal de 1988.* Organizadores: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binembojm. p. 479-510. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

EPISTEMOLOGIA AMBIENTAL, DIREITO À MORADIA E POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS

Laura Nathalie de Sousa Onofre Montenegro¹

Filipe José Vilarim da Cunha Lima²

RESUMO

O modelo constitucional brasileiro inaugurado em 1988 caracteriza-se pela contemplação do projeto desenvolvimentista voltado ao implemento dos direitos sociais. No entanto, o dia-a-dia da população brasileira revela verdadeiro abismo entre a moldura normativa (mundo do dever ser) e o plano da realidade política e social (plano do ser), constituindo o direito à moradia exemplo da ausência de concretização dos ditames constitucionais, podendo-se observar expressivo déficit habitacional traduzido na necessidade de novas moradias, bem como na carência de infraestrutura urbana, saúde, trabalho e demais equipamentos sociais. Ostentando a condição de responsável pela concretização das diretrizes constitucionais, o Estado, mercê do caráter cogente e vinculante das normas que consagram direitos sociais, assume a obrigação de realizar políticas públicas voltadas à efetivação de tais direitos. Urge, neste panorama, a precisa e completa identificação do déficit habitacional brasileiro, sem a qual o Estado correrá o risco de despender esforços de forma ineficiente. Com as atenções voltadas a este cenário, impõe-se analisar o problema de moradia em sua totalidade, analisando-o holística e sistemicamente, lastreando-se nas premissas teóricas da chamada epistemologia ambiental.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais Sociais; direito à moradia; políticas públicas habitacionais; epistemologia ambiental.

ABSTRACT

Brazilian constitutional project inaugurated in 1988 is characterized by a developmental model that aims the implementing of social rights. Nevertheless, the daily life of Brazilian citizens discloses

¹ Mestre e Doutoranda em Estudos Internacionais (enfoque: Direito Internacional Público) pela *Universidad del País Vasco UPV/EHU*. E-mail: laura.onofre@crc.adv.br.

² Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: vilarim@crc.adv.br.

the abysmal gap that separates normative framework (the sphere of the "ought to be") from political and social reality (the "to be"), and the right to housing is, in itself, an example of the lack of implementation of the constitutional precepts, being possible to observe a significant housing deficit, which is translated on the need for new housing (quantitative sphere), as well as the deficiency of urban infrastructure, health, labor and further social apparatus (qualitative sphere). Bearing the condition of being responsible for the fulfillment of constitutional guidelines, the State, thanks to cogent and binding character of norms that enshrine social rights, assumes the obligation to make public policies to grant effectiveness to such rights. In this panorama, it is necessary to look for an accurate and complete identification of Brazilian housing deficit, without which the State risks to do efforts inefficiently. With the attention focused on this scenario, it is imperative to analyze the housing problem in its totality, doing a holistic and systemic investigation, based on the theoretical premises of the so-called environmental epistemology.

Keywords: Fundamental social rights; right to housing; housing policies; environmental epistemology.

INTRODUÇÃO

Analisando-se o esquema normativo delineado pelo Constituinte de 1988, observa-se que o quadro constitucional vigente estabeleceu o chamado Estado Democrático de Direito, em cujo âmbito valores como a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais são alçados à categoria de normas fundamentais, preordenadas à garantia da melhoria da qualidade de vida da população. Vê-se, pois, que o projeto de crescimento social passa a consubstanciar norma jurídica expressa no texto constitucional, com todas as consequências daí decorrentes.

No entanto, não obstante as garantias previstas no corpo do texto constitucional, constata-se que a realidade social e política encontra-se nitidamente dissociada desta moldura normativa, sendo certo que a população não tem acesso aos mais básicos direitos sociais que lhes são reconhecidos no diploma normativo de maior estatura no ordenamento jurídico brasileiro, circunstância que evidencia a crise de efetividade das normas constitucionais. Com efeito, visualiza-se um verdadeiro abismo entre o quadro normativo-constitucional (mundo do dever ser) e a realidade social e política (plano do ser).

No campo do direito à moradia a conclusão não é diversa. Lê-se no texto constitucional que a moradia constitui direito fundamental social (art. 6º) e o Brasil apresenta o seguinte quadro em termos de déficit habitacional, segundo dados extraídos da Secretaria de Habitação do Ministério

das Cidades³: a) crescimento urbano desacompanhado de reformas estruturais; b) estabelecimento de moradias informais, que compreendem as favelas, os loteamentos irregulares, dentre outras formas de habitação irregular; c) a população de baixa renda não tem capacidade financeira para fazer frente à sua necessidade de moradia; d) o crédito disponibilizado não alcança as pessoas que ocupam os estratos inferiores em termos de desenvolvimento.

Ademais, conforme dados do Ministério das Cidades, o déficit habitacional brasileiro apresenta os seguintes números: a) mais de 7 milhões de pessoas precisam de moradias novas; b) 10 milhões de pessoas têm habitações com problemas de infraestrutura; c) 92% do déficit habitacional refere-se à população carente.

Sendo certo que a Constituição Federal de 1988 traz em seu corpo possibilidades abertas para o desenvolvimento social, com base no qual a população deve alcançar efetiva melhoria na sua qualidade de vida, cabe concluir que o problema habitacional relaciona-se com a ausência de concretização do texto constitucional.

À vista do exposto, passa-se a indagar quais os motivos determinantes da ausência de concretização das normas constitucionais que contemplam os direitos sociais e, em última análise, a garantia de melhoria da qualidade de vida das pessoas que ocupam os estratos inferiores dos indicadores de desenvolvimento social, assim como quem são os responsáveis pela efetivação dos projetos, finalidades e diretrizes previstas no texto constitucional. Sobre o tema, sustenta Cristiane Derani que os responsáveis pela efetivação das normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais compreendem o Estado e as pessoas de direito privado, físicas e jurídicas⁴.

Ao estabelecer o projeto de desenvolvimento social a ser operacionalizado pelo Estado, que deverá preordenar a sua estrutura e os seus agentes no sentido da concretização dos direitos sociais, a Carta Política de 1988 deixou clara a relação existente entre Estado e Constituição. Em complemento, importa destacar que o Estado, no cumprimento do seu mister constitucional, utiliza-se das políticas públicas, as quais apresentam caráter instrumental enquanto meio através do qual são concretizados os direitos sociais pelo Estado. Eis, pois, em linhas gerais, a relação existente entre Constituição, Estado e Políticas Públicas.

Nesse sentido, constitucionalizando elementos sociais e políticos, apresenta-se a Constituição como tríplice direito político – direito *do*, *sobre* e *para* o político -, na precisa definição de Hans Peter Shneider⁵. No quadro teórico aqui delineado, o Estado passa a assumir

³ Dados extraídos do sítio eletrônico oficial do Ministério das Cidades. Encontrado em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/DHB_2008_Final_2011.pdf>. Acessado em 08 de julho de 2013.

⁴ DERANI, Cristiane. **Política pública e a norma política**. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (org). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 140

⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 10

novo papel, a ser desempenhado por intermédio da execução de políticas públicas, sem exclusão da importância dos demais agentes responsáveis pela concretização do projeto de desenvolvimento desenhado nas normas constitucionais (mercado e sociedade).

Antes concebida como elemento metajurídico, a política, agora *juridicizada* por sua contemplação nas normas jurídicas *políticas*⁶, direciona-se ao implemento do desenvolvimento, em cumprimento às determinações contidas na Constituição Econômica e Social, entendidas como partes da Constituição que tratam das temáticas sociais e econômicas.

Para Marise Costa de Souza Duarte, diante da constitucionalização dos direitos humanos sociais, o Estado, além de manter tarefas de caráter abstencionista no sentido de não contrariá-los (dimensão negativa), deverá adotar condutas comissivas no sentido de concretizar tais direitos (dimensão positiva dos direitos sociais), tarefa materializada através de atividades legislativas, administrativas e jurisdicionais⁷.

Sucedem que a concretização dos direitos sociais, em geral, e do direito à moradia, em especial, antes de pressupor apenas o cumprimento do papel dos agentes incumbidos da concretização do texto constitucional, em especial o Estado, exige a precisa identificação do déficit habitacional brasileiro, com base no qual será possível inseri-lo na pauta política, a fim de viabilizar a realização de planejamento voltado ao equacionamento da problemática em questão.

Nesse contexto, cabe sublinhar que o objeto central do presente ensaio se traduz na análise dos meios necessários à identificação do déficit habitacional brasileiro, especialmente na teoria epistemológica utilizada para esse fim, com a finalidade de colaborar com a elaboração de políticas públicas planejadas para a concretização do direito à moradia, partindo-se da premissa segundo a qual não há que se falar em eficiência nas intervenções estatais no terreno do direito à moradia sem que se enfrente o déficit habitacional de forma completa, compreendendo os seus aspectos quantitativo e qualitativo.

1 DESENVOLVIMENTO

Firmadas as considerações acima, cabe sublinhar que o alcance do objetivo do presente trabalho se assenta na noção de epistemologia ambiental de Henrique Leff, para quem, incorporando-se a questão ambiental nos estudos relacionados à teoria do conhecimento, passa a exigir visão sistêmica e pensamento holístico para a reconstituição de uma realidade total⁸.

⁶ Para Cristiane Derani, as normas jurídicas reguladoras da construção de políticas públicas são rotuladas como normas políticas.

⁷ DUARTE, Marise Costa de Souza. **MEIO AMBIENTE E MORADIA: Direitos Fundamentais e Espaços Especiais na Cidade**. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 67-68

⁸ LEFF, Henrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2010, p. 62

Transpondo a referida noção de epistemologia ambiental para o presente ensaio, cabe ressaltar a necessidade de se desenvolver uma visão holística e sistêmica no âmbito do déficit habitacional, assim como na própria concepção e execução das políticas públicas habitacionais. Assim, analisando-se o déficit habitacional sob a perspectiva da referida teoria epistemológica, tem-se que o problema de moradia compreende, além da necessidade de construção de conjuntos habitacionais (concernente ao déficit quantitativo), a implementação de saneamento básico; a concessão de infraestrutura urbana, educação e saúde; a garantia de emprego e a disponibilização dos demais equipamentos públicos.

Trata-se, em outras palavras, de concretização do direito à moradia como direito a um lar com habitabilidade, noção que compreende a titularização de moradia acompanhada da concessão de todos os direitos sociais sem os quais não se pode falar em dignidade da pessoa humana (educação, saúde, trabalho etc.). Na noção de habitabilidade encontra-se a chamada moradia digna, para cuja efetivação exige-se o oferecimento dos equipamentos sociais necessários ao desenvolvimento da dignidade humana.

Além da correta identificação do déficit de moradia, operacionalizada a partir da noção holística e sistêmica preconizada pela epistemologia ambiental, é importante destacar a necessidade de preservação ambiental na execução das políticas públicas habitacionais, de sorte que o enfrentamento do déficit deve considerar e atentar para as atividades relacionadas à construção civil com potencialidade danosa em desfavor da noção de sustentabilidade. Com efeito, conforme dados apresentados pelo Conselho Internacional da Construção, a construção civil representa o setor que mais consome recursos naturais, sobrelevando ressaltar, ainda, que 50% dos resíduos sólidos gerados pela atividade humana provêm deste setor⁹.

Perfilhando a noção conceitual de epistemologia ambiental anteriormente descrita, vale ressaltar o conceito de “Construção Sustentável” proposto na Agenda 21 do Conselho Internacional da Construção, definindo-o como o “processo holístico que aspira a restauração e manutenção da harmonia entre os ambientes natural e construído, e a criação de assentamentos que afirmem a dignidade humana e encorajem a equidade econômica”¹⁰.

A perspectiva da sustentabilidade também aparece no campo habitacional sob o prisma dos materiais empregados na elaboração dos conjuntos de moradia popular, devendo-se observar que o Ministério das Cidades sustenta a importância da chamada “Moradia Sustentável”, definida a partir do processo de utilização de técnicas e materiais sustentáveis no campo da construção civil.

⁹ Encontrado em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/urbanismo-sustentavel/construcao-sustentavel>>. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

¹⁰ Idem.

Delineados os aspectos gerais do presente ensaio, resulta clara a importância do projeto desenvolvimentista previsto na Constituição Federal de 1988 para o suprimento do déficit habitacional, bem como a obrigação titularizada pelos agentes incumbidos da concretização do texto constitucional, mormente o Estado, que o fará por intermédio da execução de políticas públicas. Porém, cabe ressaltar que a concretização do projeto constitucional pressupõe a correta identificação dos obstáculos brasileiros no que concerne à efetivação do direito à moradia, tarefa a ser desempenhada com a necessária inserção da questão ambiental, impondo-se a análise holística e sistêmica da problemática em questão, com base no que poder-se-á estabelecer o programa nacional de habitação a partir da noção de epistemologia ambiental.

Com as atenções voltadas à necessidade de identificação dos obstáculos brasileiros para o equacionamento do déficit habitacional, premissa fundamental na definição dos mecanismos de intervenção estatal neste panorama, foi realizada uma análise histórica das políticas nacionais de desenvolvimento habitacional, lançando-se as necessárias críticas à (in)observância da epistemologia ambiental.

Tal análise partiu da primeira política nacional concreta voltada para o setor habitacional implementada em 1964, consubstanciando resposta do governo militar à forte crise de moradia enfrentada pelo Brasil¹¹; passando pelos processos descentralizados e desarticulados dos governos Sarney e Collor, marcados, outrossim, por clientelismos e favorecimentos; voltando a ostentar caráter nacional e articulado no final do Governo Fernando Henrique Cardoso e no Governo Luiz Inácio Lula da Silva, em cujos panoramas fora instituído um projeto nacional de desenvolvimento habitacional, com a preocupação de suprir o déficit habitacional contemplando benefícios voltados à população de baixa renda.

Uma vez fixados os obstáculos do Estado brasileiro no que concerne ao suprimento do déficit habitacional, bem como as características fundamentais das políticas nacionais voltadas ao equacionamento deste problema, pode-se afirmar, com arrimo nas lições de Adauto Lúcio Cardoso e Fábio Bomfim Medeiros, que o projeto nacional de desenvolvimento (plural por natureza), aliado às premissas da epistemologia ambiental de Henrique Leff, a impor a análise holística e sistêmica do déficit habitacional, com a necessária consideração dos aspectos ambientais envolvidos na problemática enfrentada, passa, necessariamente, pela observância das seguintes premissas¹²:

¹¹ MOREIRA, Camilla; LEME, Alessandro. **Moradia e Desenvolvimento: Aspectos jurídicos e políticas públicas setoriais no Brasil**. Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos. IPEA. 2011, p. 12

¹² CARDOSO, Adauto Lucio. **Política habitacional no Brasil: balanço e perspectivas**. IPPUR/UFRJ: MON, 17 de Dezembro de 2007. Disponível em: <http://web.observatoriodasmetroplites.net/index.php?option=com_content&view=article&id=155:politica-habitacional-no-brasil-balanco-e-perspectivas&catid=36:colecacao-textos&Itemid=82&language=pt> Acesso em: 03 de outubro de 2012.

1. Fornecimento de subsídio direto à população de baixa renda, adequando a capacidade de pagamento à necessidade de moradia deste segmento da população;

2. Diversificação e extensão dos programas habitacionais, a fim de que abranjam a fundamental construção de novas unidades, seguida pela imprescindível urbanização de assentamentos irregulares e, outros sim, pelo equacionamento das questões relacionadas à infraestrutura e saneamento básico (aspecto qualitativo do déficit habitacional);

3. Utilização efetiva dos recursos alocados em favor da população de baixa renda, o que pressupõe a flexibilização dos requisitos necessários à concessão dos financiamentos habitacionais em favor deste segmento da sociedade;

4. Redução da carga tributária sobre os processos de construção das habitações de interesse social, fomentando e incentivando o setor da construção civil;

5. Dinamização do mercado, especialmente dos fornecedores privados de crédito, a fim de que atendam à demanda habitacional das populações de renda média e alta, restringindo as atribuições do Poder Público à população localizada na parte inferior dos indicadores de desenvolvimento humano.

Finalmente, considerando a perspectiva da sustentabilidade ambiental, deve-se observar que o enfrentamento do déficit habitacional não pode descurar da observância dos problemas apresentados no trabalho, aqui resumidos, de modo a operacionalizar mecanismos de controle e destinação dos resíduos sólidos resultantes das atividades da construção civil, buscando reduzir o consumo de recursos naturais, buscando concretizar a noção de “Moradia Sustentável” proposta pelo Ministério das Cidades.

CONCLUSÃO

Diante das considerações expostas, pode-se concluir que o projeto de desenvolvimento plural, compreendendo necessariamente o crescimento social e o incremento da melhoria da qualidade de vida da população, encontra-se expressamente previsto no texto constitucional, devendo, em razão do caráter vinculante das normas que consagram direitos sociais, ser concretizado por todos os responsáveis pelo cumprimento dos comandos normativo-políticos, dentre os quais destaca-se o Estado.

Nesse contexto, cabe repisar que o Estado deve cumprir seu mister constitucional por intermédio da execução de políticas públicas, as quais pressupõem planejamento estatal que leve em conta as especificidades de cada problema e, dentro de um mesmo problema, as particularidades das regiões afetadas. O raciocínio expendido adapta-se com perfeição no campo do déficit habitacional

brasileiro, em cujo panorama exige-se a presença do Estado de forma ativa, constante e progressiva, em ordem a enfrentar os aspectos quantitativos e qualitativos das dificuldades elencadas.

Porém, o dispêndio de força por parte do Estado será infrutífero na eventualidade de os problemas sociais não serem identificados de maneira ampla, ensejando atuação política desarticulada e desprovida de alvo específico, circunstâncias que certamente culminarão, a par da ausência de suprimento dos problemas sociais, na potencialização e conseqüente aumento destes.

Assim, no atual estágio de coisas, em que a política, a economia, a cultura e a sociedade se apresentam de maneira fluída, revela-se de fundamental importância a chamada epistemologia ambiental proposta por Henrique Leff, com os contornos acima descritos, que contribuirá na identificação do déficit habitacional brasileiro e, em última análise, no desenvolvimento do projeto de intervenção pública destinada ao enfrentando do problema relacionado à moradia (de natureza plural, como se observou), equacionando os aspectos quantitativo e qualitativo do tema em debate.

A partir da análise sistêmica e holística do déficit habitacional, poder-se-á identificar os equívocos das políticas públicas brasileiras desempenhadas nesta seara, conforme se depreende da análise histórica empreendida no trabalho e resumida acima, de modo a possibilitar o oferecimento de respostas na formulação de novas políticas destinadas à concretização do direito à moradia, com a conseqüente realização prática do valor fundante da ordem constitucional contemporânea, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação: Uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do Sistema**. Curitiba: Juruá, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2005.

BONDUKI, Nabil. **Política Habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula**. Revista Eletrônica de Arquitetura e Urbanismo. ISSN 1984-5766, nº 1-2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (org). São Paulo: Saraiva, 2006.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Programa Minha Casa Minha Vida – Recursos FAR**. Disponível em <www1.caixa.gov.br/gov/gov_social/municipal/programas_habitacao/pmcmv/saiba_mais.asp> Acesso em: 03 de outubro de 2012.

CARDOSO, Adauto Lucio. **Política habitacional no Brasil: balanço e perspectivas**. IPPUR/UFRJ: MON, 17 de Dezembro de 2007. Disponível em: <http://web.observatoriodasmetroles.net/index.php?option=com_content&view=article&id=155:>

politica-habitacional-no-brasil-balanco-e-perspectivas&catid=36:colecão-textos&Itemid=82&lang=pt> Acesso em: 03 de outubro de 2012.

CULLETON, Alfredo; MAUÉS, Antonio *et all.* **Direitos Humanos e Integração Latino-Americana**. Porto Alegre: Entrementes. 2011.

DERANI, Cristiane. **Política pública e a norma política**. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (org). São Paulo: Saraiva, 2006.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **MEIO AMBIENTE E MORADIA: Direitos Fundamentais e Espaços Especiais na Cidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

FEITOSA, Maria Luiza; PEREIRA, Maria. **Direito Econômico da Energia e do Desenvolvimento**. São Paulo: Conceito Editorial. 2012.

LEFF, Henrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez. 2010.

MEDEIROS, Fábio Bomfim. **Análise da adequação dos programas de financiamento habitacional para atender as necessidades de aquisição de moradias adequadas da população de baixa renda no Brasil**. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. 2007.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Programa Minha Casa Minha Vida – Medida Provisória 514 de 2010**. Disponível em <<http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/MedidaProvisoria/MedidaAlteracoesDestques.pdf>> Acesso em: 03 de outubro de 2012.

MOREIRA, Camilla; LEME, Alessandro. **Moradia e Desenvolvimento: Aspectos jurídicos e políticas públicas setoriais no Brasil**. Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos. IPEA. 2011.

OSÓRIO, Letícia. **Direito à Moradia no Brasil**. Encontrado em: <http://www.fna.org.br/site/uploads/noticias/arquivos/Direito_a_Moradia_no_Brasil.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2013.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da. **O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL, E A SUA EFETIVAÇÃO À LUZ DO ESTATUTO DA CIDADE**. Belo Horizonte: Veredas do Direito, v.6, n.12, p.57-78, Julho-Dezembro de 2009.

ROLNIK, Raquel; KLINK, Jeroen. **Crescimento econômico e desenvolvimento urbano: por que nossas cidades continuam tão precárias?** CEBRAP. Novos Estudos, 89, março de 2011.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. 2ª edição – revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO POR DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA

Layla de Oliveira Lima Linhares¹

Humberto de Lima Lucena Filho²

RESUMO

A igualdade material, jurídica e historicamente vinculada ao Estado Providência e Direitos Sociais, ocupa espaço singular no contemporâneo, de forma que violação a este fundamento normativo configura atentado contra a própria estrutura democrática. O presente trabalho dedica-se a abordar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade e sua eficácia imediata nas relações horizontais trabalhistas sob a perspectiva de atos discriminatórios pré-contratuais de natureza estética. Busca, ainda, tecer breves considerações acerca dos novos rumos definidos para as relações de trabalho e seu ajuste à cultura ocidental moderna, bem como delinear os limites normativos da responsabilidade civil e das especialidades da fase pré-contratual, face à importância do dever de seriedade nas negociações e da lealdade entre as partes em qualquer negócio jurídico. Nessa senda, aprecia a atuação do princípio da igualdade como limitador da autonomia privada, restringindo-se à análise dos casos específicos da discriminação estética. A pesquisa observa o método lógico-dedutivo, operacionalizado pelo auxílio da revisão bibliográfica, posicionamento jurisprudencial e legislação aplicável. Como resultado, observa-se que o princípio da igualdade atua como limitador à autonomia privada, notadamente quanto às práticas de seleção não autorizadas pelo ordenamento jurídico. Como conclusão, considera-se que, mesmo amparado pela garantia do exercício da livre iniciativa e resguardados os devidos critérios de razoabilidade, o empregador encontra-se sub-rogado ao princípio da igualdade e aos ditames que regem o pré-contrato, sendo-lhe vedadas práticas discriminatórias injustificadas.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; pré-contrato; discriminação estética.

¹Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte-UNI-RN (laylinhalinhaires@hotmail.com).

²Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UFPB). Professor de Direito do Trabalho do Centro Universitário do Rio Grande do Norte-UNI-RN (belolucena@yahoo.com.br).

ABSTRACT

The material equality, legal and historically linked to the Welfare State and Social Rights, occupies unique place in the contemporary, so that violation of this normative foundation sets up an attack against the very democratic structure. This paper is dedicated to address the legal content of the principle of equality and its immediate effectiveness in horizontal labor relations from the perspective of aesthetics pre-contractual discriminatory acts. It also makes brief considerations about the new directions set for labor relations and its adjustment to modern Western culture, as well as outlining the normative limits of liability and the specialties of the pre-contractual stage, given the importance of the duty of seriousness negotiations and the fairness between the parties in any legal business . In this vein, it appreciates the role of equality as a limiter of private autonomy, restricted to the analysis of specific cases of aesthetic discrimination. The research adopts the logical-deductive method, operated by the aid of the literature review, jurisprudence positioning and applicable law. As a result, it is observed that the principle of equality acts as a limiter to the private autonomy, notably regarding the selection practice not authorized by law. In conclusion , it is considered that, even backed by the guarantee of the exercise of free enterprise and guarded the proper criteria of reasonableness, the employer is subrogated to the principle of equality and the dictates governing the pre - contract and being prohibited of practicing unjustified discriminatory acts.

Keywords: Liability; pre-contract; aesthetic discrimination.

INTRODUÇÃO

Recentemente, em Acórdão publicado no dia 13 de setembro de 2013, a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, inadmitiu recurso interposto pela empresa Dagraja Agroindustrial Ltda, que pretendia ser absolvida da condenação ou reduzir o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, em favor de trabalhadora que fora reprovada em processo seletivo para emprego, por apresentar Índice de Massa Corporal (IMC) de 37,8%.

Condenada em primeira instância, a empresa recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR), que manteve a sentença, frisando que houve extrapolação dos limites legais. O TRT considerou que a conduta da empresa violou a garantia constitucional do acesso livre ao trabalho sem discriminação (artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República), além de destacar

que, embora inexistisse vínculo de emprego, foi constatada a responsabilidade do empregador pelos danos ocasionados¹.

Tal decisão traz à baila o amplo debate jurídico quanto ao alcance dos institutos que regem a relação contratual, bem como, da igualdade material, historicamente atrelada ao Estado Providência e Direitos Sociais, detentora de espaço singular no contemporâneo, de forma que a violação a este fundamento constitui afronta à própria estrutura democrática. À vista disto, esta pesquisa tem por escopo geral delinear os limites da responsabilidade civil pré-contratual, quando aplicada às relações laborais. Isto, a partir do sopesamento entre o princípio da igualdade e o princípio da autonomia privada, entre a vinculação da natureza do serviço aos requisitos do cargo e o exercício da livre iniciativa.

Para tanto, o estudo encontra-se delimitado à seguinte análise: inicialmente discorre-se acerca dos novos rumos traçados para as relações de trabalho e seu ajuste à cultura ocidental moderna, ligando-os ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade e sua eficácia imediata nas relações horizontais trabalhistas. Na segunda seção, passa-se ao tracejamento normativo da responsabilidade civil e das especialidades do pré-contrato, inoldável que é o dever de seriedade nas negociações e a lealdade entre as partes em qualquer fase da relação contratual, sempre presentes os princípios da probidade e da boa-fé.

A partir daí, aprecia-se a atuação do princípio da igualdade como limitador da autonomia privada, levando-se em consideração os casos específicos da discriminação estética, visto que, uma vez resguardados os devidos critérios de razoabilidade, suscita-se o seguinte questionamento: seria legítima a prática de discriminações por parte do empregador, desde que estas coadunem com a atividade econômica por ele desenvolvida?

A pesquisa realiza-se através do método lógico-dedutivo, o qual permitirá através de uma breve exposição bibliográfica a elucidação da temática abordada, mediante levantamento da literatura jurídica pertinente, tomando por base os preceitos abarcados pela Carta Magna. Por derradeiro, expõem-se as ponderações finais.

1 RELAÇÕES DE TRABALHO E SEUS NOVOS RUMOS: NOTAS SOBRE A DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA E A IGUALDADE

¹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Turma condena frigorífico por recusar candidata obesa em processo seletivo. Relator: Fernando Eizo Ono. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-condena-frigorifico-por-recusar-candidata-obesa-em-processo-seletivo?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2. Acesso em 10 de outubro de 2013.

A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, teve seus pressupostos desmontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal e estruturou-se durante a Revolução Industrial. Construiu, assim, entre os séculos XVII e XVIII uma hegemonia como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo que iria se consolidar ao longo do século XIX, com a generalização do sistema industrial europeu e americano, alcançando a sociedade industrial contemporânea¹.

Decorrido o lapso temporal entre o surgimento de tal relação até os dias atuais, foi imprescindível à sua manutenção, a adaptação e constante reestruturação das bases que lhe deram origem, diante das inúmeras mudanças sociais, culturais e econômicas ocorridas ao longo dos tempos, até a modernidade. Nesse deslinde, entre os novos rumos traçados para as relações de trabalho, deve-se destacar seu ajuste ao modo vivencial ocidental moderno que se encontra, entre outros aspectos, determinado pela cultura do consumo e ligado a valores, práticas e instituições fundamentais que o norteiam e definem, como a opção, o individualismo e as relações de mercado.

A cultura do consumo pode ser definida como aquela que designa um acordo social onde a relação entre a cultura vivida e os recursos sociais é mediada pelos mercados². Tal realidade acabou por tornar inevitável que exigência de padrões ligados à estética atingisse sobremaneira a relação de trabalho, ditando os novos padrões de produtos e trabalhadores que o mercado reputava como adequados e que representavam o que tinha por consoante com os novos valores³.

Há de se observar, contudo, que a igualdade é regra, princípio e valor do sistema jurídico e a isonomia, em sua vertente negativa, operacionaliza-se com a consecução do princípio da não discriminação. Aqui, impede-se que se discrimine sem a pauta de critérios justificáveis, gerando-se uma obrigação de *non facere* tanto para o Estado quanto aos particulares que, de igual forma, estão afetados pela determinação de abstinência. Eis a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Quando analisada a matéria pela ótica do Direito do Trabalho, direito privado e de aplicação eminentemente nas relações particulares, há vedações tanto no sentido de discriminação negativa quanto da positiva. A ideia de igualdade caminha lado a lado com a obrigatoriedade de não se praticar atos que excluam, segreguem e inferiorizem o sujeito⁴ (LUCENA FILHO, 2011, p. 139-140). Assim, ao se tratar de discriminação estética, ainda que esteja respaldado pelo exercício da

¹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Edição. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 87.

²SLATER, Don. **Cultura, consumo e modernidade**. São Paulo: Nobel, 2002, p. 17.

³MAINARD, Mayara Cristina. **A discriminação estética no local de trabalho**. Monografia (graduação) – Curso de Direito, UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga, Votuporanga, 2010, p. 12.

⁴LUCENA FILHO, Humberto de Lima. Relações de gênero, trabalho e não-discriminação: uma abordagem da concretização do princípio da igualdade substantiva. **Revista do TRT 6**, Recife, v. 21, n. 38, p. 130 – 152, 2011.

livre iniciativa, o empregador sub-roga-se aos preceitos constitucionais e aos ditames que regem a relação contratual, salvo em situações estritamente consideradas.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL APLICADA ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO

Em teoria, gera responsabilidade ou dever de indenizar, previsto nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002, toda atividade que acarreta dano a outrem. O termo responsabilidade é empregado a qualquer situação cuja pessoa, natural ou jurídica, deva encarregar-se dos efeitos de determinado ato, fato, ou negócio danoso⁵. Praticado o ilícito, rompe-se o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente e surge a necessidade fundamental de restabelecer o *statu quo ante*⁶.

No que tange às relações contratuais, o instituto da responsabilidade civil pode alcançar a fase das tratativas ou pré-contratual, de acordo com o que estatui o artigo 422 do supramencionado diploma legal, inserto numa importante corrente de pensamento e influenciado pelos princípios da ordem constitucional em vigor, através dos quais é possível concretizar o equilíbrio contratual, corrigindo ou ao menos atenuando (por meio das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, função social e probidade e dos referidos deveres anexos ou laterais) o desequilíbrio das forças econômicas envolvidas⁷. Torna-se, pois, imprescindível o dever de seriedade nas negociações e lealdade entre os pactuantes.

Aplicada ao Direito do Trabalho, o instituto da responsabilidade civil pré-contratual deve ser observado a partir do momento em que se iniciam as negociações que delineiam o contrato definitivo. Constitui-se aqui, um fator indispensável à conscientização dos empregadores, cujo fito é proteger o trabalhador que se encontra em condição de hipossuficiência no momento da contratação, respeitando-se a dignidade de ambos os contratantes, numa das relações mais complexas da sociedade atual. Ademais, a fase anterior ao contrato nesse tipo de relação é campo aberto para o dano, principalmente quando tratamos das práticas discriminatórias, estejam estas relacionadas ao gênero, à condição física, ou, dando enfoque à temática aqui abordada, à exigência de determinados padrões estéticos.

A legislação pátria veda a adoção de tais práticas, consoante se vislumbra no disposto pela Lei n° 9.029, de 13 de abril de 1995, art. 1°, onde consta expressa proibição à adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção; na Lei n°

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p.13.

⁷ RUSSO JÚNIOR, Rômolo. **Responsabilidade pré-contratual**. Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 3-4.

7.716, de 5 de janeiro de 1989, art. 3º, §2º, que sujeita a sanção quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência cujas atividades não as justifiquem; ou ainda, no art. 373 da Consolidação das Leis do Trabalho que, embora introduzido no capítulo pertinente à proteção do trabalho da mulher, aplica-se analogicamente a todos trabalhadores.

Excepcionados alguns casos, como o das organizações de tendência, cuja atividade desenvolvida tem por base fundamental a fidelidade a determinados princípios ideológicos, tornando legítimo ao empregador conhecer as convicções e crenças do candidato ao desempenho de atividades com apropriadas características, conferindo a este um dever de revelá-las⁸; ou aqueles que se enquadram à exceção constante no Artigo 1º da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho⁹, que leciona não serem consideradas como discriminação, as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego.

CONCLUSÃO

Nesse desenlace, há de se concluir que o instituto da responsabilidade civil pré-contratual, aplicável às relações de trabalho, constitui, resguardados os devidos critérios de razoabilidade, um importante instrumento à proteção do trabalhador face às práticas discriminatórias, uma vez que este se encontra em desvantagem no momento da contratação.

Em se tratando da discriminação estética, ainda que resguardado o exercício da livre iniciativa pelo empregador, este se encontra limitado pelos preceitos constitucionais que visam garantir o direito à isonomia e pelos ditames que regem o pré-contrato, protegidos, conforme já mencionado anteriormente, as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, função social e probidade e dos referidos deveres anexos ou laterais, salvo restritas exceções.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Turma condena frigorífico por recusar candidata obesa em processo seletivo.** Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-condena-frigorifico-por-recusar-candidata-obesa-em-processoseletivo?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fnoticias%3Fp_id%3D101_INS

⁸ MENEZES, Jeane de Almeida. Contrato de Trabalho nas Organizações de Tendência. **Revista da ESMAT** 13, João Pessoa, v. 1, n. 1, p. 225, 2008.

⁹ Trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, foi ratificada pelo Brasil em 26/11/1965.

TANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2. Acesso em 10 de outubro de 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

LUCENA FILHO, Humberto de Lima. Relações de gênero, trabalho e não-discriminação: uma abordagem da concretização do princípio da igualdade substantiva. **Revista do TRT 6**, Recife, v. 21, n. 38, p. 130 – 152, 2011.

MAINARD, Mayara Cristina. **A discriminação estática no local de trabalho**. Monografia (graduação) – Curso de Direito, UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga, Votuporanga, 2010.

MENEZES, Jeane de Almeida. Contrato de Trabalho nas Organizações de Tendência. **Revista da ESMAT 13**, João Pessoa, v. 1, n. 1, p. 225 – 233, 2008.

RUSSO JÚNIOR, Rômolo. **Responsabilidade pré-contratual**. Salvador: Jus Podivm, 2006.

SLATER, Don. **Cultura, consumo e modernidade**. São Paulo: Nobel, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POSSIBILIDADES PARA A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO DO SISTEMA GLOBAL E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Lívia Lemos Falcão de Almeida¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar as possibilidades para a exigibilidade dos direitos sociais no marco do sistema internacional de proteção dos humanos, destacando, em âmbito global, o sistema das Nações Unidas e da OIT e, em âmbito regional, o sistema interamericano de direitos humanos. Essas possibilidades figuram como meios alternativos e adicionais, postos à disposição dos indivíduos ou das organizações que lhes representam, permitindo que possam ser denunciadas, no âmbito de um sistema internacional, as violações ou omissões dos Estados relativas ao cumprimento de tratados internacionais de direitos humanos que os mesmos tenham ratificado. As denúncias individuais e as reclamações coletivas, modalidades de procedimentos *ex post facto*, constituem, na atualidade, a via principal para a exigibilidade de direitos no plano internacional, razão pela qual serão o objeto central dessa pesquisa. Ademais, pretende-se demonstrar que esses mecanismos internacionais podem ser instrumentos valiosos na garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, logrando resultados efetivos na concretização dos direitos sociais. As possibilidades apresentadas no trabalho são, em última análise, meios para tornar os indivíduos beneficiários diretos das normas internacionais preconizadas nos tratados de direitos humanos destinados a proteger-lhes.

Palavras-chave: Direitos sociais; Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos; exigibilidade.

ABSTRACT

¹ Mestre em Direito Internacional (especialidade: Direito Internacional Público) pela Universidad Complutense de Madrid. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional e Meio Ambiente (NEDIMA) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Email: livialemosfalcao@gmail.com.

This study aims to determine the possibilities for claiming social rights within the framework of the international protection of human, highlighting, globally, the UN system and the ILO, and regional level, the Inter-American rights humans. These possibilities appear with alternative, additional, made available to individuals or organizations that represent them, allowing may be reported as part of an international system, violations and omissions of States relating to compliance with international human rights treaties that they have ratified. Individual complaints and complaints collective modalities procedures *ex post facto*, constitute, at present, the main route to the enforceability of rights internationally, why are the central object of this research. Moreover, we intend to demonstrate that these international mechanisms can be valuable tools in ensuring the fundamental rights of individuals, achieving effective results in the realization of social rights. The possibilities are presented in the study, ultimately means to make individuals direct beneficiaries of international standards advocated in the human rights treaties to protect them.

Keywords: Social rights; International Human Rights System; enforceability.

INTRODUÇÃO

A proteção internacional dos direitos humanos consagrada, atualmente, em numerosos tratados internacionais foi acompanhada, ao longo dos anos, por uma multiplicação e variação dos mecanismos de controle e garantia desses direitos, conjugando, assim, o reconhecimento dos direitos com possibilidades efetivas para sua exigibilidade em âmbito internacional.

No que se refere aos direitos sociais, há, em âmbito global, o sistema de proteção trazido pelo Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, de 1966, e seu Protocolo Facultativo, de 2008, e o sistema criado pela Organização Internacional do Trabalho, no que tange aos direitos sócio-laborais. Por sua vez, no âmbito regional americano, contamos com o sistema interamericano de proteção e, especificamente, com o Protocolo de San Salvador, de 1988.

Cada um desses sistemas possui em seu interior mecanismos de controle da aplicação das normas que são, em essência, possibilidades concretas para exigir os direitos consagrados nos tratados internacionais a que se referem. Assim, pois, dentro de cada marco de proteção, destacaremos, a continuação, as possibilidades que possuem os indivíduos para demandar contra seu respectivo Estado em caso de descumprimento dos tratados.

1 SISTEMA GLOBAL

1.1 PACTO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966) E PROTOCOLO FACULTATIVO (2008)

Dentro do marco global das Nações Unidas, o Protocolo Facultativo ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece os seguintes mecanismos *ex post facto*: a) queixas interestatais e b) denúncias ou petições individuais. Destacamos as denúncias ou petições individuais por serem os meios que possibilitam a legitimação ativa do indivíduo.

As denúncias individuais estabelecidas pelo Protocolo Facultativo ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais devem cumprir os seguintes requisitos: ser apresentada por escrito, ser identificada, ser remetida pela vítima ou por seu representante legal, estar fundamentada em um ou alguns artigos do Pacto, que o Protocolo Facultativo tenha sido ratificado pelo Estado contra o qual se apresenta a demanda e que se comprove o esgotamento dos recursos internos.

1.2 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

A OIT estabelece três modalidades de procedimentos *ex post facto* : as reclamações, as queixas (entre Estados) e o procedimento específico para os casos de violação aos direitos sindicais. As reclamações devem ser apresentadas por escrito, por meio de uma organização profissional (de trabalhadores ou empregadores), referindo-se ao descumprimento de uma convenção da OIT ratificada pelo Estado contra o qual se apresenta a denúncia e, diferentemente do sistema do PDESC, não se exige o esgotamento dos recursos internos. O mesmo se exige para o procedimento de direitos sindicais, sendo que, com relação a este procedimento, não se exige que o Estado tenha ratificado uma convenção, pois considera-se que a liberdade sindical é um dever de todos os Membros da Organização.

2 SISTEMA REGIONAL

2.1 O SISTEMA INTERAMERICANO E O PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

O Protocolo de San Salvador garante aos indivíduos dos Estados que o ratificaram a possibilidade de demandar seus respectivos Estados, no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos. No entanto, esse procedimento só pode ser acionado para violações ao direito de liberdade sindical (artigo 8) e ao direito à educação (artigo 13). Exige-se, tão-somente, que haja o prévio esgotamento dos recursos internos.

CONCLUSÃO

É certo que os mecanismos internacionais não substituem os sistemas jurídicos nacionais na tutela dos direitos, no entanto, figuram como instrumentos complementários aptos a superar as omissões e deficiências desses, permitindo, nesse sentido, que os indivíduos sejam beneficiários diretos das normas internacionais que se destinam a proteger-lhes. Efetivamente, as ações em favor da garantia dos direitos humanos não se esgotam – e não devem se esgotar – nas ações estatais.

Entre os mecanismos internacionais de controle, destacam-se as denúncias individuais e as reclamações coletivas, responsáveis por possibilitar ao indivíduo ou as entidades que lhes representam (partes ostensivamente mais fracas *vis-à-vis* o Estado) a iniciativa de atuar ante um órgão internacional em caso de violação de tratados destinados conferir-lhes direitos.

Na prática, o exercício do direito de petição ou reclamação contra um Estado tem demonstrado possuir um destacável poder multiplicador, indo muito além da resolução de um caso concreto e ocasionando mudanças legislativas e nas práticas dos órgãos públicos do Estado implicado. Isso indica que o mecanismo pode abarcar um universo de beneficiários muito mais amplo que apenas os demandantes do caso. Por tais razões, o direito de petição ou reclamação constitui, na atualidade, a pedra angular da proteção dos direitos humanos no plano internacional, sendo uma das técnicas mais avançadas no controle da aplicação dos tratados pelos Estados.

REFERÊNCIAS

BONNET PÉREZ, J. *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*, Barcelona, Atelier, 2007.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Nueva York y Ginebra, 2012.

LÓPEZ MARTÍN, A.G., “La Protección Internacional de los Derechos Sociales. A Propósito de la Ratificación Española del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008”, *Foro, Nueva época*, núm. 13/2011, pp. 13-59.

VILLÁN DURÁN, C., “La Protección Internacional de los Derechos Humanos en el Sistema de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados”, *Memorias del Seminario los Instrumentos de Protección Regional e Internacional de los Derechos Humanos*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2004, pp. 29-157.

A PERSPECTIVA JURÍDICA DA FORMAÇÃO DOCENTE NO SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO.

Lucas Ribeiro de Lira Cano²

RESUMO

Ao estudar sistema educacional brasileiro é comum debruçar-se sobre as diversas moléstias sociais que eivam o ensino institucional. O professor docente, uma das principais vítimas da ineficiência da política educacional, fica jogado ao esquecimento. As universidades limitadas por fatores extraeducacional e as escolas públicas vitimadas por uma realidade social marcada pela violência e má administração financeira. A Constituição Federal brasileira, embora consagre princípios à educação brasileira, e a assegure como direito social, na dicção do art. 6º, assim como regulamentado nos artigos 205 e seguintes, a aplicação concreta é cerceada por políticas educacionais pobres e mal administradas. Não se trata de uma realidade nova, mas construída ao longo da historia por uma sequencia de regulamentação legal que não apresentou resultados reais, mesmo moldada segundo as perspectivas e conceitos dos mais respeitados educadores. Contudo, é de bom alvitre frisar, que foi no período militar onde a educação brasileiro entrou em maior declínio, haja vista os limites impostos pelo regime ditatorial às liberdades fundamentais do indivíduo e, mais especificamente, o professor docente. Atualmente nosso sistema educacional está embasado nos ditames da Lei nº. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

Palavras-chave: Educação; lei; docente; pedagogia; política.

ABSTRACT

By studying the Brazilian educational system is common to look into the various social maladies that eivam teaching institution . The teacher teaching , one of the main victims of the inefficiency of the educational policy , gets thrown into oblivion . Universities limited by factors extra educational and public schools victimized by a social reality marked by violence and financial mismanagement .

²Graduando em Direito - Centro Universitário CESMAC.
Graduando em Pedagogia - Universidade Federal de Alagoas (UFAL).
E-mail: lucasribeiro_direito@hotmail.com

The Brazilian Federal Constitution, enshrining principles although the Brazilian education, and ensure social right, the diction of art. 6, as well as regulated in Articles 205 and following, the actual application is curtailed by poor educational policies and mismanaged. This is not a new reality, but built along the story by a sequence of legal regulation that showed no real results even shaped the perspectives and concepts of the most respected educators. However, is it wise to note, that was the period where education Brazilian military took the biggest decline, given the limits imposed by the dictatorial regime of the fundamental freedoms of the individual and, more specifically, the teacher teaching. Currently our educational system is rooted in the dictates of the Law 9.394/96 (Law of Directives and Bases of National Education).

Keywords: Education; law lecturer; pedagogy; policy.

INTRODUÇÃO

A grande problemática envolvendo a formação docente é decorrente das inúmeras alterações legislativas que acarretaram em mudanças significativas nas condições materiais de trabalho do profissional educador. Motivo da grande evasão dos cursos de formação superior em licenciatura.

Não se trata apenas da desvalorização do docente “na letra da lei”, como coloca Dermeval Saviani, mas, tão somente, a insatisfação diante da ineficiência e inaplicabilidade daquilo que é posto no papel. Ademais, o docente, diante dessa realidade social lamentável, torna-se vítima da desmotivação para lecionar.

Em torno do questionamento quanto à abstração da lei partimos ao estudo da valorização do profissional docente dentro do sistema educacional brasileiro, não obstante a regulamentação legal da profissão ao longo da história jurídica brasileira, realçando os efeitos sociais e a aplicabilidade educacional dos preceitos legais estampados em nossa legislação pátria.

1 DESENVOLVIMENTO

A realidade histórica e social na qual esta inserida a carreira docente, bem como sua formação primeira, mostra-se determinante para modelagem do profissional da educação. Uma

assertiva incontestável quando passamos a analisar o discorrer teleológico do ensino básico e superior no Brasil.

1.1 PERÍODO MILITAR

Os anos de 1964 a 1987, período marcado pela Ditadura Militar (1964 – 1987), e o cerceamento das liberdades fundamentais, a figura do professor docente sofreu diversas rupturas de formação e engajamento na educação. Os objetivos intrínsecos a formação do profissional inclinado ao desenvolvimento cultural e social teve forte influência de fatores externos, ou melhor, políticos de uma classe dominante. Esse contexto de devaneios políticos de alguns grupos sociais manipuladores da política brasileira, acabou por, não obstante, comprometer a formação da docência nas Universidades, acarretando, assim, em consequências visíveis no ensino básico.

Durante este período, que perdurou de 31 de março de 1964 até 15 de março de 1985, o sistema educacional brasileiro viveu sob a influência da pedagogia tecnicista, introduzida no final dos anos 60, que buscava adequar o sistema educacional à orientação política e econômica da Ditadura Militar, a maior crise ideológica e política da história. Colocou a escola a margem do capitalismo estrangeiro exasperado, porquanto a educação tecnicista decorre do interesse e influência norte-americana. O modelo foi implantado a partir das Leis n.ºs. 5.540/68 e 5.692/71, que reorganizou o ensino superior e o ensino de primeiro e de segundo grau.

As mudanças articuladas no mundo do trabalho por meio de Leis, Decretos e Emendas Constitucionais, principalmente perante o regime militar, trouxeram sequelas ao labor docente, tanto no nível básico como superior.

Com as reformas políticas e as significantes, e muito mais chocantes, mudanças, o trabalho docente estava a mercê das limitações impostas as liberdades fundamentais do indivíduo, ensejando em um retrocesso àquilo que consideramos primordial para o exercício da profissão docente, ou seja, a liberdade de consciência e pesquisa.

A situação tornou-se insustentável com a outorga do Ato Institucional n.º. 5 e o Decreto 477/68, resultando na prisão e afastamento de estudantes e docentes das Universidades e os demais Institutos de Ensino.

Em 1981, cerca de 35 mil docentes, embalados pela manifestação da então Associação Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (ANDES) deflagraram uma longa greve na qual exigiram carreira nacional para os professoras das Federais, porquanto coexistiam

instituições federais de natureza jurídica diferenciada, conseqüentemente, o regime de contratação era distinto entre as Federais.

Além disso, o conceito de carreira nacional unificada deveria trazer em seu bojo a indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão, resultando em maior autonomia docente dentro dos Institutos Federais. Essa independência profissional era importantíssima para o docente e, principalmente, para o ensino no Brasil, contudo, as constantes opressões arquitetadas pelo Regime Militar e, vale ressaltar, com apoio dos EUA, impossibilitou dá maior dimensão ao ensino superior, trazendo, por consecutivo lógico, conseqüências irreparáveis ao ensino básico.

1.2 REABERTURA DEMOCRÁTICA

Com o fim da Ditadura Militar, em 1985, e o início do período de redemocratização do Brasil, a esperança no âmbito educacional, principalmente para o profissional docente das Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), mostraram-se mais claras e possíveis.

Em 1987, como resposta ao movimento grevista de 1981, foi criado o Plano Único de Classificação e Retribuições de Cargos e Salários - Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987 - , findando, assim, a diferença existente entre os docentes das IFES autárquicas e das IFES fundacionais.

No mesmo ano, convocou-se a Assembleia Constituinte que, formada por representantes do povo, iniciou as deliberações acerca da nova Constituição da República Federativa do Brasil, promulgando-a no dia 5 de outubro de 1988, instituído, conforme seu preâmbulo, o Estado Democrático de Direito.

O advento da Constituição Federal de 1988, marca a consagração dos Direitos e Garantias Fundamentais, comum nas Constituições escritas pós-revolução francesa (1791), entre os quais estão aqueles estampados nos incisos IV e IX do art. 5º, relativamente a liberdade de expressão e intelectual - importantíssimo preceito para o exercício da profissão docente.

Outrossim, a nossa Carta Magna, nos arts. 8º e 9º, torna reconhecido e garantido à todo trabalhador o direito a organizar-se em entidades sindicais - representativas de classe profissional - assim como põe a salvo o direito a greve.

Essa nova abordagem abraçada pela Constituição brasileira representou um passo importantíssimo para o nascedouro da autonomia do profissional docente, bem como a criação de um patamar único entre os professores das Instituições Federais, por meio da adoção de regime

jurídico único de contratação de servidores, nos ditames do art. 39 da Constituição Federal, resultando na criação do plano de cargos e carreiras na esfera Federal, Estadual e Municipal.

Diante disso, fica evidenciada, ao menos no plano abstrato, a consubstanciação da unidade da profissão docente, portanto, cria-se em cada âmbito de organização administrativa do Estado um patamar único para os professores de instituições públicas.

É pertinente mencionar que o legislador constituinte, muito sabiamente, deixou para União a competência de legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, inc. XXIV, da Constituição Federal).

1.2.1. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 19/98

A famigerada Emenda Constitucional n°. 19, elaborada e promulgada durante o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com traços neoliberais, modificou diversos artigos relacionados à Administração Pública, entre eles o art. 41, garantidor da estabilidade do funcionário público, e o art. 39 da Lei Maior.

Embora mal vista pelos mais diversos doutrinadores administrativistas, porquanto, dentre as demais consequência, relativizou a estabilidade do funcionário público, inclusive do profissional docente, a alteração constitucional foi, cautelosamente, determinante para garantir maior eficiência na prestação do serviço público. Ora, é comum encontrar funcionários públicos que tratam com desídia o seu dever de prestar um serviço de qualidade.

Insta ressaltar que naquele mesmo ano, por meio da Emenda Constitucional n° 20, de 15 de dezembro, que alterou a redação antes concebida ao art. 40 da Constituição Federal, restou salvaguardados os direitos previdenciários de todos servidores públicos.

Entretanto, dado o caráter neoliberal da política FHC, algumas mudanças resultaram em sérios transtornos para o profissional docente. As mudanças no contrato de trabalho dos docentes ensejaram em um processo de expropriação do saber docente e a manipulação do conhecimento deste último pela massa empresarial externa as instituições privadas.

Assim, apesar das notáveis vantagens, o profissional docente fica limitado a atuar dentro dos interesses de empresários e, concomitantemente, para as exigências apensadas ao comércio privatista-capitalista. Caracterizando uma mercantilização do saber, voltada, única e exclusivamente, ao utilitarismo e produtivismo.

1.3 MERCANTILIZANDO O PROFISSIONAL DOCENTE

O profissional docente dentro das Instituições Federais torna-se objeto do empreendedorismo privatista, no qual, entristecidamente, é forçado a se adaptar para angariar fundos às suas pesquisas, sempre a mercê do julgo comercial de empresários "da extra-educação". Um exemplo dessa crescente mercancia do saber docente em prol de interesses privatistas, utilitaristas e pragmáticos, é a Lei nº. 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que trata da inovação tecnológica na seara da pesquisa científica.

Esse quadro é mais agravante na educação básica, porque os professores, além desses limites mercantilistas, são vítimas da precarização do ensino. Convivem com “baixos salários, intensificação do trabalho, da expropriação do saber e da subordinação da produção do conhecimento a espaços extra-educacionais” (LEHER, Roberto; LOPES, Alessandra, 2008, p.02).

Tentando reverter essa realidade amedrontadora do ensino nacional, nas mais diversas esferas de atuação, o Estado adotou medidas de urgência, entre elas, o ensino a distância (EAD) pela Lei nº. 9.394/96, regulamentada pelo Decreto nº. 5.622/05 e o Decreto nº. 6.303/07, assim como a Lei nº 9.394/96, art.80 e seguintes, reforçando a estratégia governamental introduzida no Plano de Desenvolvimento da Educação para suprir o *déficit* no ensino superior, principalmente no tocante a formação de professores, porém, sob uma perspectiva futura, não existe a mínima possibilidade de sanar anos de degradação educacional com a EAD, tampouco com a Universidade Aberta do Brasil (UAB).

Engajar no seio educacional uma política pragmática e utilitarista jamais será a solução para evasão dos estudantes nos cursos de licenciatura.

É preciso investir na formação propriamente dita, isto é, nas instituições federais e demais instituições de ensino superior pública com aumento de vagas e aumento nos valores repassados as IFES proveniente da arrecadação dos impostos. Investir na educação por meio da arrecadação e distribuição proporcional dos tributos. Ademais, seria demasiadamente eficaz a destinação de porcentual do PIB, numa proporção mínima de 40%, para a educação. Outra medida de grande relevância é tornar criterioso os repasses, por meio de uma fiscalização ministerial apurada.

1.4. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL

No mais, a Lei nº. 9.394/96 (LDBEN), a despeito de abordar com fulcro nos art. 205 e seguintes da Constituição Federal, muito dos seus artigos partem do mesmo raciocínio neoliberal e utilitarista atribuído as demais leis espaciais que cuidam do ensino no Brasil.

A problemática acerca da LDBEN inicia desde o seu art.2º, quando, intencionalmente, o legislador ordinário colocou a família frente ao Estado como responsável pelo dever de educar, contrariando a ordem preestabelecida na Constituição Federal, no art. 205.

Contudo, se debruçarmos sobre o art. 206 da Constituição Federal, em comparação aos princípios apregoados no art. 3º, da LDBEN, podemos notar alguns pontos divergentes na abordagem do profissional docente, mais precisamente os incs. V e VII, alterados pela Emenda Constitucional nº 53/06.

Cumprido frisar, que a União, conforme consta no art. 211 da nossa Carta Magna, assim como abordado na própria LDBEN, em seu art. 75, exerce, quando do financiamento da educação nacional, função redistributiva e supletiva visando a igualdade de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino.

A Constituição Federal, no art. 207, estabelece e reconhece a tão questionada autonomia das universidades durante o regime militar, bem como consagra o princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Este último almejado pelos professores docentes e por fim alcançado, porém, como a realidade deixa evidente, abstratamente. É pertinente esclarecer que não apenas na Constituição, mas também na LDBEN (arts. 53 e 54) a autonomia e o princípio encontram-se colacionados.

CONCLUSÃO

É inquestionável a contribuição da legislação brasileira, desde a Constituição Federal até as diversas leis extravagantes que regulamentam a Educação no Brasil, para o desenvolvimento e valorização do profissional docente e sua carreira dentro das Instituições de Ensino, sejam elas, públicas ou privadas. Contudo, toda essa massificação legislativa não tem aplicabilidade material, haja vista a realidade social e histórica na qual o aluno e o professor docente encontram-se inseridos.

Assim sendo, a atual realidade jurídica brasileira contribui bastante para a valorização do profissional docente e sua carreira nas Instituições de Ensino, embora existam normatizações desastrosas e interpretações hermenêuticas que não favorecem a mudança do cenário atual da

educação no Brasil, e quando regulamentado de maneira satisfatória aos interesses da classe, repousa no plano da abstração, ou seja, normas que não têm aplicabilidade diante do caso concreto, e, conseqüentemente, deixam a carreira docente desvalorizada.

REFERÊNCIAS

GHIRALDELLI, Paulo. *Historia da Educação*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1994.

LEHER, Roberto; LOPES, Alessandra. *Trabalho Docente, Carreira e Autonomia Universitária e Mercantilização da Educação*. Buenos Aires: 2008.

LUCKSESI, Cipriano Carlos. *Filosofia da Educação*. São Paulo: Cortez, 1992.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

SAVIANI, Dermeval. *Escola e Democracia*. 4 ed. São Paulo: Autores Associados, 1984.

SAVIANI, Dermeval. *Política e Educação no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Autores Associados, 1944.

SAVIANI, Dermeval. *Pedagogia Histórico-Crítica*. 8 ed. São Paulo: Autores Associados, 1997.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mayara do Nascimento e Silva¹

RESUMO

Esta pesquisa analisa a questão dos direitos sociais de crianças e adolescentes, apontando o déficit de efetividade normativa da legislação concernente ao segmento infanto-juvenil. O objetivo é demonstrar que o ideal de infância e adolescência, como sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral, ainda não se concretizou no contexto da realidade brasileira e essa constatação traz reflexos negativos que atingem a todos indistintamente, a exemplo das conseqüências da exclusão social e da violência. A partir de um olhar crítico sobre a concretização da doutrina jurídica da proteção integral, aponta-se o Ministério Público como instituição capaz de consolidar mecanismos e ações que garantam os direitos previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta forma, enfatiza-se que o problema não é legislativo e sim da execução das normas e indica-se a atuação do Ministério Público como imperativa no processo de implementação de políticas públicas efetivas, de forma a permitir o pleno acesso aos direitos normativizados. Conclui-se que a construção da dignidade humana e o exercício da cidadania plena superam a sua mera proclamação, limitada ao discurso, mas negada na prática, ou simplesmente o cumprimento de leis que, muitas vezes, quando não se tornam letra “morta”, são aplicadas através de políticas públicas paliativas que concretizam uma dignidade humana meramente formal.

Palavras-chave: Direitos sociais; crianças e adolescentes; políticas públicas; efetividade; Ministério Público.

ABSTRACT

¹ Graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: mayaranascimentojp@hotmail.com.

This research examines the issue of social rights of children and adolescents, pointing deficit normative effectiveness of legislation concerning the juvenile segment. The goal is to demonstrate that the ideal of childhood and adolescence, as subjects of rights and full protection of recipients, has not materialized in the context of the Brazilian reality and this realization brings negative consequences that affect everyone indiscriminately, the example of the consequences of social exclusion and violence. From a critical look at the implementation of the legal doctrine of integral protection, pointing to the prosecutor as an institution able to consolidate mechanisms and actions to ensure the rights set forth in the Constitution and the Statute of Children and Adolescents. Thus, it is emphasized that the problem is not legislation but enforcement of the rules and indicates the role of the Public Prosecutor as imperative in the process of implementing effective public policies in order to allow full access to normativizados. We conclude that the construction of human dignity and the exercise of full citizenship outweigh its mere proclamation limited to speech, but denied in practice, or simply comply with laws that often, when they do not make letter “dead” are applied through public policies palliative embodying human dignity merely formal.

Keywords: Social rights; children and adolescents; public policies; effectiveness; prosecutor.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 direciona um novo olhar para crianças e adolescentes, desde então reconhecidos como sujeitos de direitos, cidadãos, os quais merecem respeito e dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento. A Carta Magna assevera o dever da família, da sociedade e do Estado de 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.

A partir dessa determinação, introduziu-se a doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, crianças e adolescentes ganharam um novo ‘status’, tornando-se sujeitos de direitos. Em seguida, no mesmo sentido da Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente também concretizou um novo perfil de proteção integral à criança e ao adolescente. Portanto, somente a partir da consolidação desses instrumentos normativos, as crianças brasileiras, sem distinção de raça, classe social, ou qualquer forma de discriminação, passaram de objetos a sujeitos de direitos, considerados em sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento e a

quem se deve assegurar prioridade absoluta na formulação de políticas públicas e destinação privilegiada de recursos nas dotações orçamentárias das diversas instâncias político-administrativas do País.

Esses instrumentos são responsáveis pela positivação e alta carga de normatividade dos direitos sociais das crianças e dos adolescentes brasileiros. A Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente afirmam esses direitos com alto nível de especificação de conteúdo e de obrigações decorrentes desta positivação, em grande parte, dirigidas aos Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, os elementos da doutrina da proteção integral estão indicados na legislação, bem como especifica-se claramente, o conteúdo e os obrigados pelos direitos fundamentais infanto-juvenis, além de estipular mecanismos de viabilização destes direitos. No entanto, a efetividade de todos os direitos normativizados ainda não é uma realidade no contexto brasileiro, pois um conjunto de dificuldades é encontrado para a real implantação, principalmente no que se refere à falta de políticas, programas e ações efetivas.

A Constituição Federal de 1988 e toda a legislação infraconstitucional subsequente confirmaram a importância do Ministério Público como agente de transformação social, comprometido com a instalação e efetivação do Estado Democrático de Direito. No âmbito das políticas públicas, o Ministério Público intervém em diversos segmentos, cobrando dos órgãos governamentais a implantação de direitos garantidos pela Carta Constitucional de 1988. Essa missão constitucional do Ministério Público brasileiro torna-se especialmente relevante diante do necessário controle e fiscalização de políticas públicas, bem como do combate às omissões ilícitas e inconstitucionais nesta matéria.

1 DESENVOLVIMENTO

Segundo Gonçalves, “o Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado uma legislação de vanguarda, pois rompe com a doutrina da situação irregular e reafirma a noção da proteção da infância e juventude brasileiras, implicando a discriminação positiva da criança e do adolescente”². Trata-se de uma mudança de paradigmas, visto que de menores, delinquentes e abandonados as crianças e adolescentes passaram a ser encarados como verdadeiros sujeitos de direitos, dignos de proteção e respeito.

De fato, resta claro que a tutela constitucional da criança e do adolescente constitui um dos

² GONÇALVES, H. S. Medidas socioeducativas: avanços e retrocessos no trato do adolescente autor de ato infracional. IN: ZAMORA, M. H. (Org.). **Para além das grades. Elementos para a transformação do sistema socioeducativo** (p. 35-62). Rio de Janeiro: Editora PUC-RIO, 2005.

pilares do atual Estado Democrático de Direito e nesse sentido leciona João Batista Costa Saraiva

“O princípio da prioridade absoluta, erigido como preceito fundante da ordem jurídica, estabelece a primazia deste direito no artigo 227 da Constituição Federal. Tal princípio está reafirmado no ECA. Neste dispositivo estão lançados os fundamentos do chamado Sistema Primário de Garantias, estabelecendo as diretrizes para uma política pública que priorize crianças e adolescentes, reconhecidos em sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento”³.

Nesse contexto, o princípio da prioridade absoluta dos direitos de crianças e adolescentes significa que nenhum outro grupo social recebeu proteção tão abrangente, seja pela família, pela sociedade e pelo Estado. Mas, na prática, são vários os desafios para efetivar os direitos. Ocorre que, segundo Gisele Cucci

“Infelizmente a realidade vislumbrada por nosso país ainda deixa a desejar, visto que muitos dos nossos jovens e crianças ainda não possuem a tutela integral por parte do Estado, carecendo das necessidades mais básicas, permanecendo à margem de uma sociedade inerte, sendo o maior problema a dificuldade em unir o texto legal à realidade social”⁴.

Uma das questões preocupantes no atual contexto brasileiro diz respeito ao crescimento da violência com a participação dos jovens, difundindo pela sociedade não somente o temor e o preconceito contra jovens considerados potencialmente infratores como o apoio a medidas duras contra os mesmos. A sociedade tem o único objetivo de atribuir ao Estado o poder de retirar os agentes criminosos da convivência social, afastando-os para um período de reclusão, na busca de uma suposta segurança e garantia da paz social. Por outro lado, a incompetência do Estado em ressocializar esses jovens, aliada à falta de conscientização da sociedade, em não assumir a responsabilidade pelos altos índices de exclusão social, torna-se cada vez mais preocupante.

De fato, não é possível refletir sobre o processo socioeducativo sem que políticas públicas integradas de educação, saúde, profissionalização, cultura e assistência social sejam tomadas como premissas básicas para o cumprimento de uma medida socioeducativa. Verifica-se, portanto, que o Estado, representado pelas instituições, é responsável direto pela ineficiência na condução das políticas públicas e pelas dificuldades sociais relatadas. A sociedade também se torna co-responsável pela violência urbana, na medida em que ignora, é omissa e não enxerga a realidade dessas crianças e adolescentes vulneráveis.

³ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei. Da indiferença à proteção integral – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 53.

⁴ CUCCI, Gisele Paschoal. A proteção integral da criança e do adolescente como meio adequado de inclusão social. IN: PICCIRILLO, Miguel Belinati; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (coordenadores). **Inclusão social e direitos fundamentais**. São Paulo: Boreal Editora, 2009. p. 208.

O fato é que o ideal de infância e de adolescência associado a sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral, presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda não se concretizou no contexto da realidade brasileira. No entanto, vale ressaltar que a legislação que fornece as diretrizes a respeito da criança e do adolescente não é suficiente para neutralizar a gravidade dos problemas sociais brasileiros e eliminar a violência. É preciso deixar claro que o problema não é legislativo, e sim da execução das normas traçadas pela legislação. Nas palavras de Joaquín Herrera Flores: “falar de dignidade humana não implica fazê-lo a partir de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja ‘digna’ de ser vivida”⁵.

Dessa forma, para o cumprimento do princípio da prioridade absoluta e da preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas com destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, o que antes era uma decisão política, de acordo com as prioridades de cada governante, tornou-se uma norma jurídica de observação pelos agentes do Estado, cabendo ao Ministério Público fiscalizar a observância desses princípios, fazendo valer as leis, seja através da via administrativa como da judicial.

Em contraposição a um cenário de violação de direitos, como transformador social, o Ministério Público busca o cumprimento da “Lei Maior”: a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, a dignidade de crianças e adolescentes, que são verdadeiros cidadãos e, portanto, têm direito à proteção integral, cabendo ao Estado brasileiro o dever de prover esta proteção, através da garantia efetiva do que ele próprio proclamou.

Paulo Garrido de Paula reforça esse entendimento

“[...] para validação do direito da criança e do adolescente é mister uma tutela jurisdicional que atenda às suas particularidades, que respeite sua concepção, que realmente adote os princípios fundamentais e que seja essencialmente inclusiva, servindo de instrumento de transposição da marginalidade para a cidadania”⁶.

A Constituição Federal apresenta o Ministério Público com um novo perfil institucional, como guardião dos direitos fundamentais assegurados ao homem, defensor dos ideais democráticos e dos interesses sociais. Segundo Luis Ferreira,

“[...] a dimensão social do direito que, via de regra, se realiza por meio de políticas públicas, encontrou respaldo na atuação institucional do Ministério Público, que acabou por

⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. De Que Falamos Quando Tratamos De Direitos Humanos: Os Direitos Humanos Como Processo. In: **A (Re)Invenção Dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.

adquirir destaque no Estado Social e Democrático de Direito, contemplado pela nova ordem constitucional”⁷.

A promoção de condições para que os direitos fundamentais sejam efetivamente exercidos gerando condições de igualdade está diretamente ligada ao estabelecimento de políticas públicas. O controle judicial de políticas públicas é mais um elemento deste processo que busca a igualdade material do homem calcada na dignidade da pessoa humana. E o Ministério Público, alinhado a um perfil constitucional de defesa intransigente dos direitos fundamentais, é peça essencial na efetivação deste controle que busca concretizar os direitos sociais.

Desta forma, o Ministério Público, legitimado pelo sistema legal pátrio, tem buscado controlar as políticas públicas necessárias à concretização dos direitos sociais, com ações judiciais ou extrajudiciais, numa postura inovadora que vem colocar em discussão o postulado da independência dos Poderes, compreendendo uma nova dimensão que envolve os direitos fundamentais numa sistemática institucional denominada por Fábio Comparato como a “judicialização das políticas públicas”⁸.

No exercício de sua função, o Ministério Público é independente e esta independência é fundamental em situações passíveis de intervenções externas, como nos casos em que o Estado responde por omissão ou ocupa o *status* de acusado por violações de direitos. Neste ponto, é dever do Ministério Público garantir a aplicação dos mecanismos jurídicos de proteção legal dos direitos fundamentais da infância e da adolescência, para assegurar a impositividade deles e sua exigibilidade, em concreto.

CONCLUSÃO

Desta forma, conclui-se que os direitos sociais de crianças e adolescentes somente se efetivam com base na doutrina jurídica da proteção integral a partir do cumprimento integral das normas constitucionais, do Estatuto da Criança e do Adolescente e das demais normas para garantia dos direitos das crianças e adolescentes. E o Ministério Público destaca-se, neste contexto, como instituição responsável por zelar pelo cumprimento efetivo das normas referidas, cabendo-lhe a adoção das principais providências destinadas a assegurar, na prática, os direitos estabelecidos.

⁷ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o professor**: reflexos na sua formação e atuação. São Paulo: Cortez, 2008.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista Interesse Público**, v. 4, n° 16, p.49-63, 2002.

Nesse contexto, resta claro que são componentes necessários as ações decorrentes das políticas sociais básicas – educação, saúde, assistência social, profissionalização – e de programas especializados, constituídos por uma agregação simultânea de ações próprias do Poder Executivo, do Poder Judiciário e de outras instituições que se complementam para a concretização de toda a gama de direitos estabelecidos pela legislação.

O Ministério Público, previsto constitucionalmente como defensor dos interesses indisponíveis de todos os cidadãos, é uma das instituições mais engajadas na busca da concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes os quais são alcançados pelo princípio da prioridade absoluta. Portanto, o Ministério Público deve atuar como transformador social dentro da rede de atendimento, concretizando a função precípua de promover a justiça social, encaminhando o que não for da sua competência às áreas responsáveis para fazer cumprir o Sistema de Garantias.

Desta forma, conclui-se que a construção da dignidade humana e o exercício da cidadania plena superam a sua mera proclamação, limitada ao discurso, mas negada na prática, ou simplesmente o cumprimento de leis que, muitas vezes, quando não se tornam letra “morta”, são aplicadas através de políticas públicas paliativas que concretizam uma dignidade humana meramente formal. A cidadania, portanto, não pode ser reconhecida apenas em nível legal, requer um exercício permanente de ações práticas e de resultados, que garantam efetivamente os direitos.

REFERÊNCIAS

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista Interesse Público, v. 4, nº 16, p.49-63, 2002.

CUCCI, Gisele Paschoal. A proteção integral da criança e do adolescente como meio adequado de inclusão social. IN: PICCIRILLO, Miguel Belinati; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (coordenadores). **Inclusão social e direitos fundamentais**. São Paulo: Boreal Editora, 2009.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o professor: reflexos na sua formação e atuação**. São Paulo: Cortez, 2008.

GONÇALVES, H. S. Medidas socioeducativas: avanços e retrocessos no trato do adolescente autor de ato infracional. IN: ZAMORA, M. H. (Org.). **Para além das grades. Elementos para a transformação do sistema socioeducativo** (p. 35-62). Rio de Janeiro: Editora PUC-RIO, 2005.

HERRERA FLORES, Joaquín. De que falamos quando tratamos de direitos humanos: os direitos humanos como processo. In: **A (re)invenção Dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei. Da indiferença à proteção integral – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

O ESTADO SOCIAL DE DIREITO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Mylla Gabriely Araujo Bispo¹

Taynara Freire Santos²

RESUMO

Este trabalho busca explicar, a partir de uma análise histórica, como o surgimento do Estado Social de Direito trouxe consigo garantias até então inimagináveis para a esfera individual: os Direitos Sociais, também chamados de direitos da segunda geração, surgiram em meados do breve século XX, se apresentam primeiramente nas constituições mexicana e alemã, e passam a evidenciar o Estado como prestador de certos serviços essenciais para o bom desenvolvimento da sociedade. Houve, assim, uma evidenciação notória das proteções sociais, culturais e econômicas, as quais apenas advieram em razão das muitas lutas ocorridas, principalmente, na França e na Inglaterra, por parte da classe mais explorada, a dos trabalhadores. No Brasil, os direitos sociais aparecem primeiramente na constituição de 1934, ainda na época varguista, contudo só a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 foi que os direitos sociais se firmaram, tendo evidentemente ganhado mais destaque durante o governo petista do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Com o seu mandato, vários programas assistencialistas foram implementados. Alguns muito famosos, como o “Bolsa Família”, o qual tem servido como atenuante para evitar a pobreza absoluta, mas também alvo de muitas críticas por ser considerado apenas um “paliativo”. Os direitos sociais, que são prestacionais, mudaram bastante o quadro socioeconômico brasileiro, e isso é evidente. Todavia, a existência de tais garantias não significa dizer que tenham sido concretizados todos os direitos sociais que estão contidos no texto constitucional de 88.

Palavras-chave: Estado Social; governo; direitos.

ABSTRACT

¹ Estudante da graduação do curso de Direito Bacharelado – 2º período, Universidade Federal de Alagoas. E-mail: mylla.bispo@hotmail.com.

² Estudante da graduação do curso de Direito Bacharelado – 2º período, Universidade Federal de Alagoas. E-mail: taynara27_@hotmail.com.

This paper seeks to explain, from a historical analysis, as the emergence of the social rule of law brought unimaginable guarantees for individual sphere: Social Rights, too called second generation rights, which emerged in the mid- twentieth century soon, if present primarily in Mexican and German constitutions, and go to show the state as a provider of certain services essential for the proper development of society. There was thus a notorious disclosure of social, cultural and economic protections, which thereby made only because of the many struggles that occurred mainly in France and England, by the most exploited class, the workers. In Brazil , social rights appear first constitution in 1934, though at the time Vargas, but only after the promulgation of the Constitution of 1988 was that social rights were strengthened, having evidently gained more prominence during the PT government of former President Luis Inacio Lula da Silva. With its mandate, various welfare programs were implemented. Some very famous, such as “BolsaFamilia”, which has served as a palliative to avoid absolute poverty, but also the target of many criticisms to be considered just a "palliative". Social rights, which are prestacionais, changed the picture socioeconomic quite Brazilian, and this is evident. However, the existence of such guarantees does not mean that there is the concreteness of all social rights that are contained in the Constitution of 88.

Keywords: Social State; government; rights.

INTRODUÇÃO

Várias garantias e direitos foram adquiridos a partir do Estado Liberal. A autonomia individual cresceu, dando origem a muitos direitos, que hoje nos são fundamentais. Com isso houve a evidenciação das proteções sociais, culturais e econômicas, as quais foram conquistadas a partir de movimentos que protestavam contra as péssimas condições de trabalho. Como exemplos mais conhecidos, temos o Cartismo, na Inglaterra e a Comuna de Paris (1848) na França.

Até o ano de 1789, todas as discriminações e exclusões sofridas pelo terceiro Estado e pela a iniciante classe da burguesia foram, na teoria, findadas com as propostas igualitárias do grande marco político da idade contemporânea, dando fim ao Antigo Regime, ocorrido graças a Revolução Francesa. Após este grande acontecimento, um conjunto de regras foi criado pelo Estado, agora Liberal e não mais absolutista, e integrado ao Estado Democrático de Direito, o qual garante a mais ampla e segura participação dos cidadãos nas decisões envolvendo questões da sociedade, assim como a prestação de serviços básicos à população. Trata-se, portanto, de uma perspectiva de Estado Social de Direito, onde o prestador de serviços básicos é o próprio Estado e não mais o indivíduo.

Os Direitos Sociais, também conhecidos como direitos humanos de segunda geração, surgem no início do século XX como uma espécie de direito coletivo, correspondendo, de tal forma, a ideia

de igualdade. O Estado, a partir de muitas lutas e reivindicações, principalmente oriundas da classe trabalhadora, passa a ter a função de prestar determinados serviços materiais à sociedade, como educação e saúde. Inseridos, primeiramente, nas Constituições Mexicana (1917) e Alemã (Constituição de Weimar, 1919), tais constituições, como observa Bonavides, “passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por axiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”³.

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira que além de trazer os direitos sociais expressos no texto constitucional, também os assegurou, uma vez que, nas cartas anteriores já havia, de certo modo, alguma previsão em relação aos direitos sociais. No entanto, tais direitos foram mais intensificados na carta de 1988, denominada de Constituição Cidadã justamente em razão da quantidade de direitos humanos e sociais garantidos.

Entende-se por direitos sociais, nos termos do art. 6º, da Constituição Federal de 1988, redigidos pelas emendas constitucionais nºs 26/2000 e 64/2010, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. São, destarte, prestações positivas que devem ser implantadas pelo Estado e, concretizadas em uma aplicação imediata na busca de uma isonomia social e substancial.

1 ESTADO SOCIAL: O ALVORECER DOS DIREITOS DA SEGUNDA GERAÇÃO

A democracia, conceitualmente, é fundamentada na noção clássica de isonomia e instaurada na sociedade contemporânea com o liberalismo por meio do Estado Liberal, o qual sustenta, dentre vários outros problemas, a questão da baixa efetividade dos direitos sociais, que é, com muita frequência, uma prática no Brasil. Ocorrendo assim muitas incongruências entre as garantias constitucionais e a realidade social brasileira.

A Constituição Federal de 1988 prevê vários direitos prestacionais, ainda que exista uma distorção entre o que é determinado em seu bojo e entre o que é executado na prática. Por exemplo, a política democrática, tão defendida pelo liberalismo, garante o acesso do cidadão aos meios públicos, mas não lhe oferece os métodos necessários para isso. E como não há fiscalização por parte da sociedade, a qual não compreende os direitos sociais como direitos efetivos e, por isso,

³ Bonavides, P. **Curso de direito constitucional**, 25º ed., p. 564.

carecem de força social para que sejam respeitados como lei, há a fraqueza do Estado em fazer cumprir as prestações sociais em caráter permanente e de qualidade.

Não basta, apenas, o Estado Social de Direito assegurar o princípio de igualdade formal, a divisão dos três poderes, a prestação de serviços básicos ou a garantia dos direitos individuais fundamentais se as questões sociais ligadas à melhoria de todos os setores e classes da sociedade forem ignoradas em nome de uma política totalmente alheia a realidade social. É preciso que haja efetividade, e com isso se entende produção de efeitos reais, na implantação dos direitos sociais para que, assim, os direitos à educação, visando o pleno desenvolvimento da pessoa; à saúde, que é um direito de todos e dever do Estado; à alimentação, tão inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na CF; ao trabalho, que é importante para assegurar a todos uma existência digna; à moradia e todos os outros assegurados no Brasil pela carta magna de 1988 sejam, de fato, postos em prática.

Vale, por fim, citar a máxima elaborada por Luiz Roberto Barroso, de que “o Direito existe para realizar-se. O Direito Constitucional, leia-se social, não foge a este designo”⁴.

2 A POLÍTICA DO ESTADO BRASILEIRO ATRELADA AO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

Todo esse processo está ligado à dinâmica política. No governo de Vargas ou até mesmo no período da Ditadura Militar existiram planos para o crescimento econômico do país, no entanto, esse crescimento teve seu lado negativo afluído com o aumento da inflação e uma maior disparidade entre as classes sociais. Na fase atual do Brasil, o PT governa o país a mais de 10 anos, e é fato que o quadro socioeconômico melhorou. No entanto, ainda hoje, o desenvolvimento social não vem acompanhado de educação, saúde, moradia e segurança de qualidade e acessível para todos e diante dessa comprovação a população não está assistida das necessidades mais básicas que regem a sobrevivência humana.

Programas assistencialistas como o “Bolsa Família” e o “Bolsa Escola”, consagrados no governo petista, são exemplos de políticas públicas em destaque no Brasil. Embora muitos investimentos tenham sido dedicados à população mais carente para deixar a tão depreciativa linha de miséria que tanto nos incomoda, a pobreza ainda assola as regiões desse país. Daí, para George Marmelsteins: “Os programas de assistência social, embora possam ser permanentes e duradouros, devem ter sempre em mira a obtenção de resultados concretos e positivos. Quando isso não ocorre,

⁴ Barroso, Luiz Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, 8º ed, p.84.

nada impede a revogação do benefício.” Só que essa revogação precisa ser compensada para não haver prejuízos de nenhuma espécie.

É fato que muitos avanços ocorreram até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Os movimentos sociais tiveram conquistas significativas de direitos sociais novos, inscritos na Constituição de 1988, como, por exemplo, a constituição de Fóruns Nacionais de Luta pela Moradia, pela Reforma Urbana; Fórum Nacional de Participação Popular etc. Nos anos 90, surgiram outras formas de organização popular, mais institucionalizadas e articuladas. Registram-se também alternativas de políticas sociais voltadas à construção dos direitos e da cidadania, ao nível do poder local, incluindo questões concernentes à participação na gestão pública e que também se relacionam com o Poder Judiciário.

Entretanto, conforme Sarlet⁵, através da política e da economia do “Estado mínimo” propalado pelo Neoliberalismo, verifica-se o enfraquecimento do Estado democrático de Direito e, por conseguinte, dos direitos fundamentais. O mesmo autor ainda esclarece que a ideologia neoliberal prescreve a diminuição do Estado, caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e redução gradativa da intervenção estatal no domínio econômico e social.

Além das necessidades básicas citadas no artigo 6º, da CF/88, também é analisado em seguida no art. 7º, da Carta Magna, a questão do trabalho: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. E todas as consequências que surgem a partir dessa prescrição.

Porém, muitos trabalhadores se submetem a condições precárias para não perder o sustento de sua família. Além de não serem assistidos pelos direitos trabalhistas que foram garantidos na CLT no governo de Vargas. Embora essa submissão, logicamente, não pode ser reconhecida: “A regra geral é que os direitos trabalhistas não podem ser renunciados pelo empregado, como determina o art. 9º da CLT, segundo os quais são nulos de pleno direito os atos praticados para desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos celetistas”⁶.

CONCLUSÃO

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 2005, p. 349.

⁶ Marque, Fabíola. José, Cláudia. **Direito do Trabalho**. 4ª ed. Atlas, p. 11.

Os direitos sociais são direitos prestacionais, ou seja, dependem de uma atuação material positiva do Estado, por meio das leis, dos atos administrativos e da implementação de serviços públicos. O Estado tem que ser capaz de identificar os aspectos mais fundamentais de vida dos cidadãos, promover justiça social e corrigir as diferenças econômicas, dando condições de igualdade (de oportunidades), o que será realizado mediante a concretização dos direitos sociais. Esses direitos visam garantir condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade para sobrevivência digna.

Portanto, a concretude dos direitos sociais é um processo gradual e progressivo, que só terá maiores avanços se o esforço estatal e jurisprudencial continuar, e principalmente promovendo a participação popular para interagir nesse processo. Isso depende apenas do compromisso da sociedade e do governo na aplicação da riqueza produzida pelo país.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional, 25° ed.

MARQUE, Fabíola & **JOSÉ**, Cláudia. Direito do Trabalho. 4ª ed. Atlas.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da superação dos obstáculos. Dissertação pós-graduação UnB, 2008.

TEIXEIRA, Ewerton Bueno. A efetividade dos direitos sociais. Revista internacional de Direito e Cidadania, n° 4. JUN, 2009.

SERVEGNINI, Angélica Padilha & **OLIVEIRA**, Melissa Barbieri. A efetividade dos Direitos Sociais diante da atual conjuntura econômica: a reserva do possível e mínimo existencial frente ao direito à moradia e o direito à alimentação. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v.11, n°1. JAN/JUN, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas. 8° ed. Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: UM PASSO À FRENTE CONTRA OS IMPASSES VIVENCIADOS NA CONCRETUDE DA REALIDADE HODIERNA

Nayara Toscano de Brito Pereira*

Robson Antão de Medeiros*

RESUMO

Falar das pessoas com deficiência no cenário brasileiro, bem como discorrer acerca de seus direitos, pressupõe, antes de qualquer coisa, a compreensão sobre o seu histórico de exclusão e conseqüente violação de direitos. Além disso, muito mais do que recorrer à análise dos direitos elencados no ordenamento jurídico, seja municipal, estadual, federal ou internacional, em se tratando, por exemplo, de convenções e tratados que o Brasil está oficialmente obrigado a cumprir, promover a busca pela real efetivação daquelas prerrogativas é algo nitidamente necessário para aliar a teoria à prática. Dessa maneira, frente às situações concretas diariamente vivenciadas pelas pessoas com deficiência, precisa haver o combate às práticas discriminatórias, que ainda são intensamente disseminadas na sociedade brasileira. Assim, com o objetivo de possibilitar a inclusão social, é importante agir desde a base, no ambiente escolar, até chegar ao ambiente de trabalho. Por isso, a atuação estatal diante da elaboração de políticas públicas voltadas para a efetividade dos direitos das pessoas com deficiência é essencial para mudar essa conjuntura atual de violação e desrespeito. Além de se buscar a igualdade, não se deve mascarar a diversidade, quer em relação à sociedade de maneira geral, quer dentro do próprio contexto das pessoas com deficiência, alcançando, assim, a igualdade material.

Palavras-chave: Direitos das pessoas com deficiência; diversidade; inclusão.

□ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq. E-mail: nayaratbrito@hotmail.com

□ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: robson.antao@uol.com.br

ABSTRACT

Talking about people with disabilities in our country, as well as discussing about their rights, presupposes, before anything else, the comprehension of their past as an excluded group and the consequent violation of their rights. Moreover, much more than recurring to an analysis of the rights listed in our Law, be it municipal, state, federal or international, when it comes, for instance, to conventions and pacts Brazil is officially obligated to fulfill, promoting the search for the real effectuation of those prerogatives is something clearly necessary to ally the theory and the practice. This way, given the real situations faced each day by people with disabilities, a combat is necessary against the discrimination, which is still so intensely disseminated in Brazilian society. This being said, with the objective of making possible a social inclusion, it is important to act from the base, in the ambiance of school, up to a work environment. Therefore, it is necessary that the state takes action in elaborating public politics turned to the effectuation of people with disabilities rights, this being essential to change the actual conjecture of violation and disrespect. Besides seeking equality, the diversity must not be hidden, be it hidden from society in general, be it hidden from the people with disabilities context, achieving, this way, material equality.

Keywords: People with disabilities rights; diversity; inclusion.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo propiciar, primeiramente, uma propedêutica apresentação do panorama histórico de exclusão das pessoas com deficiência, obviamente tentando evitar anacronismos, a fim de mostrar que elas se apresentam enquanto um grupo vulnerável que constantemente precisa lidar com a recorrente violação de seus direitos basilares. As barreiras arquitetônicas violam o direito de ir e vir, mas há barreiras comportamentais que, mais do que isso, impõem a desigualdade.

Ademais, visa-se a mostrar que, diante das dificuldades concretamente vivenciadas cotidianamente, se faz mister a adequação do ordenamento jurídico brasileiro à diversidade

apresentada e, mais do que isso, a busca por mecanismos que engendrem a verdadeira consecução dos princípios erigidos pelos legisladores e os direitos contemplados pelo corpo normativo.

De pronto, insta ressaltar que discorrer acerca da deficiência não implica em deixar de observar as peculiaridades das pessoas com deficiência entre si e para com as pessoas que não possuem deficiências, mas, de modo diametralmente oposto, deve-se entender suas especificidades, a começar pela pluralidade de deficiências, para que só assim haja a implementação satisfatória de políticas públicas e ações estatais específicas.

Pensar em mecanismos para a promoção dos direitos das pessoas com deficiência é ultrapassar a comum análise que é feita quando da observação de um sistema hermeticamente fechado, estanque e com fim em si mesmo. É, ao contrário, entender a complexidade da deficiência por meio de um processo dialógico que dê voz àqueles que a vivenciam, sem enxergá-la como incapacidade ou limitação total, observando, portanto, que enseja uma série de direitos que precisam ser garantidos.

Destarte, promover em meio à sociedade uma quebra de paradigmas excludentes, mudando o arcabouço valorativo onde o preconceito está tão enraizado, é crucial. Desse modo, possibilita-se a aceitação da igualdade na diversidade e a busca por instrumentos que ensejem a inclusão social.

1 A EXCLUSÃO DOS CORPOS DEFICIENTES: PANORAMA PRETÉRITO

Antes de proceder à análise dos instrumentos normativos que, contemporaneamente, visam a possibilitar um panorama de inclusão e igualdade material com respeito à diversidade, precisa-se compreender o porquê da importância de se buscar mecanismos para a promoção de direitos para as pessoas com deficiência. As razões são múltiplas, todavia coadunam com a percepção de que esse grupo foi historicamente excluído, mormente por ser estigmatizado e encarado como fruto de doença ou castigo divino, culminando com o estereótipo da anormalidade.

Consoante Carmo, em razão da necessidade de sobrevivência diante da vida nômade ou mesmo devido à superstição, algumas tribos eram indiferentes, abandonavam ou até chegavam a matar crianças, adultos e idosos que possuíssem deficiências. Alguns outros grupos indígenas, a seu

turno, tinham forte crença na existência de bons e maus espíritos e, por medo ou simples respeito, não faziam mal a seus diferentes, evitando as temidas represálias.¹

Nos dois principais expoentes da Antiguidade, Grécia e Roma, a valorização do corpo era muito forte, notadamente no contexto dos grandes exércitos existentes à época. Nesse contexto, era evidente que as pessoas com deficiência não seriam bem quistas. Assim, conforme preleciona Amaral

Quanto ao universo greco-romano, sabe-se que as pessoas desviantes/diferentes/deficientes tinham, conforme o momento histórico e os valores vigentes, seu destino selado de forma inexorável: ora eram mortas, assim que percebidas como deficientes, ora eram simplesmente abandonadas à "sua sorte", numa prática então eufemisticamente chamada de "exposição".²

A Idade Média, por sua vez, trouxe consigo o Cristianismo. À época, as pessoas com deficiência paulatinamente deixaram de ser exterminadas. No entanto, acabavam por serem segregadas, ficando excluídas do convívio em sociedade. A deficiência era, pois, sinônimo de pecado e a pessoa com deficiência teria que ser afastada das demais, apesar de que o discurso era de que seria uma oportunidade de praticar atos de caridade.

Com o Renascimento, a base de cunho humanístico exigia que a postura adotada frente à pesquisa naturalista sobre problemas físicos pudesse, em certa medida, avançar. Mesmo não havendo manifestações de retirada efetiva das pessoas com deficiência da posição à margem da sociedade, existiram mudanças diante do contexto das relações das pessoas com deficiência para com o resto da sociedade.³

Muito embora a contemporaneidade, máxime no contexto após a II Guerra Mundial, tenha ensejado o aprofundamento em pesquisas sobre o tema, percebe-se que as pessoas com deficiência continuavam a ser tratadas como corpos deficientes, resultando na continuação do processo de segregação e rotulação do grupo. Por isso, resta evidente a necessidade de se pensar uma legislação eficiente, mutável de acordo com as vicissitudes históricas, a qual abarque as pessoas com deficiência, lhes conceda direitos e possibilite uma maior inclusão no seio social.

¹ CARMO, Apolonio Abadio do. **Deficiência física: a sociedade brasileira cria, recupera e discrimina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gráfica Barbeira, 1994.

² AMARAL, Lígia Assumpção. **Conhecendo a deficiência em companhia de Hércules**. São Paulo: Robe Editorial, 1995, p. 43.

³ PLATT, Andreana Dulcina. **Revisitando a história quanto a produção da deficiência**. Santa Maria, RS: Cadernos de Educação Especial, v. 1, n.13, p. 05-20, 1999.

2 MARCOS NA LEGISLAÇÃO EM VIGOR CONTEMPORANEAMENTE E OS DESAFIOS À EFETIVAÇÃO PLENA

Não há que se falar dos direitos das pessoas com deficiência sem que seja mencionada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que se constituiu como a primeira convenção sobre direitos humanos do século XXI, sendo a primeira a ter status constitucional na história do Brasil, ratificada em 9 de julho de 2008.

Ex positis, tendo-a como o grande referencial hodierno no que tange à proteção dos direitos deste grupo vulnerável, insta destacar o que é disposto em seu art. 1º

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.⁴

A Constituição da República Federativa do Brasil, por sua vez, promovendo a transição para a democracia e configurando-se como uma “Constituição Cidadã”, também visou a tutelar direitos que pudessem abranger as pessoas com deficiência. A exemplo, podem ser citados os referentes à saúde, conforme aponta o art. 23, II, à educação, como o 208, III e à assistência social, art. 203, IV e V, sempre de modo inclusivo e não excludente.⁵

Outro importante marco no avanço da tutela de direitos para as pessoas com deficiência foi o Decreto Federal nº 5.296, de 2004, conhecido como decreto da acessibilidade, segundo o qual a aprovação de qualquer projeto público de natureza arquitetônica e urbanística, de comunicação e informação, de transporte coletivo, bem como a execução de qualquer tipo de obra que tenha destinação pública ou coletiva, somente ocorrerá quando houver acessibilidade para as pessoas com deficiência e pessoas com dificuldade de locomoção, tais quais gestantes e idosos.⁶

De maneira geral, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro promove direitos para as pessoas com deficiência. No entanto, isso não significa que, na concretude das situações fáticas por essas pessoas vivenciadas haja o efetivo respeito e garantia desses direitos que lhes são inerentes.

⁴BRASIL, **Decreto Legislativo nº 186**, de 2008. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

⁵Id, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

⁶Id, **Decreto Federal nº 5.296**, de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

Por isso, é de suma importância a atuação do Ministério Público. A saber, a Lei nº 7.853, de 1989, traz alguns meios de atuação do Ministério Público em face da garantia de direitos das pessoas com deficiência. Assim

Art. 3º As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.⁷

Ademais, há a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nas ações públicas, sejam coletivas ou individuais, em que sejam discutidos interesses concernentes à deficiência das pessoas.

Em última análise, há que se falar que o Ministério Público é incumbido da função de defender e possibilitar a consecução de interesses relevantes para a sociedade, cujos titulares não possam fazê-los sem tal intervenção. Desse modo

[...] o Ministério Público apresenta-se como um órgão responsável pela promoção e defesa de interesses socialmente relevantes e cujos titulares, inclusive por sua condição intrinsecamente coletiva, tenham dificuldade ou mesmo impossibilidade de fazê-los por si mesmos.⁸

CONCLUSÃO

À guisa de considerações finais, avulta destacar que a deficiência, enxergada, a depender do contexto histórico, de maneiras distintas, deve ser compreendida em toda a sua complexidade de modo a não ser um fator de segregação de indivíduos, naturalmente gregários, frente ao restante da sociedade.

⁷Id, Lei nº 7.853, de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm>. Acesso em 18 out. 2013.

⁸LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; CORREIA, Ludmila Cerqueira; LEÃO, Thiago Marques. Ministério Público e integralidade em saúde: os direitos humanos das pessoas com deficiência. In: LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; PINTO, Isabela Cardoso Matos; PEREIRA, Silvia Oliveira (Org.) **Políticas públicas e pessoas com deficiência: direitos humanos, família e saúde**. Salvador: Edefba, 2011, p. 31.

Compreender as pessoas com deficiência enquanto sujeitos de direito, capazes de desenvolver suas potencialidades desde que tenham seus direitos fundamentais respeitados, garantidos e efetivados, é o primeiro passo para a legislação em vigor hodiernamente possa ser concretizada diante da realidade social vivenciada por este grupo vulnerável historicamente excluído e marginalizado.

Por fim, o desenvolvimento de ações de cunho estatal que possibilitem a igualdade material em face da diversidade, ressaltando-se a atuação do Ministério Público em defesa dos direitos das pessoas com deficiência, pode, na prática, engendrar a efetividade de seus direitos e o real respeito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Lígia Assumpção. **Conhecendo a deficiência em companhia de Hércules**. São Paulo: Robe Editorial, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. **Decreto Federal nº 5.296**, de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. **Decreto Legislativo nº 186**, de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. **Lei nº 7.853**, de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm>. Acesso em 18 out. 2013.

CARMO, Apolonio Abadio do. **Deficiência física: a sociedade brasileira cria, recupera e discrimina**. 2. ed. Brasília: MEC/Secretaria dos Desportos, 1991.

LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; CORREIA, Ludmila Cerqueira; LEÃO, Thiago Marques. Ministério Público e integralidade em saúde: os direitos humanos das pessoas com deficiência. In: LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; PINTO, Isabela Cardoso Matos; PEREIRA, Sílvia Oliveira (Org.) **Políticas públicas e pessoas com deficiência: direitos humanos, família e saúde**. Salvador: Edufba, 2011, p. 31.

PLATT, Andreana Dulcina. **Revisitando a história quanto a produção da deficiência**. Santa Maria, RS: Cadernos de Educação Especial, v. 1, n.13, p. 05-20, 1999.

ACESSO AO TRANSPORTE E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CIDADE: ANÁLISE SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA TARIFA DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

Vanessa Laís Cavalcante Vassalo¹

RESUMO

Trata-se este trabalho de pesquisa em andamento, em que se abordará a temática do direito à cidade, com enfoque na mobilidade urbana sustentável e socialmente inclusiva, mormente no que diz respeito ao sistema de remuneração do serviço público de transporte coletivo urbano no Brasil – que se dá por meio de tarifa. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 30, V, estabelece que o serviço de transporte coletivo tem caráter essencial. Ressalte-se, também, que o transporte público, acessível a toda a população, é fundamental para a garantia do direito à cidade, conforme preconiza o Estatuto da Cidade em seu art. 2º, I. Entretanto, o que se verifica no cotidiano das cidades brasileiras é um quadro de negligência por parte dos Municípios para com a prestação adequada daquele serviço. Isso ocorre porque a concessão da prestação do serviço de transporte coletivo a empresas privadas sem a necessária fiscalização pelo Poder Público, aliada à lógica tarifária, de custeio do serviço exclusivamente pelo usuário (equiparando-se a uma relação de consumo), torna o valor da tarifa de ônibus progressivamente mais caro, o que vai de encontro aos interesses sociais e coletivos. Sendo assim, a presente pesquisa tem por objetivo fazer uma análise acerca da natureza jurídica da “tarifa” de transporte coletivo, bem como uma explanação das diversas possibilidades de financiamento do transporte coletivo urbano, no intuito de verificar qual a mais adequada a tornar esse serviço acessível do ponto de vista social e econômico, proporcionando, dessa forma, a efetivação do direito à cidade.

Palavras-chave: Transporte coletivo; tarifa; direito à cidade.

ABSTRACT

The present ongoing essay will address one's right to the city, focusing on sustainable and socially inclusive urban mobility, mainly in what is related to the remuneration system of the urban mass

¹ Acadêmica do 9º período do curso de graduação em Direito na Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL.
E-mail: vanessa.vassalo@gmail.com.

transit in Brasil – which is done by the means of tariff. The 1988 Federal Constitution settles that the service of mass transit system is essential. It is highlighted also that the public transport, to which all the population has access, is fundamental for the guarantee of the right to the city, as it is pre-recognized by the Statute of the City in its 2nd art, I. However, what is verified in the daily life of Brazilian cities is a scenery of negligence by the Municipalities with the adequate service delivery when it comes to public transport. It happens because the concession of service delivery of mass transit system to private companies without the necessary supervision by the Government, associated with the logical tariff of remuneration exclusively by the user (equating a consume relation) makes the tariff value progressively more expensive, which antagonizes the mass social interests. Having said that, the present research aims to analyze the legal nature of the mass transit system “tariff”, as well as to make an explanation of the many funding possibilities of the urban mass transit, in order to verify which one is more likely to make this service socially and economically accessible, and so providing a legitimate right to the city.

Keywords: Mass transit; tariff; right to the city.

INTRODUÇÃO

A pesquisa a ser realizada abordará, sob a perspectiva do direito à cidade, aquilo que diz respeito à garantia do acesso ao serviço de transporte coletivo urbano, mediante análise do modelo atual de financiamento deste serviço, que é remunerado por “tarifa” paga diretamente pelo usuário.

O Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, prevê em seu art. 2º, I, a “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, **ao transporte e aos serviços públicos**, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (grifos nossos).

Entretanto, verifica-se que, no plano fático, esses direitos e serviços têm sido negligenciados pelo Poder Público, de forma que as camadas sociais menos favorecidas, do ponto de vista financeiro, sofrem prejuízos; além disso, a lógica da remuneração do serviço de transporte coletivo através de tarifa, paga diretamente pelos usuários, acarreta um progressivo aumento de seu valor, o que contribui ainda mais para a segregação espacial e social no meio urbano.

O tema a ser tratado no presente estudo é de manifesta relevância social, posto que há problemas na mobilidade urbana em praticamente todas as capitais brasileiras, em que o serviço de transporte coletivo é insatisfatório à população, além de excludente, do ponto de vista espacial e socioeconômico.

Fatos que melhor evidenciam a urgência da resolução dessa problemática são as manifestações ocorridas este ano no Brasil, que ficaram conhecidas como “Jornadas de Junho”. O estopim da revolta popular foi, justamente, o caráter abusivo do preço das tarifas de ônibus em várias cidades brasileiras.

Assim, esta pesquisa problematiza com a questão: a remuneração do serviço de transporte coletivo urbano por meio de **tarifa** é juridicamente adequada, levando-se em consideração a necessidade de possibilitar o acesso ao transporte, corolário do direito à cidade?

Como hipótese tem-se que, apesar de a Constituição Federal o declarar como serviço público essencial (art. 30, V), ele é atualmente influenciado pela lógica de atividade econômica lucrativa, de forma que o serviço de transporte coletivo urbano remunerado por tarifa (preço público), aliado à falta de controle por parte do Poder Público, tem sido um dos empecilhos à concretização do direito à cidade, por conta de um sistema de transporte coletivo cada vez mais caro e excludente.

1 DIREITO À CIDADE E MOBILIDADE URBANA

Em 2001, a Lei 10.257, conhecida como Estatuto da Cidade, trouxe avanços legislativos no que se refere à política de desenvolvimento urbano no Brasil. Em seu art. 2º, I, estabelece, *in verbis*

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – **garantia do direito a cidades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, **ao transporte e aos serviços públicos**, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações [...] (grifos nossos).

Assim, pode-se dizer que o direito à cidade possui várias dimensões, trata-se da possibilidade do cidadão usufruir de toda a potencialidade da cidade onde vive, de um direito de pleno acesso aos seus espaços, bem como aos serviços públicos, como educação e saúde, além da cultura e do lazer.

Conforme afirma Raquel Rolnik², “[...] a questão da mobilidade é uma questão central, porque a definição da inserção territorial, ela se dá parcialmente pelo lugar, mas ela basicamente se dá pelo **acesso ao lugar**, e o **acesso ao lugar depende da mobilidade**” (grifos nossos).

Tamanha é a importância da questão urbana que a Constituição Federal prevê, em seu art 182: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o **pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes**” (grifos nossos).

² ROLNIK, Raquel. **Tarifa zero, uma realidade possível**. Debate público sobre o projeto Tarifa Zero e Direito à Cidade. Disponível em : <<http://passapalavra.tv/?p=44744>>. Acesso em 02 jul 2013.

Nesse sentido, estabelece a Lei 12.587/2012, art. 2º, *in verbis*, "A Política Nacional de Mobilidade Urbana tem por objetivo contribuir para o **acesso universal à cidade**, o fomento e a concretização das condições que contribuam para a efetivação dos princípios, objetivos e diretrizes da política de desenvolvimento urbano" (grifos nossos).

O Plano Diretor de Maceió, em seu art. 76, parágrafo único, diz que

Por mobilidade compreende-se o direito de todos os cidadãos ao acesso aos espaços públicos em geral, aos locais de trabalho, aos equipamentos e serviços sociais, culturais e de lazer **através dos meios de transporte coletivos, individuais e dos veículos não motorizados, de forma segura, eficiente, socialmente inclusiva e ambientalmente sustentável.** (grifo nosso)

Esta Lei Municipal segue o que preconiza o Ministério das Cidades³, que afirma

Este conceito é base para as diretrizes de uma política-síntese, que tem como finalidade primeira proporcionar o **acesso amplo e democrático ao espaço urbano, de forma segura, socialmente inclusiva e ambientalmente sustentável.** [...] a ideia de mobilidade, centrada nas pessoas que transitam é ponto principal a ser considerado numa política de desenvolvimento urbano que busque a produção de **cidades justas, de cidades para todos, que respeitem a liberdade fundamental de ir e vir, que possibilitem a satisfação individual e coletiva em atingir os destinos desejados, as necessidades e prazeres cotidianos** (grifos nossos).

Entretanto, ainda se está longe de alcançar um nível de mobilidade urbana nesses moldes nas cidades brasileiras em sua maioria, inclusive em Maceió. Isso porque a municipalidade pouco tem investido na infraestrutura dos transportes coletivos, mas principalmente porque o acesso ao transporte coletivo está sendo progressivamente dificultado, especialmente à população de menor renda.

Como afirma Raquel Rolnik⁴,

[...] A cidade ainda é predominantemente um produto de consumo de poucos, isso significa: **não são todos os moradores da cidade que têm direito à cidade** [...] Essa questão da inserção territorial, do direito de usufruir da cidade, dos quais as possibilidades de mobilidade fazem parte, ela também tem a ver com uma história de luta pelos modelos e sistemas de circulação e mobilidade, que também, historicamente, nesse mesmo paradigma hegemônico de desenvolvimento urbano foi absolutamente identificado e priorizado na relação com o automóvel, eu diria mais do que na relação com o automóvel privado, na relação política com seus motoristas, ou seja, os proprietários dos automóveis privados (grifo nosso).

Essa afirmação pode ser comprovada por dados do IPEA, obtidos em estudo realizado em 2011, quando se chegou à conclusão de que "os automóveis recebem até 90% dos subsídios dados ao transporte de passageiros no país, **12 vezes mais que o transporte público**"⁵ (grifo nosso).

³ BRASIL. Ministério das Cidades. **Política nacional de mobilidade urbana sustentável.** 2004. p. 14.

⁴ ROLNIK, Raquel. **Tarifa zero, uma realidade possível.** Debate público sobre o projeto Tarifa Zero e Direito à Cidade. Disponível em : <<http://passapalavra.tv/?p=44744>>. Acesso em 02 jul 2013.

⁵ IPEA. **Infraestrutura Social e Urbana no Brasil:** subsídios para uma agenda de pesquisa e formulação de políticas públicas. A mobilidade urbana no Brasil. 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110525_comunicadoipea94.pdf>. Acesso 26 de set

A urbanista explica, ainda, o porquê desse privilégio:

Historicamente, a política urbana no Brasil privilegiou o espaço de circulação dos automóveis privados em detrimento dos investimentos numa estrutura de transporte público de qualidade. E por que isso? [...] a razão fundamental pra isso, ela é uma razão de classe, porque o processo decisório nos investimentos públicos da circulação, foram processos decisórios feitos por e para um grupo muito restrito do conjunto da população [...] (grifos nossos).

Como se vê, o processo de urbanização nas cidades brasileiras, historicamente falando, não se ocupou de considerar as demandas sociais das camadas menos favorecidas economicamente. De fato, salienta David Harvey ⁶: “A urbanização, portanto, sempre foi um fenômeno de classe, uma vez que o controle sobre o uso dessa sobreprodução sempre ficou tipicamente na mão de poucos [...] Sob o capitalismo, emergiu uma conexão íntima entre o desenvolvimento do sistema e da urbanização”.

Nesse contexto das cidades segregadas espacial e socialmente, está a questão da exclusão social por meio da adoção de um sistema de circulação que privilegia o individual em detrimento do coletivo.

Contudo, esse modelo urbano tem se tornado insustentável, tanto do ponto de vista das condições de locomoção na cidade, como da exclusão social, da agressão ao meio ambiente urbano ou até mesmo da saúde pública (por conta de problemas respiratórios decorrentes da poluição do ar e dos acidentes automobilísticos).

Isso levou o Ministério das Cidades a repensar a política de mobilidade urbana adotada no Brasil, de forma a estabelecer como uma de suas diretrizes o conceito de “Mobilidade Urbana Sustentável”.

Mobilidade Urbana Sustentável pode ser definida como o resultado de um conjunto de políticas de transporte e circulação que visa proporcionar o **acesso amplo e democrático ao espaço urbano**, através da **priorização dos modos não-motorizados e coletivos de transportes**, de forma efetiva, que **não gere segregações espaciais, socialmente inclusiva e ecologicamente sustentável**.

A Política Nacional de Mobilidade Urbana Sustentável trouxe prioridades e objetivos, dentre eles o **direito à cidade, a consolidação da democracia, a promoção da cidadania e da inclusão social**, a modernização regulatória e desenvolvimento institucional e o fortalecimento do poder local ⁷ (grifos nossos).

Pelo exposto, verifica-se a mobilidade urbana como elemento fundamental à efetivação do direito à cidade, entendido como o direito de todos os seus habitantes a acessarem os seus espaços e serviços públicos, garantindo, dessa forma, o bem estar mencionado no dispositivo constitucional.

2013.

⁶ HARVEY, David. **O direito à cidade**. Revista Piauí. Edição 82. p. 38.

⁷ BRASIL. Ministério das Cidades. **Transporte e mobilidade urbana**. In: Cidades.gov.br. disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/politica-nacional-de-mobilidade-urbana>>. Acesso em 02 jul 2013.

2 NATUREZA JURÍDICA DA TARIFA DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO – SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL

Pode-se afirmar que o principal elemento obstaculizador do acesso ao transporte urbano é o valor da tarifa de ônibus, se não o próprio sistema de cobrança por meio de tarifa.

Ressalte-se que a Constituição Federal estabelece em seu art. 30, V, que "compete aos Municípios [...] organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de **transporte coletivo, que tem caráter essencial**" (grifos nossos).

Resta claro, então, que o serviço de transporte coletivo é um serviço público de caráter essencial e, em assim sendo, não há que se considerar a remuneração por "**tarifa**", pois esta é "**preço público**" e, se levarmos em consideração o que dispõe o art. 145, II, da CF/88, pode-se dizer que a sua natureza jurídica é, em verdade, de "**taxa**".

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
[...] II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

Esse é o entendimento de Estevão Horvat⁸. Afirma o tributarista

Preço público é preço contratual, que constitui contraprestação de serviços de natureza comercial ou industrial [...] serviços estes prestados por meio de contrato de adesão. [...] O que não tem sentido é pretender-se à existência de contrato quando o que deve aderir não tem sequer a liberdade de não contratar [...] (grifo nosso).

Ou seja, "não pode haver preço público, porque não há contrato". Indaga quanto a isso o referido autor: "Será mesmo que um operário, nos dias que ora correm, percebendo mensalmente um salário-mínimo, tem a opção entre tomar ônibus para ir ao seu trabalho e locomover-se de táxi ou outro meio qualquer de transporte, a não ser aquela de ir a pé?"⁹ A resposta é negativa.

A mesma posição é adotada por Régis Fernandes de Oliveira¹⁰: "O só fato de se afirmar que se cuida de um serviço público tem, implícita, a consideração de que não se pode falar de verdadeiro contrato, nem de preço".

⁸ HORVATH, Estevão. **Tarifa de transporte coletivo urbano**. Competência do Município. Natureza jurídica de taxa. Limites são seu "quantum". Competência do Estado-Membro. Revista de Direito Tributário, v. 65, p. 150-160, 1993. p. 154.

⁹ HORVATH, Estevão. **Tarifa de transporte coletivo urbano**. Competência do Município. Natureza jurídica de taxa. Limites são seu "quantum". Competência do Estado-Membro. Revista de Direito Tributário, v. 65, p. 150-160, 1993. p. 154.

¹⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 183.

Em se tratando da regulação dos serviços de transporte público coletivo, a Lei 12.587/2012, que institui a Política Nacional de Mobilidade Urbana, determina, em seu art. 8º, as diretrizes da política tarifária. No art. 9º, §1º, estabelece

“[...] a tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público coletivo deverá ser constituída pelo **preço público cobrado do usuário** pelos serviços **somado à receita oriunda de outras fontes de custeio**, de forma a cobrir os reais custos do serviço prestado ao usuário por operador público ou privado, além da remuneração do prestador” (grifos nossos).

Percebe-se que a solução legislativa busca desonerar o preço pago pelos usuários do transporte, ao prever “receita oriunda de outras fontes de custeio”. Entretanto, não propõe qualquer mudança na lógica do sistema de cobrança por tarifa/preço público, que se mantém, de forma atenuada.

Em estudo realizado pelo IPEA¹¹, em julho de 2013, algumas soluções foram propostas, no que se refere às possíveis fontes para o financiamento do transporte público. Além disso, também foi demonstrado na pesquisa mencionada como se dá o financiamento do transporte coletivo em outros países, que contam com subsídios públicos para o seu custeio.

Assim, é cabível a análise sobre qual seria a natureza jurídica dessa “tarifa”, e se a solução apresentada pela Lei, por si só, é suficiente e compatível com a inclusão social e a garantia do acesso universal à cidade por meio do transporte coletivo.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que a tarifa de transporte coletivo urbano é atualmente tratada como preço público, decorrente de uma relação contratual, e não se quer, nesta oportunidade, defender esse tipo de tratamento jurídico, pois, no momento em que o serviço público de transporte coletivo passa a ser tratado como uma relação contratual (mais aproximada de uma relação de consumo, no caso), as camadas sociais de menor renda têm dificuldades de acesso ao transporte e no exercício de seu direito à cidade.

Se se considerar que a natureza jurídica dessa remuneração seria de taxa, esta estaria submetida a regime de direito público, bem como a todos os princípios de direito constitucional tributário, o que garantiria maior proteção ao usuário/contribuinte, bem como socializaria os custos desse serviço, que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, é **público e essencial**.

¹¹ IPEA. **Tarifação e financiamento do transporte público urbano**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/notatecnicadirur_transpostetarifas.pdf>. Acesso em 13 jul 2013.

Dessa forma, o que se tem hoje é um cenário em que o serviço de transporte coletivo acessível se torna fundamental para que todos os cidadãos possam ser incluídos no espaço urbano.

Portanto, para que seja alcançada a inclusão social, bem como a efetivação do direito à cidade por meio da garantia do acesso aos seus serviços e espaços públicos, faz-se necessária uma análise sobre o atual sistema de financiamento do serviço de transporte urbano, um vez que a lógica tarifária vai de encontro à ideia de um transporte coletivo acessível.

Nesse sentido, vale lembrar que as soluções possíveis implicam, também, escolhas políticas, que moldarão o futuro da cidade, incluindo as opções que forem tomadas em relação à mobilidade urbana e ao sistema de custeio do transporte público. Entretanto, as escolhas sociais necessitam de embasamento teórico, bem como o Direito pode vir a ser importante ferramenta, ao fornecer subsídios que legitimem as reivindicações populares.

Sendo assim, o presente estudo visa contribuir para o entendimento da articulação da Política Nacional de Mobilidade Urbana como efetivação do direito à cidade e, dentro desse contexto, qual seria a forma de remuneração juridicamente adequada para que o serviço de transporte coletivo urbano seja, de fato, considerado socialmente inclusivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério das Cidades. **Política nacional de mobilidade urbana sustentável**. 2004. _____ . Ministério das Cidades. **Transporte e mobilidade urbana**. In : Cidades.gov.br. disponível em : <<http://www.cidades.gov.br/index.php/politica-nacional-de-mobilidade-urbana>>. Acesso em 02 jul 2013.

HARVEY, David. **O direito à cidade**. Revista Piauí. Edição 82.

HORVATH, Estevão . **Tarifa de transporte coletivo urbano**. Competencia do Municipio. Natureza juridica de taxa. Limites sao seu "quantum". Competência do Estado-Membro. Revista de Direito Tributário, v. 65, p. 150-160, 1993.

IPEA. **Infraestrutura Social e Urbana no Brasil**: subsídios para uma agenda de pesquisa e formulação de políticas públicas. A mobilidade urbana no Brasil. 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110525_comunicadoipea94.pdf>. Acesso 26 de set 2013.

_____. **Tarifação e financiamento do transporte público urbano**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/notatecnicadirur_transpostetarifas.pdf>. Acesso em 13 jul 2013.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROLNIK, Raquel. **Tarifa zero, uma realidade possível.** Debate público sobre o projeto Tarifa Zero e Direito à Cidade. Disponível em : <<http://passapalavra.tv/?p=44744>>. Acesso em 02 jul 2013.

A OBRIGAÇÃO DE PROGRESSIVIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO.

Vitor de Andrade Monteiro¹

Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira²

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a obrigação de progressividade na implementação dos direitos sociais como fundamento para a denominada proibição de regressividade ou proibição de retrocesso social. Para tanto, são abordadas disposições normativas constantes do PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como algumas das Observações Gerais publicadas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a quem cabe a tarefa de interpretar as normas constantes daquele pacto internacional. Afirma-se ser a proibição de retrocesso uma verdadeira garantia substancial dos direitos sociais vigentes contra eventuais tendências regressivas no que pertine ao grau de tutela jurídica já conquistado. Procura-se, entretanto, abordar a proibição de regressividade não como um limite normativo absoluto e inflexível, mas como um necessário parâmetro norteador e limitador com relação à atuação estatal, que somente pode ser afastado de maneira excepcional, mediante justificativa específica e razoável, e, desde que demonstrado não ser a medida de retrocesso decorrente de escolhas administrativas injustificadas ou mesmo desproporcionais. Afirma-se, ao final, a íntima relação entre obrigação de progressividade e proibição de retrocesso social, consistindo aquela em verdadeiro fundamento desta última e contribuindo ambos os conceitos para a garantia dos direitos sociais e para a manutenção do nível atual de sua proteção.

Palavras-chave: Direitos sociais; progressividade; proibição de retrocesso.

¹ Mestrando em Direito Público pela UFAL/FDA. Membro do Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. E-mail: vitoramonteiro@hotmail.com.

² Mestrando em Direito Público pela UFAL/FDA. Membro do Grupo de Pesquisa em Pragmatismo, Teorias da Justiça e Direitos Humanos, coordenado pelo Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão. Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. E-mail: davi_gouvea@yahoo.com.br.

ABSTRACT

This article aims to analyze the requirement of progressive implementation of social rights as the foundation for the so-called social non-regression obligation. For this, it will discuss some normative provisions contained in the ICESCR - International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, as well as some General Observations, published by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, which has the attribution of interpreting the provisions contained in that international covenant. It affirms the non-regression obligation as a real substantial guarantee of social rights against any regressive tendencies related to the respect to the degree of legal protection already achieved. It considers, however, the non-regression obligation not as an absolute and inflexible normative limit, but as a necessary parameter guiding and limiting the state action, which can only be removed in an exceptional situation by specific and reasonable justification, and since been shown that the regression is not a consequence of unjustified or disproportionate administrative choices. It is stated at the end, the intimate relationship between the obligation of progressive and prevention of social regression, consisting that one on a true foundation of the latter one, and contributing both concepts for the guarantee of social rights and the maintenance of the current level of their protection.

Keywords: Social rights; progressivity; non-regression obligation.

INTRODUÇÃO

A promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais é uma atividade complexa, pois exige organização, planejamento e dispêndio de recursos. Por essa razão, é por demais natural que sua implementação seja desenvolvida de forma gradual e evolutiva, permitindo uma progressividade no oferecimento de prestações estatais.

Com base nessa constatação, pretende-se realizar uma abordagem da obrigação de progressividade como fundamento para a denominada proibição de regressividade ou de retrocesso social.

A análise proposta passará pelas normas constantes do PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como por algumas Observações Gerais publicadas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, permitindo, ao final, sejam apontadas algumas conclusões pertinentes ao tema.

1 OBRIGAÇÃO DE PROGRESSIVIDADE E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

A obrigação de progressividade é extraída do art. 2º, § 1º do PIDESC, que prevê a exigência de serem gradualmente implementados os direitos nele estabelecidos. Os Estados signatários do pacto devem adotar medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A progressividade, assim, expressa a ideia de que a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais supõe uma certa gradualidade em sua plena implementação. É nesse sentido que a Observação Geral nº 3 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais trouxe um conceito acerca da realização progressiva, afirmando que ela “constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais geralmente não poderá ser lograda num período curto de tempo”³.

Já nesse ponto, pode-se afirmar ser a obrigação de não regressividade ou proibição de retrocesso um dever positivado no âmbito do direito internacional dos direitos humanos e ao qual a República Federativa do Brasil está submetida, enquanto signatária do PIDESC, que foi inclusive ratificado internamente em 1992.

São impostas, em face dos direitos previstos no PIDESC, obrigações de comportamento e de resultado. Em virtude das primeiras, devem ser adotadas medidas em curto prazo e utilizando-se de todos os meios apropriados para a garantia dos direitos previstos no Pacto. Por outro lado, a obrigação de resultado é representada pelo dever dos Estados de assegurar o avanço progressivo quanto ao pleno exercício daqueles direitos⁴.

Longe de significar uma escusa ao efetivo cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, o reconhecimento pelo PIDESC da gradualidade da implementação desses direitos representa uma aproximação com o mundo real e com as dificuldades nele encontradas⁵. Com efeito, não se mostra possível que com a simples assinatura de um pacto internacional, e com a consequente previsão de determinados direitos sociais, a realidade fática mude de um dia para o outro. Em verdade, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser interpretada à luz da finalidade precípua do Pacto, que é a perseguição daqueles direitos. Destarte,

³ COMITEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. **General Comments**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>>. Acesso em: 20.07.2013.

⁴ BONTEMPO, Alessandra Gotti. O Direito à Saúde: Perspectivas e Possibilidades para uma Proteção Judicial mais Exitosa. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 491.

⁵ ABRAHMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 116.

impõe-se o dever de movimentar a máquina estatal tão rápida e efetivamente quanto possível, até o alcance dessa meta.

Por outra ótica, a noção de progressividade implica ainda o dever de evolução na qualidade e nas condições de fruição e exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais. Nesse sentido o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais destaca ainda, em sua Observação Geral nº 3, que cabe aos Estados Partes, a fim de alcançar a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, adotar medidas que “devem ser deliberadas, concretas e orientadas para o cumprimento das obrigações reconhecidas no Pacto”⁶.

Decorrem da exigência de implementação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais algumas obrigações concretas e que podem ser sujeitas ao controle judicial, em caso de descumprimento. O ponto de partida, chamada por Abrahmovich e Curtis de *obrigação mínima*, é o dever de não regressividade ou proibição de retrocesso social⁷. Pode-se entender esta noção como a vedação de adoção de qualquer medida administrativa que venham a reduzir ou piorar o acesso aos direitos econômicos, sociais e culturais disponibilizados à população quando da adesão ao tratado internacional. Da mesma forma, extrai-se da noção de não regressividade a ideia de que cada melhora progressiva serve de novo parâmetro para a não regressão, de maneira que cada evolução serve também, simultaneamente, de barreira ao regresso⁸.

Para Goldschmidt, pode-se extrair da ideia de proibição de retrocesso social que quando um direito for reconhecido por um sistema jurídico e definido como um direito fundamental, “esse não poderá ser suprimido ou restringido inadequadamente, a ponto de causar um retrocesso na sua atualização”⁹.

Na Observação Geral nº 3 consta ainda que “qualquer medida deliberadamente regressiva a respeito requererá a mais cuidadosa consideração e deverá ser justificada plenamente”¹⁰. Vê-se que a regra quanto à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais é a implementação progressiva e a conseqüente ausência de inércia ou de regresso nos patamares já alcançados, apenas podendo ser ela excepcionada em situação extraordinária plenamente justificada, onde se demonstre

⁶ COMITEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. **General Comments**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>>. Acesso em: 20.07.2013.

⁷ Ao tratar da proibição de regressividade, Canotilho utiliza as expressões “proibição ao retrocesso social”, “proibição contrarrevolução social” e “proibição da evolução reacionária”. Para o autor elas consistem na ideia de que uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 338-339.

⁸ ABRAHMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 118.

⁹ GOLDSCHIMDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. Passo Fundo: **Revista Justiça do Direito**, nº14, p. 29-36, 2000.

¹⁰ COMITEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. **General Comments**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>>. Acesso em: 20.07.2013.

que a redução da proteção desses direitos não se deu por simples priorização de outros direitos menos importantes.

Nesse ponto, faz-se relevante a ponderação levantada por Canotilho, ao afirmar que uma adequada margem de conformação do legislador, mesmo em sentido regressivo não pode ser totalmente neutralizada pelos tribunais, o que significa que o princípio da irreversibilidade de níveis de prestação de direitos sociais já adquiridos deve ser interpretado de maneira racional, fazendo-se uso inclusive da proporcionalidade, afinal poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os referidos níveis para manter o próprio núcleo essencial do direito social em questão¹¹. A mencionada proibição, ao tempo em que consiste em um limite jurídico posto ao Poder Legislativo, também se apresenta como a prossecução de uma política congruente com os direitos positivados e com as expectativas subjetivamente criadas.

A proibição de regressividade já foi objeto de tratamento por constitucionalistas do porte de Konrad Hesse¹² que, ao tratar dos direitos sociais, propôs a teoria da irreversibilidade, sustentando que toda medida regressiva que venha a afetar o conteúdo essencial das regulações estabelecidas seria considerada inconstitucional, visão esta que protege as conquistas sociais já alcançadas. No mesmo sentido, defende Canotilho que a violação essencial ao núcleo do direito já efetivado ensejará a sanção de inconstitucionalidade relativamente à norma que afronte a chamada justiça social¹³.

Ao fundamentar o princípio da proibição de retrocesso no direito brasileiro, Barroso afirma que o mesmo não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, e consiste no fato de que se uma lei regulamenta um mandamento constitucional, instituindo um determinado direito, este é incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania, não podendo ser absolutamente suprimido¹⁴.

Sarlet leciona que no sistema jurídico pátrio o princípio da proibição de retrocesso decorre implicitamente do sistema constitucional, especialmente: do princípio do Estado Democrático e Social de Direito; do princípio da dignidade da pessoa humana; do princípio (e dever) da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; do princípio da proteção da

¹¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contribuição para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

¹²ABRAHMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 119.

¹³Defende o autor que “não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais, sobretudo no seu núcleo essencial. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 340.

¹⁴BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.158.

confiança e da boa-fé; e, da necessidade de conformação do legislador à vontade expressa do constituinte¹⁵.

Embora concordemos com parcela significativa dos mencionados argumentos, faz-se necessário reiterar que a proibição de retrocesso ou obrigação de não regressividade tem seu fundamento jurídico desde o sistema internacional de direitos humanos, consistindo em verdadeira garantia supraestatal dos direitos humanos. A possibilidade de se reconhecer implicitamente o referido princípio no sistema constitucional brasileiro vem a reforçar o seu aspecto de normatividade, que se já se fazia presente no âmbito do ordenamento jurídico supraestatal.

O adequado manejo da proibição de retrocesso ou obrigação de não regressividade exige, como visto, uma análise detida das circunstâncias do caso concreto, somando-se a isso, muitas vezes, a consideração de aspectos consequencialistas de sua eventual flexibilização. De qualquer maneira, essa última circunstância deve permanecer sendo vista com excepcionalidade, cabendo a quem pretenda afastar a proibição de retrocesso arcar com o ônus de uma maior carga argumentativa, inclusive quanto à demonstração de terem sido empregados todos os recursos disponíveis.

Vê-se que a proibição de regressividade se apresenta como uma garantia substancial, prestando-se a proteger o conteúdo dos direitos vigentes e servindo de parâmetro de julgamento que pode ser diretamente aplicável pelo magistrado ao apreciar questões relativas à implementação de direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, a liberdade de atuação do poder legislativo, e sua inerente auto-reversibilidade, observam como limite o núcleo essencial já efetivado, em especial quando este núcleo compreende a garantia do mínimo existencial, que remete à especial proteção que exige a dignidade humana¹⁶.

Para alguns autores, a noção de não regressividade deve ser compreendida em conjunto com a ideia de razoabilidade, de forma que o Estado, além não poder piorar a situação do tratamento de direitos econômicos, sociais e culturais vigentes, também não pode adotar medidas que ultrapassem o limite da razoabilidade, de forma que a proibição de regressividade passaria a constituir uma nova categoria de análise do conceito de razoabilidade da lei¹⁷.

O dever de efetivação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, portanto, caminha em paralelo com a proibição de retrocesso social, servindo como verdadeiro fundamento

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88 et seq.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 340.

¹⁷ ABRAHMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 122.

desta última e promovendo uma evolução constante na implementação daqueles direitos, bem como viabilizando a preservação das conquistas sociais já alcançadas.

CONCLUSÃO

A proibição de regressividade ou proibição de retrocesso consiste em garantia que apresenta amparo constitucional, ainda que implícito, mas cuja fundamentação jurídico-normativa e obrigatoriedade de observância já estão há muito estabelecidas no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, especialmente no PIDESC, ao qual se somam as Observações Gerais do Comitê de Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais.

Por outro lado, não se deve nutrir a concepção ambiciosa de uma garantia absoluta, que não admite temperamentos. Estes jamais podem ser admitidos ao ponto de reduzir o conjunto de prestações que compõem o mínimo existencial. Mas, circunstâncias excepcionais podem autorizar a flexibilização do mencionado conceito, mediante rígidas condições como, por exemplo, a não redução do nível geral de garantia de direitos e a comprovação inequívoca de que foram empreendidos todos os esforços no sentido da implementação dos direitos em questão. Nesse caso, entretanto, a mencionada pretensão de flexibilização virá acompanhada do ônus de uma maior carga argumentativa, bem como da necessidade de uma análise profunda das circunstâncias envolvidas no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ABRAHMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. O Direito à Saúde: Perspectivas e Possibilidades para uma Proteção Judicial mais Exitosa. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.
_____. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contribuição para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMITEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. **General Comments.** Disponível em: <<http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>>. Acesso em: 20.07.2013.

GOLDSCHIMDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. Passo Fundo: **Revista Justiça do Direito**, nº 14.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GT 4: Direito Civil e Empresarial

A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Arthur de Melo Toledo¹⁸

Jéssica Aline Caparica da Silva¹⁹

RESUMO

O referido trabalho, por meio da influência dos direitos fundamentais no Código Civil de 2002, explanará acerca da aplicabilidade de tais direitos constitucionalmente previstos e protegidos às relações entre particulares. O artigo inicia-se abordando a temática da constitucionalização dos direitos, num ambiente contextualizado. Explica-se como era a sociedade na elaboração do Código Civil de 1916 e a quem ele, preponderadamente, era dirigido. Passa-se a abordar o marco neoconstitucionalista, com a eficácia normativa e supremacia da Constituição, marcando, assim, a posição da Carta Constitucional no ápice da pirâmide normativa, de modo que todo o ordenamento seja construído de acordo com os valores nela consagrados. Nessa seara, os denominados direitos fundamentais passam a ser aplicados nas relações privadas, mormente da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Se antes o Direito civil era tão apartado do direito público, hoje surge o denominado direito civil-constitucional, despertando o estudo de diversos pesquisadores. Deste modo, o Código Civil de 2002 inova ao ter suas raízes na teoria tridimensionalista do Direito de Reale, carregando consigo uma técnica legislativa que abrange cláusulas mais abertas, mas com limitações presentes não apenas no sistema civil, mas no sistema jurídico como um todo, inclusive constitucional.

¹⁸ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas; Membro do grupo de Direito Civil-constitucional orientado pelo professor Dr. Marcos Ehrhardt Jr. Email: arthurtoledo@me.com.

¹⁹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas; Membro do grupo de Direito Civil-constitucional orientado pelo professor Dr. Marcos Ehrhardt Jr. Email: jessicaparica@gmail.com.

Palavras-chave: Direito civil; Direito Constitucional; constitucionalização dos direitos; direitos fundamentais.

ABSTRACT

This paper, through the influence of fundamental rights in the Civil Code of 2002, is about the applicability of such rights constitutionally protected and provided for the relations between individuals. The article begins by addressing the theme of constitutionalization of rights in a contextual field. Explains how was society in drafting the Civil Code of 1916 and whom it was directed. One begins to approach the March neoconstitucionalist with the effectiveness and normative supremacy of the Constitution, marking thus the position of the Constitutional Charter on the apex of the pyramid rules, so that all the law is built according to the values enshrined therein. In this area, the so-called fundamental rights are to be applied in private affairs, particularly the consecration of human dignity as the foundation of the Federative Republic of Brazil. Before the civil law was so estranged from the public, now comes the so-called civil law, constitutional, awakening the study of many researchers. Thus, the 2002 Civil Code innovates to have its roots in Reale's theory, carrying a legislative technique covering clauses more open, but with limitations present not only in the civilian system, but in the legal system as a whole, even constitutional.

Keywords: Civil Law; Constitutional Law; constitutionalization of rights; fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916 era a seara jurídica de refúgio dos indivíduos. Marcado pelo individualismo, pela proteção ao sujeito, à propriedade, conveniente ao expoente elitista a quem era direcionado. Com a vinda da Constituição de 1988 e com o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, a defasagem do Código se mostrou não apenas social, mas jurídica, por não ser harmônico com os ditames constitucionais. Surge então o Código Civil marcado pelo triunfo neoconstitucionalista presente no Estado Democrático de Direito.

1 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O CONTEXTO SOCIAL

A constitucionalização é fruto da evolução constitucional desencadeada com o pós Segunda Guerra Mundial, em razão do reconhecimento da supremacia da Constituição e da normatividade dos princípios jurídicos²⁰.

A Constituição de 1988 elenca um rol de Direitos e Garantias em seu Título II expressamente taxados como fundamentais. Antes, porém, no art. 3º, prescreve-se a dignidade da pessoa humana na posição de fundamento da República Federativa do Brasil. Assim, por opção do constituinte originário, todos os direitos ali positivados são fundamentais²¹.

Em virtude da supremacia da Carta Constitucional, todo o ordenamento jurídico é construído de acordo com aquela, formando um todo homogêneo. O direito infraconstitucional é influenciado pelos ditames constitucionais, consubstanciando uma relação dinâmica e dialética. Não poderia ser diferente

e com o direito privado. Seja pela posição superior da Constituição, seja pela interpretação que concretiza a constituição ou pela evolução da jurisprudência, a Constituição passa a incidir nas relações privadas e a ser interpretada não somente no direito constitucional, mas nos demais ramos²².

O direito civil era, até então, o ambiente identificado pelo individualismo, bem distante das normas de direito público²³. As relações sociais se modificam e tornam-se mais complexas. A sociedade, na década de elaboração da Constituição, passa a exigir mais que promessas, mas efetividade dos direitos. Direitos esses que deixam de ter um cunho eminentemente privatista, para abranger a socialidade e a fraternidade, caracterizando a terceira geração dos direitos fundamentais. Surge o Código do Consumidor em 1990, documento que reconhece a hipossuficiência do consumidor e busca fornecer um suporte jurídico que promova a justiça e efetividade dos direitos sociais. Logo, o Código Civil de 1916, marcado pela técnica causuista que protegia a classe elitista burguesa (de fazendeiros e grandes agricultores), passava a ser defasado diante dos anseios da sociedade moderna²⁴.²⁵

O Código Civil de 2002 veio norteado pelo reconhecimento da força social com os vetores da operabilidade, socialidade e eticidade, sendo fortemente influenciada pela ontognoseologia

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influencia dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____ (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 13-33.

²² FACHIN, Luiz Edson *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio : Renovar, 2000, p.301

²³ LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 4, n. 33, 1 jul. 1999](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 24 out. 2013.

²⁴ ARONNE, Ricardo. Sistema Jurídico e Unidade Axiológica. Os Contornos Metodológicos do Direito Civil Constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 01, p. 73-114, 2013.

²⁵ O Código civil de 1916 não estava aberto para o interesse das classes não favorecidas, já que fora construído em uma época em que o voto ainda era censitário. (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.69.)

jurídica de Miguel Reale²⁶. Ao entrar em vigor, uma das maiores pretensões do Código Civil de 2002 consistia em “superar o manifesto caráter individualista”.²⁷

O novo diploma legal inova²⁸ também em sua respectiva técnica legislativa. Ultrapassa-se o casuísmo, de origem iluminista e característico da codificação oitocentista, para a adoção intencional de tipos normativos semanticamente vagos, como um desenho pontilhado jurídico que, pela sua abertura, permite a incorporação de princípios, resultando, “mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas norma”²⁹.

Assim, a superação da técnica anterior retira dos ombros do legislador a sua pretensa onisciência, libertando-nos da arcaica convicção de que a segurança jurídica somente adviria da disciplina legal de toda e qualquer questão social relevante que surge.

Há mais de três décadas, José Carlos Moreira Alves já anunciava que a adoção de cláusula gerais, ainda que em pequena escala, acarretaria uma significativa e positiva mudança na filosófica do novo Código. Segundo ele “com dois artigos apenas passou-se da propriedade individualista para a propriedade com função social”³⁰.

A adoção de um Código não-totalitário é permitir que o ordenamento jurídico esteja aberto para a mobilidade da vida, construindo pontes que conectam a outros corpos normativos, inclusive os extrajurídicos, permitindo a abertura de uma via aos princípios e regras constitucionais³¹.

O Código Civil e a Constituição passam a se comunicar numa relação dialética. Institutos jurídicos híbridos surgem no, então, denominado direito civil-constitucional, carregando em si uma carga constitucional, sem desvencilhar do direito privado.

Ora, a esfera privada não pode ser eximida do respeito aos direitos conquistados pela evolução da força social. Seria muito conveniente, sobretudo às grandes corporações, empresários e empresas, se no âmbito civil houvesse o desligamento da obrigatoriedade de respeito aos direitos sociais. Seria incongruente com o Estado de Direito que foi alcançado, fruto do suor de tantas lutas

²⁶ EHRHARDT JR, Marcos. **Direito Civil : LICC e Parte geral**. Volume I. Salvador: Juspodivm, 2009.

²⁷ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: **Revista de Direito Privado**. n. 9. São Paulo: RT, jan./mar. 2002. p. 9-17.

²⁸ Bem, para Tepedino não há tanta inovação. “O “novo” Código Civil mantém os quatro personagens básicos que marcam presença na legislação de 1917 (o marido, o proprietário, o contratante e o testador), apenas acrescentando-lhes o empresário”. (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*, In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 438)

²⁹ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. V. 20. Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 2002. p. 211-259.

³⁰ JOSÉ ALVES *Apud* COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15. Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 1998. p. 129-154.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15. Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 1998. p. 129-154.

sociais. Portanto, a irradiação dos direitos fundamentais³² nas relações privadas surge como decorrência natural do nível evolutivo que o Direito atingiu. Se agentes privados passam a infringir direitos fundamentais (não custa lembrar que muitas funções estatais foram privatizadas), o direito privado não pode assumir um papel passivo na proteção desses direitos. Se o ordenamento é uno, unificado também deve ser a proteção dos direitos e garantias elencadas pelo documento normativo de maior importância jurídica.

2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com a exaltação da Constituição em países democráticos como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, tornou-se inevitável o “manejo” da Constituição no percurso da construção do argumento jurídico, qualquer que seja o seu nível de debate.

Maior peculiaridade, decorre da infusão do preceito constitucionalista como ideologia em todas as camadas dos grupos sociais, de modo que o artifício da Constituição e suas normas não mais somente permeia a consciência dos versados no estudo do Direito, mas a de todo e qualquer sujeito que pretenda lucubrar, ou mesmo comunicar, qualquer pensamento de ordem jurídica, para pautar sua conduta ou impor a conduta desejada sobre outrem.

Assim, no dizer Peter Häberle, democratizou-e o pretexto constitucional, de modo a vivermos na sociedade aberta dos intérpretes da constituição, locução esta que visa sintetizar o momento em que todos do corpo social valem-se das normas constitucionais como fundamento de validade do seu discurso a pauta de sua conduta³³.

Inevitavelmente, o manejo de mais um arcabouço normativo - principalmente aquele que localiza-se no topo de estrutura hierárquica e que está recheado de princípios - por todo e qualquer sujeito, versado ou não em Direito, abre espaço para a insegurança jurídica, que viola a estabilidade da pauta da conduta projetada pelo intérprete que age conforme sua interpretação, redundando na invalidação ou deseficacização acompanhada de sanções (*lato sensu*) da conduta implementada pelo intérprete. Daí, o papel da legislação infra-constitucional em conciliar e reger a manifestação concreta dos direitos fundamentais, em especial o Código Civil de 2002 como carta norteadora da ordem privada subserviente à Constituição.

³² Virgílio Afonso da Silva relembra que antes de irradiar os efeitos nos outros ramos do direito, a norma constitucional deve solidificar os seus ditames constitucionais. (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 41).

³³ HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 09/10.

Seguro de que não se deve furtar a Constituição da construção do raciocínio jurídico para a implementação de escolhas jurídicas, não se pode, também, permitir que o manejo desta implique em fonte inesgotável de insegurança, violando o próprio anseio de segurança e estabilização que esta exige.

Não desejando levar às últimas consequências a afirmação de que o ordenamento jurídico como o sistema fechado de auto-referibilidade, compreende-se que o próprio Ordenamento Jurídico confere os limites para a produção dos efeitos da manifestação constitucional, valendo-se como marco a atribuição de competências pelo sujeito intérprete da constituição, inclusive para a perspectiva civil-constitucional.

A condução da interpretação da Constituição somente pelo magistrado e a oponibilidade dos direitos fundamentais ao Estado, já não mais atende ao momento atual da sociedade, que já permeia no seu consciente a existência do texto constitucional como referência à toda a ordem jurídica, valendo esta como verdadeira ideologia ao comportamento social à estrutura da hierarquia das normas jurídicas.

Nesta trilha, propõe-se que o magistrado não é o único, ou mesmo o autêntico, intérprete da Constituição, na medida em que este somente é um dos sujeitos, ou órgão, que o Ordenamento Jurídico atribui competência para produção de efeitos de sua interpretação da constituição, não obstante o resultado da coisa julgada como produto da interpretação deste sujeito dotado de um reduzido grau de discutibilidade que reduz a viabilidade de reanálise da construção interpretativa. Tampouco satisfaz-se com a oponibilidade exclusiva dos direitos fundamentais frente ao Estado, na medida que a pauta de conduta e operabilidade destes é real ao contexto social.

Então, o Código Civil de 2002, apesar de sua timidez em avançar nesta realização da linguagem constitucional acerca dos direitos fundamentais, ainda avançou muito, sobretudo no campo dos direitos da personalidade, permitindo conciliar o constitucional com o civil através da adoção da mesma linguagem com vistas à satisfação dos direitos fundamentais³⁴.

A estruturação da personalidade como uma decorrência lógico-normativa dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, já traz o marco referencia que deve operar toda a compreensão do intérprete do direito, seja ou não a nível privatista individualizados e resultante da autonomia da vontade.

³⁴ Hoje em dia o panorama é inteiramente diverso. A antiga equação se modificou pela alteração não apenas da sociedade, mas, por igual, do significado dos dois pólos, dos dois termos do dueto - Constituição e Código Civil. O modelo de relacionamento entre Constituição e Código Civil influte, diretamente, na problemática de eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas, até porque, a partir da segunda metade do Séc. XX, várias Constituições passam a catalogar, expressamente, a tábua de Direitos, dando ensejo à elaboração, por parte da doutrina constitucionalista, de uma espécie de **jus commune** dos Direitos Fundamentais. (COSTA-MARTINS, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In _____. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010..p. 82).

Em suma, a estrutura dada aos direitos da personalidade e a forma típica de sua tutela pelo Direito Civil, qual seja, a responsabilidade civil, enseja traçar conexões intra-sistemáticas (sendo preciso, para definir o regime aplicável, conectar várias normas do Código); intersistemáticas (reenviando para outros estatutos normativos, como a Constituição, em tema de danos à pessoa ou ao Código de Processo Civil); e extra-sistemáticas (atirando para fora do sistema jurídico, avaliando, por exemplo, a proporcionalidade entre a conduta culposa e o efetivo dano, segundo dados estatísticos). Do desenho traçado por essas conexões - e ainda daquelas que se pode estabelecer em matéria de tutela preventiva à personalidade - é que, conforme a situação de fato e do valor incidente, modelar-se-á a normativa incidente, e se estabelecerá a medida do dever de indenizar o dano, se já causado³⁵.

Ao longo da leitura de todo o Código Civil de 2002, os valores éticos e de expressão da dignidade são diversos, sejam como marcos definidores de condutas claras, seja como referenciais de valoração (artigos 20, 21, 112, 113, 117, 195, ente vários outros do Código Civil).

Deste modo, a dogmática civilista cedeu espaço ao conteúdo axiológico já exposto na Constituição, mas que não se esgota nas normas do Código, sendo necessária a constante referibilidade aos preceitos constitucionais para encontrar o verdadeiro alcance e das condutas almejadas na lei – já predefinidas na Constituição.

O debate sobre a teoria direta ou indireta da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, então, assume especial relevância, na medida em que pressupõe-se inegável a repercussão nas proposições normativas do Código Civil de 2002. Ainda sem haver estabilização sobre a preponderância de uma sobre a outra na prática jurídica brasileira, muitos são levados a concluir, por qualquer recurso retórico que seja, pela supremacia da Constituição nas relações privadas com mitigações³⁶.

Todavia, negar a plenitude do texto constitucional em confronto com o Código Civil de 2002 é negar a própria força normativa da constituição. Não há como furtar ao sujeito (público ou particular) que está imerso no ordenamento jurídico, cujas escolhas de seu agir deve dar-se à luz deste – para seguir ou contrariar -, o qual o ápice hierárquico é ocupado pela Constituição Federal, o manejo desta última na construção normativa e pauta de sua conduta.

O desiderato de impedir a plena eficácia da Constituição à ordem privada implicaria em segregar o texto constitucional aos poucos, cujo próprio ordenamento não distinguiu e se o fizesse incorreria em possível violação, especialmente, ao princípio democrático e à isonomia, ou seja, regressaria à segregação do Direito Civil ao constitucionalismo e às proposições normativas que a Carta Política encerra sobre o tema

. Desrespeitar a participação no processo de realização constitucional, além de violar o princípio democrático e o republicano, encontra óbice nos Direitos Fundamentais encerrados na Carta Política, especialmente a isonomia, a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa, o direito

³⁵ COSTA-MARTINS, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In _____. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010..p. 93.

³⁶ DUQUE, Marcelo Schenk Duque. **Direito Privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013. p. 192.

de livre manifestação de pensamento, o devido processo legal, o direito de ação, a ampla defesa e o contraditório. Para Häberle a eficácia das Constituições está ligado aos próprios fundamentos da Constituição Alemã, que nesse aspecto identifica-se com a brasileira.

Portanto, o manejo da Constituição pelo particular em suas relações, não pode ser isolado, ou mesmo, contido, deve ser aberto ao ponto de ultimar todas as consequências que se pretende, para que em *ultima ratio* sejam promovidas as constantes adequações do enunciados infraconstitucionais à Constituição, para que se permita a compatibilização do projeto constitucional institucional com a pauta de conduta dos sujeitos no auto-regramento de sua vontade.

CONCLUSÃO

A comunicação defendida entre o Direito Civil e a Constituição não é consubstanciada apenas por uma dialética interdisciplinar, mas sobretudo por uma relação estruturante, no sentido de que a Constituição é a base normativa do ordenamento jurídico. Assim sendo, toda a construção jurídica deve ser edificada sobre os ditames constitucionais, formando um campo coeso e harmônico. Não se trata apenas de normas de direito civil na Constituição, nem apenas da influência do Direito Constitucional na seara civil. Trata-se de um diálogo natural entre os diplomas, decorrente da evolução constitucionalista.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo . Sistema Jurídico e Unidade Axiológica. Os Contornos Metodológicos do Direito Civil Constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 01, p. 73-114, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005.

DUQUE, Marcelo Schenk Duque. **Direito Privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013. p. 192.

EHRHARDT JR, Marcos. **Direito Civil : LICC e Parte geral**. Volume I. Salvador: Juspodivm, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 4, n. 33, 1 jul. 1999](#) .

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 24 out. 2013.

MARTINS- COSTA, Judith.. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. V. 20. Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 2002. p. 211-259.

_____. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15. Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 1998. p. 129-154.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: **Revista de Direito Privado**. n. 9. São Paulo: RT, jan./mar. 2002. p. 9-17.

SARLET. Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influencia dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____ (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 13-33.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.69.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 41.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 438

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO: UMA QUESTÃO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Cláudio José Cavalcante de Souza Júnior¹

Rayr Gomes Fernandes²

Thiago Oliveira Moreira³

RESUMO

A proteção internacional dos direitos da personalidade é tema de enorme relevância jurídica. Sem embargo, a definição do marco inicial da situação jurídica do nascituro revela-se como o momento em que o ser humano pode alcançar a titularidade dos referidos direitos. Sendo os direitos da personalidade espécie contidos nos direitos humanos, encontram-se neles a praticidade e de certo contorno a concretização das formas de resguardar os direitos individuais do homem. São dotados de garantias e benefício para manutenção do bem estar do ser. Portanto, age sobre esses direitos uma enorme pressão internacional, não obstante a sua forma de ser natural ao homem, sendo não almejada a violação de sua supressão por parte de qualquer estado. Essa implicação internacional na proteção dos direitos Humanos acarreta na produção de um sistema normativo internacional de proteção dos direitos da personalidade. Sendo os tratados internacionais de direitos humanos, oriundos desse sistema, quando ratificados pelo Brasil, são dotados de hierarquia supralegal, conforme jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal. Assim, as normas internas devem seguir a devida observância desses critérios e basear-se nesses parâmetros para não incorrer em conflito normativo do sistema jurídico pátrio. A esse fenômeno, de duplo controle vertical de legalidade, chamamos de controle de convencionalidade. Deste modo, conforme descreveremos nesse estudo, esse controle em atenção a Convenção Americana de Direitos Humanos, mostra-se como solução a polêmica questão do início da personalidade natural no sistema jurídico brasileiro.

¹ AUTOR. Graduando em direito pela UFRN. E-mail: claudio_souzajr@hotmail.com

² AUTOR. Graduando em direito pela UFRN. E-mail: rayrfernandes@hotmail.com

³ AUTOR. Mestre em direito. Professor do curso de direito da UFRN. Chefe do Departamento de Direito Privado. Editor Geral da REDIDH - Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos. E-mail: tomdireito@hotmail.com

Palavras-chave: Proteção internacional; direitos humanos; direitos da personalidade; controle de convencionalidade; situação jurídica do nascituro.

ABSTRACT

The international protection of personality rights is a matter of legal importance. However, the definition of the starting point of the legal status of the unborn is revealed as the moment when the human being can attain ownership of such rights. Being kind personality rights contained in human rights are in them and practicality of applying appropriate boundary forms of protection of individual rights of man. They are provided with security and maintenance benefits of being the good. Therefore, these rights acts enormous international pressure, despite their natural way of being in man are undesirable breach of its suppression by any state. This involvement in the international protection of human rights involves the production of a normative system of international protection of personal rights. Being international treaties on human rights, originated this system, once ratified by Brazil, are endowed with hierarchy above, according to Supreme Court jurisprudence. Therefore, the internal rules must follow the proper fulfillment of these criteria and based on these parameters to avoid making normative conflict Brazilian legal system. This phenomenon of double vertical control of legality, call conventionality control. Thus, as described in this study, this control in response to the American Convention on Human Rights, is presented as a solution to the vexed question of the physical personality early in the Brazilian legal system.

Keywords: International protection; human rights, rights of personality; control conventionality; legal status of the unborn.

INTRODUÇÃO

A crescente e sempre evocada discussão acerca do início da personalidade no sistema jurídico brasileiro, bem como a quantidade de teóricos do direito que abordam, discutem e até defendem seus pontos de vista sobre esse assunto e concomitantemente as diferentes análises pelos tribunais superiores do país em relação às divergências jurisprudenciais, torna importantíssimo discorreremos sobre tal questionamento no âmbito acadêmico.

Com o intuito de fomentar o conhecimento e por acreditar na universalidade do direito e em sua natureza una, buscamos expor tão importante situação jurídica, que em se tratando de direitos

natos do homem, extrapolam a esfera territorial brasileira e atinge a universalidade humana, no sentido abrangente da palavra.

Assim, na junção da proteção internacional dos direitos da personalidade, intrínseco aos direitos humanos, em relação à situação jurídica do nascituro nos faz requer uma minuciosa pesquisa frente à adoção das teorias desenvolvidas e por ora consideradas, tanto no exterior quanto no Brasil em relação à situação jurídica do nascituro. Sendo esse marco inicial indispensável para abancar o homem do momento primeiro em que poderá dispor desses importantes direitos.

Buscando analisar as diferentes formas de defesa desses direitos no sistema jurídico internacional, assim como a relevância dada as convenções, tratado, pactos e protocolos de direitos humanos internacional, que regulam e abordem a matéria, é indispensável para nortear a essa demasiada gama de informações doutrinárias e até certo ponto respaldar as divergências oriundas das jurisprudências no país.

Evidencia-se, também importante a apreciação do fenômeno da recepcionalidade da legislação alienígena no ordenamento jurídico do Brasil, bem como a produção dos efeitos e a relevância hierárquica por eles assumida.

Destarte, direitos da personalidade alicerçados nos direitos humanos, voltados à observação da sua proteção e garantias no cenário internacional, sendo positivados em instrumentos jurídicos próprios, e o controle de convencionalidade oriundo da recepcionalidade desses que por controle vertical designam as implicações e afetações desse fenômeno do entendimento no Brasil, da situação jurídica do nascituro, desencadeia a parte importante e finalidade de proposta desse estudo.

1 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Hodiernamente, a concepção de que a proteção jurídica dos direitos da personalidade não pode ser reduzida ao âmbito das fronteiras estatais é de comum acordo entre todos os observadores jurídicos, sendo esses impulsionados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que traz claramente em seu preâmbulo a proposta de proteção dos direitos do homem em “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (ONU, 1948). Portanto, diante de uma clara e evidente necessidade de tutelar juridicamente essa parcela de direitos, que por vezes sofre a violência por parte do Estado, em muitas ocasiões

arbitrariamente, torna-se cabível sua mensuração como direito universal do homem. Irrenunciáveis e intransmissíveis.

1.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL

Diante da necessidade, como mencionado, da tutela internacional de proteção dos direitos do homem, encontramos fortemente como parcela desses direitos humanos os direitos da personalidade. Os conceitos de direitos da personalidade e direitos humanos possuem um liame muito estreito, quase por vezes imperceptível e em alguns momentos eles até se mesclam na garantia de proteção jurídica ao homem.

Ao tratarmos especificamente a conceituação dos direitos da personalidade, como já sabido, detentores de proteção internacional, têm-se na visão de Carlos Roberto Gonçalves como: “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É, pressuposto para inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica” (Gonçalves, 2005). Assim, entendemos como conceito fundamental ao homem. Sendo impossível ser pessoa e não possuir personalidade. Cabendo aos excluídos a titulação de coisa - coisificação. O que assim fere o princípio da dignidade da pessoa humana e os tratados internacionais de direitos humanos.

1.2 A SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

A questão relacionada à situação jurídica do nascituro⁴ mostra-se divergente e até de certo ponto totalmente opostas. Existindo, portanto, no caso dessa, divergência legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Havendo necessidade de arbitrar de maneira a favorecer esse entendimento que emerge até dos tribunais excelso desse país como e quando pode o nascituro, integralmente, dispor dos direitos da personalidade.

2 DIREITO DA PERSONALIDADE E DIREITOS HUMANOS

⁴ Segundo Maria Helena Diniz, é aquele que há de nascer, cujos direitos a põe a salvo.

Para tanto devemos evocar mais uma vez a relação de proximidade entre os direitos da personalidade e os direitos humanos, pois esses estão umbilicalmente ligados por várias questões. Em especial nesse ensaio nossa proposta é mostrar quão importante é essa ligação para o indivíduo e qual necessário é sua garantia para que a pessoa, seja nascido ou não (vida intrauterina), revele-se dotadas de direitos, assumindo por si só todo o arcabouço protecional referente ao homem. Sendo uma criação necessária para a manutenção da vida, em garantia frente ao Estado, que age como vimos, muitas vezes como violador desses direitos.

Constante é a preocupação internacional em converter esses direitos de modo a torná-los direitos fundamentais. Assim preceitua-se que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução⁵.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO PARA GARANTIA DE DIREITOS

Um fator fundamental para se resguardar, e de certa forma esclarecer as divergências pertinentes, a esse direito em relação à produção de jurisprudência⁶, o que se convém a chamar de controle de convencionalidade. Esse controle consiste em reconhecer que os tratados internacionais de direitos humanos passam a valer, na prática, mais que as leis ordinárias e menos que a constituição, adquirindo o status supralegal, salvo se devidamente respeitado o processo legal de emenda constitucional previsto na CF, art. 5º, § 3º, com redação dada pela EC 45/2004, que consiste em ser devidamente aprovado pelas duas casas legislativas com quórum qualificado e posteriormente sendo ratificado pelo Presidente da República. Nesse caso os tratados ganham status constitucional, ou seja, mesma hierarquia do texto fundamental.

3.1 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

⁵ ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 87.585-TO e RE 466.343-SP**. Pleno do STF. Julgado em 03.12.08.

No caso em tese da garantia dos direitos da personalidade do nascituro, apresenta-se como forma de uma questão de controle de convencionalidade, necessitando assim desse efetivo comando. Pois, sua suscitação se dá a esse caso, devido ao desrespeito a Convenção Americana de Direitos Humanos. Após sua ratificação dada pelo Brasil, o que passou a revesti-la de status supralegal, ocorre que quando lei ordinária fere o seu texto, deve então disparar o controle de convencionalidade, que por ora pode se abonar de forma difusa, com o juiz do caso concreto.

3.2 A SITUAÇÃO DO NASCITURO FRENTE AO INÍCIO DA PERSONALIDADE: UMA QUESTÃO DE CONVENCIONALIDADE

Como anteriormente explanamos, a situação do nascituro mostra-se divergente no sistema jurídico brasileiro, pois em regra, a teoria natalista é a adotada de forma a resguardar o laço patrimonialista que ainda emerge do código civil brasileiro de 1916. E em algumas decisões, mesma que em mínimos casos, cresce a adoção as demais teorias e em especial a concepcionista.

Entretanto conforme definido no decorrer desse capítulo, no que diz respeito ao controle de convencionalidade, que parte do pressuposto que o país detém um controle na observância de não violação de tratados internacionais de direitos humanos que integram sistema jurídico brasileiro. E que sabedores da ratificação por parte do Brasil da Convenção Americana de Direito Humanos (CADH), o pacto de San José da Costa Rica. E que esse instrumento normativo ao ser adotado pelo país em seu ordenamento jurídico o confere o status de norma supralegal, visto anteriormente, conforme decisão do STF. Vale destacar, como visto no item anterior, que esse tratado adota em seu artigo 4º, de forma clara e expressa, a regra da teoria concepcionista para a situação jurídica do nascituro.

Então é concluso para nós, bom sabedores do direito, que existe em nosso sistema jurídico uma incongruência. Pois, por motivo de força de controle de convencionalidade o Brasil, deve, repito: “deve”, adotar a teoria concepcionista, como regra a ser seguida frente a situação jurídica do nascituro e não mais a teoria natalista. Fundamentado nesse presente através do princípio da legalidade.

Devendo esse assunto não mais ser matéria de evocação de qual teoria frente à situação jurídica do nascituro deve ser a adotada pelo país. Tampouco se essa ou aquela teoria melhor se vincula ao caso.

A discussão acerca da situação jurídica do nascituro não é problema das teorias ou das crescentes mudanças no cenário mundial, tampouco a relação dos avanços tecnológicos. Mas sim como diz o célebre jurista Caçado de Andrade é falta de vontade (*animus*) por parte dos poderes públicos, notadamente do poder judiciário.

CONCLUSÃO

Afirmar que o nascituro possui capacidade de direito, é fato conclusivo na pesquisa, e que dessa maneira se torna relativamente incapaz de exercer seu direito pelo fato de ser impossível pronunciar sua vontade, devendo, pois, ser representado por quem de legítima for.

Essa pesquisa não se desloca no sentido de mensurar em qual nível de capacidade deve ser alocado o nascituro, mas confirmar, por meio do controle de convencionalidade qual deve ser a postura das cortes de julgamento em aferição as lides.

Alanceia em especial no efetivo sentido de solucionar essa problemática questão do nascituro, o controle vertical de convencionalidade das leis, que por fim determina que em se versando aos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e que após a EC 45 e jurisprudência do STF, passaram a ser classificados hierarquicamente no sistema jurídico brasileiro com o status de supralegalidade, como no caso aqui exposto do confronto entre a Convenção Americana de Direitos Humanos, o pacto de San José da Costa Rica, que adotou a teoria concepcionista. Frente ao código civil brasileiro que, em regra, adota a teoria natalista.

Existe nesse caso clara manifestação de incompatibilidade entre a norma brasileira e o tratado internacional de direitos humanos, devendo, pois, ser disparado ao caso o controle de convencionalidade para garantia da maior proteção dos direitos humanos.

Vale lembrar que não será por dispositivos (artigos) do código civil brasileiro que poderemos chegar à conclusão sobre qual é a teoria adotada pelo Brasil e qual a eleita pelo nosso legislador. Não podemos responder as contradições do código com o código. Há nítida importância de haver lei superior que defina qual teoria deve ser seguida. E em se tratando desses requisitos, apenas nos resta responder a situação jurídica do nascituro com o controle de convencionalidade, somente assim existe respaldo para tal discussão.

Então nos é conclusivo que a teoria concepcionista, por questão de supralegalidade, deve ser a teoria adotada pelo Brasil em relação à situação jurídica do nascituro, sem controvérsia. Sendo, pois

a sua não adoção configuração de descumprimento de um importante tratado internacional de direitos humanos, ocorrendo, para um estado democrático e humanista de direito, que é o Brasil, motivo de verdadeira afronta aos direitos de proteção internacional da personalidade, devendo assim, na busca dessa garantia, sempre que infringido tais direitos e preenchidos os requisitos necessários evocar o controle de convencionalidade para solução da questão.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**, trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05.10.88. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 2002.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr> .Data de acesso: 16/05/13.

CANÇADO Trindade, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. V. 1.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais 2009.

DINIZ. Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze & Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 8 ed. ver. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia Cristina. **Doutrinas Essenciais - Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume 1: parte geral**. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 3.ed.São Paulo: Atlas, 1985.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do poder público: concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade?. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOLIUS, Dimitri (coord.) **Direito constitucional e internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis/ Valério de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes**. 2.ed.rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. 1948.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: os desafios da globalização**. Artigo.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2012.

REALE, Miguel. Artigo, **Os Direitos Da Personalidade**. 2004.

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

O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR COMO FATOR IMPOSITIVO DO DEVER ANEXO DE RENEGOCIAÇÃO

Fábio José de Oliveira Araújo¹

RESUMO

Buscar-se-á, no presente texto, desenvolver a ideia de que o fenômeno do superendividamento, uma vez caracterizado, admite a remodelação do conteúdo das bases do contrato. O pressuposto aqui construído é o de que existe um dever anexo de renegociação, decorrente do princípio da cooperação, que se agrega às obrigações contratuais e, como consequência, acaba por atribuir às partes contratantes novas regras de comportamento fundadas na boa-fé objetiva, possibilitando-se, assim, a mudança daquilo inicialmente pactuado. Leva-se em consideração todo um conjunto de direitos de crédito, poderes formativos, deveres jurídicos de prestação, estados de sujeição e outros elementos que se agregam à relação obrigacional no decorrer de seu desenvolvimento para admitir, em caso de superendividamento, assim considerado aquele em que o consumidor encontra-se em flagrante estado de impossibilidade de saldar suas dívidas à vista de seu patrimônio, presente ou futuro, a possibilidade de modificação do conteúdo do contrato. Consequência dessa forma de encarar o vínculo obrigacional é reconhecer que, durante toda sua extensão, e em razão das mais diversas vicissitudes, ele pode gerar às partes a assunção de novos direitos e de posições jurídicas inicialmente não pactuadas ou previstas, ou até mesmo não desejadas. Tais deveres e posições vão desempenhar papel importantíssimo sobre o vínculo, na medida em que serão capazes de impor pauta de conduta objetiva tendente a realizar os fins socioeconômicos da relação obrigacional.

Palavras-chave: Dever; anexo; superendividamento; cooperação; renegociação.

ABSTRACT

Search will be, in this text, developing the idea that the phenomenon of overindebtedness, once characterized, admits the remodeling of the content of the contract bases. The assumption built here is that there is a duty attachment renegotiation, due to the principle of cooperation, which adds to the contractual obligations and as a result, ends up attributing to the contracting parties new rules of

¹ Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Email: fabioaraujocg@uol.com.br

behavior grounded in objective good faith, enabling it is thus changing what initially stipulated. It takes into account a range of claims, formative powers, duties, legal provision, states of bondage and other elements that are added to the relationship of obligation in the course of its development to admit, in the case of indebtedness, thus considered that in that the consumer is in stark state of inability to pay its debts in the sight of its assets, present or future, the possibility of modifying the content of the contract. Consequence of this way of viewing the link is obligatory to recognize that, throughout its length, and because of the various vicissitudes, it can generate the parties the assumption of new rights and legal positions not originally agreed or provided for, or even unwanted. Such duties and positions will play important role on the bond, in that it will be able to impose the agenda of conduct objective aimed at achieving the purposes of the socioeconomic relationship of obligation.

Keywords: Duty; annex; overindebtedness; cooperation; renegotiation.

INTRODUÇÃO

A Globalização impôs mudanças significativas na Economia do Mundo no século XIX.² Com a quebra das fronteiras entre os Estados e o surgimento de novos paradigmas de produção, o apelo consumista se intensificou e, com ele, a busca por produtos e serviços.³ Alimentados pelo crédito *fácil*, e vislumbrando no ato de consumir uma forma de inclusão social antes impensada, os indivíduos passaram a endividar-se bem acima do limite de sua capacidade de reembolso, gerando superendividamento.⁴

O cenário da falta de tratamento legislativo, específico do problema no Brasil, o torna ainda mais preocupante. Afinal, sem meios eficazes para combater o superendividamento, operadores do direito e organismos de proteção terminam por se valer de cláusulas gerais para combater os males do crédito *fácil*, a exemplo daquelas previstas no CDC (arts. 6º, V e 51, IV), o que nem sempre se revela adequado no trato da matéria.

Em meio a esse contexto, *falar do dever anexo de renegociação é falar de obrigação instrumental que, em meio a uma relação contratual dinâmica, se soma às demais obrigações para*

² HOBBSBAWN, Eric. *A era dos impérios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 95.

³ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 59-61.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Brasília: DPDC/SDE, 2010, p. 21 e 24.

dar funcionalidade à relação, efetivando-a, quando restar configurada a hipótese de superendividamento. Tal obrigação decorre da boa-fé objetiva e, segundo Paulo Luiz Netto Lôbo⁵, traduz-se em verdadeiro dever geral de conduta, atualmente erigido à condição de princípio, não vinculado apenas ao dever de adimplir a obrigação, mas a todo o iter contratual, em sua mais completa configuração.⁶

Defende-se, pois, a possibilidade de, configurado o superendividamento, remodelar-se o conteúdo obrigacional do contrato, fundando-se a alteração no dever anexo de renegociação.

1 DESENVOLVIMENTO

A teoria contratual clássica, cuja afirmação histórica coincidiu com a sedimentação do sistema capitalista de produção, é fruto do Estado Liberal burguês. Sua base ideológica está toda calcada nos princípios do voluntarismo, da igualdade formal e do individualismo jurídico, valores bem próximos dos ideais do *laissez-faire*. Seu fundamento filosófico repousa na doutrina racional-mecanicista, de viés jusnatural e com ampla predominância na Europa dos séculos XVII e XVIII. A propriedade privada é seu valor-guia.

Em sintonia com esses postulados, e em meio a uma ambiência de liberdade perante a lei e de quase nenhuma intervenção estatal nas relações privadas, foi que se abriu espaço, na modernidade, para a sedimentação da teoria clássica do contrato na esfera legal. Todos os grandes monumentos legislativos da época, em especial o *Code Napoléon* de 1804 e o BGB alemão de 1896, trouxeram regulamentação exaustiva da figura do contrato, como que a traduzir, na expressão jurídica, os influxos sociais, políticos e econômicos que desenhavam os contornos do Estado Liberal.

Os sinais de debilidade desse paradigma estatal começaram a surgir, isso já no século XX, com a quebra da bolsa de Nova York de 1929 e com o surgimento das Constituições do México de

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Deveres gerais de conduta nas obrigações civis*. Publicado em 06/2005 e visualizado na internet no dia 18/08/2013, no endereço eletrônico <http://jus.com.br/artigos/6903/deveres-gerais-de-conduta-nas-obrigacoes-civis/print>.

⁶ Segundo o professor alagoano: “Os deveres de conduta, convertidos em princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implicam a dos outros”.

1917 e da República de Weimar, de 1919. Tais acontecimentos históricos foram capazes de revelar para o mundo a insuficiência dos primados da autonomia da vontade e da igualdade formal enquanto vetores ideológicos de condução do Estado, o que acabou por influir fortissimamente na sociedade, na economia, no direito e, também, na política. Os movimentos constitucionalistas e os ideais de solidariedade haviam instituído uma perspectiva nova de mundo.

Um dado sensível da realidade que atesta essa mudança de paradigma - do Liberal para o Social - foi a derrocada da dicotomia entre as codificações público/ privado. Todo aquele arcabouço teórico assentado nos dogmas da autonomia plena da vontade, na liberdade irrestrita para contratar e no abstencionismo estatal, ruiu e, junto com eles, a ideologia da igualdade perante a lei. A era dos grandes códigos, completos em suas previsões e exaustivos em seus direcionamentos, deram lugar a uma legislação unificada sob o ponto de vista interpretativo, envolta em princípios de forte matiz social, e guiada pela força normativa da constituição.

Nesse sentido, os *standards* contratuais da contemporaneidade assumem feições inéditas e desafiadoras, sob todos os aspectos. Suas fontes, antes limitadas à seara interna dos Estados, agora se alastram para planos internacionais ou supranacionais. Seu regramento legal, outrora unívoco, tornou-se plural, com inúmeras esferas de poder a intervir, concomitantemente. Seus efeitos, bastante vinculados no passado, já atingem interesses e personagens difusos, coletivos e transindividuais. Enfim, o contrato assumiu contornos e sentidos bastante diversos daqueles que possuía.

No plano do direito público, passou-se a regular, o que até então não acontecera, a ordem econômica e social. Como adverte Paulo Luiz Netto Lôbo⁷, além da limitação ao poder político, passou-se a criar entraves ao exercício pleno do poder econômico, de sorte que nasceu uma ambiência capaz de projetar efeitos para além do indivíduo, tutelando direitos como *o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.*

Como consequência disso, e por seu intermédio, operou-se significativa mudança no fundamento de validade dos sistemas jurídicos: antes, o direito civil; agora, a constituição. Esse novo paradigma foi suficiente para transformar o direito privado de centro de irradiação de valores num instrumento de realização da dignidade da pessoa humana, cabendo ao intérprete, doravante, fazer prevalecer sempre a pessoa em relação ao patrimônio, a Constituição às normas infraconstitucionais.

Na verdade, essa prevalência do direito constitucional sobre o direito privado é reflexo de uma nova sociedade e de uma opção política por um novo modelo de Estado, no qual,

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Brasília a. 36; n. 141 jan./mar. 1999.

diferentemente de outrora, prevaleçam a regulação da ordem econômica e social, bem como a hegemonia axiológica dos princípios, com ênfase peculiar para a eficácia jurídica e efetividade social dos direitos fundamentais. É dizer: a constituição, agora, coloca-se como centro gravitacional de todo o sistema jurídico, de sorte que qualquer ramo do direito, inclusive o privado, há de ser compreendido sob o influxo de seus valores.

Esse cenário reflete, indiscutivelmente, uma maior intervenção estatal na esfera jurídica privada. O figurino legislativo do século XX está todo delineado nesse sentido. A liberdade já não é plena e o sujeito de direitos já não se realiza pela propriedade como acontecia no Estado Liberal. O tempo hoje é de prevalência da força normativa dos princípios constitucionais e de preservação da dignidade da pessoa humana. Isso requer do intérprete e do aplicador do direito atenção especial para o perigo de não se voltar a incidir na patrimonialização das relações pessoais, mal que abstrai o sujeito e suas idiosincrasias, e o eleva à condição de entidade metafísica.

Na seara específica dos contratos, como não poderia deixar de ser, a influência da perspectiva civil-constitucional revelou-se bastante acentuada. A autonomia da vontade, da qual a liberdade de contratar é reflexo, não pode mais servir apenas aos interesses dos indivíduos, mas sim, e acima de tudo, à coletividade. É preciso limitá-la não com o objetivo de diminuir a liberdade do contratantes, mas sim como meio de equalizar, caso a caso, as prestações materiais e de instituir, numa perspectiva ampla, o bem-comum. Em suma: a ética da solidariedade deve tomar o lugar da ética utilitarista.

A boa-fé objetiva impõe, portanto, em vista dessa nova realidade, um imperativo de conduta às partes que exige delas o direcionamento do seu agir não apenas em benefício próprio, mas sim de ambas as partes da relação, um verdadeiro dever de benefício mútuo. Este, vai além das obrigações principais ou acessórias e, independentemente de previsão, acompanha a relação desde antes de sua formação até após sua execução.⁸

A relação obrigacional dinâmica (ou sob a perspectiva processual, como aponta Judith Martins Costa)⁹, se afasta por completo da noção de obrigação construída pelos romanos. Para estes, obrigação nada mais era do que um *vínculo* instantâneo, uma *sujeição bipolar*, a unir, de um lado, o credor e, do outro, a figura do devedor. Não havia, sob esse ângulo de visão, atribuição de importância para uma estrutura de *múltiplos deveres* que fosse bem além da simples relação crédito/débito.

⁸ Com efeito, esse modelo de conduta equivale ao dever anexo (*Nebenflichten*) e pode ser conceituado, segundo Motta Pinto (1985, p. 281), como o conjunto de: “Deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé (aqui ele está se referindo à boa-fé em seu sentido objetivo) em vista do fim do contrato (...) dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação”.

⁹ MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 383.

A obrigação complexa - como também é chamada a obrigação dinâmica - diferentemente disso, leva em consideração todo um conjunto de direitos de crédito, poderes formativos, deveres jurídicos de prestação, estados de sujeição e outros elementos que se agregam à relação obrigacional no decorrer de seu desenvolvimento.

Visualizar, portanto, a obrigação sob esse ponto de vista é atribuir ao vínculo um espectro de atuação muito mais amplo do que simplesmente aquele que se atribui à relação crédito/débito. É, noutro dizer, levar em conta aspectos internos da relação obrigacional, isto é, aspectos da realidade das partes que terminam por influir diretamente na formação de direitos, deveres, sujeições etc., totalmente negligenciados quando prepondera a simples análise dos seus elementos externos.

A noção de dever anexo, como relação capaz de vincular credor e devedor durante todo o *iter* obrigacional e de produzir direitos formativos e novas situações jurídicas, só tem espaço em meio à concepção dinâmica de obrigação. Fora dela, sua inteligibilidade resta prejudicada e, seus efeitos, restringidos.

Consequência dessa forma de encarar o vínculo obrigacional é reconhecer que, durante toda sua extensão, e em razão das mais diversas vicissitudes, ele pode gerar às partes a assunção de novos direitos e de posições jurídicas inicialmente não pactuadas ou previstas, ou até mesmo não desejadas. Tais deveres e posições vão desempenhar papel importantíssimo sobre o vínculo, na medida em que serão capazes de impor pauta de conduta objetiva tendente a realizar os fins socioeconômicos da relação obrigacional. É nesse cenário que se defende, desde que caracterizado o fenômeno do superendividamento¹⁰, o surgimento do dever anexo de renegociação, como uma decorrência do dever de cooperação.

CONCLUSÃO

Como se vê, pensa-se ser possível defender a ideia de que a *categoria jurídica do dever anexo (ou instrumental) não se refere apenas a um aspecto da relação obrigacional – o aspecto do débito – mas sim, e em especial, a ambos, de modo que, por seu intermédio, estabelece-se verdadeiro guia a reger o comportamento dos sujeitos durante todo o transcurso da obrigação*¹¹.

¹⁰ O conceito de superendividamento aqui levado em conta é aquele proposto por Cláudia Lima Marques, segundo o qual tal fenômeno se caracteriza pela *impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e alimentos)*. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, p. 256.

¹¹ Seria o mesmo que dizer, nas palavras de Maria Patrícia Oliva Gontijo (2010, p. 119-146), que: “Como a denominação explica, tais deveres não estão na órbita do contrato, mas paralelos a este. Por isso, ele não se ligam diretamente à espécie do contrato ou da prestação principal. São deveres de conduta impostos durante todo o desenrolar da relação contratual e das circunstâncias advindas dela, bem como daqueles que antecedem e sucedem o contrato.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva impõe um imperativo de conduta às partes que exige delas o direcionamento do seu agir não apenas em benefício próprio, mas sim de ambas as partes da relação, um verdadeiro dever de benefício mútuo, o que justificaria a existência do dever anexo de renegociação. Esse, vai além das obrigações principais ou acessórias e, independentemente de previsão, acompanha a relação desde antes de sua formação até após sua execução.

Naquilo que interesse ao tema deste trabalho, a noção de dever anexo, como relação capaz de vincular credor e devedor durante todo o *iter* obrigacional e de produzir direitos formativos e novas situações jurídicas, só tem espaço em meio à concepção dinâmica de obrigação. Fora dela, sua inteligibilidade resta prejudica e, seus efeitos, restringidos¹².

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GONTIJO, Patrícia Maria Oliva Gontijo. *Boa-fé objetiva: deveres anexos e pós-eficácia das obrigações*. Revista Jurídica Uniaraxá, v. 14, n. 13, p. 119-146, 2010.

HOBBSAWN, Eric. *A era dos impérios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Brasília a. 36; n. 141 jan./mar. 1999.

_____. *Deveres gerais de conduta nas obrigações civis*. Publicado em 06/2005 e visualizado na internet no dia 18/08/2013, no endereço eletrônico: <<http://jus.com.br/artigos/6903/deveres-gerais-de-conduta-nas-obrigacoes-civis/print>>.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madri : Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

Desta forma, eles não constituem prestações específicas da relação obrigacional, até porque não são previsíveis com antecipação. Apenas quando da sua violação pode-se inferir que a boa-fé contratual não restou observada, seja pela ausência de conduta correta e legal que se esperaria de um parceiro contratual, seja por um comportamento contrário à boa-fé. Somente após transgredido o dever, é possível verificar qual a conduta seria esperada daquele que inobservou a boa-fé”.

¹² “A propósito, assinala Karl Larenz (1958, tomo I, p. 37) o seguinte sobre a relação obrigacional sob a perspectiva dinâmica: Passemos, pois, agora, a estudar a relação de obrigação como um todo. Sob este conceito entendemos a relação de obrigação não apenas como o faz a lei (p. ex., no § 362), quer dizer, como a relação de prestação isolada (crédito e dever de prestação), mas como uma relação jurídica total (p. ex., relação de compra e venda, de locação, de trabalho), fundamentada por um fato determinado (p. ex., este contrato *concreto* de compra e venda, de locação ou de trabalho) e que se configura como uma relação jurídica especial entre as partes. Nesse sentido, a relação de obrigação compreenderá uma série de deveres de prestação e de conduta, e além deles pode conter para uma e outra das partes direitos formativos (p. ex., um direito de renúncia ou um direito de opção) e outras situações jurídicas (p. ex., competência para receber uma denúncia). É, pois, um conjunto não de fatos ou de acontecimentos do mundo exterior perceptível pelos sentidos, mas de consequências jurídicas, quer dizer, daquelas relações e situações que correspondem ao mundo da validade objetiva da ordem jurídica”.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985.

O DIREITO À IMAGEM E SEUS ASPECTOS NA ATUALIDADE

José Humberto Pereira Muniz Filho¹

Adriano Marteleto Godinho²

RESUMO

A partir da potencialização de todo o processo de constitucionalização do direito privado, inúmeros temas inerentes ao direito constitucional, bem como àquele, tiveram suas acepções mitigadas e ainda hoje passam por um processo de reestruturação. O direito à imagem, tomado como direito autônomo dos direitos da personalidade, visto o seu valor individualizante ao indivíduo, passa a sofrer com novas acepções em decorrência do avanço da sociedade na sua maneira de interagir. A ingerência da imagem apenas como aspecto de identificabilidade não passa ser suficiente para o direito civil, tampouco às suas limitações quanto ao uso e disponibilidade. Assim, o ordenamento necessita de novos parâmetros que ultrapassem - e muito - os aspectos de identificabilidade, pessoa pública, lugar público, etc, para que possam se adequar a essa nova dinâmica, dando plena legitimidade e autonomia ao direito da personalidade.

Palavras-chave: Direito civil; direitos da personalidade; imagem.

ABSTRACT

From the potentiation of the process of constitutionalization of private law, many issues inherent in constitutional law and private law, have mitigated their meanings and still go through a restructuring process. Not unlike the right to the image, taken as autonomous right of personal rights, since its value individualizing the individual, whether in many individual relationships. The interference image looks just like identifiability not going to be enough for the civil law. The image rights need new parameters beyond aspects of identifiability, public person and place, etc., so they can adapt to this new dynamic giving full legitimacy and autonomy of the right of personality.

¹ Acadêmico do 8º período de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

² Professor da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Advogado.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto das pesquisas realizadas na Universidade Federal da Paraíba, no âmbito do projeto destinado ao estudo dos direitos da personalidade, especificamente sob a ótica do direito à imagem.

A partir da análise, chegou-se à conclusão de que, dentre os diversos institutos da Constituição Federal e do Código Civil brasileiro de 2002 destinados à proteção da personalidade humana estava a imagem que nos últimos tempos, em decorrência dos avanços tecnológicos, vem sofrendo vários afrontes e relativizações.

Desde então, desenvolveu-se uma linha de investigação que parte da análise das esferas da imagem e do seu uso, tanto em sua formulação tradicional como na sua acepção moderna em meio aos avanços sociais, para adiante abordar os limites da imagem, o que permitirá, enfim, traçar os novos elementos que a compõem e condicionam sua extensão no mundo contemporâneo.

1 O CONTEÚDO DO DIREITO À IMAGEM

Sob boa medida, há de se conhecer um pouco dos direitos da personalidade, pois o direito à imagem é uma espécie autônoma desses. Em consonância com CASTAN TOBEÑAS³, sucintamente, esse caracterizava aqueles direitos como os direitos essenciais da pessoa ou mesmo os direitos subjetivos essenciais. Por vez, não distante, PAULO LÔBO⁴, atribui aos direitos da personalidade os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade. Os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil, possuindo caráter absoluto e eficácia *erga omnes*.

A imagem é um atributo exterior distintivo da pessoa humana que a individualiza na sociedade. Por ser inerente à pessoa, possui plenas características de direito da personalidade e assim merece uma atenção especial pelo ordenamento. Ainda mais, é vista como um direito autônomo, sendo possível a sua ofensa, distante de objeções à intimidade ou à honra, por exemplo. O Código Civil de 2002, nos arts. 20 e 21, e a Constituição Federal no seu art. 5º, incisos V, X e XXVIII albergam a devida proteção a imagem que quando maculada é suscetível de reparação por dano moral que servirá como compensação pecuniária como espécie da reparação civil.

³ TOBEÑAS, José Castan - *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952 – apud BITTAR, Carlos Alberto, 1939-1997. *Os direitos da personalidade*. 7 ed. Atualizada por Eduardo Calos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 6.

⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 130.

2 DAS CONCEPÇÕES DE IMAGEM

Demonstrando a relevância do presente trabalho, calha trazer à baila que, muito diferente de boa parte da doutrina que estabelece a imagem na concepção bifurca entre imagem retrato e imagem atributo, além de outras pródigas denominações, tratamos aqui de outra perspectivas da imagem. Essa ideia de norteamto, contudo, vem sofrendo alterações e agora a imagem, como dito, deve ser estudada na óbice objetiva e subjetiva. A presente produção demonstra a imagem sob duas óbices: a objetiva e a subjetiva.

Sucintamente, segundo FESTAS, “(...) *o retrato corresponde a uma representação visual da imagem de uma pessoa num determinado tempo e espaço que permite reconhecê-la ou identificá-la*”.⁵ Já a imagem atributo seria o complemento do retrato com elementos que emergissem o aspecto subjetivo específico do indivíduo, que o caracteriza e valoriza na sociedade.

A imagem por ser um atributo tanto negativo (por requerer a sua guarida) bem como positivo (por aquiescer seu aspecto patrimonial), requer, como bem lecionado por VASCONCELOS⁶, seu direito objetivo e subjetivo. As conceituações não podem, em hipótese alguma, suprimir a personalidade, muito menos restringir a esfera dessa, por isso aquelas vêm sendo mitigadas.

Quando vista no seu aspecto subjetivo deve ser tida como absoluta, visto que cada pessoa terá que defender a sua imagem para que então possa defender a sua própria dignidade. Logo, a concepção protetiva da imagem é vista nesta perspectiva. Ainda como leciona VASCONCELOS, “*a imagem enquanto subjetiva é a posição jurídica do próprio indivíduo, na sua qualidade de pessoa de direito, perante as circunstâncias que lhe rodeiam, sendo uma posição concreta*”⁷. Então, percebe-se o enquadramento das inúmeras definições de imagem atributo, retrato, etc.

Já a imagem vista no seu aspecto objetivo, alinha a sua relação jurídica e utilização perante a sociedade, fazendo com que aquela passe a ser mais um atributo do ser humano e que esse possa utilizá-la da maneira mais produtora possível. De modo que, englobam-se agora as concepções mercadológicas da imagem.

Sendo assim, se propõe uma nova tomada de concepções da imagem, pois, como veremos adiante, a imagem vista tão somente como um requisito de identificabilidade, destoa de toda lógica

⁵ FESTAS, Davi Fernandes de Oliveira. Do conteúdo patrimonial do direito à imagem. 2006. 384 folhas. Mestrado. Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito. Lisboa. Cópia. p. 39.

⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito da personalidade*. Coimbra: Almedina. p. 48.

⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito da personalidade*. Coimbra: Almedina. p. 56.

sistêmica do ordenamento brasileiro que traz ainda à imagem valores patrimoniais, pessoais e sociais ao modo de expor, reproduzir, lançar e salvaguardar esse direito da personalidade.

3 DAS LIMITAÇÕES DA IMAGEM NA ATUALIDADE

Todo indivíduo apresenta sua privacidade e sua vida pública, seja ele Presidente da República ou um simples autônomo. A delimitação de espaços na vida humana aduzem limitações aos direitos, não sendo diferente o direito à imagem. Em que pese suscitarem dúvidas e confluências teóricas à imagem para com a privacidade do indivíduo, há de ser posto que a imagem é uma representação física do indivíduo, ou seja, vai muito além do âmbito da privacidade – a conjuntura pessoal de cada ser.

Assim, como dito anteriormente, os valores patrimoniais, pessoais e sociais ao modo de expor, reproduzir, lançar e salvaguardar a imagem necessitam de novos limites que não são supridos pelo art. 20 e 21 do Código Civil de 2002.

Esses, respectivamente, trazem à tona os aspectos do afronte à honra, à boa fama e a respeitabilidade e o aspecto da vida privada. Percebe-se, de pronto, que tais limites, em virtude da sua generalidade, se retraem e não resguardam o direito em comento de maneira profícua.

Como já visto alhures, a lesão da imagem independe da lesão da honra, da boa fama e da respeitabilidade. A imagem tem seu próprio fim, tem sua própria ontologia. Não é preciso o legislador condicionar a lesão dessa à lesão de outros direitos. Como ressalta SCHREIBER⁸, a manifestação exterior é independente de lesão à honra ou à privacidade. Ora, caso a proteção da imagem fosse condicionada à lesão à moral, por exemplo, seria muito difícil arbitrar e responsabilizar civilmente uma revista de circulação nacional por ter ampliado o uso de fotos sensuais de uma modelo, pois haveria a obrigação avultada em contrato celebrado entre as partes, a voluntariedade da exposição estaria alienada ao bem econômico (o contrato).

Adiante, uma limitação relevante, que chega a ser uma ogiva ao direito à imagem é a vida privada. Esta pode ser compreendida como a reserva social do ser ao desenvolvimento de suas atividades de cunho íntimo e moral. Logo, vemos que a limitação da vida privada⁹ direciona o jurista à condensação dos seus aspectos e o desenvolvimento de um controle de legitimidade¹⁰, não visto no Código Civil de 2002 nos arts. 20 e 21, tampouco na Constituição Federal no seu art. 5º, incisos V, X e XXVIII.

⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 105.

⁹ Código Civil. 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 ato contrário a esta norma.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 119.

Com efeito, os limites arcaicos de pessoa pública e lugares públicos não suprem a efemeridade do mundo contemporâneo de redes sociais, terabytes, compartilhamentos e localizações. Portanto, há uma carência de elaboração desse controle da legitimidade e dos limites da imagem na atualidade, destacando-se, pois, o limite do consentimento do indivíduo retratado e do meio vinculante da sua imagem. O consentimento seria o conluio da parte para com a situação fática. De tal sorte, avultamos dois aspectos de consentimento e um valor para o retratado: o consentimento necessário, o consentimento presumido e a extensão do uso da imagem.

A partir dessa sistematização, temos que a primeira espécie de consentimento aduz a situação que se infere no seio da vida privada do retratado. Tomemos como exemplo a divulgação de imagens de uma modelo trocando carícias com seu namorado numa praia. Apesar do local ser público, a ingerência criminosa das altas lentes de captação inferiram o momento íntimo da retratada, de tal modo que a imagem daquela deve ser tutelada pelo Estado-Juiz. Já a situação é diferente quando algum amigo é músico e se apresenta num concerto, naquela ocasião ocorre a presunção consentida de utilização da sua imagem no tocante àquele evento, ocorrendo, então, o consentimento presumido. Em simbiose com esses dois aspectos, vê-se a extensão do uso da imagem que deverá ser passada para o indivíduo, concatenando, assim, com o consentimento.

Por hora, quanto ao meio e ao vinculante da imagem, podemos destacar: a potencialidade do uso da imagem, a temporalidade e a causalidade. Um dos ardilosos argumentos à utilização da imagem é o direito de informação e a liberdade de imprensa. Todavia, nem os princípios, muito menos direitos são absolutos. De sorte que isso deve ser relativizado por esses mecanismos a serem apresentados.

O uso da imagem não pode ser incisivo ao retratado, sua potencialidade deve guardar relevâncias ao uso da informação para qual foi vinculada. Como elenca SILVA JÚNIOR, “*dispensa-se o consentimento para publicação e divulgação da imagem das pessoas públicas, desde que presente o caráter jornalístico da utilização da imagem, não havendo proibição quando houver inequívoco interesse público*”.¹¹ A divulgação de fotos de um “mega-bi-tri milionário” atleta com uma amante num quarto de hotel não alcança um fim precípua da liberdade de informação. Muito menos uma foto do século passado alcança com eficácia e a temporalidade à insurgência da imagem na atualidade. Diga-se que, a causalidade da imagem deve canalizar a liberdade de informação com a esfera pessoal do agente, no momento de sua captura e de sua publicação, a partir de um exercício de ponderação por seu usuário.

¹¹ SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. P. 97

Dito isto, percebe-se que a singela dicotomia entre figura pública e lugar público se macula na “sociedade das redes”. Hoje, nos seus vínculos sociais, todos passam a ser pessoas públicas, e todos os locais passam a ser públicos. Afinal, do conforto de sua casa, qualquer um pode ver o que se passa em Bangladesh ou no Alaska, ou com um toque no celular, podemos enviar uma foto para outrem no Sri Lanka em dois segundos.

CONCLUSÃO

O direito à imagem consiste numa salutar proteção a todos - que se encontram que hoje numa situação de vulnerabilidade virtual – e o mais, à própria personalidade. Contudo, uma simples sistematização no Código Civil ou na Constituição Federal não supera a robustez de tal instituto. A dificuldade de se compreender a sistemática e a limitação de tal direito vai muito além de três ou quatro dispositivos.

Apesar da sua notória relevância, a autonomia da imagem, a extensão e a delimitação do seu uso perfazem mais do que hoje é tratado nos Tribunais Superiores nas Academias.

Com o respaldo das linhas tracejadas, conclui-se que há necessidade na elaboração de novos parâmetros e limites à imagem, como os apresentados, demonstrando, assim, a importância do trabalho apresentado.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto, 1939-1997. *Os direitos da personalidade*. 7 ed. Atualizada por Eduardo Calos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FESTAS, Davi Fernandes de Oliveira. Do conteúdo patrimonial do direito à imagem. 2006. 384 folhas. Mestrado. Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito. Lisboa. Cópia.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito da personalidade*. Coimbra: Almedina.

REFLEXÕES ACERCA DA INCAPACIDADE SUCESSÓRIA TESTAMENTÁRIA DA CONCUBINA E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Karoline de Lucena Araújo¹

RESUMO

Pelo princípio de saisine a herança é transferida de forma universal e indivisível com a abertura da sucessão, que se dá no momento da morte. Isso quer dizer que a herança é transmitida imediatamente com a morte do indivíduo. Sendo assim, com a morte, a herança é transmitida para aqueles que possuem capacidade sucessória para tanto. A capacidade sucessória, é possível dizer, que é a autorização dada para que o indivíduo seja considerado herdeiro. Essa autorização é concedida por lei ou por testamento, conforme seja herdeiro legítimo ou testamentário. A capacidade para suceder possui, portanto, uma origem que está na disposição legal ou um ato de última vontade. A sucessão legítima está prevista no art. 1.829, que determina a ordem de vocação hereditária. e no art. 1.790 que prevê a sucessão do companheiro. Já a sucessão testamentária, por ser ato de vontade, não possui uma determinação expressa na lei acerca de quem são os herdeiros. Porém, possui uma limitação legal no que tange àqueles que não podem herdar através do testamento. É o que está previsto no art. 1.801, do Código Civil. O presente trabalho apresentará uma reflexão acerca do que está previsto, especificamente, no inciso III do referido artigo que veda a disposição em testamento para a concubina de homem casado. Será feita uma reflexão acerca da aplicabilidade de tal dispositivo uma vez que as famílias hoje se caracterizam pela afetividade.

Palavras-chave: Capacidade sucessória; concubina; afetividade.

ABSTRACT

¹ Mestre em Ciências Jurídicas com área de concentração em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Professora das disciplinas de Direito do Consumidor e de Direito das Sucessões no curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Patos – PB.

By the principle of inheritance is transferred saisine so universal and indivisible with the opening of the succession , which occurs at death . This means that inheritance is transmitted immediately to the death of the individual . Thus , with death , the inheritance is transmitted to those who have the capacity to both succession . The capacity to inherit , you can tell which is the authorization given to the individual to be considered heir. This authorization is granted by law or by will , as is legitimate or testamentary heir . The ability to succeed therefore has a source that is in a statute or an act of last will . The inheritance rights is provided for in art . 1829 , which determines the order of heredity . and art. 1790 which provides for the succession of the companion . Already a testamentary succession , being an act of will, not an express determination in the law about who are the heirs . However , it has a legal limitation in regard to those who can not inherit by will. This is what is referred to in art. 1801 of the Civil Code . This paper will present a reflection on what is expected , specifically in section III of this article prohibits the provision in his will for the married man 's concubine . There will be a reflection on the applicability of such a device once families today are characterized by affectivity.

Keywords: Capacity succession; concubine; affectivity.

INTRODUÇÃO

A herança é um dos institutos mais importantes das relações civis. Isso porque envolve questões que permeiam relações de grande repercussão para o indivíduo. Como é o caso do direito de propriedade e do direito de família. Trata-se de um objeto que deve ser tratado com bastante cuidado, pois o titular de todos os bens discutidos não está presente, seja por ausência, seja por morte. Diante disso, é preciso que se atribua um novo titular para responder pelos os bens, ou novos titulares para os mesmos.

Sendo assim, a legislação civil sempre teve uma preocupação em dispor acerca daqueles que estão aptos a receber a herança. Ou seja, aquilo que a lei chama de capacidade para suceder. A capacidade sucessória é a legitimidade que indivíduo possui para receber a herança. Tal capacidade sucessória pode estar prevista na lei ou no testamento, conforme seja herdeiro legítimo ou testamentário.

É importante ressaltar que alguns doutrinadores e a própria lei, em determinados casos, chama a aptidão acima descrita como sendo legitimidade. No presente ensejo, preferir-se-á chamar de capacidade, pois reconhece que, de fato, a lei ou o testamento torna a pessoa capaz de receber a herança e de agir no inventário, independente inclusive de que possua capacidade civil.

Como dito, a capacidade pode advir da lei, como é o caso do art. 1.829 que dispõe sobre os herdeiros legítimos ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, juntamente com o art. 1.790 que dispõe sobre a sucessão do companheiro. Bem como pode advir do testamento. Neste caso, não existe uma ordem prevista na lei, já que é a vontade do indivíduo que determina a capacidade. Porém, o código civil estabelece algumas restrições que estão previstas no art. 1.801 do citado diploma.

O objeto do presente trabalho será tratar do inciso III do art. 1.801 que veda a possibilidade de a concubina do homem casado de herdar em testamento. Serão feitas algumas reflexões acerca da atecnia do dispositivo ao restringir a liberdade de testar, tratando inclusive de um prazo que não possui fundamento legal, qual seja de cinco anos de separação de fato. Para além disso, com a sedimentação em nosso ordenamento do princípio da afetividade às relações familiares, não seria tão interessante a aplicação de tal dispositivo.

1 DESENVOLVIMENTO

Assim como praticamente em todos os institutos do direito civil, o direito sucessório passou por algumas mudanças com o advento do Código Civil de 2002. Não obstante isso, é preciso que se diga que o livro que trata do Direito das Sucessões foi, talvez pelo seu próprio objeto, o que mais herdou estruturas retrógradas das relações civis.

Ao se fazer uma leitura sistemática das disposições que regem o direito sucessório, é possível perceber que o legislador não avançou onde deveria avançar e onde o fez não atendeu às verdadeiras necessidades, diante das mudanças pelas quais passou a sociedade. E isso acaba repercutindo diretamente na sociedade, pois se trata de uma ramificação do direito civil que perpassa, basicamente, todas as relações regidas pelo direito civil, como é das famílias, da propriedade, das obrigações, entre outros. Destacando as mudanças substanciais que ocorreram na concepção de família, que deixou de ser vista pela ótica matrimonial, para ser concebida como entidade familiar. Até porque “o retrato da família não é mais a foto de um casamento”². O próprio art.226 da Constituição Federal já previa mudanças substanciais na concepção de família, ao prever a igualdade entre os filhos e ao equiparar a União Estável a uma entidade familiar.

As mudanças legais são frutos das mudanças ocorridas na própria sociedade, na qual não se observava mais, há muito, um modelo ordinário de família. Observam-se famílias com apenas um

² DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011, pág. 93.

ascendente, as filiações afetivas, entre outros aspectos que necessita de uma ótica de família que seja fundada no amor e na solidariedade, não se restringindo aos vínculos sanguíneos³.

Como dito, o direito de família acaba influenciando no direito das sucessões. Isso quer dizer que é natural que a mudança na concepção de família influencie nas disposições acerca do direito de herança.

Isso repercute de forma direta no direito de herança, que ainda é mais engessado às disposições legais, pois determina à pessoa a capacidade sucessória como requisito necessário para receber a herança. A capacidade para suceder é, portanto, a aptidão para ingressar no inventário como herdeiro, podendo agir no mesmo, uma vez que é parte interessada.

O art. 1.798 do código civil determina que são legítimos para suceder aqueles que já nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão que é o momento da morte. Para além disso, exige-se uma origem. Gonçalves lembra que o artigo citado estabelece uma regra geral tanto para a sucessão legítima como a testamentária, ficando para as especificidades da origem, conforme sejam na lei ou no testamento, as regras especiais⁴.

A capacidade pode ter origem na lei, como é o caso do art. 1.829 que dispõe sobre os herdeiros legítimos ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, juntamente com o art. 1.790 que dispõe sobre a sucessão do companheiro. Bem como pode advir do testamento. Neste caso, não existe uma ordem prevista na lei, já que é a vontade do indivíduo que determina a capacidade. Porém, o código civil estabelece algumas restrições que estão previstas no art. 1.801 do citado diploma.

Antes de qualquer coisa convém tratar do princípio da afetividade que, atualmente, é determinante para reconhecimento do vínculo familiar. Tal princípio reconhece vínculos familiares ou não existem vínculos sanguíneos. Bem como, desconhece laços familiares onde as relações de afeto não são a base.

Sendo assim, é imprescindível a tutela do vínculo socioafetivo, pois legitima um outro modo de filiação, ao mesmo tempo em que reconhece relações entre companheiros⁵. Ao tratar da capacidade sucessória para receber através do testamento, como dito, o código civil atribui algumas restrições à liberdade para testar, que estão previstas no art. 1.801 do referido diploma.

³ FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do Direito de Família contemporânea. **In: Leituras complementares de Direito Civil – Direito das Famílias**. Editora Juspodium. Salvador : 2010.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. Saraiva. São Paulo: 2011.

⁵ MADALENO, Rolf. Paternidade alimentar. **In: Leituras complementares de Direito Civil – Direito das Famílias**. Editora Juspodium. Salvador : 2010.

Mais precisamente no inciso III, o dispositivo veda a possibilidade de a concubina herdar através de testamento. Parece ser uma regra de ordem moral. O que não tira a legitimidade da mesma. No entanto, é possível discutir se existe aplicabilidade.

Ora, muito se falou acerca da afetividade como criador de vínculos. Como então negá-lo no presente caso. Para além disso, é possível dizer que mesmo sendo uma situação não regulada, como é o caso das famílias paralelas, não quer dizer que direitos possam ser negados⁶.

Mas, o que efetivamente, choca é a previsão de prazo que não existe, qual seja o de 5 anos. Por dois motivos: primeiro se houver separação de fato, é possível a constituição de união estável e não de um concubinato. Segundo, a lei do divórcio direto não trata mais de prazos para a possibilidade de divórcio.

Sendo assim, com a caracterização da família pelos vínculos afetivos e não sanguíneos, é complicado se pode observar a aplicabilidade do art. 1.801, III do código civil. Para além da própria ausência de regulamentação da situação da concubina com a consideração das famílias paralelas.

CONCLUSÃO

Com a mudança de feições da família a legislação precisou se adaptar às necessidades da sociedade, principalmente com a sedimentação de determinadas uniões. Isso acaba repercutindo no direito sucessório.

Ora, como não reconhecer que alguém, ainda que indiretamente, não possa receber um direito que é constitucionalmente garantido que é o direito de herança. E vale dizer que não é uma vedação para a sucessão legítima, mas para a sucessão testamentária, que é um ato de vontade, uma determinação do próprio indivíduo. Ou seja, a pessoa decide acerca do destino de seus bens.

Ressaltando que a liberdade para testar já é restrita pela observação da legítima. Isso quer dizer, que observada a legítima, o indivíduo possui liberdade para dispor acerca do restante. Desta feita, configura-se como algo não interessante, impedir o testador de deixar uma parte da herança para alguém com quem desenvolveu uma relação de afetividade. Com a atual visão que se possui de família, tal determinação não possui uma aplicação tão assegurada.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do Direito de Família contemporânea. **In: Leituras complementares de Direito Civil – Direito das Famílias**. Editora Juspodium. Salvador : 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. Saraiva. São Paulo: 2011.

MADALENO, Rolf. Paternidade alimentar. **In: Leituras complementares de Direito Civil – Direito das Famílias**. Editora Juspodium. Salvador : 2010.

A ADMISSIBILIDADE DA PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL – ANÁLISE NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

Thayssa Daniela da Silva Gomes¹

Virnélia Lopes de Q. Medeiros²

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa³

RESUMO

Na seara dos direitos fundamentais, a vida apresenta-se como a mais preciosa garantia individual, servindo como pressuposto para a concretização dos demais direitos fundamentais. Não há que se falar em igualdade, liberdade entre outros direitos igualmente essenciais, se não houver respeito à vida. Para definir o âmbito de proteção desse direito primordial, é preciso que se estabeleça o marco inicial da vida, assunto que incide diretamente sobre a experimentação científica com células-tronco embrionárias. No entanto, várias são as teorias tentam delimitar seu início, e todas elas dispõem de embasamentos plausíveis, observando que se trata de um posicionamento político. Nota-se que tanto a legislação nacional quanto a internacional ainda não entrou num acordo pacífico sobre o status jurídico que se pretende conferir ao embrião, isto é, se ele é objeto ou sujeito de direitos. Ressalta-se que o tema em questão suscitam divergências no campo jurídico, político, moral e

¹ Aluna graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Voluntária no projeto de pesquisa: Por um Estatuto Jurídico do Embrião no Direito Brasileiro; Monitora bolsista da disciplina de Direito Romano. E-mail: thayssa_daniela@hotmail.com

² Aluna graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Voluntária no projeto de pesquisa: Por um Estatuto Jurídico do Embrião no Direito Brasileiro. E-mail: vivi_lopes_@hotmail.com

³ Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento na UFPB. E-mail: ap_albuquerque@yahoo.com.br

filosófico, tornando o assunto mais complexo. Desse modo, observa-se o quão necessário é que o Direito, como instrumento regulador de condutas, pacifique a questão acerca do início da mais preciosa garantia individual. Igualmente, dever ser criado um estatuto jurídico do embrião no direito brasileiro, a fim de que seja estabelecida uma maior segurança jurídica de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito que vivenciamos.

Palavras-chave: Direito à vida; embrião; células-tronco embrionárias.

ABSTRACT

In the field of fundamental rights, life presents itself as the most precious individual guarantee, serving as a assumption for the realization of other fundamental rights. There is no need to talk about equality, freedom among other rights equally essential, if there is no respect for life. To define the scope of protection of that primordial right, we need to establish the starting point of life, subject, which focuses directly on scientific experimentation with embryonic stem cells. However, several theories try to delimit your home, and all of them offer plausible ramming, noting that it is a political positioning. Note that both national and international legislation has not yet entered a peaceful agreement on the legal status which intends to give the embryo, that is, whether it is subject or object of rights. It should be noted that the subject in question in the legal field divergence, political, philosophical and moral, making the issue more complex. Thus, how necessary is to the law, as an instrument of regulator conducts, pacify the question about the beginning of the most precious individual warranty. Also, probably created a legal status of the embryo in the Brazilian law, in order to establish greater legal certainty of fundamental importance for the democratic State of law that we experience.

Keywords: Right to life; embryo; embryonic stem cells.

INTRODUÇÃO

A evolução da ciência e as consequentes inovações trazidas ao mundo dos fatos exigem do direito sua constante atualização. Com as novidades trazidas pelas práticas de reprodução humana assistida (RHA) não poderia ser diferente. As técnicas de RHA já possibilitam a fecundação extracorpórea e a preservação dos embriões excedentários a baixas temperaturas. Todavia, ao

mesmo tempo em que a tecnologia traz esperança a casais que não podem ter filhos, acarreta questionamentos éticos e jurídicos acerca da condição do embrião, se é da ordem dos sujeitos de direito, ou se é da ordem dos objetos de direito, e quais suas respectivas consequências.

Pelo art. 2º do Código Civil brasileiro, o embrião *in vivo*, nascituro, apesar de não ser considerado pessoa, é titular de direitos desde a concepção. Mas o embrião *in vitro*, excedentário, este carece de qualquer definição. Ao mesmo tempo, ao submeter o inciso IV do art. 1.597 do Código Civil a um olhar mais acurado, deve-se analisar com cuidado a proposição de Carolina Valença Ferraz, que afirma “que o legislador, mesmo não tendo incluído o embrião humano no rol do art. 2º do Código Civil, reconhece sua titularidade ao direito de parentesco”⁴. Poder-se-ia dizer que houve inclusão tácita do embrião excedentário no rol dos sujeitos de direito? É preciso verificar.

Ao mesmo tempo, questiona-se sobre a possibilidade de se destinar o excedente às pesquisas com células-tronco embrionárias. Como sujeito de direitos, o embrião *in vitro* pode ser contemplado com o direito à vida, o que levaria a um possível conflito com as pretensões que surgem a partir dos avanços científicos. A ausência de lei específica no Brasil aparece como um obstáculo a mais para que se possa chegar a uma conclusão.

O presente artigo se propõe, então, a analisar a celeuma acerca do estatuto jurídico do embrião pré-implantatório de que dispõe o art. 1.597, IV, do Código Civil e a possibilidade de destinação dos excedentes às pesquisas com células-tronco.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 A PROBLEMÁTICA ACERCA DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

A discussão acerca da condição jurídica do embrião é, no mínimo, intrigante. Roca i Trias ilustra bem a celeuma em torno do tema ao declarar que:

[...] ainda que não tenha um direito à vida como direito fundamental, constitui um bem juridicamente protegido, o que implica o reconhecimento de uma situação que é peculiar, a meio caminho entre pessoa plena e as coisas: só será pessoa se nasce, e não é coisa porque sua potencialidade de transformação leva a que não deva ter a mesma consideração que um tecido ou parte do corpo humano.⁵

⁴ FERRAZ, 2011, p. 64

⁵ ROCA I TRIAS, 2002, p. 117

No entanto, se o embrião não puder ser considerado pessoa nem coisa, o que será? É preciso classificar de maneira plena a condição jurídica do embrião para, a partir de então, estabelecer-se o tratamento mais apropriado. O Código Civil brasileiro cita o embrião pré-implantatário no art. 1597, inciso IV, mas não define sua natureza jurídica. Portanto, para a lei civil, ele existe e pode ser inserido em um projeto de filiação, mas não se sabe em que categoria jurídica poderia ser colocado. Somando-se a isso, uma problemática recorrente nas técnicas de reprodução humana assistida é: o que se fazer com o embrião excedentário, aquele que ainda ou já não mais se encontra em um projeto familiar.

Ocorre que, ao prestar esse tipo de tratamento, as clínicas costumam “produzir”, por cautela, um número de embriões bem maior do que o que será, inicialmente, implantado no útero da mulher. Durante o procedimento, o recomendado é que se insira de dois a quatro embriões, para aumentar as chances de uma gestação bem sucedida. O restante dos embriões fica armazenado na clínica a espera de um destino. A pergunta que fica é: que destino? A pesquisa com células-tronco embrionárias surgem, aqui, como uma possibilidade.

Não obstante o art. 5º da Lei Nacional de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), cuja constitucionalidade foi questionada pela em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF, e a Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, trazerem algumas possibilidades, quais sejam, doação, pesquisa e descarte, ainda não é suficiente. Se os genitores quiserem, podem deixar os embriões armazenados até se tornarem inviáveis, sem que se permita doação ou destinação à pesquisa. Seria correto ou digno esse comportamento? Também não se pode dizer que seria correto ou incorreto obrigá-los a dar uma destinação, já que legislação específica ainda não há.

A inquestionável importância de uma proteção jurídica específica do embrião justifica a necessidade da criação de um estatuto que lhe seja peculiar, através de disposições normativas que salvaguardem a sua tutela, a fim de que, independente da classificação jurídica adotada, seja resguardado o seu significado, enquanto origem da vida humana. Por via correlata, as opções para o destino do excedente estarão vinculadas ao estatuto jurídico do embrião.

Igualmente, na classificação jurídica do embrião, deve-se levar em consideração que ele é constituído de material genético humano, motivo pelo qual se costuma afirmar que não se deve afastá-lo da condição de humanidade. O que torna ainda mais delicada a decisão pela colocação do embrião na categoria de sujeito ou na categoria de objeto de direito. Ao admitir a condição humana do embrião, deve-se reconhecer, também, que ele tem dignidade, sendo-lhe, então, destinado todo

valor e respeito. Classificar o embrião como coisa significaria, na concepção kantiana⁶, tirar-lhe a dignidade, e o tratamento a ele destinado seria diferenciado.

Adriana Maluf dispõe que *a vida humana recebe proteção legal desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide, como dispõe o art. 2º do Código Civil, os arts. 6º, III, in fine, 24, 25, 27, IV da Lei nº 11.105/05.*⁷

Entende-se aqui que o embrião *in vivo*, o nascituro, já está amparado pelo art. 2º do Código Civil onde se lê que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**”. (Grifei)

Nascituro, na etimologia da palavra, significa aquele que está para nascer, *in casu*, aquele que já se encontra no útero da mulher, em processo de gestação. Este já é definido pela legislação civil como titular de direitos. Fica claro, pela leitura do artigo, que embora não seja ainda pessoa física ou natural, o embrião *in vivo*, o nascituro, é sujeito de direito, sendo, pois, um ente despersonalizado. O embrião *in vitro*, a seu turno, apesar de citado pelo art. 1.597, IV da lei civil, carece de qualquer definição legal e ainda é tratado de maneira muito tímida pela doutrina jusprivatística. Por consequência, impossível distinguir se o mesmo deve ser visto como titular ou objeto de direitos e de que maneira deve ser protegido.

É inquestionável a importância de uma proteção jurídica específica para o embrião excedentário. Considera-se extremamente necessária a criação de um estatuto jurídico que determine sua condição e tratamento adequado, de modo que seja resguardado o seu significado, enquanto origem da vida humana. Mas quando se dá o início da vida, qual o seu âmbito de proteção? É o que se verá a seguir.

1.2.LEGISLAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE A VIDA

Como foi visto anteriormente, o direito à vida está intimamente ligado ao embrião e a pesquisa com células-tronco embrionárias, desse modo, vários são os diplomas nacionais e internacionais que buscam tutelar a vida, demonstrando um esforço jurídico e político no sentido de protegê-la.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º assevera: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros

⁶ Kant diz que tudo possui um preço ou uma dignidade. Aquilo que possui um preço tem um valor relativo, ou seja, pode ser comparado ou substituído por algo equivalente. Mas só tem dignidade aquilo que é insubstituível e incomparável, aquilo que se encontra acima de qualquer preço. Apenas o homem, enquanto ser autônomo e racional possui dignidade. (RABENHORST, 2001). A partir desse referencial, pode-se concluir que, imprimindo-lhe a natureza humana, o embrião terá dignidade. Retirando-lhe essa natureza, terá preço.

⁷ MALUF, 2010, p. 89

residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida (...)**” (grifos nossos). Bem como o artigo 2º do Código Civil Brasileiro, que afirma: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.**” (grifos nossos).

No tocante a legislação internacional, o Estado brasileiro é signatário de várias Convenções sobre direitos humanos que dispõem sobre o direito à vida, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que diz em seu artigo 6º que “**O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.**” (grifos nossos), a Convenção Americana de Direitos Humanos que dispõe em seu artigo 4º: “Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção.** Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (grifos nossos) e a Declaração Universal de Direitos Humanos que diz no seu artigo 1º “Todas as pessoas nascem livres e **iguais em dignidade e direitos.** (...)” (grifos nossos).

Como bem aponta a Constituição, os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil ganha forma de norma constitucional, vejamos:

Artigo 5º, parágrafo segundo: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte. (grifos nossos)

Artigo 5º, parágrafo terceiro: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às **emendas constitucionais.** (grifos nossos)

Diante do que foi exposto, observa-se que o Brasil respeitando a legislação nacional e internacional deve proteger a inviolabilidade da vida desde o momento da concepção, ou seja, não seria possível a pesquisa com células-troco embrionárias, visto que o embrião seria um sujeito de direitos.

No entanto, a Lei nº 11.105/2005 chamada Lei de Biossegurança diz em seu artigo 5º que “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento (...)”, colocando em discussão a assertiva acima mencionada.

Sabe-se que a definição daquilo que de fato é protegido pelo direito fundamental à vida não é pacífica. Constatam-se três âmbitos de proteção de tal direito, havendo atribuição de significado ao direito à vida como direito à própria vida, direito de uma vida digna e direito à proteção em face aos avanços da biologia.

Nesse diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0-DF debateu a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança, que envolve as pesquisas e

terapias com células tronco embrionárias humanas, diante da proteção constitucional ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria dos votos, pela constitucionalidade do referido artigo e parágrafos, visto que apesar do embrião ser um bem jurídico a ser protegido e por esse motivo a lei salvaguarda seus eventuais direitos, ele é uma expectativa de vida humana, e para que ele adquira esses direitos é preciso que ocorra o nascimento com vida.

Portanto, observa-se o quanto essa questão acerca do início da vida e a pesquisa de células-tronco embrionárias suscitam divergências, fazendo-se necessário a criação de um Estatuto Jurídico do Embrião para maior segurança acerca do assunto.

1.3. A PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS NA FRANÇA, REINO UNIDO E EUA

Confirmam-se as dificuldades na elaboração de uma legislação suficientemente rigorosa para controlar os abusos e que ao mesmo tempo deixe espaço para adaptação ao rápido ritmo da mudança científica na área de experimentação com células-tronco embrionárias.

Opiniões divergentes ocupam o mesmo espaço nos processos políticos que dirigem a legislação nesse campo, além das implicações éticas, morais, religiosas e culturais suscitadas pela pesquisa com células-tronco embrionárias.

Legalmente, há uma diferença fundamental entre o Reino Unido e os Estados Unidos no que diz respeito ao assunto, visto que o primeiro elaborou uma legislação para controlar a pesquisa embrionária, enquanto o segundo se permite a ausência de leis federais.

A experiência do Reino Unido está demonstrando dificuldades para criar uma legislação em um terreno no qual a tecnologia está sempre à frente da lei. Mais que isso, as tentativas do governo do Reino Unido para preencher as lacunas legais por meio dos caminhos legais mais rápidos salientaram também problemas políticos que surgem na hora de legislar nessas áreas.

Já nos Estados Unidos, por falta de lei federal que regulamente a pesquisa embrionária, alguns estados já têm a clonagem humana pendente de tramitação legislativa, assumindo posições divergentes.

Nesse sentido, os dois países enfrentam desafios comuns, a saber, promulgar leis em sociedades democráticas em circunstâncias de desacordo moral, lembrando que a legitimidade das leis sobre a pesquisa com células-tronco tem de se fundamentar no respeito aos procedimentos que garantem debate público.

Outrossim, a legislação francesa não possui ainda um estatuto jurídico próprio para as células embrionárias, e na falta de texto específico, o estatuto do embrião parece aplicável a essas células.

Portanto, o embrião humano não é objeto de uma qualificação jurídica, a saber, se é pessoa ou coisa. Apesar das oportunidades que teve para fazê-lo, o legislador francês não se pronunciou sobre a questão, promovendo uma falta de coerência do sistema atual, visto que algumas medidas tendem a personificá-lo enquanto outras a coisificá-lo, deixando margem para escolhas sem limitações, o que torna o assunto ainda mais controverso.

O debate atual sobre a revisão das leis de “bioéticas” no Parlamento francês confirma uma tendência à aceitação da pesquisa com células embrionárias, embora a Assembléia Nacional seja mais favorável que o Senado. O Senado admitiu uma situação transitória de cinco anos, na qual seria possível a pesquisa com embriões e células embrionárias, prevendo que seis meses antes do fim do prazo de cinco anos a obrigação de se pronunciar sobre a manutenção da regra no final do período fixado.

Em suma, está claro que a evolução segue no sentido da admissão das pesquisas, o que coloca em questão a chamada instrumentalização dessa “humanidade” potencial, destarte, deve-se agir com prudência. Contudo, a partir do momento em que se admite a própria ideia de pesquisa, inclusive de forma excepcional, já não se pode invocar a prudência como fundamento para o texto adotado.

CONCLUSÃO

Num primeiro momento, observa-se o quão primordial é o direito à vida, desse modo, vários são os diplomas nacionais e internacionais que buscam tutelá-la e protegê-la. No entanto, o âmbito dessa proteção ainda é incerto, uma vez que mesmo no direito interno, leis sobre o assunto se divergem havendo ausência de segurança e pacificidade sobre o assunto.

Desse modo, nota-se o quão é importante a criação de um estatuto jurídico do embrião no direito brasileiro, para definir o status jurídico que se pretende conferir a ele, levando em consideração o marco inicial da vida e definindo a questão da pesquisa com células-tronco embrionárias no Brasil.

REFERÊNCIAS

FERRAZ, Carolina Valença. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas. 2010.

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

ROCA i TRIAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 100-126.

O DANO MORAL COMO EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURÍDICA DA PERSONALIDADE NA ESCALA DA REPERSONALIZAÇÃO

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa¹

Wallace Leonardo de Aguiar²

Guilherme Pinto do Nascimento³

Sterfesson Higo de Lima⁴

RESUMO

A tendência não patrimonial adotada pelo Código Civil de 2002, em detrimento dos três séculos onde a pessoa humana era menos importante nas relações que o patrimônio, mostra uma repersonalização do instituto, deslocando os objetos principais de estudo. O ser humano, que possui o condão de dar começo as relações jurídicas e realizar atos que repercutem no mundo do direito, assumem então o seu posto natural no ordenamento, para seus direitos inatos serem tutelados com a transformação pecuniária do seu prejuízo, ou ataque a sua personalidade, mediante os danos morais, este sendo um instituto coirmão, que falaremos mais a frente. Temos então que esse novo panorama traz uma concepção renovada na jurisprudência, onde tais direitos que, anteriormente

¹ Professora da Universidade Federal da Paraíba. Membro fundador e vice-presidente do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil Constitucional. Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba e Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba. Orientadora.ap-albuquerque@yahoo.com.br.

² Aluno do curso de Direito da UFPB. Pesquisador Pivic. Wallace_leo92@hotmail.com.

³ Aluno do curso de Direito da UFPB. Pesquisador Pivic. Gylherme_gylherme@hotmail.com.

⁴ Aluno do curso de Direito da UFPB. Pesquisador Pivic. sterfesson@hotmail.com.

negligenciados, passam a ser tutelados, tornando-se legalmente possíveis serem resguardados de forma efetiva, regularizando assim as relações privadas. Sendo justamente esse o objetivo do presente artigo, explicitar que tal repersonalização se dá pela constitucionalização do Direito Civil que, apesar de terem sido distantes no passado, hoje estão entrelaçadas, sendo necessário um estudo que relacione o máximo possível esses dois ramos entre o Direito Civil e a Constituição onde os princípios constitucionais sirvam como base para esse novo Direito Civil e para suas normas que irão reger as relações tendo agora o ser humano como foco principal.

Palavras-chave: Repersonalização; danos morais; direitos da personalidade.

ABSTRACT

The non-patrimonial trend adopted by the Civil Code of 2002, to the detriment of three centuries where the human person was less important in relations to the heritage, shows a greater appreciation of the person of the institute, shifting the main objects of study. The human being, that has the effect of giving beginning legal relations and perform acts that impact in the world of law, disclaim so your post on spatial planning, nature to their inborn rights be safeguarded with the transformation of his pecuniary prejudice, or attack your personality upon the moral damages, this being a brother institute, which we will discuss further. We have so that this new panorama brings a renewed conception in jurisprudence, where such rights, previously overlooked, are now protected, making it legally possible to be effectively guarded, regularizing so private relations. Being precisely that the objective of the present article, explaining that such greater appreciation of the person takes place by the constitutional reading of the Civil Law, although they were far in the past, today they are intertwined, being necessary a study which relate, as much as possible, these two branches between the Civil law and the Constitution where constitutional principles serve as the basis for this new Civil law and its rules that will govern relations with the human being as its main focus.

Keywords: Greater appreciation of the person; moral damages; personality rights

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, foram, de certo modo, renegados em um sistema jurídico outrora patrimonialista. Só para ilustrar esse fato, o Código Civil brasileiro de 1916 não dispõe de tratamento específico sobre direitos da personalidade. Essa categoria de direitos ganha fôlego na escala da repersonalização, quando o patrimônio cede lugar ao ser humano no centro do ordenamento jurídico. Passa-se, então, a valorizar o indivíduo e suas necessidades intrínsecas.

Tais direitos podem ser analisados em dois planos distintos, quais sejam, entre particulares e face ao Estado. No primeiro plano, no plano privado, recebem aquela denominação. Quando tomados face ao Estado, recebem o nome de liberdade pública. Enquanto liberdades públicas requerem de uma atuação positiva ou negativa do ente público, e são frequentemente demandados. No plano privado, a seu turno, “não são muitos os casos levados aos tribunais, entre nós, a respeito de reflexos privados dos direitos da personalidade”⁵. Ora, enquanto direitos inatos, relacionados à própria concepção de dignidade humana, os direitos da personalidade devem ser objeto da mais ampla proteção, não apenas na esfera pública, mas também entre particulares.

Entendemos que os direitos da personalidade não são sinônimos de direitos fundamentais, mas nos atrevemos a dizer que são espécies destes, basta fazer a leitura do artigo 5º da Constituição Federal, como citado acima, para confirmar tal afirmação. Todavia, por não serem patrimoniais, encontrava-se dificuldade na forma específica de tutela jurídica em caso de lesão. A reparação por danos morais surge, aqui, como apta a constituir sanção que responda a esse tipo de violação.

1 DESENVOLVIMENTO

A pessoa mesmo não sendo o único objeto de estudo do Direito Civil é de essencial importância para o surgimento e desenvolvimento de outros institutos, Na visão de Paulo Lôbo, o direito civil é entendido como:

[...] é o conjunto de normas, categorias e institutos jurídicos que tem por objeto as pessoas e suas relações com as demais. Diz respeito às dimensões jurídicas da existência cotidiana das pessoas, naquilo que o direito, em sua evolução histórica, considera como relevante e necessário para a regulamentação mínima das condutas, que assegurem a vida de cada uma, como membro da sociedade. É o direito comum das pessoas.⁶

⁵BITTAR, CARLOS ALBERTO. **Os Direitos da personalidade**. São Paulo: Forense Universitária. 2006, p. 37.

⁶LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Parte Geral - 3ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1

As relações jurídicas civis se dão entre pessoas que são regidas por esses conjuntos de normas, institutos e categorias jurídicas que compõem o Direito Civil. A pessoa seria o objeto primordial, pois são através das relações sociais que se contraem objetos, realizam contratos, acionam institutos, aglutinam fatos jurídicos, entre outros.

Um contrassenso no Brasil, em três séculos, foi a elevação do patrimônio no lugar do ser humano. Tinha-se o seu destaque como ordem de proteção, pois afastava de sua órbita relações sem revestimento pecuniário, negando assim os direitos da personalidade que só foram tutelados com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Tal ponto posto por nós é endossado no “Tratado de Direito Civil”, de Pontes de Miranda, onde suas ponderações coerentes buscaram uma maior consolidação da constitucionalização de tais direitos.

Antes de qualquer pesquisa, advirta-se em que: a) no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento de suporte; b) no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo *é ser humano*, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico.⁷

Considera-se, então, o patrimônio como a serviço do ser humano, não existindo a inversão nesse parâmetro. Também, para endossarmos a nossa alegação, podemos afirmar que o Direito Civil, mesmo que só em critério didático, é puramente de direito privado; a excelência de tal preposição nos reafirma seguramente o conceito.

Com a constitucionalização e a conseqüente repersonalização, a Carta Magna coloca a pessoa humana como base do Direito Civil e passa o papel de coadjuvante para o patrimônio, extinguindo de vez o individualismo do século XVIII e da Revolução Francesa.

Essa repersonalização fica evidente e se materializa em alguns casos dentro do nosso ordenamento jurídico, como por exemplo: a utilização crescente do princípio da dignidade da pessoa humana para sanar os conflitos, o respeito às diferenças, a visão da família como um lugar de convivência socioafetiva e a tutela dos direitos da personalidade.

O objetivo burguês liberal resvalou no código civilista de 1916, conforme entendimento de Paulo Lôbo:

A codificação civil liberal entrou em profunda crise com o advento do Estado social – no Brasil, inaugurado com a CF de 1934. O paradigma do individualismo era incompatível com as demandas sociais, com a conseqüente intervenção do Estado, máxime da legislação, nas relações privadas. Inúmeras matérias foram subtraídas do CC, que reduziu imensamente sua função prestante. As razões da codificação civil deixaram de existir quando perdeu sua centralidade para a Constituição, quando os novos direitos privados multidisciplinares não

⁷MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Versão VII, capítulo 1 e 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 5.

conseguiram ser nela contidos e principalmente quando valores regentes das relações privadas migraram para o paradigma da socialidade e da solidariedade.⁸

No Brasil a configuração da regulação se deu inicialmente pelas ordenações de Portugal e em seguida da Espanha; estas não surtiram efeito pela falta de fiscalização e lacunas que as tornaram frágeis. Este é o cenário propício para se desenvolver costumes internos, moldando uma regulamentação brasileira no âmbito civilista, ponderando os costumes com as normas; assim foi feito por Teixeira de Freitas para coordenar propedeuticamente uma Consolidação das leis civis esparsas que existiam no período imperial.

Com o fim do império transacionando para a República, tivemos a queda do poderio do direito canônico, regulando as relações privadas para o Código de 1916. Este era impregnado por uma visão senhorial, rural, patrimonial e conservadora. Beviláqua deixou então como legado o diploma que serviu para romper com alguns dogmas do império e já era um fôlego inicial para que o Código Civil rumasse para uma visão mais constitucional, totalmente repudiada no início do século, pois mesmo com o conservadorismo posto, os embates surgiriam e mudanças viriam em algum momento, mesmo ao revés da codificação posta.

Tendo como finalidade adaptar os ramos do Direito, e principalmente o Direito Civil, a Constituição federal de 1988 usou de sua posição hierárquica e superioridade passando a utilizar-se de seus princípios fundamentais para que fosse modificada a maneira que era aplicado o direito pelos civilistas, o Direito Civil passa a se revestir de uma função humanizadora para com as relações entre os particulares.

O nosso atual Código Civil de 2002, tratou dos direitos da personalidade ainda de uma forma tímida reservando os artigos 11 a 21 para este tema, mas, esse situação é compensada através da aplicação horizontal dos direitos humanos, levando-se em consideração a ligação existente entre os direitos humanos e os da personalidade.

Após um longo e demorado processo de elaboração e instauração que durou mais de trinta anos, o nosso Código Civil de 2002 trouxe com ele uma grande transformação no direito pátrio, instaurando segundo Paulo Nader o abandono da fase positivista e dogmática do Código de 1916, e inaugurando a fase pós-positivista⁹. Diferentemente do antigo código, o novo código passava a

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Parte Geral - 3ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27-28,

⁹ Pós-positivismo consubstancia-se numa concepção que vai além dos valores da Escola do Direito Positivo e pretende demonstrar que os princípios, ao contrário do que pensa a corrente positivista, também gozam de normatividade. Para tal esteira de pensamento os princípios seriam espécie, juntamente com as regras, do gênero norma. O pensamento pós-positivista enceta dois grandes preceitos: o da força normativa dos princípios e o da preocupação com os valores humanitários e civilizatórios do Direito.

considerar a pessoa como sendo o centro dos seus fundamentos modificando assim o que acontecia antes havendo então uma despatrimonialização.

O objetivo buscado por este fenômeno chamado constitucionalização do direito civil, é uma reconstrução do Direito Privado pautado por valores constitucionais, visando uma satisfação de direitos fundamentais bem como a caracterização de um Estado democrático de Direito. Na tentativa de unificar de forma protecionista, voltada para o *ser*, o pensamento constitucional com o legal, o Novo Código Civil, tenta adequar em matéria privada uma postura de guarda dos bens ditos primordiais, estabelecendo novas regras, que em muito se distanciam do modelo arcaico do Código de 1916.

Ocorreu a funcionalização do direito civil, que segundo Gustavo Tepedino¹⁰ é um processo socializante, em que determinadas liberdades civis, como a liberdade contratual, passa a sofrer uma contenção principiológica baseada na socialidade. Observa-se que o Direito Civil passa por um processo de oxigenação das bases jurídicas com elementos de ordem social, filosófica, histórica, econômica e ética, com o nítido objetivo de satisfazer as demandas sociais em prol de uma ordem jurídica e social mais justa. Visa-se, portanto, à concretização dos princípios constitucionais. Utilizando-se novamente das lições de Tepedino, esse novo panorama instaurado com a Carta Magna de 1988 e complementado pela vigência do Código Civil de 2002, configura verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.¹¹

O que se busca com a denominada constitucionalização do direito civil é uma reconstrução do Direito Privado de acordo com valores constitucionais, visando à satisfação dos direitos fundamentais, além da concretização de um Estado social e democrático de Direito. Constitucionalização é o processo de elevação dos princípios fundamentais do Direito Civil ao patamar constitucional, tendo como consequência lógica o condicionamento à observância pelos cidadãos e a aplicação pelos Tribunais, da legislação infraconstitucional, produção legiferante que deverá estar condizente com os valores humanitários esboçados no texto constitucional.

Caio Mário reflete que após duas grandes guerras, há um crescente processo de socialização do direito, e que “não mais se pode reconhecer ao Código Civil o valor de direito comum”, pois a posição ocupada, atualmente, pelos princípios gerais de direito, é gradativamente e densamente influenciada pelas normas constitucionais, notadamente pelos direitos fundamentais. Continua Caio

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹¹ Cláusula geral é uma disposição normativa a ser observada pelo juiz na regulação in concreto de determinada relação de direito. Tem conteúdo variável que é preenchido conforma as necessidades de cada povo em dada época.

Mário a afirmar que “tal proposta consolidou em nossa doutrina um direito civil constitucional reconhecido definitivamente nos meios acadêmicos e pelos Tribunais”¹².

Desponta um consistente movimento de antropocentrismo dos valores máximos de objetivação da norma, delimitando-se o exercício da autonomia privada e a condicionado à exigência de cumprir fielmente o resgate dos valores humanitários, fazendo prevalecer o respeito aos direitos e garantias individuais e coletivos expressos na norma estruturante.¹³ Criam-se assim, novos critérios legitimadores da atividade negocial, não mais sobejados na ideia liberal do lucro, mas numa visão humanitária das relações privadas.

Essa hodierna conjectura irradia seus reflexos para todo o campo civilista, como, a título de exemplo, no direito de família, em que há uma equiparação do homem e da mulher no comando do poder familiar; do fortalecimento da união estável. Surge também a formação de uma base civil de direitos da personalidade tutelados no próprio Código (art. 11 e seguintes).

Diante da primazia da Constituição, os direitos fundamentais passaram a ser dotados da mesma força normativa nas relações públicas e nas relações privadas. Como não poderia deixar de ser, essa mesma força deve ser conferida aos direitos da personalidade. Todavia, por serem não patrimoniais, muito se questiona acerca de um mecanismo de cumprimento real desses direitos. Defendemos que os danos morais se apresentam como a melhor sistemática de efetivação. De acordo com a visão de Paulo Luiz Netto Lôbo (2001, p. 80), “os danos morais se ressentiam de parâmetros materiais seguros, para sua aplicação, propiciando a crítica mais dura que sempre receberam de serem deixados ao arbítrio judicial e à verificação de um fator psicológico de aferição problemática: a dor moral”.¹⁴

Sendo assim, pode-se dizer que o dano moral consiste na lesão de um interesse que tem como objetivo o gozo e satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial que está contido nos direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988 trata dos danos morais e dos direitos da personalidade de uma forma conjunta onde é visto claramente em seu art. 5º, inciso X, que traz a seguinte redação:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 23.

¹³ Norma estruturante na visão Kelsiana é norma que dá suporte a todo o ordenamento jurídico, no caso expresso a Constituição Federal.

¹⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro. Padma, v.6, Abril, 01 de Junho de 2001, p. 80.

[...]

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;

A ligação existente entre ambos os institutos é tamanha de modo que é possível visualizar a relação existente entre eles no momento em que um direito da personalidade é violado, ali está o dano moral como meio de traduzir a depreciação sofrida pelo sujeito passivo do dano o que acaba servindo como meio se chegar a uma valoração em pecúnia.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que já foi exposto fica claro a ligação existente entre os direitos da personalidade e o dano moral uma vez que, ao visualizar a violação de um direito da personalidade se torna assim desnecessária que haja também a comprovação que houve um dano moral sofrido cabendo ao julgador e a sua subjetividade ficar restrita então ao quantum indenizatório e não mais a comprovação de existência ou não do dano.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da personalidade*. São Paulo: Forense Universitária. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil – Parte Geral - 3ª edição*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro. Padma, v.6, Abril, 01 de Junho de 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Versão VII, capítulo 1 e 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GT 5: Direito Processual

A PROVA E SUA INTERFERÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Bianca Tenório Calaça de Pádua Carvalho

RESUMO

Partindo da premissa que a legitimidade das decisões judiciais está calcada na sua fundamentação e que, nos casos onde são estabelecidas condenações por danos morais muitas vezes os juízes exercem um juízo de arbitramento para fixação do montante da indenização, faz-se necessário evidenciar a possibilidade de construção de uma decisão amparada na racionalidade e que demonstra, de forma concreta, os elementos que interferiram no estabelecimento desse valor. Para atender este propósito, adota-se a concepção subjetivista da prova, entendendo-se que ser objeto da prova será tudo que puder convencer o juiz, não se admitindo a limitação da prova aos pontos controvertidos do processo. Parte-se do pressuposto que a prova é instrumento de produção de convencimento e que através dela, as partes e o juiz poderão trazer ao processo fatos que se tornarão elementos de convicção para a justificação da compensação pecuniária em sede de dano moral. O exame das circunstâncias de fato, através da produção de provas, ao mesmo tempo em que legitima a decisão judicial pela fundamentação, possibilita à parte um debate concreto no plano recursal. Neste sentido, a prova proporciona um maior detalhamento da causa analisada e municia o juiz de mais razões de convencimento, todas delimitadas sob o aspecto da racionalidade.

Palavras-chave: Fundamentação; decisão; prova; quantificação; dano moral.

ABSTRACT

Using the assumption that the legitimacy of judicial decisions is grounded in its reasoning and that in cases which are established condenations for moral damages often the judges use an arbitrament to fix the amount of compensation, it is necessary to demonstrate the possibility of construction a decision supported by the rationality that demonstrates in a concrete way, the elements that interfere with the setting of this value. To serve this purpose, this work adopts a subjective conception of proof, understanding that the object of proof is all elements that can convince the judge, not admitting the limitation of proof on the contest remarks of the judicial proceeding. Supposing the proof is an instrument to product conviction and through it the parties and the judge can bring to judicial proceeding facts that will become conviction elements for the justification of the financial compensation in headquarters of moral damage. The exam of the circumstances in fact, through the production of proofs, at the same time in that it legitimates the judicial decision for the reasoning, it makes possible to the part a concrete debate in the resource plan. In this sense, the proof provides more details of the analyzed cause and gives the judge of more convincing reasons, all delimited under the aspect of the rationality.

Keywords: Reasoning; sentence; proof; quantification; moral damages.

INTRODUÇÃO

A fixação de indenização como meio apto à compensação do dano moral é prática já costumeira nas diversas ordens jurídicas, inclusive na brasileira, todavia, o estabelecimento do seu valor ainda provoca celeuma nos campos jurídico e social, sendo muitas vezes o ponto sensível à crítica da atividade jurisdicional.

Frise-se que o sistema jurídico brasileiro, neste particular, adota o modelo aberto, onde inexistente qualquer espécie de tarifação, o que faz recair sobre o magistrado um ônus argumentativo maior, a fim de que a indicação do montante da indenização por dano moral seja compreendida pela comunidade jurídica e até mesmo, aceita pelas partes.

Mas se a legislação não fixa parâmetros objetivos e os textos normativos que versam sobre o tema (basicamente os arts. 944 até 954 do Código Civil de 2002) utilizam expressões lacônicas, quais elementos devem ser buscados para solucionar a questão?

Além disso, se o juiz não possui conhecimento direto do litígio, mas apenas pelo intermédio das partes, e se somente pode decidir de acordo com o que está nos autos (art. 131 do Código de

Processo Civil), seria a prova um elemento apto a auxiliar o juiz na formação do seu convencimento quanto ao adequado montante do dano moral no caso concreto?

É exatamente este ponto que se pretende investigar: a prova e a sua interferência na fixação do *quantum* indenizatório do dano moral.

1 DESENVOLVIMENTO

De uma maneira geral, no seio do processo judicial, as partes e o juiz focam sua atenção para a prova da existência ou não do dano moral e, ultrapassado esse primeiro momento, pouco têm se dedicado aos elementos de prova que podem auxiliar na formação do convencimento quanto ao montante da reparação pecuniária decorrente destes mesmos danos.

Esse comportamento processual parece resultar da dicção do artigo 334 do Código de Processo Civil vigente, que estabelece independer de prova os fatos notórios, confessados e incontroversos e que numa interpretação superficial, indicaria a prova somente deveria se ocupar dos fatos controvertidos, ou seja, daqueles alegados por uma parte e impugnados pela parte adversa. Esta visão, embora adotada por juristas de renome, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt¹, parece simplista por deixar sem solução uma série de situações que ocorrem no trato processual.

A interpretação do dispositivo legal há que ser outra, consoante defende Beclaute de Oliveira Silva:

A análise do dispositivo, entretanto, não autoriza a restrição, já que sua prescrição tem por função não exigir prova daquilo que fora reputado como já provado. Tomando por exemplo o fato confessado, este realmente independe de prova, porque já provado, pelo meio de prova confissão. No caso da presunção, a prova é necessária, mesmo que seja para provar a sua existência ou o indício que lhe serve de lastro.²

Deve-se ter em foco que na dinâmica do processo, seja ele judicial ou administrativo, alguns fatos que circundam os fatos chamados controversos têm importância na formação do convencimento do magistrado ou mesmo nas consequências que advirão da decisão.

Nessa linha é o posicionamento do processualista Fredie Didier Jr.³, que conquanto elenque como características geral ser o fato probando controvertido, relevante e determinado, aponta que há exceções. É que em muitos casos, mesmo não havendo impugnação específica, a convicção do

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

² SILVA, Beclaute Oliveira. Teoria da Prova: Um diálogo com Pontes de Miranda. Op. cit., p. 191.

³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Op. cit., p. 495.

juiz não encontra no processo os elementos necessários a sua formação, necessitando o juiz buscar nas provas os dados que o convençam sobre qual a solução do litígio.

Não há que se restringir, pois, a prova aos fatos controversos. Ela deve ser dirigida a qualquer ponto que sirva à formação do convencimento do magistrado, que poderá buscar a objetivação desses fatos por requerimento das partes ou *ex officio*, valendo-se até da coleta de informações em ambientes de amplo acesso público (como na internet) ou em fontes oficiais como a Previdência Social, a Receita Federal, a Polícia e tantos outros órgãos públicos e privados que exercem *munus* público. O único aspecto a observar é que deve-se garantir o exercício da ampla defesa pela parte desfavorecida pela citada prova, concedendo-lhe oportunidade para manifestação dos autos e admitindo-se a produção de contraprova.

Não se pode perder de vista questão a prova é “instrumento utilizado para produzir o convencimento”⁴ e, uma das suas principais funções é influenciar a convicção do destinatário (em geral, o magistrado).

Outra premissa a ser destacada é que a prova aqui será sob a perspectiva do fato, já que a prova do direito é via de regra, excepcional, sendo portanto, propositalmente abandonada neste estudo.

No que toca aos danos morais, como o sistema jurídico brasileiro é aberto, não se pode estabelecer, *prima facie*, o valor do dano moral cabível naquele caso concreto. Muitos aspectos precisam ser examinados, isso porque é a contextualização fática que possibilitará a compreensão dos motivos em razão dos quais aquele valor foi estabelecido.

Se o juiz não conhece os fatos e não os investiga, como é possível saber se há proporcionalidade entre o dano sofrido e a condenação pecuniária? Tomando-se como exemplo um dano moral decorrente de acidente de trabalho, é preciso saber, se o acidente deixou sequelas permanentes ou temporárias, se essas sequelas impossibilitam o exercício do mesmo trabalho ou de outros (incapacidade oniprofissional ou a incapacidade relativa), se a vítima concorreu para de alguma forma para a ocorrência do sinistro, se se tratou de uma hipótese de responsabilidade subjetiva ou objetiva, qual a idade do trabalhador, qual a sua experiência profissional, qual o seu tempo de serviço, quais as atividades que executava antes do acidente, se o empregador possui situação econômica estável, qual o seu faturamento, qual seu capital social, etc.

⁴ SILVA, Beclate Oliveira. **Cognição no Mandado de Segurança sob o Prisma de Mikhail Bakhtin**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2011.

Todas essas situações – as quais são meramente exemplificativas e cuja importância pode variar caso a caso – ao serem filtradas através das provas, tornam o fato objetivo no processo e, portanto, possibilitam ao magistrado fundamentar porque o montante X é adequado aquele caso.

A circunstanciação através da produção de provas, ao mesmo tempo em que legitima a decisão judicial pela fundamentação, possibilita à parte um debate concreto no plano recursal ordinário, porque os tribunais estão aptos a reexaminar as provas.

A decisão que não se ancora em nenhum fato provado deixa evidente que a condenação foi fixada aleatoriamente e mesmo que as partes recorram da citada decisão, o órgão recursal não poderá reapreciar as provas, mas tão somente realizar novo arbitramento do montante - caso considere, de maneira subjetiva, que a condenação foi exorbitante ou irrisória.

A investigação probatória municiará o julgador de uma série de elementos que poderão lhe auxiliar na fixação do *quantum* indenizatório. Sem essas provas, mesmo que o dano moral seja reconhecido como fato incontroverso o julgador não terá como justificar as razões que formaram o seu convencimento quanto à pertinência daquele valor.

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “a decisão é um procedimento cujo momento culminante é a resposta. A justificação da resposta constitui a questão de sua legitimidade”⁵. A resposta que se busca no processo não é apenas o reconhecimento da existência do dano moral, o que se busca é a consequência que resultará ao devedor por decorrência do dano, consequência que revelará um juízo de racionalidade ou apenas um ato de arbitramento aleatório, daí dependendo a legitimidade ou não da decisão.

A decisão dentro do processo é um procedimento muito mais complexo do que uma mera deliberação individual, já que é um ato dirigido a outrem⁶. Ao se decidir não se tem conhecimento de todos os dados relevantes e possíveis alternativas, o que seria a situação ideal - até porque as próprias partes realizam uma filtragem do fatos que trazem ao processo, a depender do seu interesse momentâneo -, e assim, o conflito encerra uma situação de insegurança que o ato decisório tem como finalidade última absorver.

Por conseguinte, a produção da prova ao mesmo tempo em que amplia a insegurança, porque possibilita novas “alternativas decidíveis”, traz sua limitação sob o ponto de vista da racionalidade, porque apenas o que for reconhecido como provado é que poderá ser invocado como fundamento da decisão.

⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 7 ed. revista e ampliada, São Paulo: Atlas, 2013, p. 286.

⁶ FERRAZ JR., *op. cit.* p. 287.

Isso influi diretamente, também, na decisão da quantificação do dano moral. À medida em que o magistrado se cerca de mais elementos de convicção (provas), maior será a insegurança que o ato decisório absorverá, porque a objetivação fática trazida pela prova delimitará o espaço de “alternativas decidíveis”, vinculando o magistrado aos parâmetros que a prova lhe trouxe.

Mas os conflitos jurídicos são finitos, “a decisão jurídica é capaz de lhes pôr um fim, não no sentido que os elimina, mas que impede a sua continuação”⁷, de maneira que essa abertura que a prova lhe propicia também vai encontrar fronteiras, seja porque adstrita à fase cognitiva, seja porque sujeita a regras do sistema jurídico que disciplinam os próprios limites da prova.

Nesse sentido, é pertinente a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

o juiz, ao valorar a credibilidade das provas, ao estabelecer a ligação entre as provas e os fatos e ao valorar as presunções e o conjunto probatório, submete seu raciocínio a sistemas e critérios racionais, embora não possa explicá-los através da lógica matemática. Tais critérios permitem-lhe decidir e justificar a sua decisão.⁸

A prova é o elemento que propicia a objetivação dos relatos subjetivos. Através do seu manejo a fundamentação da decisão poderá demonstrar que está ancorada em fatos considerados fidedignos, probos, por determinada ordem jurídica e, por conseguinte, que a decisão obedece a amarras que o próprio processo institucionalizado lhe impõe, não se confundindo com uma atividade arbitrária.

Frise-se que nas situações em que a legislação deixa maior espaço interpretativo ao operador, igualmente maior é o seu ônus argumentativo e neste estudo, enxerga-se na prova um importantíssimo instrumento de persuasão interno e externo, ou seja, enquanto formadora do convencimento do próprio julgador e enquanto justificadora para as partes e sociedade das razões que determinaram aquela decisão.

CONCLUSÃO

A fixação do valor das indenizações decorrentes de danos morais tem sido um ponto tormentoso para os operadores do direito, porque o sistema jurídico brasileiro não adota o modelo tarifado e deixa ao encargo do julgador a espinhosa tarefa de atribuir valor pecuniário a essas violações da dignidade humana nas suas mais diversas formas.

Essa textura aberta da legislação, porém, potencializa o ônus argumentativo do julgador, transportando sua legitimidade à necessidade mesma de fundamentação da decisão e, neste

⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. *Op. cit.* p. 289.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. *Op. Cit.*, p. 177.

contexto, a prova pode ser um valioso instrumento ao estabelecimentos de balizas justificadoras da compensação pecuniária que decorre do dano moral.

Perceba-se que embora não seja um vocábulo de sentido único, a prova tem um caráter ético que se dirige à demonstração de um fato ocorrido e à produção de uma garantia de sua ocorrência. Entre suas funções primordiais está a de produzir o convencimento, influenciado na convicção de seu destinatário. Através dela, busca-se a objetivação dos relatos, relatos que não se restringem aos fatos controversos da lide, mas que seu objeto será tudo que puder convencer o juiz.

A investigação probatória permite ao juiz conhecer uma série de matérias que influenciarão no seu julgamento, auxiliando-o a demonstrar quais foram as premissas de sua decisão quantificadora, afastando-lhe de um juízo de arbitrariedade e aproximando-o de um juízo racional.

Ao lançar as justificativas de sua decisão, o magistrado legitima não só o exercício do seu poder, mas também propicia às partes o direito de compreendê-la e impugná-la pela via recursal, demonstrando sua aproximação racional e o abandono do arbitrarismo, comumente imputado ao magistrados quando decidem a quantificação dos danos morais.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Teoria das Provas e suas Aplicações aos Atos Cíveis**. Obra atualizada ortograficamente. Embasada na 2ª edição, editada em 1917, posta de acordo com o Código Civil, as leis em vigor, a doutrina e a praxe da época pelo Dr. Pontes de Miranda, Campinas: Servanda, 2000.

CATÃO, Adualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007.

_____. Uma Visão Pragmática da Noção de Fato no Direito: o caráter interpretativo do fato jurídico. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1-23.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6 ed., Salvador: Juspodivm, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 7 ed. revista e ampliada, São Paulo: Atlas, 2013.

IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 167.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A Produção da Prova no Direito Processual: O alcance e os limites do ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SILVA, Beclaute Oliveira. **Cognição no Mandado de Segurança sob o Prisma de Mikhail Bakhtin**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2011.

_____. Teoria da Prova: Um diálogo com Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Coord.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. 4ª Série – Coletâneas ANNEP, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 183-204.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. 3 ed., São Paulo: Noeses, 2011/2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

APROXIMAÇÃO DOS MODELOS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*: A VINCULAÇÃO E O RESPEITO AO PRECEDENTE JUDICIAL E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE NO DIREITO BRASILEIRO

Victor Vasconcelos Miranda¹

Priscilla Emanuelle de Melo Cavalcante²

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar, primeiramente, a crescente proximidade entre os sistemas do *civil law* e do *common law* no direito brasileiro em decorrência da necessidade de vinculação ao precedente também nos países que tiveram influência romano-germânica. Essa necessidade deriva da função paradigmática dos tribunais superiores, os quais tem o escopo de uniformizar o sentido das normas jurídicas. Pretende-se também demonstrar que a vinculação à jurisprudência consolidada não engessa o poder de julgamento dos juízes singulares e dos tribunais inferiores, posto que há mecanismos de controle que podem ser por eles utilizados para estabelecer ou não o uso do precedente no caso concreto em análise.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário CESMAC, em Alagoas. Email: victor_vasconcelos90@hotmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Email: priscillaemcavalcante@hotmail.com.

Palavras-chave: *Common law; civil law; aproximação; vinculação ao precedente; mecanismos de controle.*

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the growing approach between the systems of civil law and common law in Brazilian law as a result of the need to be bound by precedent even in countries that influenced the Roman-Germanic. This need stems from the paradigmatic function of the superior courts, which have the scope to standardize the meaning of legal norms. It is also intended to demonstrate that the binding to settled case law does not plaster the Power of judgment of the judges of lower courts, because there are mechanisms to control that, which can be used by them to establish whether or not the use of precedent in the case under review.

Key words: *Common law; civil law; approach; binding precedent; control.*

1 APROXIMAÇÃO ENTRE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

A proximidade entre os sistemas de *civil law e common law* se verifica no direito brasileiro em virtude da vinculação ao precedente judicial emanado dos tribunais superiores. Essa vinculação é facilmente vislumbrada no âmbito do controle de constitucionalidade, no qual está em movimento um processo de objetivação do controle difuso, e também na própria legislação processual civil, que prevê alguns mecanismos jurídicos nesse sentido.

A prolação de decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal tem a capacidade de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e mesmo da própria Administração Pública direta e indireta por disposição expressa da Constituição Federal (art. 102, §2º). Já a declaração de (in)constitucionalidade no controle difuso possui, em regra, eficácia apenas *inter partes*. Contudo, a atual configuração do sistema de fiscalização de constitucionalidade trouxe vários institutos jurídicos que acabaram por *objetivar* esse modelo de controle, ou melhor, trouxe a eficácia geral e obrigatória também para as decisões no controle concreto. Como exemplos da objetivação do controle difuso, podemos citar o aumento do rol de ações diretas e dos legitimados para propô-las, a exigência da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a participação do *amicus curiae* em processos objetivos e

subjetivos, a teoria da transcendência dos motivos determinantes e a (des)necessidade de resolução do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em sede de recurso extraordinário. Todas essas inovações jurídicas apontam no sentido de uma crescente vinculação ao precedente judicial no direito brasileiro, com a conseqüente aproximação ao sistema jurídico norte-americano fundamentado no *stare decisis*.

Destarte, é válido defender a tese de que, mesmo nas decisões de casos concretos em que o Tribunal declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma, por se constituírem em paradigmas perante a comunidade jurídica geral e frente aos jurisdicionados, essa decisão terá efeito geral e vinculante para os julgadores e para os cidadãos pautarem suas condutas. Com efeito, a Suprema Corte é responsável por todas as suas decisões e, ao julgar o caso em concreto, emite seu posicionamento acerca da existência ou não de vício de inconstitucionalidade formal ou material na norma *sub examine*, devendo valer esse entendimento para todos os outros casos que se fundem no mesmo dispositivo normativo. Outro não é o escólio do professor Nelson Nery Junior ao consignar que as decisões dos tribunais superiores (e não só do Supremo) são verdadeiros paradigmas a nortear as condutas dos jurisdicionados e a aplicação do direito pelos magistrados na medida em que revelam o entendimento do Tribunal que deve ser aplicado nos casos idênticos futuros³.

De outro lado, o Código de Processo Civil traz várias normas que direcionam a realização de alguns atos processuais em virtude da existência de jurisprudência dominante da Corte Constitucional ou de Tribunais Superiores. Nesse sentido, é possível que não haja a remessa ao duplo grau de jurisdição obrigatório se a decisão estiver em consonância com jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior competente (art. 475, §3º do CPC). O juiz também pode não receber a apelação se a decisão estiver conforme súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (art. 518, §1º do CPC). Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência (art. 120, parágrafo único do CPC). Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal (art. 543-A, §3º do CPC). No âmbito dos tribunais, o relator pode negar seguimento ao recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal (art. 544, §4º, II, b do CPC) ou dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal (art. 544, §4º, II, c, e art. 557, §1º, ambos do CPC). Todos esses mecanismos processuais revelam uma preocupação do legislador em garantir a unidade do ordenamento através da

³ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JR, Tércio; CARRAZZA, Roque A.; NERY JR, Nelson. **Efeitos ex nunc as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2009, p. 79.

uniformidade e da coerência nas decisões judiciais, as quais devem se pautar pelos precedentes consolidados dos tribunais superiores.

Ademais, com o escopo de conceder caráter vinculante às decisões em controle concreto, o Supremo poderá, ainda, editar enunciado de súmula que terá efeito vinculante⁴ relativo ao judiciário e à administração pública, conforme autoriza o art. 103-A da Constituição. Havendo descumprimento de súmula vinculante ou de qualquer decisão com eficácia vinculante proferida pelo Supremo Tribunal, caberá a propositura de reclamação para salvaguardar a autoridade dessas decisões.

Desta forma, Marinoni entende estar assegurando a previsibilidade, a segurança e a igualdade de tratamento aos jurisdicionados, pois, segundo o mencionado autor, “o modelo de controle difuso não se adapta ao *civil law*, ou, mais precisamente, ao sistema que nega a importância de respeito aos precedentes”, já que isto leva à prolação de decisões contraditórias no seio do controle concreto, que ora consideram uma lei constitucional, ora consideram-na inconstitucional, em casos semelhantes.⁵ Tal vinculatividade garante a previsibilidade e a confiança do cidadão nas decisões já tomadas e permite que ele ordene seus atos e comportamentos em razão dessas consequências jurídicas.⁶

De fato, ante tudo o que já foi exposto, resta estreme de dúvidas que há atualmente no direito brasileiro uma efetiva aproximação entre os sistemas do *civil law*, de origem romano-germânica, e o *common law* americano e inglês⁷. De forma assemelhada ao que já existia no sistema norte-americano, em que o *stare decisis* assegura o respeito e a obrigatoriedade de observação do precedente, o direito brasileiro se vê às voltas com a realidade do efeito geral, vinculante e obrigatório das decisões dos tribunais superiores.

Contudo, é importante notar que não apenas no aspecto do controle de constitucionalidade se verifica a necessária e crescente vinculação ao precedente, mas esta realidade deriva primordialmente do próprio papel dos Tribunais Superiores voltados à uniformização da jurisprudência e do entendimento acerca da legislação pátria com o objetivo essencial de assegurar a segurança, a certeza e a igualdade de tratamento perante casos semelhantes.

⁴ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 78.

⁶ Idem, p.139/140.

⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

2 O PAPEL DE UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A VINCULAÇÃO AO PRECEDENTE

A vinculação ao precedente, da forma pretendida neste trabalho, tem por escopo e finalidade última propagar a segurança jurídica através da uniformização da jurisprudência, em atenção aos princípios da racionalidade e da confiança justificada. Os juízes e tribunais inferiores devem ter como norte, em suas decisões, a tese jurídica, *ratio decidendi*, sedimentada pelos Tribunais Superiores sobre a matéria *sub examine*, com vistas a permitir que aos casos semelhantes seja dado tratamento igualitário (*treat like cases alike*), não havendo razão jurídica para subsistir no ordenamento jurídico pátrio decisões díspares em situações “iguais”.⁸

No que tange ao controle de constitucionalidade, as decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo proferidas em controle difuso, não podem deixar de ter eficácia vinculante, máxime diante da necessidade de garantir a racionalidade e a previsibilidade das decisões, concedendo ao jurisdicionado segurança jurídica suficiente para ordenar a sua conduta. Garante-se, dessa maneira, a igualdade de julgamento entre casos semelhantes, pois o judiciário não pode conviver com decisões antagônicas sobre questão constitucional, especialmente quando ela já foi analisada pela Suprema Corte, ainda que de forma incidental⁹.

No que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, cuja missão constitucional consubstancia-se na uniformização da legislação federal (art. 105, III, a, b, c, da CF) “de modo a conferir ‘sentido’ à lei federal mediante decisão dotada de razões que tornem racionalmente aceitáveis os critérios e valorações em que a interpretação se funda”,¹⁰ emerge, de forma inequívoca, a necessidade de observância pelos tribunais e juízes ordinários de seus precedentes, porquanto ser sua função precípua uniformizar o direito e conferir, dessa maneira, sentido à norma federal. A obrigatoriedade de respeito às decisões do STJ está fundamentada na posição vértice que este assume perante os demais tribunais ordinários e juízes primários. Isso porque a Corte tem posição diferenciada no sistema jurídico¹¹, de tal sorte que suas decisões irradiam efeitos a todos os demais órgãos jurisdicionais a ela inferiores.

⁸ Consideram-se iguais os casos que se identificam em suas particularidades substanciais.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, *passim*.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. Compreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 111.

¹¹ *Idem*, p.159

Destarte, a recalcitrância em obedecer os precedentes das cortes superiores não pode ser visto como algo normal, sem importância, pois a “violação à interpretação ofertada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça é uma insubordinação institucional da mais alta gravidade”¹², isso porque o desrespeito aos precedentes dessas Supremas Cortes afigurar-se como uma usurpação de competência constitucionalmente fixada.

Nada obstante, em oposição à tese da vinculação ao precedente, argumenta-se que amarrar os juízes e tribunais inferiores ao precedente dos tribunais superiores significa diminuir ou erradicar sua independência. Sustenta-se que o juiz só é independente se puder decidir de forma contrária aos tribunais superiores, mesmo que a decisão seja da Corte Suprema.¹³

Ocorre que o judiciário não deve ter vários entendimentos diversos acerca de uma mesma lei e perante casos concretos semelhantes, pois a jurisdição é una e os tribunais superiores tem por precípua função uniformizar o entendimento acerca do direito aplicável, seja em matéria constitucional (Supremo Tribunal Federal), seja em matéria federal (Superior Tribunal de Justiça). Ademais, é fundamental assegurar a previsibilidade das decisões, o que confere segurança ao jurisdicionado de prever as consequências jurídicas de suas condutas. A previsibilidade reduz a litigiosidade, evitando a propositura de demandas,¹⁴ pois o cidadão já tem condições de prever a solução para seu caso e não proporá ações de forma temerária apostando na sorte de a apreciação do caso cair para um juiz com entendimento dissidente. De outro lado, também não será necessária a interposição de recurso para assegurar direito já assente em precedente judicial, o que reduz os gastos de tempo e dinheiro e evita o desgaste emocional da parte. Seguindo o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni, não se pode confundir independência dos juízes com ausência de unidade do ordenamento jurídico. O autor cita Francisco José Hernando, Presidente do Tribunal Supremo da Espanha, segundo o qual “*independencia judicial en modo alguno equivale a independencia de criterio propio. La independencia es objetiva, funcionalmente afectada al imperio de la ley y previsible, pues su contenido es el contenido de la ley*”¹⁵.

Outrossim, argumenta-se ainda que a vinculação ao precedente redundaria na imutabilidade do direito, pois os juízes e tribunais de primeira e segunda instâncias estariam impedidos de criar direito novo. Contudo, o respeito ao precedente não deságua na imutabilidade do direito, pois ele sempre pode ser revogado pelo tribunal que o proferiu ou por tribunal superior àquele (*overruling*). Sempre que a jurisprudência consolidada não mais se adequar à solução do caso; se houver

¹² MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 96.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 205/206.

¹⁴ Idem, p.211.

¹⁵ Idem, p. 207.

mudança fática que o torne desatualizado; se houver alteração no pensamento jurídico geral que leve a sua obsolescência; diante modificação dos valores¹⁶, ele deve ser revogado e substituído por outro mais adequado à atual configuração do ordenamento jurídico nacional, o que garante a oxigenação do direito. Outrossim, cabe ao juiz de primeiro grau analisar a aplicação do precedente ao caso *in concreto*, e, em não sendo adequado, fundamentar seu afastamento na existência de diferenças substanciais entre os casos (*distinguishing*), o que requer uma nova decisão apartada do precedente.

É digno de nota que, para a superação do precedente há uma carga de argumentação maior do que para o próprio estabelecimento dele. Alexy já preceituava, em sua teoria da argumentação jurídica, que “quem quiser se afastar de um precedente assume a carga da argumentação”.¹⁷ Isto porque o magistrado necessita fundamentar as razões pelas quais a jurisprudência consolidada não é aplicável ao caso, demonstrando as diferenças substanciais que justificam a tomada de nova decisão. Humberto Ávila leciona que “onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação”.¹⁸

Ressalte-se também que, em havendo revogação inesperada do precedente, é necessário que se aplique o novo entendimento prospectivamente, isto é, apenas para os casos futuros ou a partir do trânsito em julgado, resguardando os casos pretéritos.¹⁹ E assim é porque o ordenamento jurídico tutela a proteção da confiança do jurisdicionado e a boa-fé na relação entre o cidadão e o Estado.

Com a finalidade de garantir a independência dos juízes singulares e dos tribunais inferiores frente à necessária vinculação ao precedente no direito brasileiro, em observância aos princípios da segurança, da certeza e do tratamento igualitário, existem mecanismos de controle do uso de precedentes judiciais que tem o escopo de orientar os julgadores no momento de aplicação ou afastamento da jurisprudência consolidada. Esses mecanismos (*overruling*, *anticipatory overruling*, *distinguishing*, *overriding*, *transformation* e *technique of signaling*) exsurtem como ferramentas jurídicas ávidas a combater a equivocidade de teses jurídicas, bem como auxiliam no desenvolvimento do direito, evitando-se, assim, seu engessamento.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 431.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad.: Zilda HutchinsonSchlid Silva. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 270.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 463.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.431.

CONCLUSÃO

Em virtude do exposto, observa-se que a aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law* é uma realidade no direito brasileiro, não somente em decorrência do processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, mas principalmente pelo próprio mister dos tribunais superiores consubstanciado na uniformização sobre o sentido das normas jurídicas constitucionais, a cargo do Supremo Tribunal Federal, ou infraconstitucionais, incumbência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse diapasão, reconhece-se que as decisões dos tribunais superiores tem uma função paradigmática que tem sido apontada pela doutrina como natural tendência dos países do *civil law*, posto que toda decisão tomada pelas cortes superiores em casos individuais projeta o entendimento do tribunal, atuando como que paradigma para casos idênticos futuros²⁰.

A situação de paradigma vinculada aos precedentes judiciais reflete também uma maior aproximação do sistema brasileiro com relação ao sistema americano do *stare decisis*, já que há uma maior vinculação dos juízes e tribunais aos precedentes judiciais já consolidados. Não se quer com isso dizer que o ordenamento jurídico brasileiro se identifica com o modelo americano, pois há ainda muitas diferenças entre eles, mas apenas ressaltar a aproximação que vem ocorrendo entre os modelos no sentido de dar mais primazia ao precedente judicial, o que nos parece imprescindível diante da necessidade de garantia da segurança jurídica aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad.: Zilda Hutchinson Schlid Silva. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **STJ enquanto corte de precedentes**. Recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Boa fé-objetiva e segurança jurídica:eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JR, Tércio; CARRAZZA, Roque A.; NERY JR, Nelson.**Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2ª Ed. São Paulo: Manole, 2009, p.79.

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

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. *In: FERRAZ JR, Tércio et al. Efeitos ex nuncce as decisões do STJ.* São Paulo: Manole, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

DA BABEL INVESTIGATIVA CRIMINAL AO DEVIDO (PRÉ) PROCESSO LEGAL

Vinicius Lúcio de Andrade¹
Herbert Douglas Targino²

RESUMO

A recente expansão das atividades de investigação criminal pelo Estado através de outras instituições - Polícia Rodoviária Federal, Polícias Militares e Ministério Público - além daquelas expressamente previstas constitucionalmente (as Polícias Civis e a Polícia Federal) gerou uma problemática quanta a necessidade formação de um núcleo procedimental mínimo para realização destas atividades investigativas. Diante da resposta insuficiente da Polícia Judiciária ao delírios punitivos do Estado Penal concomitantes com a necessidade de controle da criminalidade, relacionado a isto, existe uma crise do Inquérito Policial e o colapso do modelo policial brasileiro de investigação. Partindo-se dos pressupostos que dever ser observado um devido (pré)processo penal legal, e no direito processual penal com bases constitucionais compreende-se que forma é garantia. Isto é, diante das possibilidades de intervenção estatal nas liberdades individuais (prisões cautelares, busca e apreensão, interceptações telefônicas, quebra de sigilo de dados) na fase preliminar é coerente exigir proteção mínima aos cidadãos através de formas pré-estabelecidas a serem utilizados por estes novos investigadores criminais. A regulamentação sob o corpo jurídico de decretos e resoluções no âmbito destas instituições não possuem legitimidade democrática, trata-se de poder investigativo sem substrato jurídico-constitucional. Portanto, mostra-se urgente que uma construção legislativa supra esses vácuos infraconstitucionais e estabeleça racionalidade jurídica, evite sobreposição de tarefas, e explicita limites e regras procedimentais para atuação subsidiária e tópica destas instituições nas investigações criminais.

Palavras-chave: Processo penal; investigação criminal; devido processo legal.

ABSTRACT

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor de Direito da Faculdade Maurício de Nassau em Campina Grande-PB. Investigador da Polícia Civil do Estado da Paraíba. E-mail: profviniciuslucio@gmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade de Córdoba - ESP. Professor de Direito Público da Universidade Estadual da Paraíba -Campus 1. Promotor de Justiça. E-mail: htargino@uol.com.br.

The recent expansion of investigative activities promoted by the State through other institutions – like as Federal Road Police, Military Corps and Public Attorneys – besides those constitutionally fixed institutions (Civil Police and Federal Police) generated a great problem involving the formation of a procedural hard core to the implement of investigative activities. Facing the insufficient response of judiciary police to the delusive punitive dreams of Criminal State, and the concomitant need to control the crimes, it is related a police inquiry crisis and the collapse of the Brazilian model of investigation. Starting from the premises that a pre (procedural) due process of law, and the fact that the procedural criminal law shall be anchored on the constitutional bases it derives that its form is such a law warrant. Thus, the possibilities of state interventions on individual liberties (precautionary prisons, seek and apprehension, phone calls interception and data security breach) on preliminary phase it is coherent to demand minimal protection to the citizens though pre-ordered ways to be used by the criminal investigators. There is no democratic legitimacy of the normative and juridical regulation of decrees and resolutions done by the cited institutions, it is all about the investigative power with no juridical-constitutional element. So, it shows some urgency to deploy a legislative construction that solves the legal vacuum and states a new juridical rationality, avoiding the task overlapping, and emphasizing the limits and the procedural rules to a subsidiary and topic acting of the criminal investigation.

Keywords: Criminal procedures; criminal investigation; due processo of law.

INTRODUÇÃO

A importância estatal conferida às investigações criminais tornaram a fase pré-processual penal problemática. Isto é, as Polícias Cíveis e Polícias Federal - Polícias Judiciárias - não foram capazes de dar respostas adequadas aos avanços punitivo do Estado Penal-Investigador e quanto aspecto procedimental enfrentam o mesmo colapso existencial do inquérito policial.

Nesse contexto, outras organizações policiais - Polícia Rodoviária Federal e Polícias Militares - e o Ministério Público alargam as suas atribuições no sentido de participar ativamente das investigações criminais proporcionando então uma desordem jurídico-constitucional diante da inexistência de procedimento e forma para execução desta tarefa.

Diante desta problemática, a resposta parte de duas premissas: a primeira, a necessidade de observância do devido processo legal(núcleo mínimo) também na fase preliminar, a segunda, a perspectiva de que forma é garantia fundamental no processo penal, a qual deve existir e ser devidamente observada.

Assim, é necessária a efetivação de um devido pré-processo legal a fim de limitar e racionalizar estas atividades no âmbito destas instituições, através da construção legislativa infraconstitucional de formas procedimentais específicas para esta atuação. Tendo com função dúplice: regulamentar o art.144 da Constituição Federal ao dotar ferramentas o Sistema Constitucional de Segurança Pública e ao mesmo tempo preservar direitos e garantias individuais.

1 A MULTIPLICIDADE DE AGÊNCIAS DE INVESTIGAÇÃO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A Constituição Federal incumbiu a Polícia Judiciária - Polícias Cíveis e Polícia Federal - no âmbito do art.144 a função de construir a investigação criminal preliminar, ou seja, realizar através de atos procedimentais específicos a coleta de indícios e provas acerca dos fatos delituosos ocorridos, nesta fase é construído o Inquérito Policial.

Nesta etapa pré-processual busca-se evitar a submissão dos indivíduos a posteriores processos penais natimortos, sem viabilidade jurídica ou suporte probatório mínimo, pois trata-se de violação ao processo penal constitucional a imposição de "penas processuais"³. Isto é, configura-se uma apropriação estatal do tempo que submete ao particular a uma indevida espera entre os "muros procedimentais da instrução penal"⁴.

Todavia, atualmente há uma multiplicidade de instituições estatais que realizam atividades de natureza investigativa sem previsão infra-constitucionais específica nem suporte procedimental legal. Isto é, de forma atípica em relação às suas atribuições. Pois, além das Polícias Judiciárias, as Polícias Militares através dos seus Serviços de Inteligência(P-2, Serviço Reservado ou Segunda Seção), a Polícia Rodoviária Federal e o Ministério Público tornaram-se investigadores criminais.

Constata-se também que este fenômeno é um dos efeitos colaterais da crise do Inquérito Policial e do próprio modelo de Polícia Judiciária - várias disputas internas entre delegados e agentes, uma dissociação entre a atividade de polícia científica das equipes de investigação de campo - relacionado a isto está um utilitarismo judicial/punitivismo que busca o combate da criminalidade a qualquer custo⁵.

A dimensão da crise deste modelo procedimental está presente nos números apresentados pelo Relatório "Ministério Público - Um Retrato(2013)"⁶ que expõe problemas na atuação funcional dos Ministérios Públicos Estaduais e Federais, mas fornece também dados relevantes sobre Inquéritos Policiais, nos quais constata a seguinte situação: no ano de 2012 foram recebidos 5,3

³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.189-190.

⁴ MESSUTI, Ana. O Tempo como Pena. São Paulo: RT, 2003, p.89-101.

⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.272.

⁶ Ministério Público: um retrato-ano2. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013, p.53-63.

milhões de inquéritos pelas Promotoria e Procuradorias, destes 3,8 milhões sem conclusão, um percentual de 72%.

Diante disto, percebe-se que a capacidade investigativa do Estado está perto do limite de esgotamento ou senão está esgotada. Entretanto, o procedimento inquisitório apesar desta problemática tem moldes formais definidos que garantem ao indivíduo uma mínima segurança jurídica. Apesar da carência de mudanças e uma reinvenção dado o seu colapso, todavia quando aos aspectos procedimentais possui marcos normativos infra-constitucionais bem definidos no Código Processo Penal.

Nesse contexto, de multiplicidade investigativa, as Polícias Militares, além da atuação ostensiva também aumentaram e sistematizaram suas equipes de investigação através dos seus Serviços de Inteligência(P-2), e extrapolaram as atividades investigativas que deveriam se restringir aos crimes militares cometidos pelos policiais de suas respectivas corporações. Em alguns estados realizam representações de Busca e Apreensão, Prisão Cautelares, e ainda executam interceptações telefônicas geralmente em parceria com o Ministério Público⁷.

Por conseguinte, a Polícia Rodoviária Federal incumbida do patrulhamento ostensivo das rodovias federais e no seu âmbito territorial de atuação investigar os crimes de trânsito. Inclusive, o Decreto nº 1.655/1995 regulamentou tais atribuições. Todavia, a PRF tem realizado tais atividades, inclusive fazendo às vezes de Polícia Judiciária quando faz representações de Mandados de Busca e Apreensão e Mandados de Prisão. Um trabalho atípico diante das atribuições constitucionais e infra-constitucionais que lhe foram conferidas.

O Ministério Público tomou uma posição bastante proativa na última década em relação a fase pré-processual penal. Ou seja, antes habituado a receber um relatório de investigações policiais, e a partir disto dar início a construção da peça acusatória inicial passou a interessar-se em dominar a linguagem investigativa e os meandros operacionais e técnicos dessa atividade.

Nesse sentido, busca controlar as informações acerca do fenômeno criminoso, antes adstritas as instâncias policiais e apesar da legitimidade constitucional dessa atuação, esta por sua vez deve ser subsidiária e tópica, sob pena do esvaziamento das funções da Polícia Judiciária. Ademais, quem deveria pautar as prioridades e a atuação das polícias investigativas é o Ministério Público a fim de reduzir a influência das redes de corrupção e da burocracia estatal⁸.

⁷ "Grampo de presídio é feito por Polícia Militar e MP". Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2013-jun-11/grampo-presidio-sp-feito-policia-militar-ministerio-publico>>. Acesso em: 15.agosto.2013.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública. IN Revista Brasileira de Segurança Pública, nº 1, 2007, p. 130-139.

Todavia, a problemática não reside apenas na multiplicidade de instituições realizando procedimentos e atos próprios da fase pré-processual penal, evidente que esta "sobreposição de tarefas"⁹ causa um dispêndio elevado de recursos públicos.

Nesse contexto, há um problema grave de natureza processual penal constitucional: a ausência de marcos legais procedimentais para estas múltiplas formas pré-processuais penais. Partindo da primeira premissa que o Princípio do Devido Processo Legal não restringe-se apenas a fase instrutória/processual sob pena de vilipêndio as garantias constitucionais básicas, já que naquele fase poderão haver várias medidas cautelares afetas a cláusula de reserva de jurisdição, desde de uma interceptação telefônica até a prisão cautelar do indivíduo.

Uma segunda premissa: no processo penal, forma é garantia. Pois "quando há um modelo ou forma prevista em lei, e que foi desrespeitada, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador estabeleceu uma formalidade absolutamente inútil"¹⁰. Entretanto, além do desrespeito as formas existentes, inexistem modelos normativos procedimentais de investigação quanto a atuação do Ministério Público, das Polícias Militares e da Polícia Rodoviária Federal.

É bem verdade que atos procedimentais realizado na fase preliminar não são atos de provas, mas, sim, meramente atos de investigação, inclusive servem apenas para formar um juízo de probabilidade e não a convicção do juiz para o julgamento, servem para formar a *opinio delicti* do acusador. Todavia, dada a importância da forma como garantia, inclusive na fase preliminar, dá-se a necessidade de sistematização legal de um devido pré-processo legal sob moldes constitucionais.

2 POR UM DEVIDO (PRÉ) PROCESSO PENAL LEGAL

A Constituição, no art. 5º, LIV, estabeleceu que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Este princípio deve ter amplitude necessária para de fato efetivar a proteção constitucional à liberdade e a propriedade. Isto é, "a necessidade de atenção às normas procedimentais conformadoras do devido processo legal, imprescindível para a concretização do direito penal material, extrapola a consideração de mero procedimento para despontar-se como verdadeiro direito fundamental da pessoa"¹¹.

Propõe-se nessa perspectiva de construção de idéias, acerca da fase pré-processual, a necessidade de criação de núcleo procedimental mínimo baseado no Princípio do Devido Processo

⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. As Transformações do Estado Contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.157.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, t.2, p.189.

¹¹ SILVA, Edimar Carmo. Perfil Material do Princípio Acusatório e Ministério Público: Implicações Jurídico-Processuais. Dissertação de Mestrado(Ciências Criminais). PUC-RS, 2010, p.15.

Legal, ainda que neste momento preliminar os atos realizados pelas instituições penais não serem submetidas ao contraditório e da ampla defesa.

Ora, se o devido processo legal tornou-se condição indispensável nas privações dos direitos de vida, liberdade e propriedade, aplicável em caso de privação, condicionando essas restrições¹². Onde houver ações constritivas de direitos, então deverá estar presente este princípio. Então, por que não internalizar jurídico formalmente e materialmente a perspectiva de um PRÉ-processo penal legal?

Pois, se na fase investigativa o cidadão está sujeito a violações estatais: prisões cautelares indevidas; interceptações telefônicas durante extensos e desarrazoados períodos; negativa de acesso dos defensores ao material indiciário ou probatório construído; atos procedimentais arbitrários; rompimento do sigilo externo das investigações e exposição midiática. Ademais, a problemática se torna mais profunda, quando estas situações são provocadas no âmbito da "babel investigativa" da instituições de investigação criminal elencadas.

Interessante observar, o vácuo normativo provoca a falta de um devido processo penal formal, posteriormente, ainda há o hiato entre a normatividade e a efetividade para que efetivamente se desenvolva um devido pré-processo penal com cariz constitucional. Afinal, segundo Ferrajoli, pouco importa se uma Constituição está repletas de garantias e há uma vasta legislação processual penal se ambas não são capazes de proporcionar proteção aos indivíduos, pois o que realmente importa é o "grau de efetividade de todo "edifício teórico" que representa o processo penal"¹³.

Portanto, com uma multiplicidade de instituições investigando crimes, pleiteando medidas cautelares, atingindo rotineiramente aquele núcleo básico de direito e garantias individuais trata-se de indispensável medida de racionalização jurídica: limitar procedimento formais preliminares arbitrários, especificar quais crimes e situações estas instituições poderão atuar - as Polícias Militares, a Polícia Rodoviária Federal atuarão sempre forma subsidiária ou então deve-se reconstruir outro modelo institucional de Polícia Judiciária - dar coerência infraconstitucional as atribuições dispostas no Sistema Constitucional de Segurança Pública(art.144 da CF).

Outra, trata-se da existência de algumas Resoluções e Decretos regulamentado as atribuições investigações da PRF, das Polícias Militares e do Ministério Público, todavia são esvaziado de força normativa, pois não passaram pelo crivo do debate legislativo e por este motivo não possuem legitimidade democrática para possibilitar atingir o núcleo de liberdades individuais do cidadãos.

¹² MARTEL, Letícia de Campos Velho. Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.134.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. "Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal". In Revista Jueces para la democracia, nº 4, 1998, p. 3.

Portanto, o Decreto 1.655/1995 não possibilita o amplo leque de investigações no qual tem atuado PRF. A Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público que criou o Procedimento Investigatório Criminal(PIC) também não pode balizar estes atos procedimentais, pois não passou pela validação legislativa. No âmbito das Polícia Militares, o CPPM prevê procedimentos investigativos apenas para a apuração de crimes militares, todavia o Serviços de Inteligência das Polícia Militares tem voltado suas atividades de repressão aos crimes comuns.

Portanto, a solução jurídica para esta problemática é de natureza infraconstitucional, a imediata normatização legal através de regular processo e debate legislativo sobre quais seriam os atos e formas para procedimentalização da investigações conduzidas pela Polícia Rodoviária Federal, Polícias Militares e Ministério Público. Ora é inconcebível apenas a existência de resoluções e decretos formulados no âmbito das próprias instituições interessadas, estas frágeis construções normativas obedecem à lógicas corporativistas e não tem amparo constitucional.

Afinal, saber como serão os atos de investigação, quais seus limites e sobre quais condutas e ocasiões estas instituições deverão agir, tem mais importância para um pré-processo penal constitucional do que propriamente dotar este ou aquele de exclusividade para desempenhar a funções de investigador¹⁴. Portanto, a discussão sobre quem investigará é secundária diante da pergunta de como serão feitas as investigações?

O pré-processo penal legal deve formalizado e efetivado para contenção da "babel investigativa", trata-se de esforço legislativo relevante para contenção de excessos estatais e racionalização jurídica, inclusive dotar de um caráter sistêmico¹⁵ a legislação infraconstitucional, ao se fazer isso, há caráter dúplice: regulamentar o art.144, §7º da Constituição Federal¹⁶ dotar de ferramentas práticas o Sistema Constitucional de Segurança Pública e ao mesmo tempo preservar os direitos e garantias dos indivíduos a medida em que as formas e procedimentos pré-processuais(núcleo mínimo) estejam expressamente previsto em lei.

CONCLUSÃO

Para efetivação de um processo penal democrático no espaço democrático-constitucional é necessário o estabelecimento de conjunto procedimental mínimo de formas e atos a fim de proteger os indivíduos. Pois, tão relevante quanto o controle da criminalidade através de uma resposta

¹⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10. Ed. São Paulo, 2013, p.189-190.

¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª Ed. 1996, p.19-50.

¹⁶ "A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades."

punitiva adequada é reiterar a necessidade de impor controles normativos a força estatal perante os indivíduos.

Racionalizar procedimentos, atos e formas na investigação criminal, além de questionar como esta ocorrerá é fundamental para contenção do fervor investigativo arbitrário e também dos delírios dos gestores do estado-investigador. Porque é através da fase pré-processual que há sumaríssimas condenações de caráter midiático que constituem-se violações as liberdades individuais(privacidade, liberdade, propriedade).

A Polícia Rodoviária Federal, as Polícias Militares e o próprio Ministério Público necessitam institucionalmente desta normatização infraconstitucional. Pois, somente com a conformação legislativa sistemática através da norma jurídica é possível reduzir a "babel investigativa" para fixar margens e proporcionar segurança jurídica aos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Fundação Calouste Gulbenkian, 2. Ed. 1996.

FERRAJOLI, Luigi. “Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal“. In Revista Jueces para la democracia, nº 4, 1998.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. As Transformações do Estado Contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10. Ed. São Paulo, 2013, p.189-190.

MESSUTI, Ana. O Tempo como Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública. In Revista Brasileira de Segurança Pública, nº 1, 2007.

GT 6: Acesso à Justiça e Direitos Humanos

MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO FERRAMENTA DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL E DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Leandro Ramalho¹

Luana Ferreira²

Sofia Gayoso³

RESUMO

Devido à crise do judiciário, que se evidencia na morosidade dos processos frente à demanda avantajada, nas soluções insatisfatórias ou superficiais, e na falta de capacidade de certos operadores de se adaptarem a novas realidades fáticas, meios alternativos de resolução de conflitos começam a surgir. Um deles é a mediação, responsável por buscar a resolução do verdadeiro conflito, evitando que, através de uma decisão judicial, seja ele apenas maquiado e instaure-se um novo litígio. Ainda, constatamos, através de revisões bibliográficas, que a mediação comunitária é um meio eficaz de alcançar emancipação social e de democratização do acesso à justiça, através do qual as partes envolvidas, partindo de um diálogo intercultural, tornam-se sujeitos ativos no processo de efetivação de sua cidadania. A mediação traz uma inovação ao processo litigioso ao buscar uma ressignificação do conflito, de forma que traz uma postura dicotômica, propiciando às partes encontrarem soluções por si próprias. Este empoderamento é peça fundamental do processo emancipatório. O acordo, quando realizado, tende a ser o mais justo possível, pois advém de interesses comuns entre as partes, de forma a obter uma maior eficácia. Destarte, numa visão mais ampla da mediação comunitária, pode-se afirmar que esta fomenta uma cultura de paz num contexto de pluralidade axiológica.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, leo_ramalho2@hotmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, luanaferreira2705@gmail.com

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, softg_28@hotmail.com

ABSTRACT

Due to the crisis of the judiciary, which is evident in lengthy procedures to fulfill the advantaged demand, in unsatisfactory or superficial solutions, and in the lack of ability of some operators to adapt to new factual realities, alternative ways of conflict's resolutions begin to emerge. One of them is mediation, which is responsible for seeking the settlement of the real conflict, avoiding that the judicial decision only disguise that true conflict, and end up introducing a whole new dispute. Furthermore, we have verified through literature reviews, that community mediation is an effective means of achieving social emancipation and democratization of the access to justice, through which the parties involved, from an intercultural dialogue, become active participants in the process of effecting their citizenship. Mediation brings innovation to litigation when it seeks a redefinition for the conflict, so it brings a dichotomous approach, allowing the parties to find solutions for themselves. This empowerment is a key part of the process of emancipation. The agreement, when performed, tends to be as fair as possible, because it stems from common interests between the parties, in order to reach greater efficiency. Hence, in a wider view of community mediation, it can be said that this fosters a culture of peace in a context of axiological plurality.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um dos direitos consagrados em nosso ordenamento jurídico. É considerado direito humano, haja vista que a prestação jurisdicional é indispensável para uma vida digna. Está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com efeito, pressupõe-se a possibilidade de todos poderem pleitear as suas demandas via judiciária.

O modelo de resolução de conflitos predominante é caracterizado por uma relação adversarial e dialética, em que há uma disputa de interesses qualificada por uma pretensão resistida na qual resulta sempre em vencedores e vencidos.

O espaço judicial funciona como um lugar onde ocorre um processo de neutralização dos conflitos por meio de sua transmutação em termos jurídicos. Deste modo, há um processo de distanciamento das partes em conflito, sendo agora o litígio operado mediante procuração por

profissionais habilitados que tem como pressuposto o conhecimento do direito e dos procedimentos jurídicos⁴.

Esse formalismo jurídico é uma das barreiras que dificultam os cidadãos a terem um efetivo acesso à justiça, uma vez que o mundo jurídico apresenta uma linguagem, ritos e procedimentos que são incompreensíveis para o senso comum.

1 CRISE DO JUDICIÁRIO

Sobre o sistema judicial brasileiro recaem grandes expectativas. Ele passa a ter, na atualidade, um avantajado papel na efetivação de direitos não realizados pelos outros poderes, quais sejam o legislativo e o executivo, mas que estão garantidos na constituição. Ele também diversificou suas funções, e, inclusive, é tomado como meio de resistência aos retrocessos sociais. Quando essas aspirações não são atendidas, por qualquer uma das razões que levam ao desgaste do judiciário, ocorre uma enorme frustração que desencadeia certa descrença no direito como mecanismo transformador da sociedade, construtor da democracia.

“A análise da crise pela qual passa o Poder Judiciário estará centrada em suas duas vertentes principais: a crise de eficiência e a crise de identidade e todos os reflexos a elas correlatos”⁵.

Devido ao aumento na complexidade social, e à crise do estado, com seu enfraquecimento ou fluidez, criou-se um pluralismo de fontes normativas estabelecidas à margem da jurisdição convencional, o que acabou por iniciar no judiciário uma crise de identidade funcional. Entram aí os dois conflitos principais analisados por Spengler, a crise de identidade e a crise de eficiência. Elas estão intimamente conectadas, já que, por não corresponder eficientemente à crescente complexidade social e litigiosa, o Judiciário se submete a novos papéis.

Percebe-se, assim, um “flagrante descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais, em termos tanto qualitativos quanto quantitativos”⁶. Tal fato verifica-se na morosidade pouca eficiência dos serviços judiciais, além de uma exclusão das classes mais baixas. A junção

⁴ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 227-232.

⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007. 476 f. Tese Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do vale dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p.147.

⁶ FARIA, José Eduardo. *O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 11.

dessas duas crises e todos os seus desdobramentos terminam provocando uma relação de descrédito e afastamento entre o cidadão comum e a justiça.

Podem, ainda, ser destacadas quatro crises no sistema judicial, quais sejam, a crise estrutural, aquela que diz respeito ao financiamento, à infraestrutura de instalações, aos equipamentos e custos; a crise objetiva ou pragmática, refere-se a aspectos da linguagem técnico-formal utilizada nos processos, à burocracia e à lentidão dos procedimentos, ao acúmulo das demandas; a crise subjetiva ou tecnológica, é a que se atrela à incapacidade técnica de certos operadores jurídicos de lidarem com novas realidades; e a crise paradigmática, relevante quanto aos métodos usados no tratamento de conflitos, modelo de jurisdição⁷.

É relevante notar que: “Aos problemas estruturais da atividade judicial soma-se uma crise do próprio paradigma epistemológico dominante da modernidade que se reflete diretamente no campo do direito”⁸. Dessa forma, o Estado perde o privilégio exclusivo sobre a jurisdição para formas alternativas de solução, graças, principalmente, ao crescimento da intrincada litigiosidade provocada pelas contradições sociais. Além desse aumento, a burocracia do estado se agrava, com produção desenfreada de leis e, por consequência, de decisões judiciais discricionárias.

A partir da análise da conjuntura tradicional do poder judiciário, não é difícil perceber que os instrumentos institucionais habitualmente disponíveis para a resolução de litígios não têm cumprido efetivamente seu papel, quer no viés quantitativo, ao focar no direito fundamental à duração razoável do processo, quer no viés qualitativo, ao observar o objetivo social a ser alcançado por meio da decisão judicial, além de também falhar na questão de tornar o sistema acessível para qualquer sujeito de direito, garantindo acesso à justiça plena.

2 MEDIAÇÃO

A mediação constitui um processo autocompositivo, no qual as partes podem, por si próprias, chegar a um acordo com o auxílio de um terceiro imparcial, o mediador. Assim, como afirma Carlos Eduardo de Vasconcelos⁹, na mediação, os mediandos expõem seus problemas, identificando interesses em comum, buscando eventualmente a formulação de um acordo.

⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.78-79.

⁸ BEZERRA, Tássio Túlio Braz. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito. *Revista Direito & Sensibilidade*, Brasília, v.1, n.1, 2011, p. 211-226.

⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, p. 36,

A mediação visa a restauração das relações, de forma que, ainda que não seja firmado um acordo, a restauração do diálogo já é suficiente para se considerar uma sessão de mediação positiva. Além disso, busca-se também o empoderamento das partes, de maneira que estas possam resolver seus problemas sem acionar o judiciário, o qual é insuficiente para satisfazer integralmente necessidades individuais. Destarte, a mediação pode ser considerada como um instrumento de transformação social, fomentador do exercício da cidadania, além de possibilitar a democratização do acesso à justiça. Segundo Cappelletti¹⁰, o estímulo à utilização da mediação em processos litigiosos traz uma melhor resolução ao conflito por tratar a lide como uma perturbação temporária.

A sociedade brasileira é multifacetada, inserida num contexto de multiculturalismo, tanto que Ernildo Stein¹¹ afirma que pensar é pensar diferente. Neste quadro, aceitar as mais diversas expressões culturais, almejando, contudo, processos de inclusão social, seria uma maneira de se pensar racional. A comunidade é palco desta divergência de valores, o que acarreta em diversos conflitos. A mediação comunitária, tendo por base este pluralismo axiológico, busca reestabelecer canais de comunicação degradados, fazendo com que as pessoas sejam capazes de aceitar diferenças, além de positivar possíveis dissensões decorrentes desta pluralidade¹². Através desta positivação, as pessoas passam então a ver o conflito como algo inerente à sociedade.

A mediação, nos moldes definidos por Luis Alberto Warat¹³, busca a reconstrução do significado de conflito, de maneira a conferir autonomia aos sujeitos envolvidos, de forma que estes busquem soluções que atendam aos interesses em comum. Assim, busca-se não apenas a resolução do conflito em si, mas um resgate dos indivíduos, a fim de que se estabeleça uma cultura de paz.

O empoderamento, que constitui um aspecto fundamental do processo de mediação, impulsiona a emancipação social daqueles que se encontram à margem da figura estatal. Ressignificando o conflito, é possível haver uma mudança nas figuras dos sujeitos, que passam a ter um papel ativo no processo emancipatório da cidadania. A partir de então, há uma efetivação de

2008.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*. Revista de Processo, São Paulo, v. 74 p. 82-97, abr.-jun., 1992.

¹¹ STEIN, Ernildo. *Pensar é Pensar a Diferença*. Ijuí: Unijuí, 2006. 2. ed.

¹² SPENGLER, Fabiana Marion. *Comunidade, comunicação e mediação: o compartilhar de uma linguagem passível de consenso?* Rio Grande do Sul: Estudios Avanzados 19, 2013. 37-65 p. Disponível em <<http://www.journals.usach.cl/ojs/index.php/ideas/article/viewFile/1236/1162>> Acesso em outubro de 2013.

¹³ WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo*. A mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998. 102 p.

Direitos Humanos e de democratização destes, afinal, é sabido, se acordo com Boaventura de Souza Santos¹⁴, que estes não são universais em sua aplicação.

Trazendo o diálogo intercultural proposto por Boaventura para o âmbito da própria comunidade, podemos afirmar que na mediação o diálogo deve partir de uma hermenêutica diatópica, que segundo o autor

Baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude - um objectivo inatingível - mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico.¹⁵

Dessa maneira, podemos constatar que os conflitos surgem da pluralidade de diferenças inseridas num contexto multicultural. A mediação comunitária busca restaurar o diálogo, partindo de interesses em comum, os quais constituem topoi - lugares comuns mais abrangentes, através da quebra do paradigma do conflito como algo destruidor e permanente, para que as pessoas envolvidas sejam sujeitos ativos no processo de emancipação social, além de visar a instauração de uma cultura de paz.

CONCLUSÃO

Apesar da crise do judiciário, em seus demais aspectos, não se pretende afirmar que a mediação deve substituí-lo, mas sim que esta constitui um método alternativo de resolução de conflitos que vem a suprir lacunas deixadas pelo sistema jurisdicional, principalmente no que se refere à camada populacional que se encontra à margem do Estado. É certo, contudo, que o judiciário passa atualmente por uma crise multifacetária, mas não é nossa pretensão propor que a mediação substitua o poder estatal de solucionar os litígios. O que intentamos fazer é demonstrar como esse método pode contribuir para uma cultura de paz em que se abre espaço para alcançar uma efetiva emancipação social. Isso acontece pela capacidade que o processo de mediação tem de

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Uma concepção multicultural dos Direitos Humanos*. Revista Crítica de Ciências Sociais, n° 48, 1997. Disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF> Acesso em outubro de 2013

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Uma concepção multicultural dos Direitos Humanos*. Revista Crítica de Ciências Sociais, n° 48, 1997. Disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF> Acesso em outubro de 2013.

ressignificar o conflito, empoderando os litigantes para que estes possam por si mesmos alcançar uma decisão satisfatória, que atenda às reais necessidades dos envolvidos, evitando mais sofrimento, reincidências e descumprimento de sentenças, ao mesmo tempo que oferece um espaço de conscientização, ao promover o diálogo bilateral, de forma consensual e autônoma. Concretiza assim ideais de dignidade da pessoa humana e acesso à justiça, pilares essenciais de uma cultura de paz.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Tássio Túlio Braz. **A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito**. Revista Direito & Sensibilidade, Brasília, v.1, n.1, 2011, p. 211-226.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 227-232.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça**. Revista de Processo, São Paulo, v. 74 p. 82-97, abr.-jun., 1992.

FARIA, José Eduardo. **O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 11.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.78-79.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Uma concepção multicultural dos Direitos Humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais, n° 48, 1997. Disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF> Acesso em outubro de 2013

SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. 2007. 476 f. Tese Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do vale dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p.258.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Comunidade, comunicação e mediação: o compartilhar de uma linguagem passível de consenso?** Rio Grande do Sul: Estudios Avanzados 19, 2013. 37-65 p. Disponível em <<http://www.journals.usach.cl/ojs/index.php/ideas/article/viewFile/1236/1162>> Acesso em outubro de 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil**. Scientia iuriS, Londrina, v. 15, n. 2, p. 55, dez. 2011

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, p. 36, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**. A mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998. p. 102.

O DIREITO DE ACESSO DIRETO À JUSTIÇA NO ÂMBITO DAS CORTES E TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Lucas Augusto Macedo Chaves¹

Thiago Oliveira Moreira²

RESUMO

No presente trabalho ver-se-á a problemática do acesso à justiça, por parte dos indivíduos, grupos de pessoas ou organizações não governamentais no alcance do principal organismo garantidor dos Direitos Humanos na América - A Corte Interamericana dos Direitos Humanos - nas temáticas referentes à apresentação direta de casos para a apreciação pela mesma. Perceber-se-á que o diálogo das cortes é instrumento imprescindível para a colmatação das lacunas existentes no processo de concretização dos direitos humanos e da meta do acesso à justiça. Observar-se-á a forma como a mudança nos procedimentos de tal Corte poderá influenciar, tanto positivamente, no sentido de afirmação do direito fundamental do devido processo legal, quanto negativamente, em razão do possível sobrecarregamento dos trabalhos do Tribunal. Ademais, buscar-se-á levantar-se uma resposta capaz de balancear os aspectos relativos às vantagens e desvantagens, sempre relembrando

¹ Discente do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos (REDIDH- UFRN). E-mail: luucaschaves@hotmail.com

² Mestre em Direito pelo PPGD/UFRN. Docente do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Chefe do Departamento de Direito Privado (UFRN). Editor Geral da Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos (REDIDH -UFRN). E-mail: tomdireito@hotmail.com

a função essencial dos direitos humanos, apresentados como formas de defesa dos direitos e das pretensões no âmbito internacional, tendo em vista as crescentes violações dos mesmos e admitindo-se a globalização como fator principal gerador desses problemas. Assimilar-se-á, ainda, todos os meios, considerados pela comunidade internacional como eficazes na solução do embate da acessibilidade à Corte IDH, levando-se em consideração os princípios básicos inerentes à personalidade humana.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; alcance; direitos humanos; Corte IDH.

ABSTRACT

In the present assignment, the researchers will understand the problematic of access to justice by individuals, groups of individuals or non-governmental organizations in achieving the main body guarantor of Human Rights in America - The Inter-American Court of Human Rights - the issues involved the direct presentation of cases for consideration by the same. Will realize that the dialogue of the courts is indispensable instrument for filling gaps in the process of realization of human rights and the goal of access to justice. Will observe how the change in procedures such Court may influence both positively towards affirmation of the fundamental right of due process, and negatively, due to the possible overloading of the Court's work. Furthermore, it will seek a possible rise a response capable of balancing the aspects relating to the advantages and disadvantages, always remembering the essential role of human rights, presenting itself as a form of international defense, in view of the increasing violations the same, assuming globalization as the main factor generating these problems. Admitting will also means considered by the international community as being effective in resolving the clash of accessibility to the ICHR, taking into account the basic principles inherent into the human personality.

Keywords: Access to Justice; Courthouses; human rights.

INTRODUÇÃO

O acesso internacional à justiça evidencia-se problema mais delicado que o da abrangência interna do Poder Judiciário. Nesse sentido, surge a Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça, no espectro da Convenção de Haia, como instrumento a possibilitar aos indivíduos – como personalidades jurídicas internacionais – o conhecimento dos sistemas jurídicos alienígenas, bem

como o seu amparo no caso dos estrangeiros. No entanto, tal Convenção ainda aguarda a entrada em vigor no nosso país.

Mauro Cappelletti³ evidencia a problemática de forma coerente e precisa:

Um exame dessas barreiras ao acesso (...) revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados (...) para os autores individuais (...); ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.

Se tornar em vigor em um país uma Convenção relativa ao relacionamento entre Estados-signatários já é uma tarefa árdua, o que se pode dizer quanto ao acesso direto às organizações internacionais, pelos indivíduos, na apresentação de casos, possibilitando o estabelecimento de uma democracia internacional?

Este trabalho visa evidenciar aos pesquisadores do Direito Internacional, a necessidade e urgência de uma abordagem técnico-científica do assunto, essencialmente nos dias atuais, quando o Direito Internacional dos Direitos Humanos ganha, de forma extraordinária, espaço no cenário jurídico mundial.

1 O ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS HUMANOS

A problemática do acesso à justiça vem especulando relevância nas últimas décadas, tanto no direito interno, como no âmbito dos mais diversos Tratados Internacionais. É que o Direito Internacional dos Direitos Humanos mostra-se, essencialmente, dividido em duas partes: o antes e o depois da Segunda Guerra Mundial. Após o rompimento com o mundo nazista, passa-se a ponderar que se houvesse um efetivo sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, milhares de mortes poderiam ter sido evitadas. Como explora Flávia Piovesan⁴ :

Perceber-se-á que, em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. (...) Consolida-se o movimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2008. p. 4-5)

³ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso a justiça / Mauro Cappelletti, Bryant Garth ; tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 20

⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pg.4-5

É nesse contexto que os ordenamentos jurídicos, principalmente os ocidentais, começam a se adequar à meta, ao ideal de acesso igualitário à justiça por parte de seus cidadãos. Temas como soberania estatal, e a capacidade jurídica dos sujeitos de direitos internacionais passam a ser colocados em cheque, e conceitos antes vistos como absolutos, deparam-se com a sua relativização frente ao avanço da concepção de Direitos Humanos.

Assim, o acesso à justiça se torna um direito humano “básico”, um fim, um objetivo a ser alcançado e sua positivação nas Constituições não demora a tardar. No Brasil, tal dispositivo está elencado, de forma indireta, no inciso XXXV do art. 5º da Carta de 1988, no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais. Passa a ser também objeto de medidas de reforma do poder judiciário interno, como acontece hodiernamente, figurando como elemento essencial aos princípios norteadores da publicidade, da igualdade e do devido processo legal. A informatização, tanto no sentido de modernização dos sítios do Poder Judiciário, quanto ao conhecimento, por parte da população, de seus direitos, é uma medida que, gradualmente, está sendo implantada e começa a surtir efeitos. Órgãos como a Defensoria Pública, foram e estão sendo implantados por todo o país, no sentido de dar apoio à população carente e desprovida de conhecimentos acerca de seus direitos.

2 A SUBMISSÃO DIRETA DE CASOS À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Contraopondo-se aos avanços (graduais, lentos, mas, ainda sim, avanços) do ordenamento jurídico brasileiro, depara-se com a peculiaridade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Criada em 1978, com a entrada em vigor da Convenção Americana, as duas, juntas, fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como mecanismo regional para a proteção desses direitos, visando à complementação ao Sistema Global de defesa em diversas formas. Como cita Rhona K. M. Smith⁵,

Na medida em que um número menor de Estados está envolvido, o consenso político se torna mais facilitado, seja com relação aos textos convencionais, seja quanto aos mecanismos de monitoramento. Muitas regiões são ainda relativamente homogêneas, com respeito à cultura, à língua e às tradições, o que oferece vantagens.

No entanto, o princípio do acesso à justiça parece não ter chegado ao sistema regional americano. É que, para a submissão direta de casos para apreciação pela Corte IDH, só é legitimada a Comissão Interamericana e os Estados-partes, não havendo espaço para a atuação do indivíduo, ou

⁵ RHONA, K. M. Smith. Textbook on international human rights. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 84

mesmo, grupo de indivíduos e organizações internacionais. Tal assertiva mostra o atraso em que se encontra tal sistema, expondo a necessária mudança do espírito desse conjunto.

Mesmo após a revisão de certas regras de procedimento da Corte, em 2001, com a nova possibilidade dos cidadãos, mesmo sem acesso direto, apresentarem, de forma autônoma seus argumentos, defesa ou provas, o direito de poder acompanhar a todas as fases do processo, bem como o de petição individual, o sistema ainda carece de ampla efetividade. A prova disso é que até abril de 2008, apenas cinco casos contra o Estado brasileiro haviam sido submetidos à Corte, quando se sabe que existem muito mais estatísticas de violação de direitos humanos em um País com tamanha dimensão territorial e populacional.

O acesso efetivo e direto à justiça é uma meta a qual a Comunidade Internacional deve perseguir, dando enfoque à ampliação do exercício da cidadania, na, já mencionada, democracia internacional. Impedir ou criar mecanismos que possam dificultar tal objetivo ferem a ética e o próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos, mostrando-se como um retrocesso diante de tantas conquistas alcançadas pelo mesmo desde a metade do século XX.

A mencionada Convenção sobre Acesso Internacional à justiça, nesse sentido, não pode ser somente aplicada às questões entre os Estados-partes, como também deve alcançar os organismos internacionais, frente à imponência e influência dos mesmos no cenário jurídico internacional.

Sendo o principal mecanismo de proteção dos Direitos Humanos na América, é de suma importância a revisão de tais conceitos, por parte da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, colocando-se em pauta a imensa responsabilidade a qual tais órgãos encontram-se submetidos, com enfoque na assimilação dos ideais éticos e na abrangência de seu manto jurisdicional. Os indivíduos, como sujeitos de Direito Internacional devem se sentir protegidos e aptos a acionar tal conjunto quando tiverem seus direitos fundamentais ameaçados ou lesionados.

2.1 A PERSPECTIVA EUROPEIA

O sistema regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos porta-se como o mais avançado na questão do acesso direto dos sujeitos de Direito Internacional à submissão de casos à Corte Europeia.

Instituída com caráter permanente, pelo protocolo nº11 à Convenção Europeia, a Corte consolidou sua influência na vida de milhares de pessoas ao redor do mundo e em especial, na Europa. Com maestria, Valério Mazuolli⁶ explica que:

Sem dúvida alguma, a maior inovação (e também o maior avanço) do Protocolo nº 11 foi ter conferido aos indivíduos, organizações não governamentais e grupos de indivíduos o acesso direto à Corte Europeia de Direitos Humanos, com poder inclusive de iniciar um processo diretamente perante ela. Mais do que permitir às vítimas, seus familiares ou representantes legais participarem do processo em todas as suas etapas (*locus standi*), permitiu-se o ingresso direto dos indivíduos ante a Corte Europeia (*jus standi*) para ali interpor-se uma demanda.

Diante desse indiscutível avanço do sistema regional europeu, vê-se que, no entanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não acompanhou tal evolução. Isso mostra a eminente apatia da mesma frente às novas mudanças na concepção dos sujeitos de direito internacional e suas respectivas capacidades processuais, culminando com o enfraquecimento e a descredibilização de uma justiça real e efetiva proveniente da mesma. Um organismo internacional que não admite a apresentação de casos por cidadãos está fadado à falência e ao desvirtuamento do ideal maior: a defesa do ser humano e a garantia dos direitos básicos da personalidade jurídica.

Para se ter uma ideia da importância da admissão do Protocolo nº11 pela Convenção Europeia, observa-se o incrível aumento na quantidade de casos apreciados pela Corte daquele continente. Foram 838 decisões, superando o número anterior referente aos seus precedentes 39 anos de existência (837 decisões). É certo que, uma mudança no procedimento de um organismo internacional requer, também, uma nova estrutura física e corporativa, mas, não se pode esquecer da imensurável contribuição jurisprudencial que esse fato pôde e poderá contribuir para o avanço dos ordenamentos jurídicos ao redor do planeta, essencialmente, quando fala-se em Países desenvolvidos.

Admite-se que, tanto no sistema americano quanto no europeu (antes do protocolo nº11) existe a possibilidade de denúncia “indireta” de violações de direitos humanos, visto que a mesma é levada à Comissão. No entanto, não é garantido que a Corte aprecie aquela matéria, visto que não há coercitividade para que todos os casos recebidos pela Comissão sejam despachados para análise judicial da Corte. E isso, cabe-se ressaltar, é inadmissível quando se está falando de direitos humanos. Faz-se necessário o estabelecimento de padrões mínimos que devem ser reconhecidos e respeitados por todos os Estados e organizações internacionais.

2.2 A NECESSIDADE DE ABERTURA JURÍDICA PROCEDIMENTAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

⁶ MAZUOLLI, Valério Oliveira. O Sistema Regional Europeu De Proteção Dos Direitos Humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais: Unibrasil. Curitiba, v. 1, n. 13, p. 40, 17 de abril. 2010.

Afirma Antônio Augusto Cançado Trindade⁷ que “sejamos realistas: sem o direito de (...) acesso à justiça no plano internacional, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos seriam reduzidos a pouco mais que letra morta”.

Dessa forma, urge a necessidade, especificamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de mudar esse histórico privativo da liberdade e da capacidade processual dos sujeitos de Direito Internacional. Deve-se permitir o acesso direto à justiça no âmbito internacional, promovendo a participação efetiva da população no estabelecimento de uma Democracia Internacional, com uma maior quantidade de casos apreciados pela Corte, a exemplo do caso europeu.

Argumenta ainda Cançado Trindade que:

Ao reconhecimento de direitos, nos planos tanto nacional como internacional, deve corresponder a capacidade processual de vindicá-los ou exercê-los. A proteção de direitos deve ser dotada do *locus standi in judicio* das supostas vítimas (ou seus representantes legais), que contribui para melhor instruir o processo, e sem o qual estará este último desprovido em parte do elemento do contraditório (essencial na busca da verdade e da justiça) (...). (DIREITO, TRINDADE E PEREIRA, 2008. p. 525).

Em sede de conclusão, André de Carvalho Ramos⁸ afirma: “Logo, a saída que considero mais razoável é a alteração da Convenção Americana de Direitos Humanos, para permitir o acesso dos indivíduos à Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

CONCLUSÃO

Assim, com o objetivo de uma adequação ética e prática dos ideais dos Direitos Humanos ao sistema global e, sobretudo, aos regionais de proteção dos mesmos, é imprescindível a discussão do tema na abrangência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da delicada questão do Acesso à justiça, observando a capacidade jurídica processual dos indivíduos, a evolução de tal ramo do Direito Internacional e a busca pelo estabelecimento de uma real e efetiva Democracia Internacional.

Diante das vantagens e desvantagens quanto à questão do acesso direto dos sujeitos a Cortes e Tribunais Internacionais, sobretudo a Corte IDH, percebe-se um saldo positivo, em virtude das

⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado e PEREIRA, Antônio Celso Alves (org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Celso A. Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 519

⁸ RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

grandiosas contribuições no quesito acesso à justiça, em uma perspectiva internacional. Não se pode deixar que o conceito de Direitos Humanos, tão arduamente conquistado durante tanto tempo, seja relativizado e a população volte ao seu status de antes da Segunda Grande Guerra. É urgente, pois, a mudança do posicionamento de tais instituições a fim de que se possa alcançar a almejada Democracia Internacional, aumentando, assim, a área de tutela jurisdicional das mesmas.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso a justiça / Mauro Cappelletti, Bryant Garth; tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado e PEREIRA, Antônio Celso Alves (org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Celso A. Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZUOLLI, Valério Oliveira. O Sistema Regional Europeu De Proteção Dos Direitos Humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais: Unibrasil. Curitiba, v. 1, n. 13, p. 40, 17 de abril. 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RHONA, K. M. Smith. Textbook on international human rights. Oxford: Oxford University Press, 2012.p. 84

GT 7: Análise econômica do Direito

COPA DO MUNDO DE 2014 E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Isabel Albuquerque de Almeida Lins¹

Lucas Isaac Soares Mesquita²

RESUMO

A discussão acerca de um “legado” deixado pela realização dos eventos esportivos - Copa do Mundo em 2014 e Olimpíadas de 2016 - ganha visibilidade após as situações de flagrante violação dos direitos humanos e das próprias disposições constitucionais no âmbito dos procedimentos administrativos que devem ser observados na celebração dos contratos entre a FIFA e as Cidades Sede. O trabalho em tela tem por finalidade questionar o alto investimento estatal em obras de infraestrutura, através do modelo de Parcerias Público Privadas, em detrimento da priorização de políticas públicas que favoreçam maior parte da população brasileira, a exemplo de saúde e educação. Em vista disso, o presente artigo tem por escopo promover algumas reflexões sobre os impactos da instituição das Parcerias Público Privadas em função da realização dos “megaeventos” no Brasil, bem como apresentará uma análise dos investimentos públicos, da violação de diversos direitos e da instituição de uma legislação de exceção ocasionados em decorrência dessas grandes competições esportivas. Busca-se desmistificar o discurso de que a concessão proporcionará um serviço prestado com maior eficiência e qualidade, investigando sua aplicabilidade no direito administrativo brasileiro e as flagrantes violações constitucionais. Isto é, visa-se provar que, quando sopesados os interesses público e privado, é observado, claramente, o favorecimento ao investidor privado, em contrário a todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Parceria público-privadas; Copa do mundo; direitos constitucionais.

ABSTRACT

¹Graduanda do 8º período diurno em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, isabel.lins92@gmail.com.

²Graduando do 8º período diurno em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, lucasismesquita@gmail.com.

The discussion about a "legacy" left by the achievement of sporting events - the World Cup in 2014 and Olympics Games in 2016 - after gains visibility situations of blatant violation of human rights and their own constitutional arrangements within the administrative procedures to be observed in the conclusion of contracts between FIFA and the Host Cities. The screen work aims to question the high state investment in infrastructure through Public Private Partnership model, rather than prioritizing public politics that foster greater part of the population, such as health and education. In view of this, the present article has the purpose to promote some reflections on the impact of the institution of the Public Private Partnerships based on the realization of the " mega " in Brazil , as well as present an analysis of public investments , the violation of several rights and the institution a law of exception caused due to these major sporting events. Seeks to demystify the discourse that the grant will provide a service with greater efficiency and quality by investigating its applicability in the Brazilian administrative law and flagrant constitutional violations. That is, the aim is to prove that, when weighed against the interests of the public and private sectors, is clearly seen favoring the private investor, in contrast to all the Brazilian legal order.

Keywords: Public-Private Partnerships; World Cup; Constitutional Rights.

INTRODUÇÃO

A concessão de serviço público através do regime de parcerias público-privadas no contexto da Copa do Mundo de Futebol não deve ser avaliada de forma isolada das demais medidas tomadas pelo governo brasileiro para garantir a realização do megaevento esportivo em nosso país. Tais grandes eventos caminham, justamente, na contramão do que apregoa a Constituição Federal, desrespeitando sistematicamente legislações ambientais, trabalhistas, do consumidor e o próprio Estatuto das Cidades, que definiu planos diretores, fruto de um esforço conjunto e resultado de mobilizações populares. Rifa-se a democracia participativa e um conjunto de outros direitos garantidos ao longo da história em nome de interesses privados de empresas nacionais e internacionais, isenções fiscais e outros benefícios – a exemplo do aumento do limite de possibilidade de endividamento dos Municípios -, que assumem as mais diversas formas, como das parcerias público-privadas. O Estado Brasileiro constrói uma “institucionalidade de exceção”, amparada pelo paradigma neoliberal, em que submete-se todo o aparato estatal ao interesse privado, desprezando-se a indisponibilidade do interesse público pelo administrador e a supremacia do interesse público pelo privado, princípios basilares do regime jurídico administrativo.

Num breve e recente contexto histórico, em 2007, o governo brasileiro assinou um contrato particular de adesão com a FIFA comprometendo-se a atender de forma incondicional todas as

exigências da entidade. Entretanto, tal documento nunca foi publicizado, desconsiderando-se, ainda, o procedimento regulado pelo art. 49 da CF³, o que ensejaria sua invalidade. Outro marco importante é em maio de 2012, com a Lei Geral da Copa, construída a partir de interesses privados bem específicos. No campo do Direito Administrativo, importa destacar a instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, atalho à Lei de Licitações, a partir da Lei n. 12.462/2011, efetivada através de medida provisória.

1 AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NA COPA DO MUNDO DE 2014

São doze os estádios de futebol a serem utilizados na Copa do Mundo FIFA 2014. Desses, nove são públicos, logo suas obras para adequação aos parâmetros definidos pela entidade privada de futebol ficaram sob responsabilização dos Estados, envolvendo os governos municipais, estaduais e federal. São cinco os estádios construídos seguindo o modelo de parceira público-privada, no qual o setor privado assume custos e riscos para projetar, executar e financiar a obra, em troca da concessão de explorar o local, quais sejam, a Arena Pernambuco em Recife, Arena das Dunas em Natal, Castelão em Fortaleza, Complexo do Mineirão em Belo Horizonte e a Arena Fonte Nova em Salvador. Entretanto, cabe ressaltar que a modalidade de PPPs escolhidas pelos Estados foi a administrativa, nesse caso através de uma análise da lei entende-se que abrange a prestação de serviço público, incluindo execução de obra e instalação de bens e equipamentos, no qual a Administração Pública figura enquanto usuária direta ou indireta⁴.

Faz-se mister saber que nessa concessão administrativa, o parceiro público além de exercer a execução material de um serviço público irá deter a gestão do serviço durante um período que poderá atingir até trinta e cinco anos. Por meio de uma pesquisa no Portal 2014⁵, verifica-se que a gestão pelo parceiro privado varia de oito anos, no caso do Estádio Castelão, até o máximo permitido, qual seja trinta e cinco anos, na Arena Fonte Nova.

Argumenta-se que, apesar do pouco tempo de vigência da Lei das PPPs e das poucas experiências deste modelo de concessão no Brasil, as experiências internacionais, demonstrariam que seria o melhor modelo a ser implementado na construção e manutenção dos estádios de futebol.

3

Tal acordo foi assinado pelo Presidente Lula, onze de seus Ministros e o Advogado Geral da União. A Lei, entretanto, atribui competência exclusiva ao Congresso Nacional em casos que envolvam a resolução definitiva sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I, da CF/88).

4

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.314.

5

BRASIL, Portal 2014. Disponível em: << <http://www.portal2014.org.br/andamento-obras/10/Estadio+das+Dunas.html>>>. Acesso em: 14 de julho de 2013.

Entre suas vantagens, destaca-se “a possibilidade de que o parceiro privado fique responsável pela gestão do ativo público durante grande parte do seu ciclo de vida: construção, operação e manutenção”⁶, garantindo a eficiência dos serviços (partindo da premissa de que serviços e processos licitatórios públicos são burocratizados e demasiadamente morosos).

Neste trabalho, além de se questionar a constitucionalidade da espécie de concessão através de parcerias público-privadas, debate-se o desvirtuamento de tal modelo na Copa do Mundo. Uma das premissas básicas da PPP seria a de desoneração de custos públicos, principalmente em obras de infraestrutura, minimizando riscos daquele setor⁷, é utilizada às avessas. Explica-se: estima-se que mais de 60% das obras dos estádios da Copa-2014 erguidos com as PPPs são pagos com dinheiro público. O caso mais gritante é do estádio da Fonte Nova, em que 80% do orçamento é bancado pelo Estado. Ministério Público e Tribunal de Contas aguardam por laudos técnicos no qual, se ficar comprovada a fuga dos padrões da PPP, pode-se abrir um processo, se configurado prejuízo ao erário.

Atenta-se ao aumento das margens de possibilidade de endividamento, concedido pela União, aos Estados e Cidades-Sedes, que contraem empréstimos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para emprestar às parcerias privadas. Tal quadro, de “intermediação”, reforça a garantia excessiva de benefícios à iniciativa privada, que “deveria buscar o empréstimo no mercado, oferecendo garantias corporativas em troca do dinheiro”, não endividar mais os Estados.

O Estado da Bahia, por exemplo, tomou um empréstimo de R\$ 323,63 milhões e emprestou R\$ 50 milhões apenas para demolir o antigo Estádio da Fonte Nova. Acrescente-se que o pagamento a ser feito pelo governo baiano após a conclusão da obra, dentro do prazo de 15 anos, é três vezes maior do que o que tomou emprestado, arcando ainda com os riscos de não conseguir recuperar o dinheiro investido na construção do megaempreendimento. Setores da sociedade civil baiana - entre eles Associação Brasileira dos Engenheiros Civis (ABENC), Associação dos Engenheiros e Arquitetos da Caixa Econômica Federal (ANEAC), Confederação Nacional das Associações de Moradores (CONAM), Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia da Bahia (CREA-BA), Federação das Associações de Bairros de Salvador (FABS), Federação das

6

PEREIRA, Bruno. Estádios da Copa, contratos públicos e melhor uso de recursos públicos. **PPP Brasil: O observatório das Parcerias Público-Privadas**. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-est%C3%A1dios-da-copa-contratos-p%C3%BAblicos-e-melhor-uso-de-recursos-p%C3%BAblicos>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

7

SIBILLE, Daniel. A importância da Parceira Público-Privada na construção da infraestrutura para a Copa do Mundo 2014. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI118575,61044-A+importancia+da+Parceira+PublicoPrivada+na+construcao+da>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

Associações de Moradores do Estado da Bahia (FAMEB), Faculdade de Arquitetura da UFBA (FAUFBA), Fórum a Cidade Também é Nossa, GAMBÁ e outras entidades - assinaram um manifesto público que argumentava contra a demolição integral do estádio, alegando que partes dele eram recuperáveis e reaproveitáveis a baixo custo, o que demonstra total desconsideração aos clamores populares.

Os Estados que adotam o regime de PPP são desobrigados a fazer licitação. Argumenta ser um ganho para a agilidade, ao nosso ver uma perda para a transparência na gestão de recursos públicos. Os argumentos a favor das parcerias público privadas apelam para a eficiência, flexibilidade e agilidade do setor privado, sem questionar os interesses que circundam o cumprimento das metas e a inserção do capital privado nos serviços públicos e desconsiderando princípios básicos a exemplo da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, supremacia do interesse público sobre o privado, indisponibilidade do interesse público, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade e motivação. Desta forma, tenta-se desqualificar os serviços públicos para implementar um Estado mínimo, neoliberal, responsável apenas pelos direitos mais básicos e que transforma os demais direitos em serviços.

Fala-se em “previsibilidade orçamentária”, mas falta transparência nos contratos de parcerias público-privadas celebrados, além disso, apela-se para uma consulta pública mediante publicação da minuta do edital da PPP que consiste numa verdadeira ficção jurídica. Argumenta-se uma série de desculpas esfarrapadas para justificar as PPPs, entre elas: “melhoria de serviços”, “redução de atraso das obras e estouro dos custos previstos” e “falta de tempo para utilização de outra concessão de serviços ou modalidade licitatória”, quando, na verdade, avolumam-se os gastos com um evento privado que não deixará legado positivo algum para a sociedade brasileira.

Coloca-se o futebol como um serviço público, enquadrado no rol dos direitos ao lazer, portanto, fundamentais. Não se questiona o trato do lazer enquanto garantia fundamental para o bem estar de todos os cidadãos brasileiros. Questiona-se, todavia, o trato de negócio, mercantilizado ao esporte oficial através da FIFA e do governo brasileiro. Não é o bem estar do povo brasileiro em jogo nas negociações dos gabinetes ou na canetada de uma lei.

Durante o período de gestão realizado pelo parceiro privado objetiva-se evitar que os espaços se transformem em “elefantes brancos”, já que a renda de bilheteria obtida com os jogos dos times do estado, na maioria dos Estádios, não seria suficiente para ajudar na sua manutenção. Assim, para garantir a sustentação econômica, o parceiro privado deverá apresentar projetos e planejamentos, que além de manter a finalidade inicial da obra, possibilite que as arenas sejam espaços multiusos, destinadas também à realização de shows, eventos, congressos.

Ressalta-se, a incongruência desse contrato, tendo em vista que após o período de concessão será o Estado responsável por essa sustentação econômica, desviando dos princípios

constitucionalmente estabelecidos, com o único intuito de impedir que uma obra vultosa seja inutilizada.

Em relação à contraprestação pela execução do serviço público, esta será realizada pelo Poder Concedente a partir do momento em que o serviço encontra-se disponível, de modo que não pode haver a instituição de tarifa a ser cobrada dos usuários do Estádio. Diante disso, apreende-se um dos aspectos negativos desse modelo de contrato administrativo, afinal o Poder Público fornece recursos para a construção de um Estádio, o qual servirá primordialmente a interesses privados em detrimento de tantos direitos sociais que não são efetivados.

Ademais, através do contrato fica previsto que para proteger os interesses, principalmente do parceiro privado, ocorrerá a atualização automática dos valores da execução da obra, só podendo ser impugnado caso a Administração publique em Imprensa Oficial as razões e cálculos impeditivos do ajuste. Ora, trata-se de mais uma afronta aos interesses do administrado, uma vez que há expressamente uma facilitação do aumento da prestação o que pode ocasionar um superfaturamento da obra e, por conseguinte, um maior recolhimento de lucros.

CONCLUSÃO

Fica evidenciada, no Brasil, a relevância da discussão do regime de Parcerias Público Privadas, principalmente por suas aplicações nos megaeventos esportivos a a ser realizados. No âmbito do Direito positivo brasileiro, a introdução desse modelo de concessão é relativamente nova e ainda desperta conflitos entre a doutrina. Em suma, a parceira público-privada administrativa é o contrato da prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, em tese esse contrato ensejaria a desoneração dos custos públicos, principalmente com os custos de infraestrutura. Entretanto, verifica-se que mais de 60% das obras dos Estádios construídos com as PPPs são oriundos de verba pública.

Essa última informação leva-nos a uma reflexão de que o Poder Público, ao invés de se ausentar, participa efetivamente nos gastos com um evento privado, tal qual a Copa-2014. Os Estados assumem uma postura de privilegiar os gastos com obras de infraestrutura a fim de se adaptar aos parâmetros FIFA, em detrimento a direitos garantidos constitucionalmente, mas que nunca foram efetivados em sua integralidade.

Assim, conclui-se, que há uma evidente inversão de prioridade e de valores, sob argumento de que esses Estádios seriam parte do serviço público por se relacionar com lazer e cultura, quando na verdade isso proporciona uma cidade cada vez mais desigual, excluindo milhares de famílias, retirando-as de suas casas, com o intuito de beneficiar aos agentes econômicos e sociais, como também os parceiros privados.

Ao falar sobre as PPPs não se pode olvidar da série de vantagens e benefícios que são garantidos aos parceiros privados, a fim de minimizar seus riscos e colocando-o em uma posição de igualdade com o Estado. Além dos benefícios, existem as inconstitucionalidades, as quais ferem todos os princípios administrativos e constitucionais, legitimando-se novamente a subordinação dos interesses públicos aos interesses das entidades privadas. Por fim, compreende-se que o contrato administrativo de parceria público-privada é mais um instrumento do Estado com o intuito de dar primazia aos interesses neoliberais, ensejando diversas práticas inconstitucionais e que ratifica a exclusão social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Portal 2014**. Disponível em: <<http://www.portal2014.org.br/andamento-obras/10/Estadio+das+Dunas.html>>. Acesso em: 14 de julho de 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Bruno. Estádios da Copa, contratos públicos e melhor uso de recursos públicos. **PPP Brasil: O observatório das Parcerias Público-Privadas**. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-est%C3%A1dios-da-copa-contratos-p%C3%BAblicos-e-melhor-uso-de-recursos-p%C3%BAblicos>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

SIBILLE, Daniel. A importância da Parceria Público-Privada na construção da infraestrutura para a Copa do Mundo 2014. **Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI118575,61044-A+importancia+da+Parceira+PublicoPrivada+na+construcao+da>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BREVE ANÁLISE SOBRE A SISTEMÁTICA ANTITRUSTE NACIONAL E A ATUAÇÃO DO CADE NA DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA DE MERCADO

Juliana Cavalcante Lira de Oliveira¹

RESUMO

Pretende-se com o presente estudo tecer breves considerações acerca do modelo antitruste adotado no Brasil, sobretudo com o advento da lei 12.529/2010, que modificou a disciplina do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, instituindo, entre outras atualizações, a mais significativa modificação do ponto de vista da livre concorrência de mercado, qual seja, a determinação de análise prévia por parte do CADE de todos os atos de concentração que impliquem em prática dominante da economia. Inicialmente, observar-se-á, da análise do texto constitucional, que o direito à livre concorrência de mercado, enquanto garantia normativa, evidencia o caráter, de certo modo, intervencionista do Estado brasileiro, que disporá de meios para garantir a prevenção e repressão dos abusos de poder econômico. Em sequência, conceituar-se-á o ato de concentração, apontando os relevantes aspectos concernentes ao posicionamento assumido pelos julgadores na análise dos casos concretos postos à apreciação do Conselho, isto com fins de demonstrar que o sistema atual, modificado pela nova lei antitruste brasileira, em que pese ter conferido celeridade e efetiva prestação do atendimento público às consultas prévias que lhe são submetidas, manteve a regra que outrora se observava no que tange a mitigação da garantia de liberdade de concorrência em face da edificação de um mercado econômico cada vez mais monopolizado, com menos abertura à iniciativa privada e, por consequência, em desacordo com a ordem econômica constitucional. Através da análise bibliográfica, bem como a leitura dos votos e pareceres emitidos na ocasião dos julgamentos de atos de concentração que trouxeram maior repercussão social, buscar-se-á um primeiro contato com o sistema antitruste brasileiro, tecendo-lhe algumas críticas pontuais.

Palavras-chave: Livre concorrência; atos de concentração; CADE.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Integrante do Grupo de Pesquisa “Marxismo e Realismo Jurídico”, da UFPB, bolsista da Iniciação Científica pelo CNPq sob a orientação do Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho. E-mail: juulianalira@gmail.com.

ABSTRACT

The aim of this study is to make a brief considerations about the antitrust model chosen in Brazil, especially with the advent of the federal law n. 12.529/2010, that modified the organization of the *CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (Administrative Council for Economic Defense), instituting, among other changes, the most significant modification from this point of view of free market competition, namely, the determination of prior analysis, by CADE, of all acts of concentration that imply in dominant practice on the economy. Initially, it will be observed, from the analysis of the constitutional text, the right to free market competition, as a normative lien, shows the character, somehow, interventionist Brazilian State, which will have the resources to ensure the prevention and suppression of abuses from economic power. In sequence, it will be conceptualize the act of concentration, indicating the relevant aspects concerning the position assumed by the judges in the analysis of concrete cases appraised by the Council, this aiming to demonstrate that the current system, modified by the new Brazilian antitrust law, in spite of have given speed and effective provision of care to the public prior consultations that are submitted, kept the rule regarding the mitigation of ensuring free competition on the behalf of building a market economy increasingly monopolized, with less opening to private initiative and therefore in disagreement to the constitutional economic order. Through literature review, as well as the reading of the votes and opinions at the time of the judgments Concentration Acts that brought greater social impact, it will be search to achieve a first contact with the Brazilian antitrust system, weaving you some specific criticisms.

Keywords: Free competition, concentration acts; CADE.

INTRODUÇÃO

Com fins de iniciar a discussão ora proposta acerca do direito à livre concorrência garantido pela disposição constitucional vigente no Brasil, extrai-se o mandamento normativo acerca de que a ordem econômica do Estado deverá fundar-se na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, sedimentada, portanto, numa série de princípios a partir dos quais será regido o mercado financeiro. Dentre estes, especialmente, a garantia de uma ampla competitividade, com a prevenção e repressão de condutas desleais e abusivas de poder econômico².

² SOARES, Ricardo Maurício. F. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Advocatus Bahia: Salvador/Bahia, p. 70-75, em 01 set. 2011. Acessado em 25 fev 2013.

Neste panorama, em tese, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão público que recebeu o status de Autarquia federal vinculado ao Ministério da Justiça, nos termos da Lei 8.884/1994, compete assegurar a livre concorrência, seja por meios coercitivos, através da instauração de procedimentos e apurações internas; ou pela negativa administrativa aos atos de concentração que lhe são postos em análise. Verifica-se, portanto, o dever de tutela das práticas que maculem, ou, de alguma maneira, inviabilizem/impeçam, o exercício paritário da atividade comercial.

Observa-se, todavia, que a referida normativa, assim como a política antitruste adotada no Brasil até 2010, operava com base em fundamentos retrógrados e que não encontravam mais qualquer equivalência com a ordem econômica atual, de modo que se observava muito mais uma estruturação formal, sem qualquer funcionalidade, de conselhos e tribunais administrativos aparentemente responsáveis pela tutela da concorrência, do que propriamente a efetividade das deliberações que, em vista da morosidade e burocracia, na maioria das vezes não dispunham de meios de serem concretizadas.

Assim, foi necessária uma reforma legislativa, realizada com o advento da lei 12.529/2011, para incluir o modelo adotado no Brasil entre aqueles que são referência na garantia dos direitos econômicos, notadamente em face das violações decorrentes dos atos de concentração que ocasionam a dominação do mercado por grupos de empresas que operam em monopólio e acabam por inibir, ou mesmo excluir da economia, as possíveis e prováveis concorrentes. Trata-se do objeto de análise deste breve estudo.

1 DESENVOLVIMENTO

Como sabido, as modificações ocorridas na evolução do século XIX no que concerne ao conceito e estrutura das empresas, consolidou o entendimento de que o alcance da solidez ideal de mercado somente se daria caso houvesse concentração empresarial, o que impulsionou os grandes cartéis, monopólios e conglomerados, que atualmente dominam a economia mundial.

Denota-se, portanto, que a ausência, ou limitação, da ampla competitividade, decorrente das práticas de mercado titularizadas pelos grandes agentes econômicos, constitui realidade contemporânea ao próprio surgimento do capitalismo, que foi, e continua sendo, marcado por grandes desigualdades de acesso aos meios de produção, notadamente no que tange aqueles por meio dos quais a economia é, de fato, movida.

Assim, consideram-se práticas anticoncorrenciais ou abusivas de poder econômico, chamadas infrações da ordem econômica, nos termos da lei 12.529/2011, aquelas cujas consequências, de alguma forma, prejudicam a livre concorrência e iniciativa, mostrando indícios

de dominação de mercado e, portanto, pondo em risco a ampla exploração, violando os direitos da coletividade. Tratam-se, em suma, das operações jurídicas empresariais de qualquer natureza que ocasionam a união de determinadas empresas, sejam concorrentes ou não, a partir da qual estas adquirem destaque econômico no âmbito em que atuam, ou mesmo no mercado como um todo, oprimindo as possibilidades de ingresso e manutenção dos demais agentes na economia³.

Neste contexto, se observa a importância que adquire o controle estatal das práticas anticompetitivas, seja por atuação indireta, com a adoção de políticas preventivas que visam garantir a justiça social no comércio, ou por atuação direta, repressivamente, intervindo no domínio econômico a fim de estabilizar as flutuações comerciais, notadamente porque a ordem econômica brasileira, sendo constantemente submetida a mudanças estruturais, sejam simplórias ou complexas, é marcada pela subsistência concomitante de normas evidentemente tradicionais e, por vezes, não equivalentes à realidade atual de mercado, com normas de modernas e liberais.

Ocorria que as práticas anticompetitivas postas à apreciação pelo CADE eram analisados tardiamente, somente após formalizados e, efetivamente, concretizados os atos, a fim de serem validados, o que acabava por comprometer a seriedade e efetividade das diretrizes emitidas, ocasionando verdadeira insegurança jurídica.

Ademais, dentre as principais críticas que eram tecidas ao modelo antitruste adotado no país, destaca-se a morosidade e a burocracia excessiva no trâmite dos procedimentos submetidos à apreciação do Conselho, o que acaba pondo em cheque a seriedade e efetividade das diretrizes emitidas, ocasionando verdadeira insegurança jurídica. Acerca do tema, interessante posicionamento⁴:

O principal problema desse tipo de política no Brasil reside no excesso de burocracia, demora e fragmentação para a tomada de decisão e conseqüente insegurança jurídica. As empresas que promovem uma operação de aquisição ou fusão podem esperar a autorização por mais de um ano depois de a transação ter sido realizada e de uma série de providências, envolvendo contratos com fornecedores, clientes e trabalhadores, terem gerado efeitos sobre o mercado. Isso eleva o risco de uma operação anticompetitiva, bem como os custos associados a sua eventual proibição, muito tempo depois de sua ocorrência.

Neste sentido, revelava-se de um todo importante a real atuação estatal no contexto econômico, a fim de garantir, pelas vias diretas e indiretas, de intervenção ou tutela, a efetividade da livre concorrência e iniciativa, que consistem direitos basilares do Estado Democrático, e se mostram interessantes veículos de diálogo entre as verdades defendidas no bojo do liberalismo econômico e as formas hodiernamente utilizadas para garanti-la, nas quais tem se mostrado

³ LOPES, Ana Frazão. *O abuso do poder econômico no estado democrático de direito: uma análise a partir da livre-iniciativa e da função social da empresa*. São Paulo: Quartier latin, 2006

⁴ FURTADO, Rogério Dourado. **Abuso de posição dominante no direito brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8503>. Acesso em: 25 fev 2012

indubitavelmente necessária a intervenção pontual do Estado no domínio econômico a fim de possibilitar a efetiva liberdade de exploração do comércio.⁵

Referidos impasses foram, de fato, enfrentados pela Lei federal 12.529, que tratou de estabelecer nova roupagem ao procedimento administrativo submetido ao CADE, promovendo uma verdadeira reestruturação que trouxe significativas melhoras à efetividade que se pode conferir às decisões proferidas, sobretudo no que tange ao regulamento dos atos de concentração, que passaram a ser analisados previamente à formalização do contrato, o que, como dito, se coaduna com os procedimentos observados nos países que detém maior experiência em direito concorrencial do mundo, a exemplo dos Estados Unidos e países componentes da União Europeia.

Nesse palmilhar, como parte das modificações trazidas pela atual normativa antitruste, ressalta-se esse novo sistema de fiscalização, nos termos do art.88, § 2º da lei 12.529/2011, será mais efetivo na proteção do interesse público econômico, pois somente com a prévia autorização do Conselho poderão ser realizados os atos de concentração, o que acaba por impor às empresas a obrigação de prestar o máximo de informações acerca dos termos de contrato das operações a fim de que consigam o deferimento do pedido de forma mais célere. Torna-se, portanto, um impulso forçado à atuação conjunta dos particulares que exploram a atividade econômica e o governo como garantidor da amplitude do mercado.

Além deste, aponta-se que a reforma no sistema antitruste ressalvou os meios anteriormente preconizados para assegurar a supremacia das decisões administrativas proferidas pelo CADE, conferindo traços de obrigatoriedade, como a impossibilidade de revisão no âmbito do poder executivo, nos termos do art.9º, §2º; bem como o status de título executivo extrajudicial a todas as decisões administrativas do CADE que cominem multa ou impliquem obrigação de fazer, conforme preceituado no art. 93.

Neste contexto, extrai-se ainda do parágrafo 2º do art. 36 do mesmo texto normativo, segundo o qual presumir-se-á posição dominante o controle unilateral ou coordenado de uma empresa, ou conglomerado, que ultrapassar 20% (vinte por cento) do mercado relevante atinente à atividade explorada no caso, podendo esse percentual ser alterado pelo CADE em situações específicas, tal qual o é constantemente, conforme se observa do acompanhamento das decisões.

Todavia, nos termos do parágrafo 5º o art. 88 da lei antitruste, n. 12.529/2011, define-se estarem proibidos na economia brasileira a realização de atos de concentração que “impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de bens ou serviços”. Ora, somente a

⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª edição Revista e Atualizada. Editora Malheiros: São Paulo, 2006. p. 796

partir da análise das decisões administrativas proferidas se poderia, em tese, delimitar quais os parâmetros utilizados pelo colegiado no sentido de definir quais, e em que condições ocorrem, as práticas abusivas e dominadoras do mercado para, notadamente em razão da amplidão adotada pelo dispositivo legal. Tamanha, portanto, é a discricionariedade do julgador.

Neste diapasão, diversas são as consequências advindas das mudanças propostas pela reforma antitruste, a qual, em que pese ter conferido celeridade e presteza às decisões e processos em trâmite no Conselho, acabou por produzir efeito reverso quanto à segurança da livre competitividade econômica, sobretudo em vista dos parâmetros injustificados e subjetivos que vem sendo observados no entendimento expresso nas decisões proferidas que, segundo dados divulgados no Relatório Anual publicizado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, passaram a ser apreciadas no prazo médio de 20 dias.

Assim, demonstrada a relevância e atualidade da temática proposta, sobretudo porque se evidencia que as práticas abusivas de mercado, assim definidas em lei, violam não somente o direito daqueles que desenvolvem atividade econômica, mas de toda a coletividade, a justiça social, isto tendo em vista que a concentração de capital aumenta as desigualdades e impõe, no âmbito do direito do consumidor, a obrigação de submeter-se a preços e condições de pagamento abusivos, por não haver quem explore o mesmo nicho de mercado, ante a inexistência de modelos de concorrência viáveis.

Metodologicamente, a fim de delimitar o objeto principal a ser estudado, realizou-se a busca por referenciais teóricos úteis ao desenvolvimento da pesquisa, notadamente doutrinadores do direito constitucional, administrativo, econômico, até mesmo estudiosos das ciências econômicas isoladamente. Em complemento, utilizou-se da análise dos votos proferidos nas sessões de julgamento dos processos administrativos de maior repercussão econômico-social, seja local ou nacionalmente, pontuando-se os argumentos e parâmetros utilizados, a exemplo da autorização de fusão empresarial ocorrida entre as companhias aéreas AZUL e TRIP, o veto da aquisição do Hospital Regional de Franca em São Paulo pela UNIMED Franca, além da autorização da aquisição do SKYPE pela MICROSOFT, esta que, havendo sido anteriormente aprovada em outros países, teve relevância internacional.

Decorre que este trabalho possuía como primordial objetivo realizar uma análise crítica acerca do novo modelo adotado pelo Brasil no que concerne ao controle dos atos de concentração, realizando-se uma análise à fundo sobre os dados estatísticos e de levantamento extraídos dos próprios veículos de comunicação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, dos quais se extrai pontuais características do acompanhamento, tutela e negativa das operações ocorridas no mercado econômico, como exemplo, no ano de 2012 em que foram submetidos à apreciação do Conselho um universo de 825 atos de concentração, dos quais, 93% foram aprovados sem qualquer

restrição⁶.

CONCLUSÃO

Observou-se, com a presente pesquisa, a relação causal entre o processo de evolução do sistema capitalista no Brasil, e a evidente inversão das garantias de liberdade econômica coletiva e individual, sobretudo ante as barreiras e impossibilidades criadas e solidificadas pelo próprio mercado, como forma de restringir, ao máximo, o exercício do comércio, mesmo que, em detrimento destas barreiras, se observe a exclusão e a limitação de escolha por parte dos consumidores e demais comerciantes/empreendedores que ficam de fora, sendo flagrantemente prejudicados, pelos monopólios e cartéis.

Viu-se ainda que as grandes empresas e conglomerados econômicos ao realizarem as operações de mercado concernentes à atos de concentração precisam submeter suas aspirações e interesses financeiros particulares ao crivo daquilo que consiste interesse público, o qual deverá ser preservado pelo Estado e, cujas limitações encontram barreiras, inclusive constitucionais, na manutenção e garantia de um mercado econômico movido pelos princípios da lealdade, boa fé, liberdade de concorrência e iniciativa, atendimento às funções sociais da propriedade, e não se coadunam, absolutamente, com as práticas abusivas de poder, nem dominativas dos meios de produção.

Assim, a par do posicionamento sustentado pela doutrina liberal, verificou-se neste estudo que é necessária uma pronta atuação do Estado, a fim de assegurar os parâmetros mínimos a serem respeitados como forma de inibir as constantes violações aos dispositivos constitucionais, por meio da intervenção no âmbito econômico, reprimindo os abusos e tecendo diretrizes gerais de conduta a serem seguidas pelos agentes exploradores da atividade comercial.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE*, Confira as estatísticas do Cade em 2012, in: <http://www.cade.gov.br/upload/BALAN%C3%87O%20CONSOLIDADO%20-%202012.pdf>. Acessado em 25 fev 2013.

BRASIL, *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, 1988.

BRASIL, *Lei Federal n. 8.884, de 11 de Junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de

⁶ BRASIL, *Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE*, Confira as estatísticas do Cade em 2012, in: <http://www.cade.gov.br/upload/BALAN%C3%87O%20CONSOLIDADO%20-%202012.pdf>

Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.*[REVOGADA]*

BRASIL, *Lei Federal n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

FURTADO, Rogério Dourado. *Abuso de posição dominante no direito brasileiro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8503>. Acessado em: 25 fev 2013

LOPES, Ana Frazão. *O abuso do poder econômico no estado democrático de direito: uma análise a partir da livre-iniciativa e da função social da empresa*. São Paulo: Quartier latin, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª edição Revista e Atualizada. Editora Malheiros: São Paulo, 2006. p. 796

SOARES, Ricardo Maurício. F. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Advocatus Bahia: Salvador/Bahia, p. 70 - 75, 01 set. 2011. Acessado em 25 fev 2013.

ROYALTIES DE PETRÓLEO: FUNDAMENTOS ECONÔMICOS E REPERCUSSÕES JURÍDICAS

Victor Rafael Fernandes Alves¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo geral demonstrar o liame existente entre a aplicação das receitas dos *royalties* de petróleo, exauríveis, mesmo que a longo prazo, e a importância de ater-se ao objetivo constitucional de garantia do desenvolvimento sustentável, apresentando propostas regulatórias para o setor. Tendo em conta os recentes debates acerca da distribuição e aplicação dos *royalties* de petróleo, o presente trabalho busca discutir os diferentes critérios econômicos para a cobrança de *royalties* petrolíferos. Partindo da contribuição de Rodrigo Serra Valente, delinea as fundamentações apresentadas para os *royalties* pelo referido autor, quais sejam: instrumento fiscal de captura da renda petrolífera; compensação da alienação do patrimônio público; mecanismo de internalização de custos sociais para as empresas; medida compensatória pelo adensamento territorial; promotor de políticas públicas intergeracionais. Cuida ainda de expor os *royalties* de petróleo como uma receita pública de natureza diferenciada, visto que nitidamente exaurível, de modo que, imperiosamente, deve ser utilizada em investimentos produtivos, obedecendo a equidade intergeracional e o desenvolvimento sustentável. Defende um regime regulatório especial para as receitas dos *royalties* de petróleo com critérios claros de utilização dos recursos, condicionamentos precisos para sua aplicação, bem como controles e sanções direcionados. Tendo por lastro o desenvolvimento sustentável, denota-se a recepção dos *royalties* de petróleo como elemento central de promoção intergeracional. Com isto, visa subsidiar um arcabouço normativo ciente e congruente com essa perspectiva.

Palavras-chave: Royalties; petróleo; sustentabilidade.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the connection between the application of revenues from oil royalties, exhaustible, even if the long term, and the importance of attempting to the constitutional goal of ensuring the sustainable development, including proposals of regulation. Inside the recent discus-

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. vrfalves@gmail.com

sions about the distribution and application of oil royalties, this paper discusses the different economic basis for the oil royalties. Based on the contribution of Rodrigo Serra Valente, outlines the justifications presented by that author on his thesis, which are: fiscal instrument that capture the oil revenues; mechanism of internalization of social costs on the companies; compensatory measure by densification territorial; promoter of intergenerational public policies. Exposes the oil royalties as a revenue differentiated, because of its exhaustible character, so that, imperatively, should be used in productive investments, according to intergenerational equity and sustainable development. Proposes a special regulation for revenues from oil royalties with clear criteria for the use of resources, restrictions for its application, as well as controls and sanctions. Taking the sustainable development as a focus, it is denoted receipt of oil royalties as a central element of promoting intergenerational. With this, aims to subsidize a normative framework aware of and consistent with this perspective.

Keywords: Royalties; oil; sustentability.

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos sistemas jurídicos de propriedade dos minerais presentes no subsolo², em determinado momento histórico, era comum que o rei fosse o detentor de tais minérios. Desse modo, o particular que explorava tais riquezas deveria dar uma contraprestação ao Rei. Daí o vocábulo *royalty*, advindo do inglês³ *Royal*, significando algo relativo à realeza ou ao rei.

Aparentemente, a primeira menção na literatura do vocábulo foi efetuada pelo economista David Ricardo, em 1817⁴. O economista inglês referia-se a utilização da água de lençóis freáticos, salientando que, ante a impossibilidade de delimitá-los, sua propriedade deveria ser do Estado, por conseguinte do rei. Desse modo, aquele que extrai água do subsolo, deveria pagar um valor, denominado *royalty*, ao Rei.

Hoje em dia, no setor de petróleo e gás, os *royalties* garantem uma receita mínima do Estado em função da exploração da jazida, pois, diferentemente de outras participações

² Seriam cinco os sistemas jurídicos básicos. O sistema fundiário no qual o proprietário do solo detém o subsolo, cabendo ao Estado apenas a fiscalização por seu Poder de Polícia. O sistema regaliano que a propriedade do solo para fins de exploração e do subsolo, tendo as jazidas como propriedade da Coroa, e aqueles que a exploram pagam uma compensação. O sistema industrial ou da *res nullius* no qual os recursos naturais não são propriedade de ninguém. O sistema da ocupação em que aquele que descobre tem o direito de explorar. E o sistema de concessão em que o Estado é titular da jazida e concede ao particular a exploração. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª ed. São Paulo : Atlas, 2010, p. 726)

³ Rodrigo Valente Serra pontua que o vocábulo adviria do francês *roialté*, ou, modernamente, *royauté*. (SERRA, Rodrigo Valente. Contribuições para o debate acerca da repartição dos *royalties* petrolíferos no Brasil. Tese. Unicamp. 2005. p. 17)

⁴ Na obra *The principles of Political Economy and Taxation* (Princípios de Política de Economia Política e Tributação). (SCHIOZER, Rafael F. Um Modelo de Alívio de *Royalties* para Campos Maduros de Petróleo. 2002. Dissertação (Mestrado em Ciências e Engenharia do Petróleo) - Instituto de Geociências/Unicamp, Campinas (SP), 2002, p.8)

governamentais, incidem sobre a produção do petróleo e não sobre os lucros, de modo que, independente do retorno econômico para empreendedor (pois não há, via de regra, dedução dos custos) e tão-somente pela ocorrência de produção petrolífera o Estado será remunerado, ao menos minimamente, por intermédio dos *royalties*.

Contudo, os *royalties* de petróleo, não podem ser considerados como uma figura jurídica padrão, em uma eventual comparação com regimes jurídicos distintos. As concepções que arrimaram o surgimento dos *royalties* no setor petrolífero, nos diversos países, são muito variáveis e fluidas para que se possa pontuar uma nota de similitude clara. É certo que há um intento arrecadatário, mas as finalidades extrafiscais⁵ acabam sendo muito sensíveis às variabilidades do mercado, acarretando, eventualmente, uma subversão dos propósitos inicialmente delineados para o instituto⁶. Diante disso, buscar-se-á um referencial econômico para a cobrança dos *royalties* de petróleo e gás, redundando na análise das consequências jurídicas destes modelos.

1 DESENVOLVIMENTO

Rodrigo Serra Valente, em sua tese, pontua com precisão, após analisar diversos regimes jurídicos de outros países, os variados fundamentos, os quais podem coexistir ou não, para se subsidiar a cobrança dos *royalties*, quais sejam: a) como instrumento fiscal de captura da renda petrolífera; b) como compensação da alienação do patrimônio público; c) mecanismo de internalização de custos sociais para as empresas; d) medida compensatória pelo adensamento territorial; e) como promotor de políticas públicas intergeracionais.

O primeiro fundamento apontado, referente ao instrumento fiscal de captura de renda petrolífera, é certamente o mais difundido. Serra trata do conceito de renda diferencial, da literatura de David Ricardo, para explicitar que, diante das peculiaridades da indústria petrolífera, a cobrança das participações governamentais não seria um gravame adicional imposto ao setor, mas sim um gravame especial, com o nítido intento de se apropriar das rendas diferenciais, dos lucros extraordinários, àqueles que estão além da média de mercado e que seriam drenados pelas companhias petrolíferas⁷.

⁵ Em que pese não se tratar propriamente de um tributo, é possível referir-se a uma função fiscal (arrecadatória) e extrafiscal (regulatória) dos *royalties*. Ademais, sob a perspectiva da empresa é fato que o valor dos *royalties* é mais um ônus para sua atividade, de modo idêntica ao tributo; assim como para o ente estatal, para quem a receita advinda dos *royalties*, assimila-se à tributação.

⁶ SERRA, Rodrigo Valente. Contribuições para o debate acerca da repartição dos *royalties* petrolíferos no Brasil. Tese. Unicamp. 2005. p. 18.

⁷ Apesar da até plausível justificativa econômica, aqui deve ser feito um contraponto. A justificativa de que se trata de uma captura de renda extraordinária até faz sentido, mas, em última análise, guarda estreita similitude com a outra justificativa concernente a compensação pela alienação do patrimônio. Ambas, têm um nítido viés fiscal. Ademais disso, a impossibilidade de se aferir se a captura de renda extra reverte-se claramente em prol de seu fundamento de “defesa do consumidor e proteção da concorrência”, não parece arrimar um fundamento propriamente econômico para tal

O segundo fundamento diz respeito à compensação pela alienação do patrimônio público. Nessa perspectiva, tendo em conta que a extração de um minério terá sua finitude, o royalty teria a função de compensar o proprietário da mina (no caso o Estado) pela minoração do valor de sua jazida; ou melhor, diante do decréscimo patrimonial decorrente da exploração do minério, o Estado é compensado pelos *royalties*. Busca-se de tal modo, que o royalty compense a perda de valor da mina enquanto potencial fonte de riqueza futura.

Quanto ao terceiro fundamento - mecanismo de internalização dos custos sociais - faz-se necessário uma breve digressão. Notoriamente, a implantação de um empreendimento qualquer decorre de uma avaliação prévia dos custos efetivos do projeto idealizado, bem como da possibilidade de retorno econômico da implementação da atividade. Mais recentemente, além das questões estritamente econômicas passou-se a apreciar os impactos na sociedade⁸. Esta avaliação social passou a atentar, portanto, às externalidades, isto é, as conseqüências indiretamente advindas da realização de determinado empreendimento⁹. Estas externalidades podem ser positivas (acarretam benefícios) ou negativas (acarretando malefícios). Estes custos adversos para a coletividade, deveriam ser inseridos na cadeia produtiva por meio da taxaço dos danos advindos destes custos externos.

Como outro fundamento, o de impactos territoriais de adensamento da atividade, a justificativa apresentada cinge-se ao fato de que a atividade petrolífera gera um *boom* expansionista de curto prazo, porém após o exaurimento das jazidas, os capitais imobilizados da indústria do petróleo, ficam sem função. Assim, equipamentos de infra-estrutura de grande porte (plataformas, portos, etc...) passam simplesmente à obsolescência, justificando o recebimento de *royalties* por tais regiões para que ocorram investimentos diversificadores das atividades produtivas¹⁰.

E, a equidade intergeracional. Tal fundamento decorre nitidamente da natureza finita deste recurso natural. Desse modo, ao adicionar esta dimensão temporal na apreciação da temática verifica-se que os *royalties* cumpririam tal função de promover justiça intergeracional sob três perspectivas, nitidamente entrelaçadas, a saber: regulando a velocidade de exploração de um recurso escasso; financiando o desenvolvimento técnico-científico na eficiência do uso dos recursos explorados ou em novas fontes energéticas; ou ainda, como fundos de investimentos em

cobrança. Desse modo, poder-se-ia pontuar que, economicamente, a razão da cobrança dos *royalties* é a compensação pela alienação do patrimônio público em sentido amplo.

⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9ª ed. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2006.

⁹ Cristiane Derani bem explicita que: “São chamadas externalidades porque, embora resultante da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado” (DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 3ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 142-143)

¹⁰ “Encarar o royalty como forma de compensar os impactos de adensamento causados pelo segmento de E-P, é não só desconsiderar outros instrumentos fiscais existentes para tal fim, como desviar a atenção para a sua principal função, qual seja, a de promover a justiça intergeracional” (SERRA, Rodrigo Valente. Contribuições para o debate acerca da repartição dos *royalties* petrolíferos no Brasil. Tese. Unicamp. 2005. p. 49)

infraestrutura ou de natureza previdenciária, com o desiderato claro de compensar as gerações futuras pela exaustão das riquezas exploradas¹¹.

Nessa perspectiva, Postali, lastreado nos estudos de Marshall, analisa várias questões acerca do conceito de renda mineral, salientando a existência de duas faces de tais rendas. Assim haveria uma faceta com o intento de remunerar o investidor/explorador pelos riscos assumidos na atividade (denominada de renda mineral), e uma segunda face temporal, que, diante da finitude do recurso explorado, se direciona a compensar o proprietário do recurso explorado pela sua indisponibilidade futura (que seriam os *royalties*).

Essa faceta temporal também tem arrimo na teoria da renda de Hotelling. Em seu modelo, a exploração de um recurso esgotável gera a consequência de que a sua extração hoje, impede uma extração futura. Aquele que detém a jazida deve ponderar entre extrair os recursos minerais no momento atual ou deixá-la intocada para efetuar sua exploração no futuro. Esta decisão de “extrair atualmente” gera o que se chama de um custo de oportunidade, pois ao se escolher extrair um recurso hoje há um custo de oportunidade, pois se perde a opção de extraí-lo no futuro¹². Os *royalties* de petróleo, para muitos economistas, representam, portanto, este custo de oportunidade, ou renda de Hotelling.

O trabalho de Hotelling preocupa-se com a temporalidade da extração de um recurso finito, definindo uma taxa ótima de extração deste recurso permitindo sua exploração e sua transição para novas fontes de energia. Para Hotelling, os *royalties* servirão como um dosador, incidindo em maior ou menor quantidade em função dos interesses de se minorar ou acelerar a exploração de determinado recurso. É certo que o trabalho de Hotelling sofreu críticas quanto à sua comprovação fática, bem como da dificuldade/impossibilidade de se mensurar o valor a ser dado pelas gerações futuras a tais recursos¹³. Todavia, o trabalho de Hotelling chama a atenção para esta renda mineral estar atrelada à questão da exploração dos recursos esgotáveis, que, por sua finitude merece apreciação meticulosa de sua aplicação.

Por uma perspectiva jurídica, é forçoso ter em conta que os orçamentos e as políticas públicas, de modo geral, deveriam “contemplar a questão da sustentabilidade dos ecossistemas do ponto de vista da justiça distributiva intergeracional”¹⁴. Por esta perspectiva, os recursos dos

¹¹ SERRA, Rodrigo Valente. Contribuições para o debate acerca da repartição dos *royalties* petrolíferos no Brasil. Tese. Unicamp. 2005. p. 50)

¹²“En un mundo de recursos escasos optar por un bien o un servicio implica renunciar a otro u otros. El costo de oportunidad de aquel por el cual se decide, es medido por La cantidad de los bienes o servicios a la que debe renunciarse para lograrlo.” (GUESTRIN, Sérgio. G. Fundamentos para um nuevo análisis econômico del derecho. De las fallas del mercado al sistema jurídico. Buenos Aires : Ábaco, 2004, p. 76).

¹³ SERRA, Rodrigo Valente. Contribuições para o debate acerca da repartição dos *royalties* petrolíferos no Brasil. Tese. Unicamp. 2005. p. 58-59.

¹⁴ MOTA, José Aroudo. O valor da Natureza : Economia e política dos recursos ambientais. Rio de Janeiro : Garamond, 2006, p. 26-27.

royalties de petróleo devem ser vistos como benção, e não como maldição, e serem geridos direcionadamente para investimentos produtivos, com efeitos duradouros na sociedade.

Nesse ponto, nem se justifique pela inexistência de legislação específica. A definição de um marco regulatório específico é importante, mas não essencial, pois há princípios e diretrizes suficientes para enredar o bom gestor no caminho do desenvolvimento sustentável. Desse modo, se a lei se quedou silente sobre o tema da aplicação dos *royalties*, o hermeneuta poderá encontrar solo fértil no texto constitucional.

Ao se debruçar sobre os objetivos constitucionais, a leitura do art. 3º, conduz ao importante objetivo de garantir o desenvolvimento nacional e, como visto, de forma sistêmica, esse desenvolvimento só pode ser entendido como sustentável. Logo, a aplicação dos recursos petrolíferos deve ter em conta toda a principiologia constitucional que limita a atuação do gestor¹⁵ bem como o seguro norte do objetivo constitucional de garantir o desenvolvimento sustentável nacional, que, como já visto não é mero conceito do constituinte, mas norma vinculante para toda a Administração¹⁶.

Nesse passo, o intérprete da Constituição deve buscar a efetivação do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, atualizando a norma Constitucional aos novos ecos sociais e sintonizando-a com a inegável consagração deste direito como um valor essencial da coletividade moderna, debruçando-se com cautela sobre tão relevante temática.

CONCLUSÃO

Dos fundamentos expostos, é evidente que tais motivações podem estar presentes de modo concomitante ou não. É comum que, mais de uma justificativa, inclusive conjuntamente, possam ser utilizadas para arrimar a cobrança de *royalties*.

No entanto, inegavelmente, mesmo que tal justificativa não esteja presente enfaticamente em nosso arcabouço infraconstitucional, não há como negar que os *royalties* de petróleo, independente de se lastrearem em tal ou qual fundamento, devem obedecer aos ditames constitucionais e tornarem-se um elemento promotor de políticas intergeracionais.

Os royalties atualmente percebidos pelos Estados e Municípios carecem de uma regulação mais rígida e eficaz, de modo que os entes federativos utilizam como se perene fosse, uma receita pública que tem prazo de validade, ou seja, quando findar a exploração petrolífera, findam-se os

¹⁵ Em especial os princípios de Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, retores da Administração Pública, consoante art. 37 da Constituição Federal.

¹⁶ “Por vezes, a voz do constituinte surge por intermédio de objetivos públicos vinculantes a serem seguidos pelo Estado na formulação de Políticas Públicas de qualquer tipo” (CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 120).

royalties. Desse modo a clara delimitação das formas de aplicação e suas vedações, a adoção de conselhos fiscais para deliberar sobre a utilização de tais receitas e um eficiente controle social e institucional (Tribunal de Contas, Ministério Público e Ordem dos Advogados) são medidas mínimas para se garantir um bom direcionamento dos royalties de petróleo.

Por esta via, a consagração do desenvolvimento entrelaçado com um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conduz a fatal constatação da necessidade de se atentar às aplicações das receitas petrolíferas. De tal sorte, sua finitude já é justificativa conclusiva e suficiente para sustentar políticas públicas desta natureza¹⁷.

REFERÊNCIAS

ALVES, Victor Rafael Fernandes. Aplicação dos royalties de petróleo e a garantia constitucional do desenvolvimento sustentável. Dissertação. UFRN. 2012.

CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo : Saraiva, 2007.

CARRAZA, Roque. Natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais. Sua manifesta inconstitucionalidade. São Paulo : Max Limonad, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª ed. São Paulo : Atlas, 2010.

GUESTRIN, Sérgio. G. Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho. De las fallas del mercado al sistema jurídico. Buenos Aires : Ábaco, 2004.

MOTA, José Aroudo. O valor da Natureza : Economia e política dos recursos ambientais. Rio de Janeiro : Garamond, 2006.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário. 14º ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

SCHIOZER, Rafael F. Um Modelo de Alívio de Royalties para Campos Maduros de Petróleo. 2002. Dissertação (Mestrado em Ciências e Engenharia do Petróleo) - Instituto de Geociências/Unicamp, Campinas (SP), 2002.

SERRA, Rodrigo Valente. Contribuições para o debate acerca da repartição dos royalties petrolíferos no Brasil. Tese. Unicamp. 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 16ªed. Rio de Janeiro : Renovar, 2009.

¹⁷ Grande parte das ideias aqui expendidas fazem parte do trabalho de dissertação do autor intitulado “Aplicação dos royalties de petróleo e a garantia constitucional do desenvolvimento sustentável”.

GT 8: Direito Penal

TUTELA PENAL DA POBREZA: ANÁLISE DA SELETIVIDADE PENAL ALAGOANA

Ana Carolina de Sousa Castro¹

RESUMO

Impossibilitadas de atuar sobre todas as condutas criminosas previstas em sede de criminalização primária (abstrata), em razão da limitação do aparato pessoal e estrutural dos agentes secundários da criminalização, as agências que atuam no sistema penal procedem a uma seleção daquelas pessoas ou grupos sociais e condutas sobre quem o Direito Penal incidirá concretamente. Ao contrário do que se poderia argumentar, essa seleção não é realizada de maneira aleatória, de forma que o Estado, de uma maneira geral, volta o seu braço armado para os segmentos mais marginalizados da sociedade, espaço em que consolida a sua clientela favorita. No presente artigo, objetiva-se demonstrar a maneira como ocorre a utilização do poder punitivo como forma de tratamento da miséria e sua atuação seletiva direcionada aos segmentos mais marginalizados da sociedade alagoana, focando-se principalmente, nas consequências advindas da consolidação de um modelo de economia neoliberal, em que se exige cada vez mais uma diminuição do Estado Social, ao mesmo tempo em que se impõe a necessidade de fortalecimento de um Estado Penal como tutor das desigualdades sociais dele decorrentes. Com fundamento em arcabouço histórico-teórico, procede-se a uma análise empírica da realidade prisional alagoana, a fim de demonstrar o perfil socioeconômico dos presos encarcerados, e comprovar a seletividade da atuação das agências secundárias de criminalização, em especial, o sistema prisional.

Palavras-chave: Sistema penal; Estado Penal; seletividade penal; prisão; exclusão social.

ABSTRACT

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2013). Email: acscastro1@gmail.com

Unable to act on all criminal actions provided for in primary seat of criminalization (abstract) , due to the limitation of personal and structural apparatus of criminalization of secondary agents , agencies working in the criminal justice system come to a selection of those persons or social groups and about who conducts criminal law focus concretely. Contrary to what one might argue, this selection is not made randomly, so that the state, in general, about its military win for the most marginalized segments of society, on this occasion that consolidates your customer favorite. In the present article aims to demonstrate how the use of power occurs punitive as treatment of poverty and its selective action directed at most marginalized segments of society, focusing mainly on the consequences resulting from the consolidation of an economic model neoliberal, in which increasingly requires a reduction of the welfare state, while it imposes the need for strengthening of a State Penal tutor as social inequalities arising from it. Based on historical and theoretical framework, we proceed to an empirical analysis of reality Alagoas prison, to demonstrate the socioeconomic profile of prisoners incarcerated, and prove the selectivity of action of the secondary branches of criminalization.

Keywords: Criminal system ; Criminal State ; selectivity criminal, prison, social exclusion.

INTRODUÇÃO

A sociedade atual vê-se mergulhada em um constante e intenso sentimento de insegurança. As notícias veiculadas pelos meios de comunicação de massa, principalmente a televisão, o crescimento progressivo da criminalidade supostamente comprovados por diversas estatísticas, o aumento da população carcerária, os crimes bárbaros, incutem na sociedade a ideia de inevitabilidade de uma maior atuação estatal a fim de conter essas ameaças à ordem social.

Por essa razão, presencia-se atualmente uma expansão do Direito Penal, que passa a ser utilizado como instrumento para a contenção dos problemas sociais. Ante o desmantelamento do Estado Social e o engrandecimento do Estado Penal², decorrência inerente à implantação da política neoliberal no final do século passado, vê-se nascer na sociedade um sentimento de insegurança que exige a adoção de medidas de controle punitivo cada vez mais repressivas e truculentas, com o intuito de conter a violência ameaçante, mesmo que para tanto se faça necessário restringir garantias e direitos fundamentais de alguns indivíduos.

No entanto, a atuação do braço armado do Estado é realizada de maneira seletiva, baseada em uma ideologia dominante de manutenção e reprodução das relações de poder existentes³. Diante

² WACQUANT, Loïc. **As prisões da Miséria**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 61.

³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, P. 218.

disso, cria-se uma visão no senso comum de necessidade do crescimento da tutela penal sobre aqueles crimes praticados pelas classes subalternas, que são, na verdade, “expressões específicas das contradições que caracterizam a dinâmica das relações sociais de produção e de distribuição”⁴, enquanto àqueles praticados pela classe dominante, como os crimes de colarinho branco, passam quase imunes à tutela penal, numa aplicação simbólica do Direito Penal.

Em Alagoas, um estado marcadamente desigual, em que todos os índices sociais revelam a situação gritante de exclusão social, a realidade da seletividade penal se torna ainda mais evidentes. Diante disso, o presente artigo pretende apresentar dados colhidos durante pesquisa nos Estabelecimentos Prisionais Baldomero Cavalcante e Santa Luzia, onde estão encarcerados, em sua maioria, os homens e mulheres, respectivamente, já condenados pela Justiça Penal Alagoano, revelando o perfil sócio-econômico desses presos e evidenciando, pois, a maneira seletiva de atuação do sistema penal.

1 DESENVOLVIMENTO

O neoliberalismo foi responsável por imprimir uma mudança substancial na forma de atuação do sistema penal brasileiro. Em 1989, em razão das representações políticas que chegaram ao poder no Brasil, deu-se início no país às transformações econômicas e culturais que levariam ao neoliberalismo ou globalização⁵. Houve então a transmutação para um capitalismo de serviço das sociedades pós-industriais, alavancando-se o consumo massivo⁶.

Com o advento da globalização, percebeu-se, nos países marginais como o Brasil, um aumento na concentração da renda, do desemprego, dos trabalhos informais, ao mesmo tempo em que houve uma diminuição do crescimento econômico, além do dismantelamento do Estado previdenciário e de suas políticas assistenciais, justificando-se a vulneração dos segmentos marginais como custo social do progresso⁷.

Fora do mercado de trabalho, a população marginalizada se viu obrigada a investir em um mercado informal de trabalho, alvo constante do controle incisivo do poder estatal, interditando-os dos rígidos espaços da legalidade⁸.

A junção de todos esses fatores, sem dúvidas, implicaria em uma demanda por um aumento do controle social penal. O reflexo desse novo modelo econômico no âmbito do Direito Penal deve

⁴ Idem, p. 201.

⁵ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; Slokar, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 484.

⁶ BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p.147-158, p.p 154.

⁷ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p.98.

⁸ Ibidem, p.100.

ser observado por meio das modificações apresentadas nas estruturas e funcionamento do sistema penal, principalmente na programação criminalizante⁹. Nesse ponto, percebe-se que a legislação extravagante procedeu a uma divisão binária de atuação, utilizando uma linguagem discursiva que distingue duas espécies de delinquentes: aqueles que são consumidores ativos e os outros que são os consumidores falhos, apresentando-lhes uma resposta estatal repressiva diferenciada, a depender do tipo de delinquente.

Nesse sentido, a título de exemplificação, tem-se que a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que criou os Juizados Penais Especiais, reconhecendo a falência do sistema prisional (que, de fato, nunca funcionou em seu objetivo de reintegração do preso ao convívio social), foi destinada a uma clientela que nunca fora a da prisão: as classes médias e altas. Para eles, trazem-se alternativas à prisão, como por exemplo, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a multa, entre outros. Não se impõe uma sanção estigmatizante para que ele possa cumprir na sociedade, sem qualquer constrangimento, seu papel de consumidor ativo ou consumidor em potencial.

Noutro ponto, é possível notar a proliferação de leis que visam, ao contrário, manter a clientela constante do direito penal nas prisões, afirmando, agora com o auxílio dos meios de comunicação e com os avanços tecnológicos dos instrumentos de vigilância, a necessidade da manutenção dessa classe perigosa, composta por marginalizados pelo próprio sistema, fora do convívio social, em uma forma de atuação muito mais sofisticada. Para eles, a prisão exerce perfeitamente a sua função: a de segregação. Cita-se como exemplo, a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que regulamentou os crimes hediondos, ampliando o prazo da prisão temporária e prevendo o aumento das penas para esse tipo de crime.

O Estado neoliberal afasta as utopias preventivas ressocializadoras e todos os instrumentos assistenciais propagados pelo Estado de bem-estar social, agindo pela neutralização do condenado, impondo aos desajustados sociais a pena, pois para os pobres, o único serviço público prestado pelo Estado é o encarceramento¹⁰. Nesse contexto, percebe-se o fenômeno da hipercriminalização que traz uma solução simbólica para o problema da criminalidade, sem, contudo, trazer respostas satisfatórias para o fim do problema.

Nesse novo sistema, há o gerenciamento do medo pelo Estado¹¹, utilizando-se um discurso de desumanização e demonização dos integrantes das classes perigosas, com o fito de justificar uma atuação do sistema penal que agrave as assimetrias sociais existentes, eliminando-se os grupos sociais contrários aos interesses do poder hegemônico.

⁹ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; Slokar, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 484.

¹⁰ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; Slokar, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 488.

¹¹ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro, op. cit., p. 103.

A sociedade passa a encarar os criminosos, “os outros”, como pessoas essencialmente diferentes de “nós” que somos civilizados, considerando-os subumanos, em uma imagem que os animalizam e os demonizam. Ausente sua essência humana, justificar-se-ia a atuação invasiva do poder punitivo, ignorando-lhes qualquer resquício de dignidade que deveria ser protegida pelo ordenamento, conforme dispõe a própria Constituição Federal.

O homem delincente no sistema penal neoliberal, estereotipado, demonizado, componente dos grupos de risco, passa a ser reconhecido no homem pobre, morador de rua, negro ou pardo. E é nesse sentido que se pode afirmar a existência de uma seletividade no Direito Penal, que não podendo e não se dispondo a criminalizar todas as condutas, volta sua atenção exclusivamente para os segmentos mais débeis da sociedade, a fim de torná-los ainda mais marginais, contendo o medo que eles originam na sociedade civilizada.

A prisão, por sua vez, é utilizada como instrumento privilegiado para contenção desses grupos que, não conseguindo se manter dentro das exigências da sociedade de consumo, tornam-se consumidores falhos¹² e, portanto, desinteressantes para a economia de mercado que passa a reger as relações internas e internacionais em substituição ao Estado.

Quando se fala especificamente em Alagoas, é importante destacar que, conforme dados contidos no Mapa Carcerário divulgado em 16 de janeiro de 2013, a população carcerária das unidades penitenciárias, excluindo-se aqueles em regime semiaberto e aberto, bem como aqueles presos em Unidades Federais e Presídios de Segurança máxima, é de 2.680 presos, sendo 1.150 condenados, 1.485 aguardando julgamento (presos provisórios) e 45 em cumprimento de medida de segurança. A capacidade atual do sistema comporta 1.470 presos, de forma que o excedente populacional é de 1.018 pessoas.

As características gerais daqueles que compõem a clientela do Direito Penal em Alagoas pode ser definida da seguinte forma: o homem, jovem, pobre, preto ou pardo. Os dados demonstram de forma clara e evidente a seletividade que perpassa a atuação do sistema penal alagoano, reforçando todos os argumentos apresentados ao longo do trabalho.

Em um Estado em que o IDH se mostra tão baixo e que todos os indicadores sociais revelam as inúmeras dificuldades estruturais, com uma educação e saúde públicas precárias, ausência de empregos, concentração de renda exacerbada, o aumento acelerado da criminalidade é uma consequência esperada. E com ela a necessidade de haver uma maior repressão dessas condutas desviadas.

Em um mercado de trabalho que se mostra extremamente competitivo, em que se é exigido cada vez mais qualificações, o espectro de oportunidades para um indivíduo que nem sequer

¹² BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 67.

concluiu o ensino fundamental, torna-se extramente reduzido. Dessa forma, impedidos de adentrar no mercado de trabalho formal, restam-lhe a miséria ou a informalidade de trabalhos que não possuem qualquer garantia de estabilidade e cujas remunerações são extremamente precárias e degradantes. Ante a insegurança do trabalho informal e dos poucos recursos obtidos com ele, esses indivíduos não conseguem sustentar as necessidades impostas pela sociedade de consumo atual, ficando à margem da sociedade, tornando-se incômodos excedentes.

Para esses consumidores falhos¹³, o Estado reserva-lhes o seu braço repressor, punitivo, único poder que lhe restou ante as exigências neoliberais de uma diminuição cada vez maior da atuação estatal. Esse argumento se evidencia pela análise do grau de escolaridade dos presos alagoanos, em que aproximadamente 84% deles ou são analfabetos ou só concluíram o ensino fundamental.

Se a falta de capacitação por si só já é um grande obstáculo à incursão do indivíduo no mercado de trabalho, quando essa pessoa tem em si marcada o carimbo, o título, o estigma de criminoso, as oportunidades se tornam ainda mais reduzidas. Percebe-se, dessa forma, a perpetuação de um círculo vicioso, de forma que aquele sujeito que entra no sistema prisional em virtude da gritante exclusão social, após o cumprimento da pena, retorna à sociedade ainda mais marginalizado e seu futuro, muito provavelmente, será o retorno às frias celas da prisão.

CONCLUSÃO

Assiste-se hoje a uma expansão do poder punitivo. Longe de se tratar de uma lógica aleatória de atuação, o recrudescimento do sistema penal é realizado com o intuito de atingir determinadas parcelas da sociedade. Na verdade, a seletividade do sistema lhe é inerente, faz parte de sua essência, de modo que não seria possível extirpar esses problemas sem acabar com o próprio sistema.

O final do século XX nos brindou com mudanças nas estruturas políticas e econômicas que surtiram efeitos em todos os setores da sociedade, inclusive nos sistemas penais. Com o desenvolvimento do capitalismo, passou-se a acreditar na superação dos problemas sociais por meio da abertura do mercado, de forma que a atuação estatal seria diminuída para que as relações fossem regidas e guiadas, exclusivamente, pelas necessidades do mercado.

No entanto, passados mais de quarenta anos de seu início, não se conseguiu atingir a igualdade social e econômica pretendida e prometida. Muito pelo contrário! Com a atuação diminuída do Estado, especialmente no setor social, que passou a privilegiar ainda mais os

13

interesses de uma restrita classe da sociedade, percebe-se a exasperação dos problemas sociais, o aumento da concentração de renda, a instabilidade das relações de emprego, a elevação de trabalhos informais.

Há o crescimento de um contingente populacional inútil, que não se enquadra dentro da lógica do mercado de consumo. São pessoas sem acesso à escolaridade, a uma saúde pública eficiente, a um emprego bem remunerado, a qualquer benevolência do Estado para diminuir-lhes os infortúnios. Dentro desse panorama, não ter educação, comida, saúde, dignidade, é vendido, não como um problema a ser resolvido pelo Estado, mas sim como resultado da falta de capacidade desse indivíduo em querer atingir uma posição melhor na sociedade.

Dentro desse contexto, o poder punitivo é utilizado como instrumento privilegiado na demarcação dos lugares sociais, na manutenção do *status quo*, na contenção desse contingente populacional esfomeado, desestruturado, negligenciado, demonizado, violentado pelo próprio Estado.

Em Alagoas, um Estado marcadamente desigual, onde o poder está concentrado nas mãos de umas poucas famílias e onde o discurso midiático desempenha um papel de significativo relevo na imposição da ideia de repressão e combate a qualquer custo da (micro) criminalidade, a dominação das classes subalternas pela imposição do medo torna-se ainda mais evidente e preocupante.

Somente quando as questões sociais forem tratadas com os instrumentos adequados, com a atuação assistencialista do Estado, com a criação de empregos e oportunidades, com a melhoria da educação e da saúde pública, concretizando-se o que já é assegurado constitucionalmente, e não sendo tratadas como questões a serem combatidas por meio da atuação repressiva estatal, da segregação, haverá uma diminuição da desigualdade social e, por via de consequência, da própria criminalidade, uma vez que não é a pobreza que constrói o criminoso, mas sim a exclusão social.

REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; Slokar, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 488.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, P. 201.

BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p.147-158, p.p 154.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p.98.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da Miséria**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL E O EXPANSIONISMO PUNITIVISTA

Felipe Rosa da Silva ¹

RESUMO

O presente artigo pretende mostrar o tema “Expansão do Direito Penal”. Considerando a criminalidade crescente nas sociedades modernas, bem como a percepção dos riscos que aparecem a cada dia, constatou-se uma aclamação pela intervenção do direito penal nas situações que expõem a sociedade a perigos nos dias atuais. Logo, mostra-se relevante uma análise em torno dos fundamentos do direito penal, a fim de se constatar como seus princípios basilares podem atuar nos novos casos, que se pretende utilizar a legislação e instrumentos do direito penal.

Palavras-chave: Sociedade de riscos; expansão do Direito Penal; princípios fundamentais do Direito Penal.

ABSTRACT

This article seeks to show the issue Expansion of the Criminal Law. Considering growing crime in societies modern as well as the perception of risk that appear every day, it found an acclamation by the intervention of the criminal law in situations that expose the dangers to society today. Then, it shows a relevant analysis around the fundamentals of criminal law, in order to see how its basic principles can act in new cases, which plans to use the instruments of law and criminal law.

Keywords: Risks society; expansion of the Criminal Law; fundamental principles of criminal law.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas/Universidade Federal de Alagoas – FDA/UFAL. Advogado.

INTRODUÇÃO

É crescente a afirmação de que a criminalidade avança, paulatinamente, de maneira mais acentuada nos grandes centros urbanos. A violência difundida, sobretudo, pelos meios de comunicação de massa, nos permite identificar a sensação de insegurança e medo, que circunda a sociedade nos dias atuais.²

Alude-se, hodiernamente, que referida sensação de insegurança seria um reflexo da atual sociedade moderna, globalizada e marcada pela identificação dos riscos sociais. Isto porque, o atual cenário social, caracterizado pelo desenvolvimento tecnológico e industrial propicia, cada vez mais, a verificação dos riscos, que permeiam sua respectiva população.³

É possível assim, constatar onde estariam presentes os principais obstáculos a serem vencidos pela sociedade rumo, não apenas ao progresso da tecnologia ou indústria, mas visando alcançar a efetivação de alguns direitos, como, por exemplo, a segurança.

Vale salientar ainda, que a globalização desencadeou, em paralelo, uma intensa evolução no processo comunicacional nos últimos anos. De forma que, tal fato, atrelado ao desenvolvimento tecnológico, proporcionou inúmeras transformações sociais. Surge-se novidades a cada dia. A sociedade vem se acostumando a assistir notícias e se deparar com invenções, até então inéditas. Nesta senda, os riscos também não fogem a este movimento, uma vez que são divulgados, por todos os lugares, sobre os mais variados assuntos e situações.⁴

1 DESENVOLVIMENTO

É comum se ter por objetivo a redução dos riscos que acometem os grupos sociais, nas mais variadas áreas, de maneira que, chama-se a atenção, aqui, especificamente, ao fenômeno da criminalidade, pois é comum se acentuar a crescente onda de crimes, onde existem muitos “criminosos” a solta pelas ruas e praças, prontos para cometer novos delitos, fato que leva a população se sentir exposta em perigo, frente a este quadro que se noticia modernamente.

² LEMOS, Carolina Barreto; GONÇALVES DA SILVA, Carlos Augusto Canêdo. Crime e Risco. Os novos rumos do direito penal: uma política criminal de defesa social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais ano 20, n. 97, p. 411.

³ SAAVEDRA, Giovanni Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Expansão do Direito Penal e a Relativização dos Fundamentos do Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais** n° 42. Porto Alegre: Notadez, p. 134.

⁴ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A legislação penal brasileira em face da chamada sociedade do risco. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, n° 61, p. 48.

A exposição a estas situações fez surgir vozes que clamam por edições de novas leis, que possam criar novos tipos penais ou optem pelo recrudescimento daqueles já vigentes, a fim de que os indivíduos, tidos como perigosos para a sociedade, se sintam inibidos de praticar novos crimes.

Pode se observar, cotidianamente, uma cultura marcada pela crença de que a legislação penal traria soluções que tanto se procuram; o que possibilitaria assim, a resolução de vários problemas sociais, entre eles, o da segurança social, pois é perceptível o pedido para que o direito penal atue em diversas ocasiões e assuma medidas para lidar com determinadas políticas sociais.

Noutro giro, é fato corriqueiro escutarmos que a legislação criminal já não mais corresponde ao atual quadro de calamidade e insegurança que assola a população. Fala-se também que seria necessário um tratamento mais rígido aos criminosos existentes, bem como àqueles considerados potenciais delinquentes, uma vez que as leis penais, estas sim, teriam o poder de não apenas inibir a ação destes, mas de reprimir a ação dos criminosos já conhecidos. Desencadeia-se assim, aquilo que, na doutrina, vem se conhecendo como movimento por *lei e ordem*.⁵

O clamor público volta-se não apenas para a rigidez da legislação, mas também para a flexibilização do uso de garantias⁶, pelos acusados, ou até mesmo, investigados. Seria esta uma solução encontrada, para reduzir a criminalidade, e uma vez aplicada desta forma, traria a eficácia, que a sociedade tanto exige dos órgãos judiciais e políticos.⁷

A expansão do direito penal traz a ideia de que o alargamento do campo de atuação deste ramo jurídico conseguiria alcançar os objetivos de segurança e justiça social, que fora confiado a outros ramos do direito, e que até o momento não atingiram a eficácia que se espera.

Nada obstante, resgatam-se aqui algumas lições de uma corrente que firma seu pensamento, em um sentido adverso ao que fora esboçado acima, tendo como supedâneo uma aplicação mais racional e garantista do direito penal.

Traz-se a lume, assim, o direito penal mínimo, como forma de encarar este ramo jurídico, resgatando, sobretudo um de seus fundamentos mais caros,⁸ que é o princípio da intervenção mínima, o qual ensina que o direito penal deve interferir nas relações sociais, apenas quando outros ramos do direito não logrem êxito. Sendo, pois, o direito penal encarado como a *ultima ratio*.⁹ Entretanto, assistimos, hoje, a um movimento que anseia por uma aplicação as avessas deste

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 14-18.

⁶ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. Criminalização e Direitos fundamentais: entre a intervenção mínima e a expansão penal. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**, v. 3, p.289.

⁷ SAAVEDRA, Giovanni Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op. cit., p. 127.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 102.

⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009, pp. 62-63.

princípio, uma vez que o clamor, que presenciamos, é voltado para a aplicação deste ramo do direito, como *prima ratio*.¹⁰

Verifica-se, atualmente, o grito de socorro ao direito penal, acreditando, que por ele ter a peculiaridade de aplicar sanções mais graves, sanções estas capazes de afetar os valores mais caros ao ser humano, principalmente a liberdade, ter-se-ia assim o condão de inibir a ação dos criminosos, punindo-os de forma eficaz.

Ocorre que, tomando por norte o ensinamento basilar da seara penalista, fornecido pelo princípio da fragmentariedade (corolário do princípio da intervenção mínima) pode-se constatar que o direito penal existe para tutelar os bens jurídicos mais caros da sociedade, de forma que sua *ratio essendi* em nada se adéqua àqueles casos, em que outros ramos jurídicos ou até mesmo outras instituições possam encontrar a solução cabível para o caso problemático.

Ademais, para além de se firmar um contraponto tendo por base a corrente minimalista do direito penal, não se pode olvidar também que os fundamentos do direito penal, guardam consigo a essência deste ramo jurídico, essência esta, que, por vezes, aparenta não ter mecanismos (ou aqueles que têm) se mostram incompatíveis para assumir novos objetivos no âmbito social e jurídico. Criminalizar toda e qualquer conduta pode ir de encontro aos fundamentos, que se espraiam por todos os instrumentos que este ramo se vale, para lidar com seus desafios.

Advirta-se ainda, que outro fator que vem se desencadeando, com o expansionismo, é o afastamento do Estado Social, uma vez que, em seu lugar, aparenta-se implantar um Estado Penal.¹¹ Alimenta-se um movimento que vai de encontro à racionalidade penal, seja porque se espera uma flexibilização de direitos e garantias, seja porque são editados novos tipos penais, apenas como paliativo, para satisfazer o clamor da sociedade.

Ademais, o referido quadro abre espaço para legislações oportunistas, que podem ser editadas de uma forma mais propícia a não se observar parâmetros racionais, sobretudo em seu conteúdo. Torna-se mais fácil realizar a criação de novos tipos penais, movido, apenas, pela emoção do momento.¹²

Como forma de encontrar uma saída, que acalme o clamor por uma nova legislação, realiza-se, então, a edição de leis, que, bastando ter compatibilidade formal, já partem para votação e futura publicação, sem que se tenha uma preocupação maior com a legalidade material.¹³ Pode acontecer, inclusive, que legislações penais sejam editadas, sem conter um crivo técnico e taxativo,

¹⁰ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Direito Penal secundário, inflação legislativa e *white collar crimes*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 87, ano 18, p. 305

¹¹ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 13.

¹² DUTRA, Bruna Martins Amorim. Os fundamentos do direito penal e sua relação com a racionalidade legislativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais ano 20, n.96, p. 80.

¹³ *Ibidem*, p. 86-90

encontrando-se pelo contrário, motivadas, apenas por desejos momentâneos, regendo-se em grande escala, pelo clamor do público marcado pelo medo e sensação de insegurança.¹⁴

Importante analisar tais situações, uma vez que podem se encontrar nelas os motivos que explicam, por exemplo, a ineficácia da criminalização de condutas, que visam contribuir com objetivos e políticas sociais, até então estranhas ao direito penal. Por vezes, a aplicação dos institutos penais não surte os efeitos que se espera deles, fato também que contribui diretamente para uma crítica a legitimação do direito penal e sua funcionalidade.

Frise-se, por oportuno, que o movimento *por lei e ordem*, além de instaurar ilusões na população, conduz a uma aplicação do direito penal desprovida de cautela, e, sobretudo irracional,¹⁵ haja vista o risco existente de se pautar por uma legislação simbólica, edificada por emoções de brevidade.

Ademais, a promulgação de leis com o objetivo pré-formulado de inibir possíveis infratores, já etiquetados, tem o condão de, por vezes criar estereótipos de criminosos; contribuindo-se, para uma seletividade preliminar, de supostos delinquentes que trariam perigo para a sociedade. Embora exista o pensamento de que a edição de leis mais rígidas, ou a aplicação de atitudes mais contundentes poderia conter tais indivíduos perigosos; percebe-se, no entanto, que referida tática, pode redundar numa pré-formulação de perfis criminógenos, favorecendo assim uma exclusão social, daqueles considerados perigosos e/ou marginalizados.¹⁶

Cabe aludir ainda ao fato de que o direito penal visa também realizar a proteção de uma série de bens jurídicos, tendo a dignidade da pessoa humana não apenas como vetor interpretativo, mas também orientador e limitativo do seu *“jus puniendi”*, de sorte que, o direito penal, muitas vezes, utilizado com o intuito efetivar a própria constituição, não pode se ver expandido de maneira destoante aos princípios constitucionais, os quais possuem força impositiva.¹⁷ Agir de forma diferente resultaria numa irracionalidade e até mesmo numa arbitrariedade ou injustiça.

CONCLUSÃO

Nota-se, pois, nestas breves linhas uma preocupação com a legitimação do direito penal, bem como com o esclarecimento e aplicação de seus fundamentos basilares, os quais são verdadeiros princípios, espécies de normas jurídicas, que muitas vezes, possuem hierarquia

¹⁴ SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op. cit. p. 127.

¹⁵ DUTRA, Bruna Martins Amorim. Op. cit. p. 82-83.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, jul. 2007, p. 76.

¹⁷ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31-34.

constitucional, como o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF), princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), princípio da humanidade (art. 5º, XLVI, CF), entre outros.

Assim, frente ao que fora esboçado, pode-se considerar que a defesa dos direitos fundamentais, e, sobretudo, da dignidade humana exige a aplicação efetiva dos fundamentos e princípios que regem a aplicação do direito penal, bem como o seu não esquecimento, para que se possa desta maneira, identificar, não apenas a função que tais postulados basilares exercem na seara penalista, mas também caracterizar a incompatibilidade e simbolismo que o expansionismo punitivo assume frente ao direito penal. Significa, ao fim, agir com vistas à proteção da própria sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROS LIMA, Alberto Jorge. Criminalização e Direitos fundamentais: entre a intervenção mínima e a expansão penal. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**, v. 3, p. 15-30, 2007.

_____. **Direito Penal Constitucional. A imposição dos Princípios Constitucionais Penais**. São Paulo: Saraiva 2012. v. 1. 168p.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. Os fundamentos do direito penal e sua relação com a racionalidade legislativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais ano 20, n.96, pp. 75-95. mai-jun. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Direito Penal secundário, inflação legislativa e *white collar crimes*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 87, ano 18, p. 298-343, nov. dez. 2010.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LEMOS, Carolina Barreto; GONÇALVES DA SILVA, Carlos Augusto Canêdo. Crime e Risco. Os novos rumos do direito penal: uma política criminal de defesa social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais ano 20, n. 97., pp. 393-420. jul-ago. 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Expansão do Direito Penal e a Relativização dos Fundamentos do Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais** nº 42. Porto Alegre: Notadez, jul.set. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, jul. 2007.

POLÍTICA CRIMINAL E O ACORDO DE LENIÊNCIA - ALGUNS ACERCAMENTOS

Filipe Mendes Cavalcanti Leite¹
Larissa Fontes de Carvalho Torres²
Samantha Nagle Cunha de Moura³

RESUMO

O incremento técnico das práticas associadas à criminalidade moderna leva à dificuldade de apuração do cometimento de crimes contra a Ordem Econômica, dado as suas peculiaridades e especificidades. Nesse sentido, o Estado tenta se valer dos mais variados mecanismos a fim de evitar práticas que violem a Ordem Econômica, tão bem prevista na Constituição Federal. Um desses instrumentos é o Acordo de Leniência. Tal acordo – que significa suavização, indulgência – se dá quando o Estado se propõe a aplicar mais brandamente uma sanção em virtude da cooperação havida pelo sujeito que cometeu um crime econômico. Os meios alternativos de se investigar e dar cabo aos crimes contra a ordem econômica, como o cartel, por meio do Acordo de Leniência e seus controvertidos reflexos penais são de patente interesse público, pois se inserem na problemática de mitigar desigualdades, através da plena regulação do mercado. No entanto, o Acordo de Leniência, na forma como foi internalizado pelo Brasil, e pela própria natureza das infrações sobre as quais recai, suscita alguns questionamentos relativos a sua aplicabilidade. A fim de dar luz à discussão, introduzem-se algumas noções acerca do Funcionalismo Penal Moderado de Claus Roxin, trazendo a reboque o seu conceito de Política Criminal. A escolha por esse empreendimento teórico traz a intenção de analisar o Acordo de Leniência e a escolha feita pelos moldes da administrativização do instrumento como uma estratégia político-criminal que objetiva fornecer mais efetividade à repressão contra crimes econômicos.

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela UFPB. E-mail: filipimendes@hotmail.com

² Mestranda em Ciências Jurídicas pela UFPB. E-mail: larafortorres@hotmail.com

³ Mestranda em Ciências Jurídicas pela UFPB. E-mail: samienagle@gmail.com

Palavras-chave: Crimes econômicos; acordo de leniência; política criminal.

ABSTRACT

The technical increasing of practices associated with modern criminality leads to the difficulty of calculating the commission of crimes against the Economic Order, considering its peculiarities and specificities. In this sense, the State tries to enforce a variety of mechanisms to avoid practices that violate the Economic Order, so well provided for in the Federal Constitution. One such instrument is the Leniency Agreement. This agreement - which means smoothing, indulgence - is when the State proposes to apply a sanction more leniently because of cooperation of the person who committed an economic crime. The alternative ways to investigate and put an end to crimes against the economy, as the cartel, like the Leniency Agreement and its criminal consequences have patent public interest, because it leads with the issue of mitigating inequalities through full regulation the market. However, the Leniency Agreement, the way it was internalized by Brazil and by the nature of the offenses on which rests, raises some questions regarding its applicability. In order to give light to the discussion, few notions are introduced about functionalism Criminal Moderate Claus Roxin, bringing his concept trailer for Criminal Policy. The choice of this theoretical enterprise brings the intention of analyzing the Leniency Agreement and the choice made by the molds of the administrative concept of the instrument as a political- criminal strategy that aims to provide more effective crackdown on economic crimes.

Keywords : Economic crimes; leniency agreement; criminal policy.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade abordar a problemática do surgimento, apuração e punição dos crimes econômicos no ordenamento jurídico brasileiro, dando relevo específico ao Acordo de Leniência como mecanismo eficaz de investigação e alcance de responsabilidades dos agentes que praticam condutas atentadoras à Ordem Econômica.

Para tanto, será feita uma contextualização do surgimento do Acordo de Leniência no Brasil, ressaltando as características polêmicas acerca da maneira como foi internalizado pelo ordenamento jurídico pátrio no que se refere ao seu espargimento sobre a seara penal. Posteriormente, serão feitas algumas considerações atinentes à Teoria Funcionalista Penal de Claus Roxin com intuito precípua

de demonstrar o entendimento do autor quanto ao conceito de Política Criminal e a natureza de sua aplicação.

Por fim, o trabalho intentará levantar alguns pontos reflexivos referentes à adoção da via administrativa do Acordo de Leniência como estratégia político-criminal de apuração e combate aos crimes econômicos.

1 APURAÇÃO DE CRIMES ECONÔMICOS E O SURGIMENTO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Como alternativa interessante de combate aos crimes econômicos, que hoje são inseridos no rol da criminalidade moderna, pela tutela de bens jurídicos difusos e transindividuais, foram criados mecanismos que impeçam a colusão de empresas. O Estado é incumbido de avocar para si a responsabilidade pela elaboração de instrumentos capazes de elidir a efetivação de práticas colusivas, em especial daquelas que atuem na desobservância legal, dando efeito a crimes econômicos. Nesse sentido, o aparato estatal é munido de diversos mecanismos dotados de atribuições investigativas, repressivas e preventivas, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, vinculado ao Executivo.

A esse órgão, compete, conforme a Lei 12.529/11, zelar pela prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientados pelos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, defesa dos consumidores, posto ser o CADE o “*órgão judicante em matérias relativas à defesa da concorrência*”⁴.

Um dos mecanismos de investigação de práticas anticoncorrenciais é o Acordo de Leniência, introduzido por medida provisória transformada na Lei 10.149/00 que acresceu a Lei 8.884/90, tendo sido esta última revogada pela nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - Lei 12.529/11. Essa medida visa ao perdão da punição pecuniária, em sede administrativa, assim como a extinção punibilidade dos agentes e administradores da empresa delatora face ao juízo criminal. Dado o caráter dúplice (administrativo e penal) da maioria dos crimes econômicos, tudo isso será apurado e julgado por órgão público vinculado ao Ministério da Justiça, ou seja, com competência administrativa. Sabe-se, no entanto, que é privativo do poder judiciário, conforme Silva⁵, a função jurisdicional, capaz de, na esfera criminal, promover e julgar a ação penal.

2 FUNCIONALISMO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

⁴ BRASIL, **Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em 15.out.2013.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 171.

O Funcionalismo Penal sucedeu o Finalismo como meio de interpretação e compreensão da teoria do delito. Claus Roxin propõe o chamado Funcionalismo Penal Moderado. Com o mencionado autor, entra em cena a estruturação de um sistema penal que sirva à proteção subsidiária de bens jurídicos. Surge o entendimento de uma Ciência Penal composta por um tripé: Criminologia, Política Criminal e Dogmática Penal.

Nesse sentido, a análise da Política Criminal ganha, hodiernamente, espaço considerável. A Política Criminal estaria situada numa missão além do Direito Penal – entendido como Dogmática Penal -, recaindo sobre questões transcendentais ao jurídico em si, nas palavras de Claus Roxin⁶:

El derecho penal es, en sentido próprio, ciencia del Derecho sólo en tanto se enfrente con el análisis conceptual de las reglas jurídico-positivas y con su inclusión en el sistema. La Política Criminal, que se enfrenta con los fines y contenidos sociales del Derecho penal, está situada fuera de lo jurídico. A su cultivadores sólo les queda la misión de llamar atención del legislador y el espacio, jurídicamente neutro, de la ejecución de la pena [...]

Claus Roxin introduziu o diálogo entre as diversas composições do sistema penal, propondo um tratamento conjuntural aos problemas que demandavam respostas ao supramencionado sistema. Conforme Fonseca⁷, ao propor a interligação das áreas e a supressão de uma antiga dicotomia existente entre elas.

A Política Criminal determina a utilidade e necessidade da conformação codificada de certas condutas para a sociedade, visando ao estabelecimento da justiça no caso concreto. De acordo com Fonseca⁸, tem-se:

Como bem aponta Lúcio Antônio Chamon (2004, p. 51), são os princípios político-criminais que orientariam a ponderação acerca da utilidade ou necessidade social de uma determinada conduta, autorizando o intérprete entendê-la como ilícita ou não. As finalidades políticas estabelecidas pelo legislador seriam, pois, atualizadas pelo aplicador, no caso concreto, através desses princípios que desempenhariam uma função interpretativa. Demonstradas as funções de fundamentação e de interpretação, é necessário analisar de que modo os princípios político-criminais contribuem para a realização da justiça no caso concreto.

Acerca da necessidade de utilização da política criminal para harmonização entre realidade e norma, Roxin⁹:

Con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema de Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridade y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Lizst. La vinculación al Derecho y la utilidade político-criminal no

⁶ ROXIN, Claus. **Política Criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi: 2002, pp. 41-42.

⁷ FONSECA, Mariana Martins de Castilho. **Uma análise da contribuição do Funcionalismo de Claus Roxin à Teoria da Ação**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. n.54, p.157-178. Belo Horizonte: 2009, p.165.

⁸ Ibidem, p.170.

⁹ Op. Cit., p.49

pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica.

Desta feita, resta patente a necessidade de utilização alargada de critérios de análises que deem conta de uma interpretação mais apropriada no que tange às investigações de fatos que sofram influência do sistema penal ou sejam dele frutos.

3 POLÍTICA CRIMINAL E FUNCIONALISMO PENAL: ANÁLISE A RESPEITO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Em análise de caráter político-criminal, inspirada nas conceituações de Claus Roxin, foi perceptível a opção brasileira pela administrativização investigativa e punitiva dos crimes contra a ordem econômica. A possibilidade de introdução do Acordo de Leniência por meio de tal modelo indica uma escolha não só do legislador brasileiro por priorizar a via administrativa em detrimento da via judicial, mas demonstra igualmente a opção por uma estratégia político-criminal que traz em seu bojo diversas significações.

A Ordem Econômica é amplamente resguardada pela Constituição Federal de 1988 a partir do seu art. 170. No *caput* do mencionado artigo, há referência à maneira como se estrutura a ordem econômica, listando suas finalidades.

O processo legislativo do Acordo de Leniência – introduzido por meio das legislações antitruste, notadamente a Lei 10.149/00 – não destaca qualquer acirramento político quanto à polêmica condução investigativa e punitiva dos malfeitos contra a ordem econômica.

Assim sendo, é compreensível que a economia, seus agentes reguladores e seus atores integrativos acreditem numa melhor intervenção no seu *modus operandi* quando oriunda de esferas de poder que tenham vínculo linear e estreito com o próprio mundo econômico. Não seria o caso do direito.

É possível que pela percepção das limitações judiciais, a Economia tenha se valido da via administrativa para o deslinde do Acordo de Leniência. Confiar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica plenos poderes, no tocante à forma como o instituto será conduzido, é opção bastante eloquente que indica a descrença na plena legitimação do Direito – Penal - como instância única de resolução de conflitos.

Assim, a opção do legislador ao preterir a via judicial à administrativa na conformação do Acordo de Leniência apareceu no sentido de não criar mais uma legislação extravagante a fim de tratar de infrações contra a ordem econômica, além do próprio Codex. Haveria o risco de geração de *bis in idem*, assim como esvaziamento ontológico do instituto em si mesmo.

Como dito, a apuração de crimes econômicos é de extrema dificuldade para as autoridades, pois envolvem práticas sofisticadas e, muitas vezes, internacionalizadas. Os autores dispõem de mecanismos bastante eficazes de mascaramento de suas ações, posto contarem a seu favor com um poderio econômico razoável e capaz de amear as formas mais astutas e dissimuladas para encobrir seus atos. Um agente que integra um cartel e o denuncia perante a autoridade administrativa o faz com a garantia da exclusão integral da sua punibilidade. Conta-se aqui com a exclusão na via administrativa e na via judicial. A amortização das multas pelas práticas colusivas e os efeitos a elas associados deve ser um atrativo bastante eficaz para ensejar o firmamento de um Acordo de Leniência entre uma empresa e a autoridade estatal. Contudo, não há de se negar o igual protagonismo da exclusão da punibilidade penal atinente aos atos praticados por essas empresas contra o livre mercado e à livre concorrência.

Imagina-se que pouco valeria para os sócios dessas empresas terem o abrandamento da dívida a pagar perante o Estado quando a personalidade jurídica da empresa por eles comandada poderia ser desconsiderada a fim de atingir pessoalmente cada um dos seus dirigentes na esfera penal.

A utilização do sistema penal, nos atuais moldes, para a resolução de infrações como os cartéis representaria um retrocesso, pois o que se tem é a verificação de arcaicas estruturas dispostas a oferecer soluções e alternativas ultrapassadas a problemas extremamente complexos e de difícil solução. Tudo isso, levando-se em conta a cota de deslegitimação que vem sofrendo o sistema penal ao longo das últimas décadas. Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁰:

Desta forma, tem-se a impressão de que esta omissão é lógica: tratando-se de sistemas penais deslegitimados, uma pauta programática sobre o que deveriam fazer os juristas só poderia limitar-se a assinalar-lhes uma militância político-criminal ou diretamente política com o objetivo de eliminar esses sistemas penais, seja para aboli-los definitivamente, seja para substituí-los por outros alternativos e mínimos, uma vez que qualquer outra solução seria relegitimante.

A estratégia que se chega aqui é a da via político-criminal de estruturação da norma conforme sua melhor função à sociedade, meio que é de controle e símbolo do desejo social ao atendimento de suas demandas externadas pela via codificada.

CONCLUSÃO

Por meio das reflexões apresentadas pelo presente trabalho, pode-se notar que o Acordo de Leniência surgiu como tentativa clara de alinhar o Brasil a uma onda internacional de combate à

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p.92.

criminalidade moderna, com a preservação da ordem econômica e observância de princípios basilares da economia contemporânea como a livre concorrência.

Entretanto, foram apresentados alguns pontos que identificaram como problemática a forma como foi internalizado o Acordo de Leniência pelo ordenamento jurídico pátrio. Ao estabelecer a relativização de outros princípios caros não só à administração da justiça, como também à *práxis* penalista, como o princípio da Indisponibilidade da Jurisdição, para se priorizar a via administrativa de investigação e desfecho apurativo do cometimento de práticas colusivas, o ordenamento brasileiro ponderou princípios e determinou sua escolha.

Ao longo das linhas deste trabalho, pode-se entender essa escolha como útil com base em critérios de Política Criminal. Para tanto, chegou-se ao conceito de Política Criminal com base nos ensinamentos do penalista alemão Claus Roxin, que reformulou as bases analíticas da Teoria do Delito e do próprio sistema penal como um todo. Assim sendo, foi possível notar que a via administrativa serve como meio eficaz, célere e prático para a apuração e desfazimento de condutas violadoras da ordem econômica e que foi adotada pelo Brasil justamente com o intuito de dotar o País de mecanismos mais apropriados e específicos de apuração das práticas anticoncorrenciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Guia Prático do CADE**: a defesa da concorrência no Brasil. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em 10.ago.2013.

FONSECA, Mariana Martins de Castilho. **Uma análise da contribuição do Funcionalismo de Claus Roxin à Teoria da Ação**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. n.54, p.157-178. Belo Horizonte: 2009.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi: 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

DIREITO PENAL COMO SUPORTE PARA O EQUILÍBRIO ENTRE PROTEÇÃO EXCESSIVA E AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

Ílina Cordeiro de Macedo Pontes¹
Laila Viana de Azevedo Melo²
Laís Alves de Oliveira³

RESUMO

Inseridos em uma conjuntura na qual o valor da informação ultrapassa fronteiras, os direitos autorais vêm angariando cada vez mais importância tanto no cenário nacional, como no internacional. O direito autoral é um ramo da propriedade intelectual que se subdivide em duas proteções, uma relativa à seara moral e a outra relativa à patrimonial. O presente trabalho objetiva a partir do método dedutivo bibliográfico analisar o mergulho do direito penal no âmbito autoral, para reprimir, especialmente, a violação e usurpação da prerrogativa do criador de explorar economicamente suas obras. Baseando-se em aspectos doutrinários e jurisprudenciais, intentou-se mostrar funcionalmente os pontos elencados como crime no Código Penal, e, contrariamente, aqueles que são limitações ao direito do autor. Os direitos autorais, como criações humanas, possuem valor o qual se tenta explicar através da utilidade e necessidade da proteção a tais direitos de maneira moderada, transitando pelos elementos do *fair use*. Além disso, objetiva-se apontar as mazelas de uma proteção extrema, tanto para rigidez quanto para a flexibilidade. A problemática da proteção em excesso limita o acesso por parte da sociedade à informação, mitigando sua absorção por outros indivíduos. Contrariamente, a doutrina do *fair use* permite que se faça o “uso justo” do direito sujeito à proteção dos direitos autorais sem que seja necessária a compensação ao titular do direito. Permitindo o art. 184 do nosso Código Penal, em casos específicos, o uso da obra alheia, como no caso da reprodução única para uso pessoal, e nas limitações do direito do autor, visando disponibilizar o trabalho de maneira adequada ao criador e ao público, visto que a proteção excessiva cerceia a informação e o conhecimento, podendo transformar determinada obra em um produto sem sentido e alcance sociais.

¹ Estudante da graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba; integrante PIBIC do projeto institucional de Iniciação Científica da UFPB de título: “Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração mundial”. Anteriormente, bolsista do projeto: “A informação enquanto Propriedade Intelectual”. Email: ilinacordeiro@hotmail.com

² Estudante da graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba; integrante do PIBIC do projeto de Iniciação Científica da UFPB de título: “Sustentabilidade Socioambiental, Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”. Email: laila_melo_@hotmail.com

³ Estudante da graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba; integrante PIVIC do projeto institucional de Iniciação Científica da UFPB de título: “Análise Econômica das Regras e Princípios”. E-mail: lais.ao@hotmail.com

Palavras-chave: Direito autoral; *fair use*; limitação ao direito do autor.

ABSTRACT

Being part of a world where the value of information crosses borders, *les droits d'auteur* are acquiring more importance both in national and international level. *Droits de l'auteur* is a branch of intellectual property rights which sheds protection in two different directions, the first towards a moral aspect and the second one related to an economic aspect. This paper aims to analyze the influence of criminal law on *droits de l'auteur* in order to withhold, especially, the violation and usurpation of the creator's prerogative of economic exploitation of their work. Relying on doctrinal and jurisprudential aspects, brought to show functionally points listed as a crime in the Penal Code, and, unlike those who are limitations of copyright. *Les droits d'auteur*, as human creations, have economic value which is explained by the utility and necessity of protection of such rights in a moderate way, using the elements of *fair use*. Besides, it is pointed out the ills of an extreme protection for both stiffness as for flexibility. The problem of excessive protection limits the access information, mitigating its absorption by other individuals. In contrast, the doctrine of fair use of copyright law allows you to do the "fair use" of law subject to copyright protection without requiring compensation to the copyright holder. Allowing art. 184 of our Penal Code, in specific cases, the use of the work of others, as in the case of reproduction for personal use only, and limitations of copyright in order to provide the work adequately to the creator and the public, since the excessive protection restricts information and knowledge, and can transform into a certain work product without social meaning and scope.

Keywords: *Droit de l'auteur*; direitos morais do autor; direitos patrimoniais do autor; limitação ao direito do autor.

INTRODUÇÃO

Em um mundo onde o valor da informação ultrapassa fronteiras, os direitos autorais vêm angariando cada vez mais importância tanto no cenário nacional, como no internacional.

Os direitos autorais como criações humanas possuem seu valor, mas um valor o qual lhe é singular. Referida individualidade se assenta sobre suas implicações no mercado. Além de conferir os devidos direitos patrimoniais ao seu autor, também lhe proporciona direitos morais. Sendo assim, impõe-se a problemática da proteção em excesso das obras, a qual limita o acesso por parte da sociedade à informação.

A proteção não pode ser excessiva ao ponto de impedir sua absorção por outros indivíduos. No entanto, a proteção fraca também acarreta consequências negativas ao desenvolvimento econômico. Cabe, portanto, a participação do direito penal como agente importante para o equilíbrio entre uma proteção excessiva e uma proteção fraca.

Sua função será de proteger os direitos do autor contra os abusos cometidos, sejam eles de distribuição irregular ou de atentado aos direitos morais. No entanto, convém ressaltar que sua reprimenda está conectada muito mais aos direitos patrimoniais do autor, ou seja, à inibição de lucros ocasionada por terceiros.

Além disso, algumas ações assumidas como violação não são recepcionadas na seara do Direito. Há um limite de tolerância para o uso, o qual é devidamente respeitado pelo direito penal.

1 VISÃO GERAL ACERCA DO DIREITO AUTORAL

O ser humano sempre se sentiu estimulado a criar, produzir, concretizar seus pensamentos. Nesse sentido, séculos foram permeados pelas mais diversas criações, invenções e obras. À medida que a vida em sociedade se intensificou, assim como a noção de propriedade privada, as obras intelectuais passaram a ser delimitadas para se evitar o mau uso por terceiros.

Mesmo antes de surgir a ideia da devida proteção a qual deveria ser oferecida às obras do intelecto, alguns mecanismos demonstravam a preocupação dos autores em cerceá-la. Conforme aponta João Henrique da Rocha Fragoso⁴, “As assinaturas em obras, como visto, já eram uma característica no Período Helênico grego continental, e seu aparecimento coincidiu com o surgimento da própria individualidade do homem.” A assinatura, portanto, conferia a maca registrada do autor em sua obra, ou seja, sua declaração de paternidade já que esta não era regrada na seara estatal.

Posteriormente, com o desenvolvimento das relações internacionais, os diversos tratados foram sendo realizados entre os países, o que ensejou um proteção mais forte no âmbito interno. Inicialmente, a Convenção de Paris, de 1883 sobre os direitos de propriedade intelectual, a Convenção de Berna sobre direitos autorais e artísticos e posteriormente um dos mais importantes na atualidade o acordo realizado no âmbito da Organização Mundial do Comércio, o TRIPS (*Trade Related Intellectual Property Rights*).

⁴ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 58.

O direito autoral compõe um dos ramos da propriedade intelectual e abarca livros, músicas, traduções, além dos direitos do software, os quais envolve diversos estudos acerca de sua adequação à proteção de direitos autorais. Convém ressaltar que concede ao seu detentor duas formas de proteção, os direitos morais e os direitos patrimoniais. Com relação á seara moral, os direitos são inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e impenhoráveis. Eles se referem ao direito à paternidade, à nomeação, ao inédito, entre outros, segundo a lei n.9610/98.

Os direitos patrimoniais, por sua vez, determinam seu uso unicamente pelo autor, cabendo as hipóteses de cessão elencadas no art. 29 da lei de Direitos Autorais (lei n. 9.610/98). Nesse sentido, verifica-se como um pouco defeituosa a alegação que alguns autores realizam acerca da natureza jurídica da propriedade intelectual ser de propriedade. Na mesma linha, a autora Simone Lahorgue Nunes⁵, afirma que o conceito de propriedade intelectual abrange muito mais do que proteção à propriedade, tendo em vista a gama de fatores que a envolve.

Seus aspectos transcendem a noção de propriedade, não há só proteção econômica, mas proteção que adentra os direitos de personalidade do autor. Envolve um gama muito maior de aspectos e minúcias.

2 A LINHA TÊNUE ENTRE A SUPERPROTEÇÃO E A SUBPROTEÇÃO DOS DIREITOS DO AUTOR

Mesmo que não se aceite por inteiro a teoria da natureza jurídica de propriedade, é inegável que o autor detém certo monopólio de sua criação. Esse “monopólio”, portanto, repercute na economia como um todo.

Não há uma relação bilateral, a criação e sua concretização estão sujeitas a interferências externas além de elas também estarem sujeitas à influência no mercado. A problemática, então, não se resume à proteção dos direitos do autor, mas a uma economia equilibrada. Há uma eterna discussão na doutrina a fim de se alcançar o ponto ótimo de proteção, ou seja, desenvolver mecanismos eficazes de proteção da propriedade intelectual os quais não impeçam os indivíduos de terem acesso às diversas informações produzidas como também não iniba a garantia de recursos econômicos para o autor da obra.

Caso não haja proteção adequada, ou seja, não obtendo o autor retorno dos recursos necessários no uso do tempo e investimento, a sociedade criativa não se sentirá motivada na busca eterna pela inovação. Nesse sentido, ao tratar de propriedade intelectual e defesa da concorrência, a

⁵ NUNES, Simone Lahorgue. Direito Autoral e Antitruste. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 49.

autora Simone Lahorgue Nunes⁶ enaltece a importância da regulação jurídica para que se encontre o ponto ótimo de competição no mercado, além de impedir que terceiros se beneficiem inadequadamente de criações alheias.

A importância da criação do instituto também repercute na correção da falha de mercado, onde o acesso sem barreiras à criação seria um verdadeiro obstáculo ao desenvolvimento e equilíbrio econômico.

No entanto, a proteção não pode ser excessiva, pois limitar o acesso também não garante o retorno dos recursos devidamente alocados no ato da criação e concepção. Nesse sentido, o princípio do *fair use* estabiliza, de uma certa forma, as tensões existentes entre proteção excessiva e falta de proteção⁷.

Esse princípio, portanto, destrói a ideia de um monopólio por parte do autor. O autor também deve à sociedade suas contribuições intelectuais, artísticas, culturais. Além do mais, diferentemente da propriedade comum, a “propriedade intelectual” não é corroída pelo uso de terceiros. Os terceiros que usufruem legalmente, sem abusarem dos direitos do autor, não ferem a “propriedade”.

Por outro lado, cabe ressaltar que falta de prejuízo à obra quando várias pessoas a utilizam não afasta a proteção legal, principalmente na seara penal daqueles que usufruem das criações de maneira incorreta e ilegal.

3 O LUCRO COMO ELEMENTO QUALIFICADOR: PATRIMÔNIO AGREDIDO

Para configuração do crime previsto no art. 184 do Código Penal, não é necessário que se intente o lucro, pelo que se depreende do seu caput, cuja definição se limita a violação dos direitos do autor e daqueles que lhes são conexos. Porém, o intuito de lucro direto ou indireto, como se observa em seus parágrafos 1º, 2º e 3º, é um elemento bastante presente no citado artigo.

A objetivação do lucro, nesse caso, toma lugar de qualificadora da pena, transformando a sanção penal, que na modalidade simples é uma detenção de três meses a um ano, em reclusão de dois a quatro anos. É possível que se observe um embasamento para a dita qualificadora a partir da perspectiva dos crimes contra o patrimônio, devendo-se perceber que o objeto jurídico é a propriedade imaterial no sentido da proteção do interesse moral e econômico do autor.

⁶ NUNES, Simone Lahorgue. Direito Autoral e Antitruste. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 142.

⁷ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 307.

A lei 9.610 (Lei dos Direitos Autorais), que complementa a supracitada norma penal, diz em seu art. 22 que “pertencem ao autor os direitos morais e **patrimoniais** sobre a obra que criou” (grifo nosso), ora, isto nos leva a entender que, não obstante os direitos autorais sejam propriedade imaterial, existe lucro, e se este é gerado e não é permitido que o indivíduo que a ele tem direito o obtenha, o patrimônio do autor é afetado.

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 184 do Código Penal, aludem, em distintas abordagens, a conduta vulgarmente conhecida como “pirataria”. O § 1º tipifica a conduta a partir da reprodução ou cópia total ou parcial de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma; ou seja, a ilicitude desta parte é referente à multiplicação não autorizada do trabalho protegido. Ressalte-se que os videofonogramas devem ser considerados ainda que não mencionados na lei, pois se esta abraça a proteção de fonogramas, que possui elementos sonoros apenas, por certo que deverá estruturar a proteção também de videofonogramas, que são compostos por sons e imagens⁸.

Destarte, podemos entender o lucro indevido de outrem sobre o trabalho protegido do autor como uma dupla ofensa ao patrimônio deste, de maneira que além de distribuir e viabilizar a obra por meios e modos não permitidos, o que por si só já obstaría o recebimento pelo idealizador dos rendimentos concernentes a esta parte ilicitamente difundida de seu produto artístico ou intelectual, o agente explorador ainda recebe o provento que por direito pertence aquele que concebeu a ideia, ou seja, aquele que explora ilegitimamente não só impede que o autor ganhe o que lhe é garantido pela norma, como também “desvia” para si este ganho, fatura amparando-se no prejuízo do criador.

4 QUANDO O USO NÃO CONFIGURA ABUSO

O § 4º do art. 184 do Código Penal, exclui do tipo criminal dos parágrafos anteriores duas condutas, aquelas relacionadas à exceção ou limitação do direito do autor e os que lhe são conexos, e a que se refere à cópia única de trabalho intelectual ou artístico protegido, para uso particular e sem intenção de lucro.

Nesta segunda parte do parágrafo é prevista uma norma permissiva em relação à reprodução de um único exemplar de obra ou fonograma, entenda-se também videofonograma, para uso pessoal, e sem o “*animus*” de lucro, daquele que copia. Percebe-se, contudo, um pleonasmismo normativo, pois se todos os outros parágrafos do artigo supracitado exigem, além do elemento subjetivo dolo, um fim especial de agir com intuito de lucro, é evidente que na ausência desta tendência interna não haverá crime⁹.

⁸ MAGGIO, Vicente de Paula R. *Violação de Direito Autoral*. Outubro de 2012. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/vicentemaggio/2012/10/31/violacao-de-direito-autoral/>>. Acesso em 10 de ago. 2013.

⁹ GUARAGNI, Fábio André. *O Novo Tratamento dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual à Luz do Direito Penal*

Em relação aos fatos que se enquadram nos limites e exceções dos direitos autorais, observa-se o exposto nos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610, que configuram hipóteses em que não há ofensa a tais direitos, portanto não há como encaixarem-se no caput do artigo 184 ou seus parágrafos.

Em relação ao disposto nos artigos acima transcritos, pode-se notar uma falha no conteúdo explicitado na primeira parte do § 4º do artigo 184 referente às hipóteses de limitação dos direitos autorais, pois em uma leitura menos atenta é possível inferir que não incidem os outros parágrafos do artigo nestas situações, porém incidiria o *caput*, entretanto se no próprio parágrafo está presente a passagem “em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998”, e esta dita lei em seus já referidos artigos assinala as situações nas quais não ocorre ofensa aos direitos do autor, conclui-se que não haveria possibilidade de incidir o *caput*, já que a atipicidade formal da conduta *per se* excluiria o injusto penal¹⁰.

CONCLUSÃO

A doutrina do *fair use* da *copyright law* permite que se faça o “uso justo” do direito sujeito à proteção do *copyright* sem que seja necessário compensação ao titular do direito, exemplo disso são as citações que fizemos ao longo desse trabalho, como o fez e destacou Miller¹¹ em seu próprio texto. É o caso do parágrafo 4º do artigo 184, do Código Penal – hipóteses de exceção ou limitação ao direito do autor ou os que lhe são conexos.

Percebe-se, pois, pela análise das qualificadoras do art. 184 a importância dada pelo nosso código a proteção do patrimônio do autor, especialmente, ao criminalizar a viabilização, reprodução e distribuição não autorizadas com intuito de lucro, sendo este “desviado” já que não se dirige aquele que é o merecedor por direito.

O próprio art. 184, porém, permite em casos específicos, o uso da obra alheia, como no caso da reprodução única para uso pessoal, e nas limitações do direito do autor, visando disponibilizar o trabalho de maneira adequada ao criador e ao público, pois uma proteção excessiva cerceia a informação e o conhecimento, podendo transformar determinada obra em um produto sem sentido e alcance sociais.

Tais inferências nos levam a ratificar, então, a posição do Direito Penal como balança de equilíbrio para obtenção do nível certo de proteção para aqueles direitos concernentes ao autor.

Econômico. 2008, Ministério Público do Estado do Paraná – CAO das Promotorias Criminais, Júri e Execuções Penais. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_artigos_1_24.html> Acesso em 10 de ago. 2013.

¹⁰ GUARAGNI, Fábio André. *O Novo Tratamento dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual à Luz do Direito Penal Econômico*. 2008, Ministério Público do Estado do Paraná – CAO das Promotorias Criminais, Júri e Execuções Penais. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_artigos_1_24.html>. Acesso em 10 de ago. 2013.

¹¹ MILLER, Robert T. *Frontiers of Legal Theory*. Disponível em: <<http://www.firstthings.com/article/2007/01/frontiers-of-legal-theory-8>>.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum Rideel. Ed. Rideel, 2012.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GUARAGNI, Fábio André. *O Novo Tratamento dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual à Luz do Direito Penal Econômico*. 2008, Ministério Público do Estado do Paraná – CAO das Promotorias Criminais, Júri e Execuções Penais. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_artigos_1_24.html> Acesso em 10 de ago. 2013.

MAGGIO, Vicente de Paula R. *Violação de Direito Autoral*. Outubro de 2012. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/vicentemaggio/2012/10/31/violacao-de-direito-autoral/>> Acesso em 10 de ago. 2013.

MILLER, Robert T. *Frontiers of Legal Theory*. Disponível em: <<http://www.firstthings.com/article/2007/01/frontiers-of-legal-theory-8>>.

NUNES, Simone Lahorgue. *Direito Autoral e Antitruste*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROSSINI, Giancarlo. *Propriedade Intelectual*. 2012, Academia de Polícia Civil de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.acadepol.sc.gov.br/index.php/download/doc_view/21-propriedade-intelectual>.

HABEAS CORPUS: DIREITO POSITIVO E DOUTRINA CONTRAPOSTOS À JURISPRUDÊNCIA DO TJ/AL E DA SUPREMA CORTE

Jéssica Ferreira Nunes¹²
Nathália Ribeiro Leite Silva¹³

RESUMO

Não é privilégio do aplicador do direito a noção da existência do *habeas corpus* como remédio constitucional destinado a corrigir irregularidades que venham causar restrições ao direito dos indivíduos, quando estas forem cometidas por representantes do poder público. No entanto o conhecimento específico acerca da forma correta de aplicação desse instituto infelizmente não é devidamente difundido. O *habeas corpus* se destina a proteger daqueles atos do poder público que restrinjam, ilegalmente, a liberdade do indivíduo de ir, vir e permanecer. No presente, a fim de aclarar os entendimentos equivocados existentes sobre a ação constitucional de que tratamos, far-se-á um panorama sobre as disposições constantes do ordenamento jurídico, bem como as colocações da melhor doutrina sobre o tema. O meio utilizado para tanto será pesquisa bibliográfica. Dessa forma, pretendemos firmar delimitação conceitual sobre o instituto a fim de possibilitar a melhor compreensão possível sobre a temática perquirida pela pesquisa. O que se pretende é analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, no que toca aos casos mais destacados e constatar o que a prática forense vem admitindo como fundamento que enseje admissão do *habeas corpus*, e em quais casos se dá provimento a essas ações, culminando **na soltura** do réu/investigado preso. A questão, agora, é inverter a análise: será que há a ponderação necessária – liberdade individual vs liberdade coletiva ou segurança social – nos casos de concessão da ordem? Feita esta análise, resta comparar o que está previsto no ordenamento jurídico em abstrato e o que vem sendo aplicado em concreto no tribunal. Pois nem sempre a concretização do suporte fático de uma norma jurídica é clara, há casos em que o disposto pelo direito deixa margem para variadas interpretações, sendo que algumas delas podem se revelar não tão adequadas a alcançar a finalidade do instituto em questão.

¹² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas da Universidade Federal de Alagoas. E-mail: jessica.fn@hotmail.com.

¹³ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas da Universidade Federal de Alagoas. E-mail: nathyribeiro@live.com.pt.

Palavras-chave: *Habeas corpus*, fundamentação, jurisprudência, Supremo Tribunal Federal, Tribunal de Justiça de Alagoas.

ABSTRACT

It is not a privilege of the Law enforcer the notion of the existence of the *habeas corpus* as a constitutional remedy destined to correct the irregularities that may cause restrictions to the right of the individuals, when those are perpetrated by representatives of the public force. However, the specific knowledge about the correct way to apply that institute, sadly, is not duly disseminated. The *habeas corpus* is intended to protect the individuals from those acts of the public force that come to restrain, illegally, one's freedom to come, go and stay. In this paper, in order to clarify the equivocated notions upon the constitutional action that in discussion, an overview will be done, about the dispositions contained in the legal statutes, as well as the studies of the best doctrine on the subject. The mean used to do so will be the bibliographic research. In that way, we intend to firm a conceptual delimitation on the institute in order to enable the best possible comprehension on the theme addressed by the research. The goal is to analyze the decisions of the Court Of Justice Of Alagoas, in what's concerned to the most highlighted cases and find out what the forensic practice is admitting as fundamentals that are able to give rise to *habeas corpus*, and in what cases those actions are upheld, culminating on the release of the defendant/investigated that was arrested. The point, now, is to invert the approach: is there the necessary weighing – individual freedom VS collective freedom or social security – in the cases that the order is conceded? After that analysis, it is left to compare what is forecast on the abstract legal statutes and what in being applied in concrete by the Court. Because not always the concretization of the factual support of a legal norm is clear, there are cases in which what is said by the law give rise to varying interpretations, and some of them may reveal themselves as not to adequate to achieve the ends of the institute in discussion.

Palavras-chave: *habeas corpus*, fundamentation, jurisprudence, Federal Supreme Court, Court of Justice of Alagoas.

INTRODUÇÃO

O Direito Processual é um instrumento importante para concretização dos direitos constitucionais. Portanto, é possível reclamar ao Judiciário, ilegalidade que ameace ou fira direitos individuais ou coletivos, de modo preventivo ou repressivo. Neste liame, encontra-se o *Habeas Corpus*, dito, assim, como ação constitucional autônoma de natureza penal e com eficácia

mandamental¹⁴, proscrito no art. 5º inc. LXVIII da Carta Constitucional de 1988, ostentando caráter de cláusula pétrea.

Como garantia instrumental mais antiga, remonta a Magna Carta de 1215, tendo por desiderato “a garantia *prática, imediata e utilitária* da liberdade física”¹⁵. No diurno, a defesa restringe-se a liberdade de locomoção dos indivíduos, compreendendo essa o direito de ir, vir e permanecer. Destarte, o seu suporte fático é a pessoa humana, contudo, sua impetração dar-se no ocorrer de uma ilegalidade (violação da lei), ou no caso de abuso de poder.

No Código Processo Penal, verifica-se no art. 648 suas hipóteses de cabimento, todavia, essas constituem *numerus apertus*, dando azo às interpretações não distantes dos preceitos constitucionais, para se alargar sua admissibilidade, seja por parte da defesa na formulação daquele pedido, seja por parte do julgador munido de persuasão racional para deferir ou não o pedido de soltura do paciente.

Diante desta clareza solar, o intento aqui perquirido é a análise dos *decisuns*, em particular do cerne das fundamentações das ordens de *Habeas Corpus* deferidas pelo Tribunal de Justiça de Alagoas. Outrossim, do atendimento da matéria de competência da mencionada ação, o qual permite o escalonamento do processo nas instâncias recursais pátria, devido a afabilidade da lei procedimental penal, alcançando-se, a Corte Maior¹⁶. Por conseguinte, tornar sabido se a falta de literalidade legislativa faz consentânea a motivação do Tribunal local e do Supremo Tribunal Federal, com a doutrina e a jurisprudência hodierna, elidindo a utilização banalizada do dito remédio heroico, ou contribuindo para ineficácia do *jus puniendi* estatal.

1 HABEAS CORPUS COMO REMÉDIO CONSTITUCIONAL E SUA APLICAÇÃO

O *habeas corpus* é meio de proteção especial tradicionalmente conferido no ordenamento jurídico brasileiro. Atualmente, situa-se dentre o rol de direitos e garantias constitucionais constante do art. 5º da Constituição Federal Brasileira, mais especificamente, em seu inciso LXVIII. A importância desse instituto pode ser averiguada quando se percebe que ele esteve presente em todas as constituições nacionais desde a de 1934, tendo apenas sido suspenso por ocasião do Ato Institucional n. 5, de 1968 no tocante a algumas matérias¹⁷.

O âmbito de proteção do *writ* engloba quaisquer situações em que medidas do Poder Público restrinjam a liberdade do indivíduo de ir, vir e permanecer. No entanto, nem sempre é esse o

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 784.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 3.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 619.

fundamento que se verifica, e tal ação acaba sendo utilizada em casos de fundamentação diversa, aos quais não seria aplicável. Um sem número de situações internas à ação criminal que podem transtornar direitos do réu/investigado que não estritamente aquele da liberdade, somado à ausência de meios processuais adequados a atingir a efetividade da medida que se pretende, ocasiona o uso de *habeas corpus* para a correção dos mais variados defeitos no procedimento sobre os quais este não incidiria¹⁸.

O resultado disso é o excesso de *habeas corpus* nos tribunais, que acabam sobrecarregados e sem condições de atender à demanda de causas.

Tal sobrecarga causa efeitos nocivos, seja para o sistema, seja para os próprios réus no processo penal, e “como consequência, patológica, surgem, em prejuízo da qualidade da prestação jurisdicional, pseudo-julgamentos, como aqueles escorados no famigerado ‘acolho as razões expandidas pelo Ministério Público’”.¹⁹

Na tentativa de remediar a situação, coube ao próprio Judiciário agir de forma a amenizar o problema. Assim, nos dizeres de Koerner,

Por um lado, com a passagem do *habeas-corpus* à garantia constitucional, ocorreu a generalização do seu campo de aplicação e a ampliação das possibilidades de uso do instituto. Por outro lado, a prática judicial criou regras para sua utilização, que restringiram essas possibilidades de aplicação.²⁰

Portanto, quando o julgador for aplicar a norma jurídica que rege os *habeas corpus* ao caso concreto, deve fazê-lo de forma restritiva, como, aliás, está disposto no PL 156/2009, projeto de reforma do Código de Processo Penal. Em verdade, tal interpretação restritiva já pode ser inferida do que consta nos arts. 647 e 648 do atual Código de Processo Penal. Nesse sentido, “a jurisprudência prevalecente no STF é dominante no sentido de que não terá seguimento *habeas corpus* que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente”.²¹ Vale ressaltar que ao se restringir os casos de aplicação do *writ*, acaba-se por prestigiar a própria sistemática processual penal, por via de recursos e revisão criminal²².

As hipóteses de *habeas corpus* deveriam limitar-se, tão só, quando a liberdade de ir, vir e ficar estivesse tolhida ou seriamente ameaçada. Demais, as possibilidades de impetração também não deveriam ultrapassar o duplo grau de jurisdição. Não é senão por isso que, não obstante a

¹⁸ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan . O cabimento do *habeas corpus*: uma escolha dramática. **Boletim IBCCRIM**, v. 213, p. 6, 2010.

¹⁹ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan . O cabimento do *habeas corpus*: uma escolha dramática. **Boletim IBCCRIM**, v. 213, p. 6, 2010.

²⁰ Koerner, A.. O *habeas-corpus* na prática judicial brasileira (1841-1920). **Revista CEJ**, América do Norte, 325 01 2008.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 620.

²² MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan . O cabimento do *habeas corpus*: uma escolha dramática. **Boletim IBCCRIM**, v. 213, p. 6, 2010.

possibilidade de utilização menos extensiva do chamado “remédio heroico”, a quantidade de *habeas corpus* em tramitação nos tribunais, em especial no STF, continua demasiada alta, impedindo inclusive outros julgamentos e, “por mais que se esforcem, os magistrados não conseguem dar vazão à pleora de requerimentos ajuizados”²³.

CONCLUSÃO

Importa, com base no exposto, estudar além das prescrições legais e doutrinárias acerca dos *habeas corpus*, analisar, de um ponto de vista pragmático, de que maneira os tribunais mencionados vem decidindo na matéria, e se a supracitada interpretação restritiva está sendo utilizada pelos julgadores de forma a minorar os influxos negativos causados pela abertura da cláusula constitucional que prevê o instituto. A mudança constitucional veio em boa hora, mas, como qualquer outra, trouxe influxos negativos, e a proposta que se traz é de, conforme os objetivos expostos em tópico baixo, averiguar sob qual fundamentação os *habeas corpus* que tramitam no Judiciário tem sido aceitos, e se uma restrição vem sendo feita para ‘desafogar’ o Judiciário e, sobretudo, efetivar o direito penal material da maneira mais adequada possível.

No presente, a fim de aclarar os entendimentos equivocados existentes sobre a ação constitucional de que tratamos, far-se-á panorama sobre as disposições constantes do ordenamento jurídico, bem como as colocações da melhor doutrina sobre o tema. O meio utilizado para tanto será pesquisa bibliográfica. Dessa forma, pretendemos firmar delimitação conceitual sobre o instituto a fim de possibilitar a melhor compreensão possível sobre a temática perquirida pela pesquisa.

O que se pretende é analisar a jurisprudência de dois tribunais, a saber, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas e a do Supremo Tribunal Federal, no que toca aos casos mais destacados e constatar o que a prática forense vem admitindo como fundamento que enseje admissão do *habeas corpus*, e em quais casos se dá provimento a essas ações, culminando **na soltura** do réu/investigado preso. A questão, agora, é inverter a análise: será que há a ponderação necessária – liberdade individual vs liberdade coletiva ou segurança social – nos casos de concessão da ordem?

Feita esta análise, resta comparar o que está previsto no ordenamento jurídico em abstrato e o que vem sendo aplicado em concreto nos tribunais. Pois nem sempre a concretização do suporte fático de uma norma jurídica é clara, há casos em que o disposto pelo direito deixa margem para variadas interpretações, sendo que algumas delas podem se revelar não tão adequadas a alcançar a finalidade do instituto em questão.

²³ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan . O cabimento do habeas corpus: uma escolha dramática. **Boletim IBCCRIM**, v. 213, p. 6, 2010.

Isso porque, além de sobrecarregar o Judiciário, o excesso de ações de *habeas corpus*, com fundamentação que é vista como inserida fora do âmbito de proteção do *writ*, causa também, por vezes, a soltura de réus sob fundamento inapto. Ainda, “não é demais acrescentar que, certamente, o direito de pleitear sua soltura não é o mesmo que o direito a ser solto”²⁴.

Importa, quando da análise, estabelecer, também, um paralelo entre o que é dito por um e outro tribunal, e qual a justificativa para as divergências que porventura venhamos a encontrar. Isso porque a existência de diversas interpretações propicia a possibilidade de decisões díspares, ainda que influenciadas pelo contexto em que cada tribunal profere suas decisões.

REFERÊNCIAS

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- KOERNER, A.. O habeas-corpus na prática judicial brasileira (1841-1920). **Revista CEJ**, América do Norte, 325 01 2008.
- MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan . O cabimento do habeas corpus: uma escolha dramática. **Boletim IBCCRIM**, v. 213, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PAUL BERGMAN, JD e Sara J. Berman, JD. **The Criminal Law Handbook**. 12th Ed. Versão em ebook. Tradução livre das autoras.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus**. São Paulo: Saraiva, 1979.

²⁴ PAUL BERGMAN, JD e Sara J. Berman, JD. **The Criminal Law Handbook**. 12th Ed. Versão em ebook. Tradução livre das autoras.

OS DESAFIOS DO DIREITO PENAL E AS SUAS PERSPECTIVAS ANTE O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO: RECENTES EXIGÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS

Lara Sanábria Viana¹

RESUMO

O fenômeno da globalização preconiza o processo de internacionalização da economia, através da dinâmica exercida sobre as forças produtivas e pelo mercado internacional. A adoção de programas político-criminais de emergência na sociedade contemporânea, na realidade, tem sido o grande enfoque e insurge vários questionamentos acerca de sua racionalidade, legitimidade e necessidade. No que concerne ao desenvolvimento de instrumentos eficazes, no enfrentamento da criminalidade em âmbito internacional, tem-se procurado estabelecer níveis de integração e cooperação. Um deles é voltado para a formação e consolidação de uma jurisdição penal internacional. No cenário internacional, existe a preocupação generalizada com a segurança. Os espaços monitorados, a cooperação penal internacional, a jurisdição penal internacional, bem como outros mecanismos de controle formal são construídos e consolidados na atualidade, a partir da simbologia do discurso de emergência e insegurança.

Palavras-chaves: Globalização; Tribunal Penal Internacional; direitos humanos.

ABSTRACT

The phenomenon of globalization calls for the internationalization of the economy, through the dynamic pressure on the productive forces and the international market. The adoption of criminal policies programs of emergency in contemporary society, in fact, has been the major focus and protested several questions about its rationality, legitimacy and necessity. Regarding the development of efficient tools in fighting crime at the international level has been to establish levels of integration and cooperation. One is focused on the formation and consolidation of an international criminal court. On the international scene, there is widespread concern about security. The areas monitored, international criminal cooperation, the international criminal court and other formal control mechanisms are built and consolidated in the news, from the symbolism of the discourse of emergency

¹ Advogada. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Professora de direito penal do Centro Universitário de João Pessoa e da Fundação Escola do Ministério Público – FESMIP. Pesquisadora do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos – CNDH. Email: Lara_sanabria@hotmail.com

Keywords: Globalization; International Criminal Court; human rights.

INTRODUÇÃO

A crise do *Welfare State* corroborou para a formação da atual conjuntura global pós-fordista e, devido à ausência de regulação dos mercados, os processos de exclusão social foram sobremodo agravados, em decorrência do acúmulo de capital, em razão da concentração de riquezas.

Com efeito, o estruturalismo utilitarista tem afetado de modo evidente as bases do Estado Democrático de Direito, através da ingerência da política criminal de emergência. Ela se apresenta como um modelo performático e fechado. Estabelece dicotomias como, cidadão/inimigo, institucionaliza a guerra preventiva e, principalmente, viola direitos humanos.

Os rumos da atual política criminal exteriorizam o vazio normativo no campo global e as legislações de cunho meramente simbólico e emergencialista apregoam a tônica do discurso da insegurança. O medo e o risco ditam então, os caminhos do novo autoritarismo político-criminal.

A marca da contemporaneidade se traduz pelo sentimento de insegurança e, principalmente, pelo risco iminente presente nas operações financeiras, sociais, econômicas e políticas. Desta forma, as relações entre as forças produtivas ficam sobremodo afetadas justamente pela efêmera composição destas relações que se desenvolvem em um ritmo cada vez mais frenético.²

A complexidade e a mutabilidade dos fenômenos compreendem a própria lógica mercadológica contida no modelo capitalista que, por sua vez, desencadeou a globalização. A globalização, além de modificar profundamente o estilo de vida da sociedade pós-moderna, trouxe consigo uma nova ideologia punitiva.

A mudança foi necessária em razão dos novos riscos e novas formas de criminalidades decorrentes do próprio fenômeno da globalização. A proximidade entre os mercados, a mobilidade entre trabalhadores, as novas tecnologias cibernéticas ensejam processos e influxos de zonas de conflito.

No cenário internacional, existe a preocupação generalizada com a segurança. Os espaços monitorados, a cooperação penal internacional, a jurisdição penal internacional, bem como outros

² Antonio Grau, ao analisar a estrutura da sociedade contemporânea corrobora o seguinte: La realidad social contemporánea presentará rasgos de incertidumbre o de riesgos, sin que en consecuencia las visiones unilaterales que parten del determinismo económico puedan garantizar cuál sea la dirección en la que inexorablemente se habrán de desarrollar los acontecimientos sociales. GRAUS Antonio Pedro Baylos. Globalización y derecho del trabajo: realidad y proyecto. In. **Cuaderno de Relaciones Laborales**, Madrid, n.º 15, 1999, p. 26. Assim, é possível estabelecer que a atual conjuntura internacional foi fortemente influenciada pelo determinismo económico que preconiza procesos de segregação social e maiores níveis de insegurança nas relações sociais, bem como favorece ao surgimento de novos fatores criminosos como, por exemplo, a criminalidade económica em nível internacional.

mecanismos de controle formal são construídos e consolidados na atualidade, a partir da simbologia do discurso de emergência e insegurança.

Outras questões de relevo também circundam através da atmosfera de insegurança, cheias de contrastes e pluralidades como, por exemplo, o terrorismo, os conflitos de origem étnica, religiosa, minorias e movimentos sociais.

A fim de compreender a dinâmica da sociedade contemporânea, faz-se mister, perceber não só a existência de um só mundo hegemônico, como também verificar a existência de vários mundos, em razão da própria ausência de uniformidade entre os habitantes de todo o globo.³

1 DESENVOLVIMENTO

A mudança no paradigma da sociedade cosmopolita cinge na relativização da soberania dos Estados. A partir do prisma do relativismo foi possível estabelecer o Tribunal Penal Internacional.

Com efeito, a contemporaneidade teve o condão de produzir fatores criminógenos em proporção internacional e, por essa razão, a consolidação de um sistema internacional de justiça criminal apresenta-se como uma nova exigência no campo da política criminal.⁴

O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Tratado de Roma em 1998. Inicialmente, cerca de 60 países ratificaram o tratado. O referido instrumento visa à concretização dos direitos humanos estabelecidos pela própria Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Dois aspectos foram suscitados. Primeiramente, reside na própria ideia de soberania nacional, uma vez que os Estados têm competência para julgar os crimes ocorridos em seu território. Dessa forma, como poderia ser criado um tribunal com jurisdição internacional?

Para resolver o problema, foi estabelecido o critério da subsidiariedade e complementaridade da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

³A sociedade contemporânea é marcada pelo multiculturalismo. Szabo, ao avaliar a condição da sociedade francesa assinala que o fator do multiculturalismo é algo preeminente na formação da sociedade francesa e, ao mesmo tempo, estabelece uma nova dinâmica nos setores sociais, especialmente no que diz respeito a condição socioeconômica. Mais les tensions survenues au sein des sociétés multiculturelles, la baisse de niveau d'intégration et les difficultés d'adaptation socio-économiques et culturelles de deuxième et troisième générations d'immigrants, originaires souvent d'une culture non judéo-chrétienne, créent de graves problèmes. SZABO, Denis. Sociétés multiculturelles, criminalité et victimization. *In: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, n.º17, 2003, p. 216.

⁴O processo de globalização pode ser visto como o novo paradigma da atual ordem jurídica internacional e, principalmente conclui que medidas preventivas são fundamentais para o combate à criminalidade internacional. Picca, sinaliza no mesmo sentido ao afirmar que: En el globalizado mundo actual, el orden jurídico internacional no puede, en el ámbito penal, encontrar la solución sólo en la creación de una jurisdicción desprovista de cualquier cometido preventivo. Desarrollando más activamente la cooperación judicial y policial entre Estados es, sobre todo, como deben buscarse en prioridad soluciones al desorden alimentado principalmente por todos los terroristas sin fronteras y los crímenes contra la humanidad, en violación de los derechos humanos. PICCA, Georges. Nuevas perspectivas para la justicia penal internacional: ¿El Tribunal Penal Internacional?. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n.º 17, 2003, p. 137.

Sem dúvida, o Tribunal Penal Internacional representa uma nova era para a Justiça Penal Internacional. Além de criar e quebrar paradigmas, o Tribunal Penal Internacional enfrenta problemas de ordem jurídica e política. O acolhimento do Tribunal Penal Internacional desencadeou vários processos de reforma constitucional em países europeus.

O Tribunal Penal Internacional instituiu normas do tipo *procedural Law*, ou seja, de natureza processual e de cunho material *Criminal Law*, uma vez que fixa de forma taxativa as suas competências.

Com efeito, para que o sistema penal internacional se desenvolva a contento, são necessários três aspectos de atuação: o primeiro é desenvolvimento do chamado direito substantivo penal internacional (*substantive international criminal law*). Este ramo atuaria na prescrição material dos tipos penais. Em um segundo momento, deve-se realizar o processo de incorporação desse direito substantivo aos respectivos ordenamentos internos (*Domestic Law*); reconhecer a responsabilidade individual por atos criminais e, por último, o fortalecimento e a criação de instituições como, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional.

Face ao exposto, reputa-se por racionalmente aceitável a preservação dos *standards* de proteção da pessoa humana, e que norteiam o minimalismo penal, como instrumentos legitimadores e limitadores ao poder punitivo, quer em âmbito interno (*Domestic law*), quer no internacional (*International law*), pois ambos estão vinculados a estes parâmetros normativos, a fim de que se possa estabelecer marcos teóricos e práticos fixos, para a construção de um movimento de política criminal racional e humanista, uma vez que verifica-se esta emergência em repensar os rumos e ideais do direito penal contemporâneo.⁵

Destarte, busca-se a redescoberta democrática dos valores liberais do direito penal clássico, como chancela para a construção de um sistema de justiça penal eficaz, justo, humanizado e digno.

CONCLUSÃO

Destarte, o desafio de estabelecer parâmetros de um sistema de justiça penal internacional certamente exigirá vários esforços mútuos, a fim de que os Estados possam fixar bases sólidas e concretas para a aplicação de um direito internacional Penal calcado no respeito aos direitos

⁵ Para que haja um sistema de justiça penal internacional efetivamente racional é necessário implementar uma cultura de direitos humanos e respeito à dignidade da pessoa humana, a partir da sua diversidade cultural. Conforme assinala Stephan Parmentier: I have discussed the notion of globalization, and the notion of a human rights culture. It is clear that these are not separate realities, but that they can easily be interlinked through the argument that the globalization of criminal justices not viable without the existence of a strong culture of criminal justice. PARMENTIER, Stephan. Cultural Integration and Globalization of Criminal Justice. **Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastián, nº 17, 2003, p. 104.

humano, bem como dissociado das práticas voluntaristas que vêm influenciando o direito penal e a política criminal no mundo globalizado.

Desta feita, o emergencialismo deve ceder lugar para o fomento de boas práticas preventivas e não meramente repressivas à luz dos *standards* de proteção da pessoa humana e o reconhecimento do multiculturalismo como um fator integrativo na dinâmica social.

REFERÊNCIAS

GRAU, Antonio Pedro Baylos. Globalización y derecho del trabajo: realidad y proyecto. *In. Cuaderno de Relaciones Laborales*, Madrid, n.º 15, 1999, p. 19-49.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Tratado de Roma. *Disponível em:* <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em 20 out. 2013.

PARMENTIER, Stephan. Cultural Integration and Globalization of Criminal Justice. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n.º 17, 2003, p. 99-104.

PICCA, Georges. Nuevas perspectivas para la justicia penal internacional: ¿El Tribunal Penal Internacional?. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n.º 17, 2003, p. 133-137.

SZABO, Denis. Sociétés multiculturelles, criminalité et victimization. *In: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, n.º 17, 2003, p. 213-221.

CRIME PERMANENTE: ANÁLISE CONCEITUAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Luciano Nascimento Silva ¹

Tiago Medeiros Leite ²

RESUMO

O texto objetiva uma iniciação metodológica entre direito penal e direitos humanos, a partir da tipologia do injusto penal *crime permanente*, com fundamento na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que condenou o Brasil no caso Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), à luz da argumentação de *tortura e desaparecimento forçado* de guerrilheiros do PC do B e camponeses, entre os anos de 1972-75. O texto busca construir uma interpretação jurídico-penal acerca da formulação tipológica do crime do *desaparecimento forçado de pessoas*. A identificação de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais do injusto como *crime permanente* em face do não descobrimento do paradeiro da vítima. Por fim, levanta as seguintes indagações penais: Que é crime permanente? Quais os elementos conceituais vigentes (legislação, jurisprudência e doutrina) no direito penal brasileiro?

Palavras-chave: Direito Penal; conceito de crime; crime permanente; direitos humanos; lei penal e prescrição.

ABSTRACT

The content of an initiation methodological between criminal law and human rights from the unjust criminal typology ongoing crime, based on the decision of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) ordered that the case in Brazil and other Lund (Guerrilla of the Araguaia), to the argument of torture and forced disappearance of guerrillas PC do B and peasants, between the years 1972-75. The text seeks to build an interpretation about criminal legal typological formulation of

¹ Professor Titular de Linguagem e Argumentação Jurídica e Direito Penal no curso de Direito do Centro de Humanidades da Universidade Estadual da Paraíba (CH/UEPB). Assistente científico do Prof^o Doutor Raffaele De Giorgi no *Corso di Dottorato in Ricerca (Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuove Diritti) del Centro di Studi sul Rischio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento, Lecce, Italia*. Investigador científico convidado no *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht – Departments of Criminal Law and Criminology – Freiburg in Breisgau – Baden Württemberg, Deutschland (Alemanha)*. Investigador Científico do CNPq e do PROCAD/CAPES no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (CCJ/UFPB). E-mail: lucianonascimento@hotmail.com.

² Graduado em Direito pela UEPB, Especialista em Direito Penal e Processor Penal pela UEPB, mestrando em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela UFPB, Bolsista CAPES/MEC. E-mail: taomedeiros@gmail.com.

the crime of forced disappearance of persons. The identification of doctrinal and jurisprudential positions of unfair as ongoing crime in the face of not discovering the whereabouts of the victim. Finally, it raises the following questions criminal: Who is ongoing crime? What are the conceptual elements existing (legislation, jurisprudence and doctrine) in the Brazilian criminal law?

Keywords: Criminal Law; concept of crime; permanent crime; human rights; criminal law and prescription.

INTRODUÇÃO

A proposição de análise do tipo penal ou injusto penal denominado *crime permanente* à luz da construção conceitual formulada no direito penal brasileiro, insere-se numa metodologia de estudos da memória do direito penal liberal ou iluminista para em seguida adentrar ao universo da construção tipológica da ciência criminal. Mais ainda, na ideia de abrir as fronteiras do diploma penal para o direito internacional penal (direito penal dos tratados e convenções internacionais). Uma construção tipológica (*crime permanente*) de um direito penal que é tanto principiológico quanto dogmático-normativo, no pensamento de união entre Direito Penal, Constituição do Estado, Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por um lado une estudos de memórias penais e garantias fundamentais, informando quanto ao processo de definição ou conceituação tipológica do direito penal como ciência dogmática na complexidade da sua base teórica como espaço de interpretação da norma penal; por outro, enfatiza a exigência e necessidade do desenvolvimento do pensamento sistemático quanto à elaboração teórico-filosófica do direito penal liberal ou iluminista. A ideia crítica surge no espaço de um direito penal positivo nacional (legalista e formal) construído historicamente como “sistema normativo puro” de expressão da legitimidade na defesa subsidiária dos bens jurídicos individuais. O núcleo da proposição é, portanto, iniciar um diálogo constituindo com o pensamento penalista de um direito penal de concepção de um conjunto normativo (Código Penal, Constituição do Estado, Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e Decisão Judicial de Corte Internacional) que tem como núcleo a determinação de infrações de caráter criminal e as respectivas sanções penais de punibilidade, de forma a efetivar um novo momento do direito penal liberal ou iluminista que represente uma racionalidade comunicativa entre realidade jurídica sistematizada e realidade sociológica.

A proposição busca, portanto, uma renovação metodológica no campo dos estudos jurídico-penais da *teoria do crime* ou *teoria geral do delito*, que represente uma nova ideia acerca de

sistematicidade e teleologia no exame da memória teórico-filosófica da construção tipológica do diploma penal brasileiro. Indagar quanto aos pressupostos de racionalidade do pensamento filosófico iluminista tradutor dos suportes ideológicos do direito penal.

A análise da moldura dogmático-normativa tipológica do injusto penal *crime permanente* é acompanhada pelo exame da ausência de ideias político-criminais Estado brasileiro em período determinado da história – o caso Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), no que se refere aos argumentos de *tortura* e *desaparecimento forçado* de guerrilheiros do PC do B e camponeses, entre os anos de 1972-75 –, em que se tem um hiato quanto à vigência do Estado democrático de direito. A suspensão da vigência das características hodiernas da intervenção penal em um momento da era contemporânea. A proposição deve ser interpretada como A política de avanço quanto à análise codificada e as infrações penais insculpidas para a proteção dos bens jurídicos (individuais, sociais e difusos). O processo de codificação liberal que apresenta sinais de desgaste e esgotamento à luz de importantes casos efetivos de normatização reveladores da tendência atual da Ciência Criminal em termos de intervenção e modelos tipificadores.

Revela o discurso jurídico-penal de preocupação com as iniciativas dogmático-normativas reveladoras de novas metodologias da intervenção, faz com que a *teoria do crime* ou *teoria geral do delito* esboce uma formulação que venha a eleger a análise da Teoria dos Direitos Fundamentais e sua consequente aplicabilidade no universo das Ciências Criminais ou Direito Penal.

A ideia é a construção de um conjunto de ferramentas de tecnologia jurídica para uma maior apreensão da moldura tipológica do *crime permanente* na modalidade do delito de *desaparecimento forçado de pessoas*, de forma a expressar a existência de uma complexidade do objeto jurídico em análise em nível de uma “filosofia do direito penal contemporâneo”, com o tratamento de conceito, definição, função, finalidade etc., para uma interpretação juridicamente racionalizada dos limites da intervenção penal protagonizada por uma decisão judicial de um tribunal internacional, que é a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A proposição do texto intitulado *crime permanente: análise conceitual no direito brasileiro* surge como iniciação metodológica entre direito penal liberal ou iluminista e a teoria dos direitos humanos, especificamente no que concerne ao paradigma jurídico dos direitos fundamentais, a partir da tipologia do injusto penal *crime permanente*, com fundamento na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que condenou o Brasil no caso Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), à luz da argumentação de *tortura* e *desaparecimento forçado* de guerrilheiros do PC do B e camponeses, entre os anos de 1972-75. O texto busca esboçar uma a construção de uma interpretação jurídico-penal acerca da formulação tipológica do crime de *desaparecimento forçado de pessoas*. A identificação de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais do injusto como *crime permanente* em face do não descobrimento do paradeiro da

vítima. Por fim, levanta as seguintes indagações penais: Que é crime permanente? Quais os elementos conceituais vigentes (legislação, jurisprudência e doutrina) no direito penal brasileiro?

1 DESENVOLVIMENTO

Neste trabalho será destacada a característica quanto à execução do crime. A doutrina penal brasileira classifica os crimes quanto à forma de ação em crimes instantâneos, permanentes e crimes instantâneos com efeitos permanentes. Veremos o que diz alguns penalistas nacionais.

Segundo Fabbrini Mirabete³, quanto à forma de ação, os crimes se classificam em crimes instantâneos, permanentes e instantâneos de efeitos permanentes. Para ele, “crime instantâneo é aquele que, uma vez consumado, está encerrado, a consumação não se prolonga”. Já o “crime permanente existe quando a consumação se prolonga no tempo, dependente da ação do sujeito ativo”. Para os crimes instantâneos com efeitos permanentes ocorrem quando “consumada a infração em dado momento, os efeitos permanecem, independente da vontade do sujeito ativo”.

Para Fernando Capez⁴, o crime instantâneo “consume-se em um dado instante, sem continuidade no tempo, como por exemplo, o homicídio”. No crime permanente “o momento consumativo se protraí no tempo, e o bem jurídico é continuamente agredido. A sua característica reside em que a cessação da situação ilícita depende apenas da vontade do agente, por exemplo, o sequestro (Art. 148, CP)”. Ainda para o autor, instantâneos de efeitos permanentes é o crime que “consume-se em um dado instante, mas seus efeitos se perpetuam no tempo (homicídio)”.

Veremos o que ensina Guilherme Nucci⁵, instantâneos “são aqueles cuja consumação se dá com uma única conduta e não produzem um resultado prolongado no tempo. Assim ainda que a ação possa ser arrastada no tempo, o resultado é sempre instantâneo”. Ainda para Nucci, crimes permanentes seriam “aqueles que se consomem com uma única conduta, embora a situação antijurídica gerada se prolongue no tempo até quando queira o agente. Exemplo disso são o sequestro e o cárcere privado”. Para ele crimes instantâneos com efeitos permanentes “nada mais são do que os delitos instantâneos que tem aparência de permanentes por causa do seu método de execução”.

Para Damásio Jesus⁶, “crimes instantâneos são os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal”. Já os crimes permanentes “são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protraí no tempo, como diz a doutrina”. Também para o autor existem os

³ MIRABETE & FABBRINI. *Manual de Direito Penal*. 2011, p.114.

⁴ CAPEZ. *Curso de Direito Penal*. 2008, p. 264-265.

⁵ NUCCI. *Manual de Direito Penal*. 2009, p. 177-179.

⁶ JESUS. *Direito Penal*. 2009, p. 189-190.

crimes instantâneos com efeitos permanentes que “são os crimes em que a permanência dos efeitos não depende do agente. São crimes instantâneos que se caracterizam pela índole duradoura de suas consequências”.

Já o professor Cézár Bitencourt⁷, entende que crime instantâneo “é aquele que se esgota com a ocorrência do resultado. Instantâneo não significa praticado imediatamente, mas significa que uma vez realizados os seis elementos nada mais se poderá fazer para impedir sua ocorrência”. Para ele, “crime permanente é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado e sequestro)”. Quanto aos crimes instantâneos de efeitos permanentes, afirma Bitencourt que “não se confunde com o crime permanente com crime instantâneo de efeitos permanentes (homicídio, furto), cuja permanência não depende da continuidade da ação do agente”. Idêntica posição de Bitencourt possui o penalista Magalhães Noronha⁸.

Analisando os autores citados percebe-se que a base que conceitua os crimes em instantâneos e permanentes, para a doutrina brasileira, está na consumação do crime. A consumação segue o conceito do Código Penal, no seu artigo 14, inciso I, que afirma: diz-se do crime consumado “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”, ou seja, quando iniciam os atos de execução de determinado crime até seu resultado. Não resta dúvida sobre o que seja um crime consumado, já que sua definição legal é clara.

Em distintas palavras a doutrina caminha no mesmo sentido, entendendo que o crime é instantâneo quando é consumado. Já quanto ao crime permanente parte dos autores citados afirma que ocorre quando a consumação se protraí no tempo (Mirabete, Capez, Damásio e Bitencourt), já Nucci, destaca que apesar da consumação, são os efeitos antijurídicos da conduta que permanecem até quando queria o agente.

Destacam-se disso algumas reflexões. Tanto nos crimes instantâneos como nos crimes permanentes há a consumação do delito, exceto na tentativa. Um leitor desatento pode compreender que nos crimes permanentes não existe a consumação, mas há. Então se o crime foi consumado, a ação do agente preencheu os requisitos necessários desde a conduta que iniciou a execução até o seu resultado pretendido. Uma pergunta surge: como essa consumação de protraí no tempo?

Se uma ação inicia a conduta de determinado tipo penal, tendo um nexos causal, gerando um resultado, chegamos à consumação desse tipo. Tal consumação se finda de imediato. É uma ação concreta que acontece com o resultado, realizando-se o resultado ocorre de imediato sua

⁷ BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal*. 2010, p. 253-254.

⁸ NORONHA. *Direito Penal*. 2003.

consumação. O conceito que a doutrina penal brasileira trata sobre o prolongamento da consumação pode trazer outras interpretações e dúvidas sobre essa ação, por ser confuso.

O que é entendido aqui é que no crime permanente ocorre uma nova execução do fato típico. Após sua consumação ele volta a exercer uma nova conduta, ligada por um nexos causal, tendo o resultado pretendido dolosamente. Podemos entender como um ciclo da execução da ação, que passa pela conduta, tendo nexos, chegando ao resultado constantemente, de forma dolosa pelo agente. Poderíamos entender que nesse ciclo se confunde o momento do início da conduta da nova execução e o momento da consumação da anterior, tornando-se algo permanente até o momento que não aconteça mais nenhuma execução, como por exemplo, no caso do sequestro, quando a vítima desaparecida é encontrada.

Assim, a base do conceito do crime permanente passa a ser a execução do fato típico e não, simplesmente, sua consumação, pois nos crimes instantâneos de efeitos permanentes (como ensinam os citados penalistas) a consumação também se prolonga no tempo, como no caso da lesão gravíssima.

Como a consumação é o tipo penal perfeitamente realizado, não basta continuar seu resultado, sendo necessária sua nova execução. Assim, se os crimes permanentes não possuem uma nova execução dos elementos do tipo (conduta, nexos e resultado), serão prescritíveis. Exemplo: o desaparecimento forçado de pessoas não existe no ordenamento penal brasileiro, mas entra em vigor seu tipo penal. Este como crime permanente possui novas execuções pela vontade do agente. A partir da entrada em vigor do tipo penal, a conduta (com nexos e resultado) que vem sendo realizada pelo sujeito ativo passa imediatamente a executar e consumir o crime. Não podendo punir a conduta anterior à lei, mas pode-se punir a conduta contínua após a vigência da lei penal. Assim entende a lei, os tribunais e a doutrina.

Pois, se somente a consumação se protraí (como entende os autores citados anteriormente), não há nova execução, e o sujeito ativo não passa a praticar crime após a vigência do tipo penal, pois não possui os elementos do fato típico e sua conduta anterior não pode ser punida. A conduta, nexos e resultado foram anteriores à lei.

Miguel Reale Junior aponta uma posição um pouco diferente dos demais penalistas brasileiros. Baseando-se Dall’Ora⁹ e Pagliaro¹⁰, conceitua que “o crime permanente, se incrimina esta conduta e também a conduta sucessiva que mantém presente esta situação”¹¹.

⁹ DALL’ORA, A. *Condotta omissiva e condotta permanente*. Milão: Giuffrè, 1950.

¹⁰ PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale*. Milão: Giuffrè, 1972.

¹¹ REALE JÚNIOR. *Instituições de Direito Penal*. 2006, p. 271.

Ensina o penalista Rogério Grego que “diz-se permanente o crime quando a sua execução se prolonga, se perpetua no tempo. Existe uma ficção que o agente, a cada instante, enquanto durar a permanência, está praticando atos de execução”¹².

Foi analisado até aqui o conceito sobre crime permanente. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma que o crime é um permanente ou continuado. Faz-se necessário analisar este outro conceito: que é crime continuado? Dentro do campo doutrinário penal, o crime continuado se encaixa como concurso de crimes. O Código Penal brasileiro disciplina no seu artigo 71 o conceito de crime continuado: Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Rogério Grego elenca alguns requisitos para uma melhor compreensão do crime continuado segundo a lei penal: a) mais de uma ação ou omissão; b) prática de dois ou mais crimes, da mesma espécie; c) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes e d) os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro¹³. Dessa forma, o crime continuado são as várias condutas delitivas que executam crimes da mesma espécie, ou seja, crimes que afetam o mesmo bem jurídico nas mesmas condições delitivas.

Assim, analisando os crimes permanentes, é perceptível que os mesmos não se encaixam na definição legal e doutrinária prevista para os crimes continuados. Os tipos penais de desaparecimento forçado, sequestro e cárcere privado, por exemplo, somente possui uma conduta e não há necessidade de condições semelhantes para um nexo delitivo.

CONCLUSÃO

O trabalho considera que a base conceitual do conceito de crime permanente se encontra na execução prolongada e repetitiva do tipo penal e não na consumação protraída. Tal distinção servirá para o melhor entendimento e aplicabilidade do direito penal, evitando interpretações equivocadas.

Além disso, o entendimento da Corte IDH e de outros juristas nacionais e internacionais que o desaparecimento forçado de pessoas é um crime permanente ou continuado parece ser errôneo. Talvez se aproximasse de uma classificação de crime continuado “e” permanente, pois são características penais distintas. O que existe na verdade é uma confusão na denominação entre crime continuado e crime contínuo, sendo este último sinônimo de crime permanente.

¹² GRECO. *Curso de Direito Penal*. 2010, p. 104.

¹³ GREGO. *Idem*. 2010, p. 572.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol. I, Parte Geral. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12ª edição. Niterói: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FRABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral, 27ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO DIREITO PENAL

Nikarla Aparecida Lima de Melo¹

Maria Luisa Gomes Mendes²

RESUMO

O sistema penal encontra-se sujeito a várias influências, dentre elas a dos meios de comunicação em massa, que ganham destaque no que diz respeito à fomentação e manipulação da opinião pública e termina por interferir nos julgamentos criminais. As conseqüências disso tomam proporções gigantescas, findando até mesmo em precipitadas mudanças legislativas e gerando males ao processo penal.

Palavras-chave: Sistema penal; mídia; informação; manipulação; princípios penais.

ABSTRACT

The penal system is subject to many influences, among them the media, which is highlighted with regard to creation and manipulation of public opinion and ends up interfering in criminal trials. The consequences takes huge proportions, ending in precipitate legislative changes and generating one of the evils of contemporary criminal proceedings.

Keywords: Criminal system, the media, information; manipulation; criminal principles.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como finalidade demonstrar a violação de alguns princípios penais expressos, como a Presunção da Inocência, Contraditório e Ampla Defesa, a Imparcialidade e garantias constitucionais – Dignidade da pessoa humana - através da “Influência da Mídia no Direito Penal”. Além de retratar a interferência nos Tribunais do Júri e nas decisões judiciais. Trataremos ainda de fazer uma análise de crítica sobre a realidade criminal transmitida a sociedade brasileira pelos meios midiáticos.

¹ Nikarla Aparecida Lima de Melo, estudante do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Email: nicarla_65@hotmail.com

² Maria Luisa Gomes Mendes, estudante do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Email: maalugomes@gmail.com

Trata-se de um tema atual e de suma importância, por tratar de garantias fundamentais conferidas a todos os cidadãos e que são cotidianamente violadas a troco de audiência, sensacionalismo e lucro. Os cidadãos se tornam reprodutores dos ideais manipulados por esses veículos de comunicação e acabam não desenvolvendo senso crítico sobre o que está sendo transmitido.

1 DESENVOLVIMENTO

A palavra Mídia³ vem do latim “médium”, que significa “meio”, e consiste em um meio de propagação de informação que viabiliza a transmissão de mensagem a diversos grupos, seja pelo rádio, pela televisão, ou pelo jornal.

Ao falar em mídia somos remetidos ligeiramente a diversas palavras, informação, poder, influência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, violação das garantias constitucionais, formação de opinião, etc. Todas relacionadas ao papel desempenhado pelos atuais meios de comunicações e que serão discutidas ao longo deste trabalho, que tem como principal escopo demonstrar a “Influência da mídia no Direito Penal”, por meio da pesquisa bibliográfica.

É evidente o papel preponderante da mídia como formadora de opiniões, especificamente no tocante às notícias criminais. Via de regra, estas tendem a causar as mais variadas reações na população, seja de espanto, medo, revolta, raiva ou inconformismo. Essas reações acabam gerando conseqüências negativas que refletem na esfera penal e que devem ser cuidadosamente analisadas, de modo que não infrinja os princípios penais e as garantias fundamentais que são conferidos aos cidadãos pela Constituição Federal/88.

Os meios de comunicação de grosso modo, não parecem se preocupar com o limite da liberdade de imprensa (art.5º, incisos IV, V, X, XIII, XIV, da Constituição Federal/88) ou da liberdade de expressão (art.5º, inciso IX, da Constituição Federal/88), até porque a audiência no momento em que está sendo noticiada alguma matéria se torna mais valiosa do que a pessoa humana. Noticiar matérias apelativas, fatos violentos, usar palavras esdrúxulas, é bem mais interessante do que noticiar a verdade e não obter “mídia”. Esse apelo midiático acaba deturpando a realidade dos os fatos e transformando estes em algo mais conveniente de ser transmitido. Isto demonstra que a mídia não visa o interesse público, e sim o interesse do público.

³ HOLANDA, Aurélio Buarque. **Mini dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 8.ed. 2010.

Mas não podemos descartar a relevância que a mídia possui em nosso dia a dia, afinal é um meio prático e cada vez mais rápido de nos manter atualizados sobre as notícias do mundo, viabilizando acesso às informações diversas a qualquer momento. O problema reside na propagação dessas informações, uma vez que a finalidade da mídia é ser formadora de opiniões públicas. Sabemos nós que as notícias divulgadas pelos meios de comunicação, acabam exercendo um papel manipulador, controlador e ditador de regras em nossa sociedade.

Muitos a consideram o “Quarto Poder”, expressão esta utilizada para demonstrar a influência exercida pelos meios de comunicação de massa perante a sociedade e, até mesmo, sobre Estado. No mundo jurídico, a situação não é diferente, conflitos e interferências são ocasionados pela mídia na hora do julgamento. O mundo midiático acaba exercendo relevante pressão no julgador (Juiz de direito), mesmo sabendo que o Juiz tem o dever de permanecer imparcial perante suas decisões, pois se assim não se comportar, estará violando o princípio da imparcialidade (art.5º,incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal/88). Princípio este, estabelecido como garantia de validade da relação processual de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948.

A influência não é exercida somente no mundo jurídico, no Poder Legislativo brasileiro a situação não é diferente, a mídia acaba influenciando a produção legislativa penal, pelo fato dos nossos legisladores acabarem por absorver a opinião pública por meio dos meios de comunicação.

Na esfera penal, os efeitos das más decisões são trágicos e deixam seqüelas, por isso a Magistratura deve ser comprometida com a justiça e os Juízes devem primar pela imparcialidade, sem deixar que as opiniões públicas e suas opiniões ou os meios de comunicação influenciem na hora de suas decisões. Isto constitui uma tarefa árdua, afinal o Juiz também é um ser humano, e como todos nós sabemos estes não são totalmente imunes às influências do meio em que vivem.

O perigo não só reside nas decisões proferidas pelos Juízes de Direito, mas também nas decisões dos Tribunais do Júri, que são compostos por cidadãos comuns, que se equiparados ao saber direito dos juízes, são considerados leigos, e que levam as suas decisões o juízo de valor de que é certo ou errado, o que é admissível ou não, através de opinião/opiniões próprias, que quase sempre são formadas e reformuladas pelas notícias transmitidas pelos mais diversos meios de comunicação. Isso causa repercussão nos julgamentos que são levados aos Tribunais do Júri, pois o que é transmitido pela mídia acaba exercendo grande relevância nesses julgamentos, visto que, quase sempre os jurados acabam sendo meros reprodutores da opinião midiática, e reproduzem aquilo como sendo a verdade absoluta, sem buscar uma análise crítica e aprofundada das circunstâncias apresentadas.

O problema da relação entre a mídia e a população reside na forma de como essas informações são repassadas para os cidadãos. Sendo estes facilmente manipulados e convencidos pelos argumentos e fatos utilizados e demonstrados pelos nossos meios de comunicação, que investigam e julgam sem haver nenhuma sentença transitada em julgado. Os meios televisivos, principalmente, acabam exercendo o poder jurisdicional que é exclusivo do Estado-juiz, quando fazem um pré-julgamento dos indivíduos considerados suspeitos que se tornam de imediato autor do crime. Além disso, diversos vocábulos adjetivos são atribuídos a estes sujeitos, como “assassinos”, “bandidos”, e “marginais” por exemplo, Logo, nessa situação temos a violação do princípio da Presunção da Inocência, consagrado na Constituição Federal (art.5º, inciso LVII). Ao lado da violação do princípio da Presunção da Inocência, temos a violação diariamente dos princípios da Dignidade Humana e do Contraditório e da Ampla Defesa.

Art.5º, inciso LVII da Constituição Federal:

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

[...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” [...]

A preocupação da mídia é mostrar o que lhe é mais convincente, sem se preocupar em expor a vida do outro e tampouco à motivação do fato ocorrido. Esse sensacionalismo termina como supracitado, infringindo diversos princípios e garantias penais e constitucionais.

Somos sabedores que a liberdade de imprensa é garantida na Constituição Federal/88 (CF) no art. 5º, inciso X, e é essencial ao Estado Democrático de Direito, porém deve haver o devido respeito ao(s) limite(s) do(s) outro(s).

CONCLUSÃO

Ao concluir este trabalho espero que tenhamos contribuído para o aprendizado daqueles que tiverem a oportunidade de lê-lo, e que a leitura seja de serventia para que as pessoas possam observar a influência da mídia em nosso cotidiano e passem a enxergar as notícias televisada com uma visão mais crítica.

É necessário que se faça uma análise crítica e que as informações repassadas pelos mais variados veículos midiáticos sejam filtradas antes de serem absorvidas.

A realidade criminal distorcida viola preceitos penais e valores fundamentais, constitucionalmente garantidos.

⁴"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.*].

REFERÊNCIAS

RAHAL, Flávia. **Mídia e Direito Penal**. 13º Seminário Internacional de Ciências Criminais. São Paulo: DVD, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

HOLANDA, Aurélio Buarque. **Mini dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 8.ed. 2010.

⁴ RAHAL, Flávia. **Mídia e Direito Penal**. 13º Seminário Internacional de Ciências Criminais. São Paulo: DVD, 2007

GT 9: Direitos fundamentais dos contribuintes

DIREITO FUNDAMENTAL À ISONOMIA TRIBUTÁRIA: CRITÉRIOS DE DISCRIMINAÇÃO, TESE DO LEGISLADOR NEGATIVO, EXAME DE JURISPRUDÊNCIA E EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS

Afrânio Menezes de Oliveira Júnior¹

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de estudar o direito fundamental à isonomia, os critérios legais utilizados para discriminação, e a tese do legislador negativo. O problema central da pesquisa consiste na investigação da possibilidade de extensão de benefícios fiscais pelo Judiciário. Para tanto, será analisada a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Isonomia; tese do legislador negativo; extensão de benefícios fiscais.

ABSTRACT

This work aims to study the fundamental right to equality, the legal criteria used for discrimination, and the thesis of the negative legislator. The central problem of the research is to investigate the possibility of extension of tax benefits for the judiciary. Therefore, we will analyze the doctrine and especially the jurisprudence of the Superior Courts.

Keywords: Equality; thesis of negative legislator; xtension of tax benefits.

INTRODUÇÃO

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Graduado em Direito pela UFAL (2011) e em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Sergipe – UFS (2001). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (2012) e em Auditoria Contábil Fiscal pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Maceió – FAMA (2007). Fiscal de Tributos da Secretaria de Fazenda do Estado de Alagoas. E-mail: afranioliveira@sefaz.al.gov.br.

Um dos assuntos mais polêmicos no Direito Tributário diz respeito à extensão de benefícios fiscais pelo Judiciário a pessoas que não foram contempladas inicialmente pela lei. Aqueles que se sentem prejudicadas pelas discriminações realizadas pelo Legislativo procuram o Judiciário, requerendo sua inclusão no benefício fiscal, alegando, principalmente, o direito fundamental à isonomia tributária.

O estudo, inicialmente, apresentará as premissas conceituais necessárias à compreensão da matéria, para, em seguida, aplicá-las aos casos concretos catalogadas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Superior Tribunal Federal (STF). Posteriormente, será averiguado se os Tribunais Superiores ainda adotam, indistintamente, a tese do legislador negativo, se a extensão de benefícios fiscais pode ser considerada inovação legislativa, assim como se os Tribunais adotam critérios lógicos e adequados no controle das leis tributárias de isenções fiscais.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À ISONOMIA TRIBUTÁRIA

O texto constitucional especificou a igualdade diante do poder de tributar no art. 150, II, prescrevendo ser vedado aos entes federativos instituir tratamento “[...] desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Inicialmente, importa asseverar que a isonomia tributária, consoante Manoel Cavalcante de Lima Neto,² é classificado, com base no princípio da equivalência, como direito fundamental do contribuinte (art. 5º, *caput*, da CF). A isonomia ou igualdade tributária, nesse sentido, é um reforço, uma especificação do princípio da igualdade geral constante no *caput* do art. 5º da CF, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

Este dispositivo constitucional, consoante assevera Humberto Ávila,³ protege duas formas de igualdade: a igualdade *perante* a lei, também conhecida como igualdade formal; e a igualdade *na* lei, ou igualdade material. A primeira é aplicada de forma uniforme aos cidadãos, independente de seu conteúdo. A segunda, por outro lado, não exige apenas que a lei seja aplicada a todos, determina também que seja igual para todos, que ela própria não contenha distinção arbitrária.

Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴ por sua vez, salienta que “O preceito magno da igualdade [...] é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador”. Nesse mesmo

² LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes – Limitações ao Poder de Tributar**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 74-75.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo:

sentido, Paulo de Barros Carvalho⁵ alerta que a igualdade obriga todos os Poderes. Ou seja, tanto o aplicador, diante da lei, quanto o legislador, ao criar a lei, devem observar a igualdade.

Insta ressaltar ainda que a igualdade é um signo dotado de diferentes significados. Segundo Ávila,⁶ a depender das circunstâncias, “A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; como postulado, estruturando a aplicação do Direito [...]”.

Aldo de Paula Junior⁷ ressalta, no entanto, que a doutrina é pacífica quando entende que a igualdade é um conceito relacional, que envolve a comparação de dois ou mais sujeitos a partir de um determinado critério escolhido pelo legislador, no intuito de promover uma finalidade posta pelo Legislativo.

Igualdade, para Ávila,⁸ é “[...] a relação entre dois ou mais sujeitos, com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de elemento(s) indicativo(s), que serve(m) de instrumento para a realização de uma determinada finalidade”.

As divergências e dificuldades relacionadas à igualdade surgem, porém, no momento de aplicação concreta da lei. Isso decorre, sobretudo, da existência de interesses contrapostos entre a Administração e os contribuintes.⁹ Muitas vezes, os contribuintes entendem merecer tratamento distinto em razão de determinadas particularidades suas; noutras, ao contrário, invoca-se a generalidade da lei como critério de justiça. A isonomia, portanto, é de difícil aplicabilidade, sobretudo considerando o fato de que, como salienta Antônio Roberto Sampaio Dória,¹⁰ “[...] a faculdade de discriminar é da essência do poder tributário”.

Bem, analisados as premissas conceituais acima, cumpre, agora, voltar a atenção para os critérios distintivos adotados na atividade de discriminação legal.

2 CRITÉRIOS DE DISCRIMINAÇÃO

Malheiros, 2013, p. 9.

⁵ CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159.

⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. rev. e amp., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 171.

⁷ PAULA JUNIOR, Aldo de. O princípio da igualdade no direito tributário e a decisão de (in) constitucionalidade nele fundamentada: análise de alguns casos concretos. In: BANCO, Paulo Gonet. **Tributação e direitos fundamentais**. Coord. Paulo Gonet Branco, Liziane Angelotti Meira, Celso Barros Correia Neto. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

⁹ PAULA JUNIOR, Aldo de. O princípio da igualdade no direito tributário e a decisão de (in) constitucionalidade nele fundamentada: análise de alguns casos concretos. In: BANCO, Paulo Gonet. **Tributação e direitos fundamentais**. Coord. Paulo Gonet Branco, Liziane Angelotti Meira, Celso Barros Correia Neto. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

¹⁰ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e “due process of law”**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 128.

É tormentosa a questão da análise da legitimidade dos critérios de diferenciação adotados pelo legislador. Como ressalta Luciano Amaro,¹¹ “Há de examinar-se se o legislador discriminou onde isso lhe era *vedado*, ou se deixou de dessemelhar onde lhe era *obrigatório* fazê-lo. Em ambas as hipóteses, a isonomia terá sido ferida, além de, possivelmente, ter-se agredido a capacidade contributiva”. [grifo do autor]

Segundo Ricardo Lobo Torres,¹² “Qualquer discrimine desarrazoado, que signifique excluir alguém da regra tributária geral ou de um privilégio não-odioso, constituirá ofensa aos direitos humanos, posto que desrespeitará a igualdade assegurada no art. 5º da CF” [grifo do autor]

Celso Antônio Bandeira de Mello¹³ destaca que, para não ocorrer a quebra da isonomia, três questões são fundamentais: a) primeiro, tem-se que investigar aquilo que é adotado como critério discriminatório (fator de discrimen); b) segundo, deve-se verificar se há justificativa racional, ou seja, correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente; c) por fim, impende perquirir se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente está concretamente afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Humberto Ávila,¹⁴ partindo do modelo analítico-funcional,¹⁵ que consideramos ser o mais apropriado para o propósito deste trabalho, assevera que “[...] a igualdade prescritiva só se completa quando estão presentes os seguintes elementos: sujeitos, critério ou medida de comparação, elemento indicativo da medida de comparação e finalidade”.

Assim, Ávila¹⁶ subdivide os elementos estruturais da igualdade em: a) sujeitos: a relação de igualdade pressupõe a comparação entre sujeitos; b) medida de comparação: elemento que exige uma distinção fundada em uma diferenciação factual existente entre contribuintes, que deve ser relevante para contribuir substancialmente com a promoção da finalidade que justifica sua utilização; c) elemento indicativo da medida de comparação: é uma variável necessária à análise da igualdade, na qual se exige que entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo exista uma relação fundada (vínculo de correspondência estatisticamente fundado entre o elemento indicativo e a medida de comparação) e conjugada (o elemento indicativo é escolhido por ser o mais significativo dentre os elementos existentes e vinculados à medida de comparação), além disso, é preciso que a esses elementos estruturais ou conceituais da igualdade sejam agregados elementos

¹¹ AMARO, Luciano. **Direito tributário**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 136.

¹² TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 415.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 21-22.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 20-21.

¹⁵ *Ibid.*, p. 31. A perspectiva, segundo o autor, é analítica porque procurar discernir, explicar e unir os elementos que formam a estrutura da igualdade, mediante o uso (tanto quanto possível) claro da linguagem; é funcional, por sua vez, porque examina a estrutura conceitual da igualdade com a finalidade de fornecer critérios intersubjetivamente controláveis para seu melhor funcionamento.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 42-64.

normativos (compatibilidade com a Constituição); d) finalidade da diferenciação: servem de parâmetro para a escolha das medidas de comparação e devem estar previstas na Constituição.

Após serem analisados os critérios discriminatórios, passaremos a analisar algumas decisões dos Tribunais Superiores e a tese do legislador negativo, com a finalidade de investigar a possibilidade de extensão de benefícios com fundamento na isonomia tributária.

3 A TESE DO LEGISLADOR NEGATIVO: EXAME DE JURISPRUDÊNCIA

O uso da tese do legislador negativo pode ser identificado nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), assim como no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Esta expressão se refere tanto ao dever de afastar as normas inconstitucionais (aspecto negativo), quanto à proibição feita ao Judiciário em criar e inovar o sistema jurídico (aspecto positivo).

No REsp 591.708/RS,¹⁷ a empresa impetrante postula, em caráter genérico e abstrato, usufruir de benefícios fiscais instituídos pela Lei fluminense 4.174/2003 em favor das empresas situadas na Área de Influência do Porto de Sepetiba, ainda que ela não esteja instalada dentro dos limites desse território. O Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, para negar a extensão do benefício, utilizou como um dos argumentos a tese de que, em controle de constitucionalidade, o Judiciário atua como legislador negativo, e não como legislador positivo; não podendo, assim, a pretexto de declarar a inconstitucionalidade parcial de uma norma, inovar no plano do direito positivo, permitindo que surja, com a parte remanescente da norma inconstitucional, um novo comando normativo, não previsto e nem desejado pelo legislador.

Em outros casos, os Tribunais Superiores alegam a impossibilidade de que a legislação tributária seja interpretada de forma extensiva, já que o art. 111 do CTN prescreve que: “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: [...] II - outorga de isenção; [...]”. Então, durante muito tempo nossos Tribunais aplicaram indistintamente este dogma, não acatando pleitos que buscavam a extensão de determinadas isenções a casos semelhantes, ou ainda inteiramente iguais. Todavia, Misabel Abreu Machado Derzi¹⁸ afirma que “já não se pode mais falar também de um significado ‘literal’ inteiramente derivado da legislação, na medida em que a indeterminação semântica da linguagem jurídica é uma característica impossível de ser completamente eliminada, qualquer que seja o sistema jurídico a que façamos referência”. Derzi¹⁹ ressalta ainda que o art. 111 do CTN proíbe unicamente a integração criativa do direito, que vá além do texto da norma. No

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 591.708/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 09.08.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

¹⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1075.

¹⁹ Ibid., p. 1076.

mesmo sentido Ávila²⁰ afirma que o Legislativo estabelece padrões legais, não se atendo a particularidades dos contribuintes, sendo, desse modo, função do intérprete, para concretizar o padrão legal, fazer ajustes semânticos pela conexão da hipótese com a finalidade subjacente.

No entanto, este dogma vem sendo relativizado, pelo menos é o que demonstra a análise de algumas decisões do STJ. Esta mudança de perspectiva, por exemplo, pode ser notada no REsp 523.971/MG.²¹ Neste recurso, o Tribunal estendeu a isenção do IPI na compra de veículo por portador de atrofia muscular progressiva, embora o texto original do art. 1, inciso IV, da Lei n. 8.989/95, estabelecesse que seriam isentas apenas as pessoas que, em razão de serem portadoras de deficiência, “não pudessem dirigir” automóveis comuns. Para esta lei, deficiência visual, mental, atrofia grave muscular, mesmo sendo mais graves que as citadas no texto, foram excluídas do benefício. O STJ, contudo, reconheceu a discriminação arbitrária da lei (elemento indicativo: deficientes que não podiam dirigir automóveis comuns), alegando, inclusive, que o fato de o veículo ser conduzido por terceiros não impediria o gozo do benefício fiscal.

No STF, por outro lado, a tese do legislador negativo é utilizada com mais rigor ainda. Na ADI n. 1.643-1/DF²², que se referia a pedido de inclusão dos profissionais liberais no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), o STF entendeu que não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do incentivo aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado.

Importa notar, contudo, que a medida de comparação utilizada pelo legislador, na regra geral, foi o porte da empresa, e seu elemento indicativo foi a receita bruta anual. Neste caso, observa-se que houve relação fundada, na medida em que o aumento ou a diminuição da receita reflete diretamente no tamanho da empresa. Contudo, quando o legislador excluiu categorias profissionais do benefício, utilizando como medida de comparação o porte da empresa, e como elemento indicativo a profissão (advogado, contador etc.), não existiu uma correlação estatisticamente fundada entre o elemento indicativo e a medida de comparação.

Ademais, a finalidade constitucional do benefício é estimular o desenvolvimento do pequeno empresário, não existindo, dessa forma, justificativa para excluir determinadas profissões, sob o argumento de que os sócios têm condições de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado. Ressalte-se, porém, que a “explicação” do STF não é adequada, pois muitos

²⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 523.971/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 28.03.2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?>>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

²² BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI 1643-1/DF, Rel. Min. Mauricio Correa, Pleno, DJ 14.03.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2816431>>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

profissionais liberais auferem receita bruta anual bem inferior a de outras categorias que foram contempladas pelo benefício, assim como muitos escritórios (de advocacia, de contabilidade etc.) dominam parcela considerável do mercado, concorrendo desigualmente com os pequenos escritórios/profissionais liberais.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o STJ tem relativizado a interpretação para estender benefícios fiscais, aplicando o art. 150, II, da CF (direito fundamental do contribuinte à isonomia). Por sua vez, o STF, tem adotado um posicionamento mais intransigente, pois aplica a tese do legislador negativo a todos os pedidos de extensão de isenção.

Adverte-se, entretanto, que a concessão de benefícios fiscais não torna o ato do Legislador discricionário e imune ao controle judicial. A finalidade eleita pelo Legislativo deve manter relação de pertinência fundada e conjugada com a medida de comparação escolhida, assim como as medidas de comparação devem ser compatíveis com a Constituição, principalmente com os direitos fundamentais dos contribuintes. Cabe ao Judiciário concretizar padrões legais, já que os textos têm múltiplos significados, não se admitindo, portanto, apenas a interpretação literal. O que é vedado é a integração criativa do direito, a analogia, não a extensão de benefícios decorrente de um efeito positivo, gerado após a exclusão de uma restrição discriminatória (efeito negativo). Por fim, importa esclarecer que, alegar a discricionariedade do poder competente para criar critérios discriminatórios arbitrários viola o igualdade.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2012

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 22ª tir. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 591.708/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 09.08.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e “due process of law”**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes – Limitações ao Poder de Tributar**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

PAULA JUNIOR, Aldo de. O princípio da igualdade no direito tributário e a decisão de (in)constitucionalidade nele fundamentada: análise de alguns casos concretos. In: BRANCO, Paulo Gonet. **Tributação e direitos fundamentais**. Coord. Paulo Gonet Branco, Liziane Angelotti Meira, Celso Barros Correia Neto. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIREITOS DOS CONTRIBUINTES E MUDANÇA JURISPRUDENCIAL: O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS

Antonio Alves Pereira Netto¹

RESUMO

O presente trabalho trata da importância da previsibilidade dos atos estatais para os direitos dos contribuintes e, para isso, faz análise sobre o papel da segurança jurídica no direito tributário e sua correlação com o princípio da irretroatividade. Discorre sobre como as características da sociedade do século XXI, também chamada de "sociedade da informação", tem repercutido no direito e os problemas que lhe são decorrentes. Destaca como o excesso de disposições normativas, notadamente em âmbito tributário, tem prejudicado a confiabilidade no ordenamento jurídico, motivo pelo qual as decisões judiciais passam a desempenhar função anteriormente típica das leis. Demonstra que as manifestações jurisdicionais têm recebido maior atenção da sociedade, motivo pelo qual geram expectativa legítima acerca do entendimento jurídico que estiver sendo veiculado mediante jurisprudência. Defende, ao fim, que as mudanças de entendimento jurisprudencial, em direito tributário, devem também estar sujeitas ao princípio da anterioridade e, por isso, terem seus efeitos modulados, considerando a necessidade de preservação da segurança jurídica em favor dos contribuintes, que planejaram suas ações fiscais conforme a manifestação dos tribunais.

Palavras-chave: Direitos dos contribuintes; modulação de efeitos; mudança de jurisprudência.

ABSTRACT

This paper addresses the importance of predictability of state acts for taxpayers' rights and, therefore, makes analysis of the role of legal certainty in tax law and its correlation with the principle of non-retroactivity. Discusses how the characteristics of the society of the XXI century, also called "information society", has passed the law and the problems that are arising. Out as the excess regulatory provisions, especially in the sphere of taxation, has undermined the reliability of the legal system, which is why the judicial decisions are to play the typical role earlier laws. Demonstrates that the demonstrations courts have received increased attention from society, why generate legitimate expectation on the legal understanding that is being propagated by law. Argues, finally, that the legal understanding changes in tax law should also be subject to the principle of precedence and, therefore, have its effects modulated, considering the need to preserve legal certainty in favor of the taxpayers, who planned their fiscal actions as the manifestation of the courts.

¹ Mestrando em Direito Público pela UFAL, especialista em Direito Tributário pelo IBET, advogado. E-mail: antonioatn@gmail.com

INTRODUÇÃO

O homem, instintivamente, sempre possuiu, como ainda possui, necessidade contínua de sentir-se seguro. Não por outra razão, ao longo da história, diversos mecanismos foram manejados no intuito de amenizar as incertezas geradas pelo futuro, para proporcionar-lhe sensação de conforto. Não por outro motivo, igualmente, a ideia de segurança sempre esteve inserida no ordenamento jurídico, mas com contornos e cargas axiológicas variados no espaço e no tempo, embora nunca como valor absoluto².

Há de se ver, pois, que a segurança e, de igual forma, a segurança jurídica, não é propriamente um objetivo final da sociedade ou do ordenamento, mas um meio para que os seus objetivos sejam atingidos. É certo, pois, que o Estado se presta a garantir, por exemplo, as liberdades individuais e que, para isso, se vale da tributação como forma de obter recursos para efetivar suas ações, mas é certo que não se pode, sob esse pretexto, expor os indivíduos a circunstâncias instáveis ou que lhes levem a incertezas sobre como agir ou sobre o que esperar do poder estatal. Daí porque, em sua maioria, as garantias dos contribuintes se dão em oposição ao Estado, mas não para simplesmente tolher as suas ações, mas para torná-las *previsíveis*.

Em busca dessa previsibilidade, as decisões judiciais sempre foram um parâmetro de boa referência acerca das dicções jurídicas. É certo, entretanto, que diante da marcante imprevisibilidade que acomete o ordenamento jurídico nos tempos atuais, editado de forma a comportar interesses plurais de uma sociedade altamente complexa, a jurisprudência recebe maior atenção do corpo social, aumentando a sua importância como orientadora de condutas, gerando aos cidadãos expectativa legítima de acordo com suas manifestações.

O presente trabalho pretende demonstrar a necessidade de que, em casos de mudança de jurisprudência, a decisão judicial esteja também submetida ao princípio da irretroatividade, o que implica, necessariamente, na modulação de seus efeitos como forma de assegurar a previsibilidade das ações estatais. Argumenta-se também que em direito tributário essa necessidade de modulação se justifica no direito fundamental à liberdade e na proteção à dignidade humana, uma vez que, em matéria financeira, tais direitos se concretizam majoritariamente na autonomia individual, inclusive mediante planejamento tributário.

1 A NECESSIDADE DE PREVISIBILIDADE DAS AÇÕES ESTATAIS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

² RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança Jurídica do Contribuinte** (Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 01.

O tema trazido está intimamente relacionado com o papel que a Segurança Jurídica desempenha no direito tributário. Já de início, pode-se dizer que a ideia de segurança, entendida como um valor social a ser alcançado, por mais intangível que seja, sempre esteve na base da sociedade e do ordenamento jurídico. Sabe-se que na antiguidade o agrupamento social tinha como objetivo proteger os indivíduos dos perigos da vida selvagem, onde, mediante a colaboração de todos para garantir segurança ao grupo, poderiam sentir-se livres. Desde aí, portanto, a segurança figura como *meio* para alcance da liberdade³.

Ao longo da história, essa formatação básica não mudou, embora permanecendo por meio de discursos os mais diversos. A segurança e a liberdade sempre estiveram relacionadas, embora, igualmente, condicionadas aos deveres para com o agrupamento social.

No modelo de Estado Fiscal, esse dever se compõe, principalmente, pela contribuição pecuniária para a manutenção do Estado, de onde emerge a tributação e o Poder de Tributar no sentido em que conhecemos. O Poder de Tributar tem como finalidade prover ao Estado recursos para viabilizar a concretização dos objetivos centrais do sistema, que, atualmente, são a dignidade humana e os direitos fundamentais. Esses objetivos são o fundamento e os limites que delineiam o espaço de atuação da tributação. No sistema jurídico brasileiro, justificam e limitam o poder de tributar, mais notadamente, os valores da liberdade e da igualdade, direcionados, também, ao atingimento do direito à propriedade privada e ao livre exercício da atividade econômica⁴.

É de se ver, portanto, que também no direito tributário os direitos fundamentais são dotados de ambivalência, como afirma Alexy⁵. Consiste numa perda de fração do direito de liberdade, mas em favor do próprio direito de liberdade, pois ao mesmo tempo em que liberta o indivíduo de prestações pessoais junto ao Estado, o obriga pecuniariamente, mas desde que na medida em que não prejudique a sua liberdade econômica.

Na execução de todo esse sistema, em sede de direito tributário, a segurança jurídica se situa justamente no resguardo da forma como é possível ao Estado atuar nesse sensível limite de intervenção nos direitos fundamentais. Como é bem sabido, a tributação incide de forma imediata e incisiva sobre os direitos de liberdade e propriedade, daí porque, em boa parte, as garantias constitucionais conferidas aos contribuintes se dão em *oposição* ao Estado, mas não para simplesmente tolher as suas possíveis ações, mas para torná-las *previsíveis*. “Em sua relação com o

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Liberdade. In: Adilson Rodrigues Pires; Heleno Taveira Tôres. (Org.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário - Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 1, p. 431-471. pp. 432-438.

⁴ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes**. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 25.

⁵ ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 38.

direito objetivo, o valor da segurança jurídica desponta na certeza e previsibilidade do ordenamento positivo”⁶.

Num ambiente de incidência sobre a propriedade e sobre as relações econômicas, o direito de liberdade emerge no respeito à autonomia do indivíduo para gerir o seu patrimônio da forma que melhor lhe aprouver, tocando, inclusive, a sua dignidade.

Segurança jurídica é, igualmente, um meio de garantir a dignidade da pessoa humana, o respeito à dignidade abrange o tratamento do homem como pessoa capaz de planejar o seu futuro. O homem é um ser orientado para a ação futura, que procura, no seu agir, estabilizar o futuro. A garantia da dignidade engloba, pois, o respeito da autonomia individual do homem⁷.

É nesse sentido que se orientam, pois, os princípios da legalidade e da irretroatividade, que no direito tributário se desdobra também na anterioridade. A legalidade está fundada na necessária existência de um, ainda que pressuposto, consenso, no sentido de que as exações só serão instituídas após deliberação pública a seu respeito. A irretroatividade, por sua vez, tem como objetivo preservar a certeza das situações já consolidadas, evitando que as mudanças legislativas alterem fatos pretéritos, gerando incerteza quanto ao passado. A anterioridade, também, se presta a conceder um espaço de tempo razoável para que haja plena publicidade acerca das mudanças legislativas, de modo que os cidadãos possam, em tempo hábil, organizar suas ações com relação a tal mudança, por meio de planejamento. São, pois, mecanismos de segurança que o cidadão se vale em face do Estado.

2 OS ELEMENTOS SOCIAIS E JURÍDICOS QUE CAUSAM INSEGURANÇA NA ATUALIDADE

Entretanto, além dos jurídicos, há uma série incontável de fatores capazes de gerar insegurança à sociedade, com relação aos quais o direito também deve se adequar e lidar. Aqui, chama-se atenção para a heterogeneidade de valores e expectativas que se apresentam numa sociedade complexa, marcada, inclusive, pelo excesso de informação que é disponível à população, onde se incluem as informações jurídicas.

Vive-se, no nosso tempo, em uma sociedade plural, também denominada de sociedade de risco, sociedade global ou sociedade da informação. Esse tipo de sociedade qualifica-se, em primeiro lugar, pela existência de uma enorme quantidade de informações. Pense-se na quantidade de leis, de leis complementares, de decretos, de instruções normativas, de pareceres normativos, de soluções de consultas, relativas às três órbitas federativas, referentemente a cada um dos tributos previstos no Sistema Tributário Nacional. Amplie-se, agora, para, além desse material normativo, abranger também o Direito Internacional, o

⁶ RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança Jurídica do Contribuinte** (Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 227.

⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

Direito Comunitário e o Direito Comparado. Reflita-se um instante acerca das decisões administrativas e judiciais sobre cada uma dessas normas, bem como os livros e artigos publicados a esse respeito. A comprovação é quase intuitiva: a quantidade de informações é gigantesca. Esse material informativo, embora possibilite uma maior compreensão do mundo, paradoxalmente contribui para o aumento da incerteza: quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior é a possibilidade de se prever o futuro; contudo, quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior também é aquilo que precisa ser previamente considerado e avaliado⁸.

A esse ambiente caótico, somam-se os mais variados interesses que emanam dos diferentes grupos sociais, aos quais é garantida a representação democrática de modo que o legislador se vê na tarefa de melhor contemplar, em suas disposições, um maior número de pleitos. Para isso, se utiliza da técnica da prescrição de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, garantindo ainda uma mais longa atualidade do texto utilizado, porquanto menos suscetível de obsolescência diante das constantes mudanças sociais.

Com isso, se acentuam as dificuldades em promover um sistema mais seguro, no sentido de previsível, o que ocorre por três dificuldades principais, apontadas por Humberto Ávila: A primeira delas é a *falta de inteligibilidade* do ordenamento ocasionada pelo excesso de informações, regulamentações e modificações operadas pelas diferentes esferas jurisdicionais que concorrem normatizando acerca da mesma matéria, por vezes incidentes no mesmo espaço territorial, o que torna as disposições normativas confusas e contraditórias, além de reduzir a sua função orientadora de condutas. O excesso de regramentos, em razão da constante modificação das normas, faz com que o ordenamento jurídico *perca em confiabilidade* junto ao cidadão, caracterizando a segunda dificuldade que se quer apontar. Nesse contexto, pouca é a certeza a respeito de qual seja a norma aplicável, ou mesmo se ela é ou se continuará válida. Assim, com a dificuldade de apreensão das informações jurídicas até pelos próprios juristas, perde-se a capacidade de previsão das decisões judiciais, principalmente pela constante mudança de orientação dos Tribunais, ainda que se analisem as decisões provenientes do mesmo órgão julgador. Portanto, a terceira dificuldade que aqui se cuida é a *falta de calculabilidade* do sistema, proporcionando na doutrina o surgimento de termos como "direito gasoso", ou "jurisprudência zigue-zague"⁹.

3 O CARÁTER INDUTOR PRESENTE NAS DECISÕES JURÍDICAS E A NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS

Assim, o que ocorre é o transporte do conflito de interesses para o momento da decisão judicial, fazendo com que a manifestação jurisdicional seja o principal, quando não o único,

⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 45-46.

⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

parâmetro concreto que o indivíduo tem como referência para as suas condutas, por consistir em leitura *autêntica* do sistema, gerando certa expectativa, ainda que precária, de que o ordenamento também se comporte daquela maneira com relação às suas ações.

Embora não seja efetivamente uma novidade a concepção de que toda manifestação judicial tem algum conteúdo criativo, principalmente diante da inafastável vagueza que acomete a todas as expressões linguísticas, o que se vê é que essa característica tem se acentuado diante de tais fatores, principalmente pelo excesso de utilização de conceitos indeterminados.

Ocorre que o Poder Judiciário, historicamente, não tem desempenhado esse papel de tanta visibilidade, motivo pelo qual parcela da doutrina defende que alguns dos princípios representativos da segurança jurídica não são a ele aplicáveis. É o que se afirma com relação à anterioridade e à irretroatividade, que, a rigor, não são direcionados às decisões judiciais, mas às leis. Para tal entendimento, alinhado a uma ideologia positivista mais tradicional, as decisões jurídicas devem estar baseadas nas leis, de modo que, se as leis não podem ser retroativas, as decisões judiciais também não serão, por consequência. A irretroatividade das leis alcançaria as decisões judiciais por reflexo, dada a natureza de cada esfera de poder, o que, entretanto, tem se mostrado insuficiente diante dos contornos atuais do sistema jurídico. O ato judicial tem ganhado amplitude, havendo diversas possibilidades interpretativas que conflitam a partir do mesmo texto legal.

Em matéria tributária, há muito disso. No que se refere ao pagamento de débitos tributários por meio de dação em pagamento, o Tribunal, em 2003, negava a competência do Estado-Membro criar novas formas de extinção do crédito tributário. Em 2007, no entanto, passou a admiti-la. No tocante ao depósito recursal de 30% do valor em discussão para a admissão do recurso administrativo, o Tribunal, em 1995, decidiu pela sua compatibilidade com o devido processo legal. O referido Tribunal, em 2007, decidiu pela sua incompatibilidade com o mesmo princípio, com o direito de petição e com o dever de proporcionalidade. Quanto ao direito aos créditos do imposto sobre circulação de mercadorias nas operações beneficiadas com redução de base de cálculo, o Tribunal, em 1997, declarou a inconstitucionalidade de norma proibitiva da compensação do valor recolhido na operação anterior, em razão do conflito com o princípio da não-cumulatividade. Em 2005, o mesmo Tribunal admitiu a sua constitucionalidade, por entender que a redução da base de cálculo é uma isenção fiscal parcial. No que se refere à aplicação da regra de anterioridade no caso de isenção, o Tribunal, em entendimento firmado em 1993, reconhecia que tal regra não se aplicava ao caso de revogação de isenção. Em 2006, mediante interpretação conforme a Constituição, decidiu que deve ser respeitada a anterioridade nesse caso¹⁰.

Diante do ambiente caótico ora instalado, as manifestações judiciais, principalmente as dos tribunais, são a dicção jurídica mais concreta que os indivíduos têm acesso e, por ser uma interpretação autêntica do sistema jurídico, emanam efeitos para muito além das partes presentes no

¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 58. O autor trata, respectivamente, das seguintes decisões: ADI n. 1.917 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 19.9.203; ADI n. 2.405 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marlos Britto, *DJ* 17.2.2006; ADI n. 1.049 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 25.8.95; ADI n. 1.976, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 18.5.2007; RE n. 161.031, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 6.6.97; RE 174.478, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para Acórdão Min. Cezar Peluso, *DJ* 30.9.2005; RE n. 99.431, 2ª Turma, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJ* 6.5.83, Súmula n. 615; ADI n. 2.324 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 18.6.93.

processo, de modo que gera a expectativa de que os tribunais se manifestem daquela mesma maneira em casos semelhantes.

Misabel Derzi¹¹ chama atenção para o fato de que, quanto ao conteúdo jurídico, a diferença básica entre a lei e a sentença está na compreensão e na extensão presente em cada uma delas. Diz-se, nesse sentido, que as decisões judiciais são ricas em compreensão, mas restritas em extensão, ao passo que as leis seriam fracas em compreensão, mas extremamente abrangentes em extensão. Todavia, já pode se dar como suficientemente demonstrado, pelo que até aqui exposto, que os pronunciamentos judiciais vêm alcançando maior abrangência, de modo que as decisões repetitivas, formadoras de uma jurisprudência, ao passo em que se consolidam, geram certa expectativa normativa, aproximando-se da norma legal, mas sem confundir-se com ela. Embora não haja um comando normativo coercitivo ou vinculativo a partir das manifestações jurisprudenciais reiteradas, a indução do comportamento é tamanha que deve ser reconhecido como equiparado, mas, também, respeitadas as devidas peculiaridades. Tal ocorre porque em cada provimento judicial, em que pese enunciar uma norma individual e concreta, resolvendo um caso específico, traz de fundo, ainda que subentendida, uma regra geral aplicável ao caso. Na medida em que essas normas gerais se repetem, maior é a confiança de que tal pronunciamento se repita.

Sem espaço para dúvidas, a norma judicial adquire o mesmo aspecto indutor originariamente presente apenas nas leis. As decisões dos tribunais, portanto, são elementos provocadores, modificadores e inibidores de condutas. Assim, em nome da segurança jurídica, impõe-se que mudanças de entendimentos jurisprudenciais se sujeitem ao princípio da irretroatividade, por representarem ou se equipararem a verdadeira mudança normativa. Em decisões em controle de constitucionalidade, o STF deixou de reconhecer o papel indutor presente nas decisões judiciais, negando a modulação dos efeitos das decisões em controle de constitucionalidade, a despeito de farta jurisprudência do próprio Tribunal em sentido contrário. Esse evento pode ser constatado no julgamento dos RE nº 556.664, 559.882, 560.626 e 559.943, julgados conjuntamente, dos RE n. 377.457 e 381.964, e dos RE n. 353.657 e 370.682, também julgados de forma conjunta, mas a questionável fundamentação utilizada para negar a modulação de efeitos transborda as linhas desse sucinto trabalho.

CONCLUSÃO

O que aqui se defende, portanto, é que a segurança jurídica, na qualidade de sobreprincípio, e os seus princípios decorrentes, tais quais a anterioridade e a irretroatividade, não têm seu cerne

¹¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009, pp. 574-577.

vinculado à natureza do ato a que se dirige, se lei, decreto, ou decisão judicial, mas ao estado de coisas que visa resguardar. Por tal razão, é necessária a ampliação substancial de tais mandamentos, devendo incidir, em alguns casos, também com relação às manifestações judiciais, quando a hipótese demonstre essa necessidade, que fica mais patente quando se trata da manifestação reiterada dos Tribunais, principalmente se dos Tribunais Superiores, que têm forte autoridade interpretativa no sistema jurídico, impactando não só nas ações individuais, mas nas próprias manifestações judiciais, mesmo nos casos em que não há vinculação entre os pronunciamentos.

Nesse contexto, defende-se a necessidade de modulação de efeitos sempre que se constate mudança de entendimento jurisprudencial com prejuízo ao contribuinte, tomando como fundamento, para tanto, a aplicação plena e direta dos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, corolários da segurança jurídica e garantidores da autonomia individual frente à tributação, ou seja, da liberdade de planejamento, da autonomia individual e do livre exercício das atividades econômicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes**. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Recife: Nossa Livraria, 2005.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança Jurídica do Contribuinte** (Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Liberdade. In: Adilson Rodrigues Pires; Heleno Taveira Tôres. (Org.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário - Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 1, p. 431-471.

O ACESSO A INFORMAÇÕES PELO CONTRIBUINTE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Arthur de Melo Toledo¹

RESUMO

O trabalho tem o objetivo de discutir a normatividade incidente sobre a prática da administração tributária em não conceder franco acesso às informações de interesse do contribuinte. Para tanto, será referenciado como marco a Constituição e os princípios nela encerrados sobre o republicanismo, princípio democrático e da dignidade da pessoa humana, como lastreadores do princípio publicidade, que devem imperar no âmbito da administração pública, refletindo sobre as medidas judiciais cabíveis em face da administração para seja franqueado o acesso à informação.

Palavras-chave: Contribuinte; administração tributária; acesso à informação; direitos fundamentais.

ABSTRACT

This paper discuss the incident law above the practice of tax administration in not granting free access to information of interest to the taxpayer. Therefore, the Constitution is referenced as guide through the principles of republicanism, democratic and principles of human dignity, which must prevail in the public administration, as well as reflect on the legal measures in the face of the administration to be allow access to information.

Keywords: Taxpayer; tax administration; access to information; fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Como militante na área do Direito Tributário, especialmente na proteção dos interesses do particulares, tive a oportunidade de presenciar alguns eventos ligados à sonegação (com o perdão da ambiguidade) pela administração tributária de informações de interesse dos contribuintes, estejam estes submetidos às fiscalizações, ou não.

¹ Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Mestrando em direito pela Universidade Federal de Alagoas. arthurtoledo@me.com

Exemplos do que vem ocorrendo e que provocou a reflexão a ser esboçada no presente foram: i) sonegação de informação sobre a existência ou conteúdo de procedimentos de fiscalização; ii) ocultação do conteúdo de documentos lavrados pelas autoridades fiscalizadores; iii) negativa de cópia dos documentos avulsos ou de procedimentos administrativos; iv) negativa de informar a origem de dívidas expressas numa certidão de dívida ativa (CDA); v) não emissão de certidão negativa de débitos tributários.

Talvez tal prática venha a decorrer da nível avançado de adversariedade que instaurou-se entre fisco e os contribuintes, na medida em que aquele virou algoz deste, num Estado cuja representatividade dos tributos e a complexidade da administração tributária está em vias de inviabilizar atividades econômicas.

Ponto comum à estes eventos, evidentemente ilícitos, é a obliteração sobre a posição do fisco em relação ao contribuinte e qual o conjunto de informações que o fisco detém sobre este, impedindo o seu direito basilar de conhecimento de fatos de seu interesse.

Ou seja, a Fazenda Pública no que toca à administração tributária, vem praticando atos contrários à publicidade, ao seu papel republicano e democrático, aspirando ressurgir como um ente distinto da vontade coletiva e social, deixando de ser um serviçal do povo, para novamente tornar-se um ente autônomo adversário do interesse público e revelar somente o interesse dos sujeitos que estão circunstancialmente como representantes do erário.

Assim, as reflexões abaixo esposadas tratam dos marcos legais, especialmente após a Lei nº 12.527/2011, doutrinários e jurisprudenciais sobre a necessidade e prerrogativa do contribuinte ter franco e amplo acesso à todas as informações sobre este, diante da necessária sujeição do Fazenda Pública em fornecer as informações solicitadas pelo particular.

1 A INFORMAÇÃO E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A informação, como conjunto de dados geradores de sentido, agrupáveis, que permite a compreensão e a transmissão, tem assumido na sociedade atual um papel de extrema relevância, na medida que expõe um situação de vantagem por quem a detém ou a domina².

Ademais, nos moldes do Estado atual, como o conciliador dos interesses individuais, fomentador da atividade econômica e do desenvolvimento social e realizador do projeto constitucional humanista, este tem que armazenar, gerir e processar informações, inclusive para realizar as funções típicas atribuídas aos poderes políticos.

Exemplo de quão claro é o que afirma que o primeiro momento imputacional, no atual sistema, é a concepção no ventre materno, em que a lei lhe atribuí uma série de efeitos jurídicos,

² SERRA, J. Paulo., *Manual da teoria da comunicação*. Covilhã: Labcom, 2007.

gerando a necessidade aglomeração desta informação. Em resumo, quando há a concepção, à lei (Lei nº Art. 10. L. 8.069/90) impõe que tal constatação seja informada e armazenada pela administração pública para a permitir os fins diversos.

Com o nascimento do sujeito, ocorre uma série de manifestações fáticas que, são necessariamente documentadas ainda na unidade hospitalar, que logo são levadas ao serviço público registral, que, por sua vez, leva ao governo federal para fins de registro populacional e logo são levados a cabo os cadastros nos órgãos estaduais e logo imposto o registro em cadastro de CONTRIBUINTES em órgãos federais.

A manifestação do sujeito em sociedade, mesmo antes de seu nascimento, pressupõe a participação estatal, para transformar os fatos em informações e documentá-los.

Todavia, esta realidade devassada da existência sujeito não se desagrega da finalidade que o ente público almeja ao fazê-lo. Não é o fato de poder documentar a vida do sujeito, dentro permissivo da regulação em face do restritivo da dignidade da pessoa humana, que confere-se à administração uma posição vantajosa e livre manejo destas informações.

2 A REPÚBLICA, A DEMOCRACIA E A DIGNIDADE COMO PRIMADOS DO ESTADO

O constituinte expôs no artigo 1º da Constituição Federal que, entre outros, o primado republicano, democrático e da dignidade da pessoa humana os fundamentos do Estado brasileiro.

Então, o republicanismo exalta a conformação do Estado como elemento necessário ao governo da coletividade manifestado pela concepção da satisfação do interesse da coletividade, assumindo o ente público uma representatividade do que ambicionam os sujeitos particulares. Em outros termos, propõe o espaço público como um âmbito conciliador e realizador dos interesses dos particulares sob sua ingerência³.

Ainda, analisar-se-á, o princípio democrático e da dignidade da pessoa humana, como marco para a atuação do Estado, principalmente para, exaltar a necessária da observância deste pelo Estado em decorrência da administração tributária.

3 O SIGILO DE INFORMAÇÕES IMPOSTO PELO FISCO AO CONTRIBUINTE

A informação gerida pelo ente público sobre o particular, pode repercutir em várias esferas de relevância jurídica, tais como a criminal, a da cidadania, a das políticas sociais e, para o nosso tema, a tributária.

³ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Agir, e proceder com a atuação tributária, sempre será gerir, armazenar e buscar por informações, para ultimar a análise do que lhe é mais relevante, a aferição da ocorrência do fato gerador dos tributos e a cobrança da quantia correspondente.

Toda a gigante máquina da administração tributária, com suas extensas regras sobre obrigações acessórias, presunções e demais mecanismos de praticidade tributária, por fim, pretende gerir, armazenar e buscar a informação sobre a incidência dos tributos e como melhor arrecadar a quantia à estes correspondentes⁴.

Diferentemente do que tem sido objeto de debate de forma arraigada pela doutrina, o objeto do presente texto não é debater a contenção das informações fiscais pelo fisco e como este não pode promover a abertura desta para com terceiros ou com outros âmbitos administrativos, sempre referido ao artigo 198 do Código Tributário Nacional⁵.

No presente debate está a controvérsia sobre a sonegação de informação ao contribuinte sobre os fatos de seu interesse que ocorrem no âmbito da administração tributária e seu direito de acesso à estas.

Em síntese, estes são alguns eventos recorrentes que representam a sonegação de informação pelas administrações fiscais: i) sonegação de informação sobre a existência ou conteúdo de procedimentos de fiscalização; ii) omissão do conteúdo de documentos lavrados pelas autoridades fiscalizadores; iii) negativa de cópia dos documentos avulsos ou de procedimentos administrativos; iv) não identificação da origem de um dívida expressa numa CDA; v) não emissão de certidão negativa de débitos tributários.

Então, a negativa em franquear acesso às informações ao contribuintes sobre tais fatos de extrema relevância há, direta afronta aos primados, republicano democrático e da dignidade da pessoa humana, maculando a própria essência do Estado fundado na Constituição de 1988.

As referidas ocultações, além de presuntivamente violadores da ordem constitucional, expõem afrontas à realização no mundo de outros direitos dos contribuintes, tal como a ampla defesa em processos judiciais e administrativos, o creditamento de valores que lhes podem ser devidos, a definição de estratégias sobre a escolha da prática de negócios jurídicos (livre iniciativa), participação em licitações, etc.

Inadequado é supor, numa espécie de presunção de torpeza, que o administrado comporta-se como um delinquente na iminência de frustrar o fisco, e supor que o fisco possa contar com um acervo de informação sobre um sujeito, sem que este possa saber tal conteúdo.

A impressão, mesmo com menor cientificidade e maior empirismo, é que tal postura não se trata de uma resquício dos tempos ditatoriais, mais de uma nova faceta do Estado posterior à

⁴ BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: NOESES, 2007.

⁵ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 462-466.

Constituição de 1988, que representa o círculo vicioso de descrédito em sujeitos, da seguinte maneira: a) o fisco não é confiável, já que usa de expedientes imprevisíveis e agressivos, diante das posturas evasivas dos particulares; b) o particular não confia no fisco, por conta dos expedientes e agressivos empregados pelo fisco, tendo que empregar condutas evasivas, para manter o empenho de suas atividades.

O equilíbrio da atividade tributante em relação ao exercício à atividade econômica é crucial para o atingimento do fins constitucionais previstos no artigo 3º, sendo que para isto, sem dúvidas, cumpre haver o correto e preciso acesso do contribuinte à todas as informações de natureza tributária ostentada contra este.

4 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE CONDUZEM AO ACESSO À INFORMAÇÃO

A Constituição traz de forma precisa algumas pontuações sobre tema, especialmente o inciso XXXIII do artigo 5º e o caput e inciso II do §3º do artigo 37, os quais exortam a administração o dever, e este fundamental, de obedecer ao direito fundamental do particular em ter em seu favor apresentado e entregue todo e qualquer documento com seu envolvimento em matéria de administração tributária⁶.

Cumpre então analisar a melhor doutrina constitucionalista e tributarista sobre o tema, para concluir se há a eficácia direta e imediata destas proposições.

5 IMPOSIÇÃO À ABERTURA E A LEI DO ACESSO À INFORMAÇÃO

Visando regulamentar o projeto constitucional para o pleno acesso aos dados dos particulares, após o árduo *iter* no âmbito do Congresso Nacional, foi aprovada a lei número 12.527/11, cujo objeto primordialmente é a regulamentação do acesso à informação⁷.

Esta legislação exige de forma clara o franco acesso dos contribuintes aos seus dados, geridos, armazenados e transmitidos na administração tributária, sendo o referencial procedimental para a implementação, ainda não judicial, deste descortinamento sobre as informações.

Não bastasse, no âmbito federal a Lei número 9.784/99 que rege o processo administrativo federal, utilizada como base para outras legislações municipais e estaduais, também impõe (art. 2º, V) exige um processo franco e aberto conferindo ao particular pleno acesso às informações de seu

⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

⁷ SERRA, J. Paulo., *Manual da teoria da comunicação*. Covilhã: Labcom, 2007.

interesse. Aliás, o próprio Código Tributário Nacional (CTN) no seu artigo 196 impõe o pleno acesso ao particular dos atos de fiscalização.

Tais disposições legais não conflitam com a disposição do artigo 198 que trata do sigilo fiscal, na medida em que o beneficiário do acesso à informação é o próprio contribuinte protegido pelo contra a pulverização para terceiros.

6 A ORDEM JUDICIAL PARA A ROMPER DO SIGILO IMPOSTO E AS CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DA NECESSÁRIA ABERTURA DE ACESSO À INFORMAÇÃO

O Poder Judiciário deve funcionar como o substituto à omissão do Estado-Administração em fornecer os documentos fiscais, através do meios próprios traçados em lei. Para tanto, o particular, conforme sua hipótese de cabimento, precisa manejar ações como o habeas-data, a exibição de documentos no bojo do processo de conhecimento ou mandado de segurança, ou a ação cautelar de exibição de documentos⁸.

Sem alongar para não perder o foco, cumpria analisar estes tipos procedimentais que permitem o esclarecimento das informações porventura ocultados pelo fisco, como remédio ao acesso à informação pelo contribuinte.

O Judiciário, desconhecedor dos arbitrariedades operadas cotidianamente no fisco no que se refere ao acesso às informações, vem proferindo decisões destoantes do sentido de realidade social, como decidido no REsp: 1239257 PR que entende desnecessária a colação do processo administrativo viciado diante da presunção de certeza, liquidez e exigibilidade de que goza a CDA. Por outro lado, tal compreensão vem sendo modificada na medida em que vem percebendo que esta prática tornou-se corrente, como se infere do REsp 1398719 PR.

Diante da ausência de unanimidade de entendimento, muito precisa avançar o Poder Judiciário, no que se refere à compreensão sobre as práticas de sonegação de informação pela administração tributária, para só então, através de sua atuação relevante, seja promovida a o constitucional acesso à informação pelo contribuinte.

O sistema jurídico não poderia passar ao largo da afronta aos primados republicano, democrático e da dignidade, além da clara publicidade que já foram mencionados no tópico acima.

A represália à omissão ilícita de informações ao particular deve ocorrer no campo do direito criminal, como no campo da tutela administrativa-civil, ao se concluir num primeiro momento que há possibilidade da constatação de prevaricação, improbidade administrativa por violação aos

⁸ CAIS, Cleide Previtalli. *O processo Tributário*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

princípios da administração pública, além das reparações por danos morais e materiais que possam ter sido percebidos pelo particular.

CONCLUSÃO

Ainda, em sede de resumo expandido, obtempera-se que o número significativo de decisões judiciais tem revelado a postura da administração tributária, em todos os seus níveis, em sonegar relevantes informação envolvendo aos contribuintes.

A ocultação de informação pela administração tributária viola aos primados básicos da Constituição Federal, especialmente o princípio republicano, democrático e a dignidade humana e da publicidade, que é consectário aos demais.

Não bastasse, ainda em a nível constitucional, há a ordem normativa de apresentação de todas as informações de interesse do contribuinte, nos termos do inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição e do §2º do artigo 37 da Constituição Federal.

Em nível infraconstitucional a lei número 12.257/11, a lei do processo administrativo federal e a lei do processo administrativo tributário possuem os imperativos de eficácia aclarada para exigir a apresentação das informações pretendidas pelos contribuintes.

Não observadas as imposições legais e constitucionais, como maneira de impedir a ocultação de informação, seria a necessária a veiculação de medidas judiciais, já consagradas, inclusive aplicação de multa pecuniária em face do sujeito que não cumpra a ordem judicial.

Por fim, ao sujeito que omita-se ou impeça o perfeito acesso ao contribuinte às informações por estes ambicionadas que faça jus a receber, deve pender as sanções criminais de prevaricação e as civis-administrativas, especialmente a de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: NOESES, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
_____. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAIS, Cleide Previtalli. *O processo Tributário*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e método*. São Paulo: NOESES, 2009.

CONRADO, Paulo César Conrado. *Processo tributário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

SERRA, J. Paulo., *Manual da teoria da comunicação*. Covilhã: Labcom, 2007.

A CONCRETIZAÇÃO DAS NECESSIDADES PÚBLICAS POR MEIO DO ORÇAMENTO: ALGUMAS LINHAS SOBRE O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS.

Caroline Maria Costa Barros.¹

Joaquim Cabral da Costa Neto.²

RESUMO

O presente trabalho buscará apresentar a despesa pública como meio de satisfação dos direitos fundamentais, em especial, a despesa fiscal. Para tanto, partiu-se da concepção do Estado como ser instrumental, o qual tem por escopo satisfazer as necessidades públicas por meio do orçamento. Nessa linha, foi visto que todos os direitos, sob a perspectiva estatal, carecem de recursos para serem satisfeitos, na medida em que o Estado careceria de lastro financeiro, que, em regra, advém da tributação, e, por conseguinte, pagar tributos seria um dever fundamental. Ressalte-se que o entendimento de que apenas os direitos de 2ª geração/dimensão seriam dotados de custos, representaria uma visão liberal, haja vista que os direitos de abstenção ou de 1ª geração/dimensão possuem custos comunitários, isto é, para garantir a propriedade e a liberdade (direitos típicos negativos), o ente estatal precisa dispor de um aparato na segurança pública, por exemplo. Ora, toda essa estrutura requer recursos, não só para instituí-las, como também para mantê-las em funcionamento e, portanto, necessitando de um fazer estatal, não só para instituí-las, como também para mantê-las em funcionamento e, portanto, necessitando de um fazer estatal.

Palavras-chave: Estado instrumental; necessidades públicas; dever fundamental de pagar tributos.

ABSTRACT

The present work will look for to present the public expense as middle of satisfaction of the fundamental rights, especially, the fiscal expense. For so much, he/she broke of the conception of the State as to be instrumental, which has for mark to satisfy the public needs through the budget. In that line, it was seen that all the rights, under the state perspective, lack of resources for us to be satisfied, in the measure in that the State would lack of financial ballast, that, in rule, they occur of

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Integrante do Grupo de Pesquisa de Pragmatismo Jurídico, coordenado pelo prof. Dr. Adrualdo Catão. E-mail: carolinemaria7@gmail.com.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Servidor Público Federal do Ministério Público Federal em Alagoas. E-mail: odin_nada@hotmail.com.

the taxation, and, consequently, to pay tributes would be a fundamental duty. Be pointed out that the understanding that the rights of 2nd generation/dimension would be just endowed with costs, it would represent a liberal vision, have seen that the abstention rights or of 1st generation/dimension they possess community costs, that is, to guarantee the property and the freedom (negative typical rights), the state being needs disposal of an apparatus in the public safety, for instance. Now, that whole structure requests resources, not only to institute them, as well as to maintain them in operation and, therefore, needing a to do state, not only to institute them, as well as to maintain them in operation and, therefore, needing a to do state.

Keywords: Instrumental state; public needs; to owe fundamental of paying tributes.

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil, em sua Carta Política, assume um papel central de provedora das necessidades públicas³, - frise-se que todo Estado, enquanto organização político-social tem como razão de sua existência prover as necessidades públicas, ou seja, sua existência é primordialmente instrumental – e, por isso, se comprometeu a prestar/garantir uma gama de direitos aos seus cidadãos por meio de serviços públicos.

Entretanto, para que seja possível o cumprimento desses deveres assumidos, o Estado carece de um lastro financeiro para fazer frente aos custos advindos do fornecimento desses bens/direitos, haja vista que, sob o prisma financeiro, não há direitos sem custos. Por isso, o Brasil carece de um sólido sistema tributário e, por conseguinte, financeiro, para, por meio deles, obter recursos que façam frente às necessidades públicas.

Nessa linha, pode-se asseverar que o Estado tem seus deveres para com os seus súditos – como, por ex., educação, saúde, segurança etc. – os quais são adimplidos por meio das despesas públicas. E, em contrapartida, tem direito de se apropriar de parte das riquezas produzidas pelos contribuintes para custear os referidos direitos. É dizer, o Estado dispõe de um poder advindo de sua soberania – o poder tributário –, para obter receitas, estas como meio imprescindível para cumprir o fim estatal: satisfazer as necessidades públicas.

Destarte, o presente trabalho buscará demonstrar a coerente assertiva de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando assevera que quem dá os fins, deve dar os meios, ou seja, já que o ente estatal deve prestar/garantir uma gama de direitos, deve ele possuir os meios para tanto, por isso, adotar-se-á o dever de pagar tributos como fundamental para que o Estado alcance seus fins.

³ Nesse sentido, ver: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos**. São Paulo: Pólis, 2001.

1 DESENVOLVIMENTO

É sabido que o surgimento do Estado está ligado à satisfação das necessidades públicas, carecendo, porém, de uma atividade financeira, arrecadação de receitas suficientes para fazer frente aos serviços que ele se propõe a prestar. É o que assevera Manoel Cavalcante, quando afirma que:

(...) para atingir os seus fins o Estado precisa de receitas, sendo certo que *a sua principal fonte de recursos decorre da instituição de tributos*. A atividade financeira, portanto, não configura um fim em si mesmo, mas tem natureza instrumental, representando um meio para a consecução de fins. (grifos no original)

Nesse diapasão, após o abastecimento dos cofres públicos, o Estado, por meio do orçamento, escolherá quais bens públicos irá prestar, interligando-se às despesas públicas. “Por isso o discurso de proteção e implementação dos direitos passa por uma análise orçamentária que avaliará como e de que forma o Estado pode efetivar tais direitos.”⁴

No caso do Brasil, com a Constituição de 1988, o Estado brasileiro ampliou o rol de bens que devem ser prestados pelo Estado, como os do art. 6º da CF/88. Sem olvidar, é claro, outros tantos direitos que requerem sua concretização por meio de despesas públicas, na medida em que não há direitos sem custos, independentemente da geração/dimensão a que pertençam.

Ademais, a análise orçamentária, em especial a realização/autorização de despesas, permite a identificação política do próprio Estado – como uma espécie de identidade estatal –, haja vista que se pode conhecer, por meio dela, as opções políticas dominantes, como também dimensionar a própria extensão estatal, ou seja, se um Estado Liberal – meramente regulador, e um tanto quanto espectador da vida social – ou se um Estado Social/Provedor – o qual intervém de forma ativa no meio social, tomando para si a prestação de diversos Bens Públicos, com o escopo de satisfazer as necessidades da sociedade civil.

Ressalte-se que “a realização dos objetivos escolhidos pelos instrumentos políticos e jurídicos, em especial a concretização de direitos, possuem como lastro a arrecadação de tributos”⁵, ou seja, a obtenção de receitas suficientes, e, indissociavelmente, a realização de despesas públicas para prover as necessidades, as quais o Estado se obriga perante escolhas políticas prévias. Por isso, a satisfação das necessidades públicas⁶ passa, necessariamente, pelo Orçamento Público, com a previsão de receitas e a autorização de dispêndios para tanto.

⁴CHRISTOPOULOS, Basile. **Despesa Pública: Estrutura, função e controle judicial**. Maceió: edUFAL, 2011, pag. 34.

⁵LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Função Social dos Tributos: ICMS e Segurança**. Artigo produzido como extrato de Palestra proferida no VIII Congresso Nacional de Direito Público, em Maceió – AL, no dia 01/05/2009.

⁶ Conforme Régis Fernandes de Oliveira, “a decisão de gastar é fundamentalmente uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua os gastos. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas.

Nesse ínterim, os custos dos direitos se revelam não apenas nos direitos prestacionais (2ª geração/dimensão),⁷ haja vista que para o Estado garantir a propriedade e a liberdade (direitos típicos negativos ou de 1º geração), por exemplo, ele precisa dispor de um aparato na segurança pública, no Poder Judiciário – visto que, salvo poucas exceções, qualquer violação desses direitos terá que ser estancado por este poder –, além de investimentos em vias públicas (liberdade de locomoção), etc. Ora, toda essa estrutura requer recursos, não só para instituí-las, como também para mantê-las em funcionamento e, portanto, necessitando de um fazer estatal. Assim, no que concerne aos custos, todos os direitos são positivos e, por isso, demandam gastos pelo poder público. Da mesma forma é o escólio de José Casalta Nabais:

Pois bem, centrando-nos nos custos financeiros dos direitos, a primeira verificação, que devemos desde já assinalar a tal respeito, é esta: os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são autorrealizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos.⁸

E continua o autor lusitano:

Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos gratuitos, direitos de borla, uma vez que todos eles se nos apresentam como bens públicos em sentido estrito.⁹

Com base nisso, calha destacar que o tributo tem papel central nos estados contemporâneos, na medida em que representa meio da atividade fiscal que se obtém recursos para fazer frente às necessidades públicas. Assim o que era antes retirado dos súditos para custear despesas do rei, passou a ser o instrumento para satisfação das necessidades públicas, e, por isso, ocorreu uma mutação semântica no termo tributo – a antes entendido como exação indevida – passou a ser compreendido como um dever fundamental, haja vista que significa o meio para se contribuir com o gasto público.¹⁰

É dizer, o Estado tem deveres para com seus cidadãos que legitimam sua existência e, em sua outra face, possui o direito de tributar o patrimônio de seus súditos, na medida de sua

Dependendo das convicções políticas, religiosas, sócias, ideológicas, o governo elabora seu plano de gastos. Daí a variação que pode existir de governo para governo, inclusive diante das necessidades emergências. As opções podem variar: hospital, maternidade, posto puericultura, escolas, rodovias, aquisição de veículos, contratação de pessoal, etc.” OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, pag.275.

⁷Nesse sentido, ver GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria do Custo dos Direitos. Direito não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, pag. 205.

⁸NABAIS, José Casalta. **Reflexões sobre quem paga a conta do estado social**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Casalta2008.pdf>. Consulta em 03 mar. 2012.

⁹*Op. Cit.* Consulta em 03 mar. 2012.

¹⁰IVO, Gabriel. **O Princípio da Tipologia Tributária e o Dever Fundamental de Pagar Tributos**. In ALENCAR, Rosmar A. R. Cavalcante de (org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, pag. 41.

capacidade contributiva¹¹. Por isso, pode-se afirmar que, como consectário dos direitos fundamentais, que o Estado tem por obrigação de assegurar, tem-se o dever fundamental de pagar tributos, visto que:

Para remunerar os indivíduos que estão a seu (do Estado) serviço e para manter os serviços públicos que lhe compete realizar, o Estado precisa de recursos regulares, que somente pode obter dos cidadãos, mediante contribuições diversas: são os impostos e as taxas. O Estado não tem direito de propriedade sobre os bens dos indivíduos, nem direito de domínio. Mas, os cidadãos devem o imposto, e é uma dívida de justiça, porque representa a cota de cada um nas despesas que o Estado realiza para o bem de todos.¹²

Conforme feliz expressão de Celso A. Bandeira de Mello, quem dá os fins, tem que oferecer os meios. Assim, deve-se compreender que sua finalidade (dos tributos), em última análise, é atender à despesa pública (meio pelo qual o Estado supre as necessidades públicas), sendo essa limitada ao que a coletividade desejava, e estivesse dentro da limitação de receita. E por isso, todo o cidadão deve obediência a esse dever cívico: o de pagar tributos. Com isso, quer se demonstrar que o dever de pagar tributos é forjado sob natureza instrumental do Estado, ou melhor, seria um consectário dos fins estatais, o meio pelo qual ele obtém receitas para satisfazer as necessidades públicas.

Enfatizando que pagamento de tributos é um dever fundamental, Manoel Cavalcante afirma que:

Para justificar o pagamento de impostos, seguindo a linha doutrinária citada pensamos que guarda pertinência com o nosso sistema a teorização de dever fundamental. **O dever de contribuir representa uma situação jurídica passiva, decorrente do poder de tributar, juridicamente controlado, que está lastreada num Estado Fiscal que tem sua principal fonte de receita nos tributos** e se apóia na liberdade de atividade econômica e no direito de propriedade, servindo esses direitos, por excelência, de limitação ao poder tributário. Esse dever não se acha definido expressamente na Constituição, mas consta implicitamente nas normas que detalham o Sistema Tributário Nacional. (itálico consta do original; negrito não consta do original)¹³.

Por conseguinte, pode-se afirmar que o pagamento de tributos é a contrapartida a qual os súditos estão submetidos para que o Estado cumpra com seus deveres, ou seja, por meio deles, os tributos, “o Estado exerce suas finalidades, de ordem complexa, com vistas à realização do *bem comum* que importa no cumprimento dos *objetivos fundamentais da república*”.¹⁴ Daí, fazendo um paralelo entre os direitos e deveres fundamentais, anota Gabriel Ivo que “correlato ao dever

¹¹ Realizar o princípio da capacidade contributiva quer significar, portanto, a opção a que se entrega ao legislador, quando elege para antecedente das normas tributárias fatos de conteúdo econômico que, por terem essa natureza, fazem pressupor que as pessoas que dele participem apresentem condições de colaborar com Estado mediante parcela de seu patrimônio. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses, 2010, pag.329.

¹² AZAMBUJA, Darcy, **Teoria Geral do Estado**. 41ª ed. São Paulo: Globo, 2001, pag. 384.

¹³ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos fundamentais dos contribuintes: limitações constitucionais ao poder de tributar**. Recife: Nossa Livraria, 2005. p. 49

¹⁴ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Função Social dos Tributos: ICMS e Segurança Pública**. Artigo produzido como extrato de Palestra proferida no VIII Congresso Nacional de Direito Público, em Maceió – AL, no dia 01/05/2009.

fundamental de pagar tributos, está o direito a tributação adequada constitucionalmente”¹⁵, ou seja, “do princípio da tipologia tributária, extrai-se o dever fundamental de pagar tributos, porquanto direito e dever são reflexos.”¹⁶

Em apertada síntese, o Estado brasileiro se compromete a uma gama de obrigações, positivadas em diversos instrumentos normativos, em especial na Constituição Federal de 1988. E para a efetivação dessas obrigações, o Estado carece de um lastro financeiro, o qual é obtido, principalmente, por meio da tributação, contrapartida necessária e justa dos cidadãos frente às prestações que dispõem, sem olvidar, por certo, dos limites traçados pelo constituinte no exercício de tal direito estatal, como respeito à capacidade contributiva, à isonomia tributária, proibição de efeito confiscatório etc.¹⁷ Por isso, é possível afirmar que há o dever fundamental de pagar tributos, o qual se encontra inserido no Sistema Tributário Nacional instituído pela Constituição Federal de 1988¹⁸. Em que pese não haver no texto constitucional brasileiro essa previsão, como há na constituição espanhola¹⁹, o dever de pagar tributos é consectário dos direitos e garantias, haja vista que quem dá os fins tem que dá os meios, ou seja, “el hecho de que toda organización política necesite medios **económicos para su supervivencia y para o cumplimiento de sus fines.**”²⁰ (negrito não consta do original) Endossando o dito, Rosita de Sousa afirma que:

O estreito relacionamento povo e governo cria direitos e deveres recíprocos, se o governo tem o dever de promover o bem comum a que o povo tem direito, este, por sua vez, tem o dever de contribuir para o erário público, a fim de que aquele possa realizar todo um programa de trabalho em geral e de todas as obras públicas necessárias ao cumprimento da finalidade que dele se espera, e às quais se obrigou.²¹

Assim, deve-se compreender que os tributos decorrem de um dever fundamental, e que, portanto, não podem ser considerados nem como um sacrifício para os cidadãos nem como uma simples relação de poder, em que o Estado faz meras exigências discricionárias aos súditos, mas sim como uma contrapartida necessária para a consecução dos seus fins: o Bem Comum, e, por conseguinte, seu fundamento reside em ser o meio necessário para lastrear a subsistência do Estado como ser instrumental, que presta serviços públicos e redistribuí renda, pois se a este é dada a

¹⁵ IVO, Gabriel. **O Princípio da Tipologia Tributária e o Dever Fundamental de Pagar Tributos.** In ALENCAR, Rosmar A. R. Cavalcante de (org.). *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, pag. 42.

¹⁶ *Op. Cit.*, pag. 42.

¹⁷ COSTA NETO, Joaquim Cabral. **Despesa Fiscal (Benefícios Fiscais): Requisitos e Limites Estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal para Sua Realização.** Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. 2012, p. 26.

¹⁸ *Op. Cit.*

¹⁹ Constituição da República da Espanha. Art.31, ítem 1, *in verbis*: Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

²⁰ CHULVI, Cristina Pauner. **El Deber Constitucional de Contribuir al Sostenimiento de los Gastos Públicos.** Madrid: Cntro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pag. 03.

²¹ SANTOS. Rosita de Sousa. **Importância da Inscrição da Dívida Ativa.** São Paulo: Resenha Tributária, 1977, pag. 5.

missão de buscar o bem-estar social, cabe aos cidadãos contribuir para que seja alcançado o objetivo colimado.

CONCLUSÃO

Conforme visto, o Estado possui com fim intrínseco a realização das necessidades públicas – estas com um conteúdo cambiante, variando tendo em vista o momento e o lugar. Nesse diapasão, com uma análise da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil alargou o rol das necessidades públicas, isto é, se obrigou prestar/garantir um vasto rol de direitos.

Para tanto, com demonstrado, o Brasil carece de sólido lastro financeiro, haja vista que, sob a ótica estatal, não há direitos sem custo, isto é, sob a ótica financeira não cabe o discurso liberal-conservador de que há direitos que carecem apenas de abstenções estatais – os de primeira geração – enquanto outros careceriam de um fazer – os de segunda geração – tendo em vista que no orçamento todos os direitos garantidos e prestados pelo Estado carecem de dispêndio.

Ressalte-se que o orçamento é o meio pelo qual o ente público se personifica, haja vista que é por meio dele que cumpre seus fins. É por meio dele que reafirma para si e para seus súditos sua existência. Assim, em contrapartida aos direitos aos quais faz jus os cidadãos brasileiros, há o dever pagar tributos, dever fundamental, ressalte-se. Partindo dessas premissas, a despesa pública pode ser vista como meio fundamental para que os entes públicos cumpram com seus fins colimados.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 41^a ed. São Paulo: Globo, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 16^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Limitações ao Poder de Tributar**. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos**. São Paulo: Pólis, 2001.

CHRISTOPOULOS, Basile. **Despesa Pública: Estrutura, função e controle judicial**. Maceió: edUFAL,

CHULVI, Cristina Pauner. **El Deber Constitucional de Contribuir al Sostienimiento de los Gastos Públicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

COSTA NETO, Joaquim Cabral. **Despesa Fiscal (Benefícios Fiscais): Requisitos e Limites Estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal para Sua Realização**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. 2012.

IVO, Gabriel. **O Processo de Formação da Lei Orçamentária Anual**. Revista Trimestral de Direito Público. Ano34/2001.

_____. **O Princípio da Tipologia Tributária e o Dever Fundamental de Pagar Tributos.** In ALENCAR, Rosmar A. R. Cavalcante de (org.). *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria do Custo dos Direitos. Direito não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ª ed. 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Função Social dos Tributos: ICMS e Segurança Pública.** Artigo produzido como extrato de Palestra proferida no VIII Congresso Nacional de Direito Público, em Maceió – AL.

_____. **Direitos fundamentais dos contribuintes: limitações constitucionais ao poder de tributar.** Recife: Nossa Livraria, 2005.

NABAIS, José Casalta. **Reflexões sobre quem paga a conta do estado social.** Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Casalta2008.pdf>. Consulta em 03 mar. 2012.

_____. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos.** Coimbra: Almedina, 1998.

SANTOS. Rosita de Sousa. **Importância da Inscrição da Dívida Ativa.** São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.